

المسؤولية التقصيرية عن خطأ الإمتناع في التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

فرع : العقود والمسؤولية
فرع : العقود والمسؤولية

تحت إشراف :
الأستاذ الدكتور دردوس مكي

إعداد الطالبة :
بوالقديد نصيرة

أعضاء لجنة المناقشة :

رئيسا	جامعة قسنطينة 1	الأستاذ الدكتور : طاشور عبد الحفيظ
مشرفا ومقررا	جامعة قسنطينة 1	الأستاذ الدكتور : دردوس مكي
عضوا	جامعة قسنطينة 1	الأستاذ الدكتور : عياشي شعبان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾

صَلَّى
عَلَيْهِ
وَالْحَمْدُ
لِلَّهِ
الْعَظِيمِ

سورة البقرة. الآية 22

شكر وتقدير

أقدم بخالص شكري وعظيم تقديري وامتناني إلى أستاذي الدكتور
دردوس المكي المشرف على الرسالة والذي شملني برعايته ، وكان له الفضل في
إظهار هذه الرسالة إلى حيز الوجود ، فجزاه الله خير الجزاء .
كما أقدم بخالص الشكر والتقدير والإحترام لأساتذتي الأفاضل
لتشريفهم لي بتفضلهم بالموافقة على مناقشة هذا البحث رغم ضيق وقتهم
وانشغالهم بأعباء كثيرة وفقهم الله ، وجزاهم خير الجزاء .
كما أسدي شكري وتقديري لكل من أسهم معي بطريقة أو بآخرى من
أجل إنجاز هذا البحث ، وأخص بالشكر كل أفراد أسرتي ، وكل أفراد مكتبة
كلية الحقوق لما قدموه لي من مساعدة سهلت مهمة البحث والإطلاع جزاهم الله
خيـرا .

بوالقديد نصيرة

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى كل من قدم لي
يد العون، والمساعدة من الأهل، والأصدقاء، لمواصلة
إنجاز هذا البحث، بعد إنقطاعي عنه لفترة طويلة.

المقدمة

مُقَدِّمَةٌ

أهمية الموضوع:

إن المسؤولية عن الخطأ الإيجابي الذي يلحق الأذى بالغير لم تكن في وقت ما محل خلاف، بل ثمة إجماع بين كافة المذاهب، ومنذ القدم على ثبوتها بمجرد وقوع الفعل الخاطئ.

ونظراً لكون الإنسان يملك أصلاً الحق في عدم القيام بأي عمل، طالما لم يفرض القانون ذلك.

فقد اشتد الصراع بين الفقهاء حول الحد الذي يمكن أن تصل إليه القيود الواردة على حرية الامتناع.

انقسم الفقه إلى اتجاهين، اتجاه يذهب إلى وجوب احترام الحرية الفردية، وإبعاد كل ما من شأنه تقييدها، واتجاه آخر ينادي بتقييد حرية الفرد في الامتناع حفاظاً على مصلحة المجتمع.

وعليه فالبحث في المسؤولية عن خطأ الامتناع يثير صعوبة لا يثيرها البحث في المسؤولية عن الخطأ الإيجابي، وقد استقطب هذا الموضوع اهتمام العديد من المفكرين منذ زمن بعيد، و نظراً لدقته، وإرتباطه الوثيق بمدى تحضر المجتمعات، ودرجة الوعي لدى الأفراد، أضحت يثير الاهتمام عبر المجتمعات المختلفة، و الأزمنة المتعاقبة.

والمشكل الأساسي الذي يطرحه موضوع خطأ الامتناع يتمثل في السؤال التالي مدى جواز مساءلة المرء عن إحجامه عن القيام بنشاط ما؟.

وإذا سلمنا بأن لا وجه لمسؤولية الشخص عن امتناعه واتخاذ موقف سلبي إزاء ما يواجهه من مسائل متعددة قد تلحق المضرة بالغير نتيجة لهذا الامتناع، أفلا نكون أمام مسألة قانونية و أخلاقية ترتبط بطبيعة المجتمعات الحضارية، حيث يؤدي ذلك إلى توفير المبررات والأعذار للجميع للتملص والهروب من المسؤولية.

وترتيباً على ما سبق يمكن لأي شخص ينوي أن يدرأ عنه مسؤولية فعل معين، الاكتفاء باتخاذ موقف سلبي، أي الامتناع عن أي عمل، لا سيما في حالات غياب النصوص التي تفرض الالتزام بعمل، أي وجوب القيام بعمل إيجابي، فطالما لا يوجد تكليف قانوني بالعمل مصدره التشريع.

يثار تساؤل آخر مفاده ما هي المصادر القانونية الأخرى للالتزام الايجابي بالعمل غير التشريع؟ وفي حالة انعدام النص القانوني بوجه عام للالتزام الايجابي بالعمل ، فهل يكون موقف أي فرد في المجتمع هو الإحجام والامتناع عن أي عمل لصالح الغير طالما أنه ليس ملزماً به ؟.

مما لا شك فيه بأن التسليم بعدم المساءلة حينما لا يوجد تكليف بالعمل من المشرع من شأنه أن يؤدي إلى ترتيب نتائج جد سيئة من الناحية العملية، حيث ينجم عن ذلك انتشار الفوضى داخل المجتمع، وإفلات العديد من المذنبين من الجزاء، وهذا ما يفقد السلطة أهم وظائفها وهي حفظ كيان المجتمع وصون حريات الأفراد.

وعليه لا يمكن لأحد إنكار أو إغفال ما يحظى به خطأ الامتناع من أهمية عملية في حياتنا اليومية إذ ، أن سلوك الممتنع نابع عن الأنانية والانعزالية وعدم المشاركة الإيجابية ، وكلما وضعت ضوابط لهذا الامتناع كلما قلت الفوضى و حل محلها التأخي والتآزر.

إن أخطر المشاكل التي تنخر وتزعزع كيان المجتمعات المعاصرة ومنها المجتمع الجزائري ، يستأثر أحيانا خطأ الامتناع في إبرازها وإظهارها وفرضها في الحياة اليومية، بل إن أخطاء الامتناع أشد جسامة من الأخطاء الإيجابية، ويستوجب علينا للحد منها الحث على الإيجابية بفرض الواجبات التي من شأنها تقوية وتعزيز روح المآزره والتضامن بين أفراد المجتمع، وعدم اعتبارها قيوداً تقلص رقعة الحرية الفردية والحق في الامتناع ، كما علينا نبذ بل محاربة السلبية النابعة عن الأنانية ، إذ أنها تؤدي لا محالة الى تفتيت كيان المجتمع وتمزيق أواصره بشيوع الكراهية وانعدام التعاضد.

والموضوع الذي نعالجه، وإن اختلفت المواقف المتخذة إزاءه سواء بتضييق نطاقه أو توسيعه، وفقاً للميول السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في كل مجتمع ولمدى التحضر، يطرح مشكلاً يتصف بالديمومة والعالمية ، ولذا سيوجد داخل كافة المجتمعات ، وعبر الأزمنة المتعاقبة.

بادئ الأمر كان رجال القانون ينظرون للامتناع على أنه عدم وفراغ فلا ينجر عنه سوى الفراغ. إلا أن هذا الاعتقاد مالبت أن زال وتلاشى ، وسارع الفقهاء إلى الاعتراف بصلاحيه خطأ الامتناع لترتيب المسؤولية، كما شرعوا في صياغة النظريات التي مهدت الطريق لبعض التشريعات للاعتراف بسببية الامتناع ، ولم تكتف بذلك بل ذهبت لحد وضع نصوص صريحة لإزالة كل لبس ، ولم ينف القضاء بدوره سببية الامتناع بل أقرها.

علينا الآن أن نطرح السؤال الآتي مع تسليمنا بصلاحيه خطأ الامتناع لترتيب المسؤولية فهل تماثل هذه الصلاحية، صلاحية الخطأ الإيجابي؟

إن موضوع خطأ الامتناع لم يلق العناية الكافية من قبل شراح القانون والباحثين وعلى وجه الخصوص في بلادنا وفي مجتمعنا الجزائري، الذي لم يكتمل لدى أغلبية أفراده الإمام الكافي بالمسائل القانونية، وهذا سبب محفز على بذل ما في الوسع لأخذ هذه الصورة أو هذا النوع من الخطأ بعين الرعاية والاهتمام ، ويثور موضوع الامتناع ليس على مستوى القانون المدني فحسب بل و كذا على مستوى القانون الجنائي، إلا أن الصعوبة لم تعد تظهر جليا في الثاني بعد أن نصت التشريعات المختلفة على عقوبة خطأ الامتناع، وحيث يتقيد القاضي دوما بقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة بغير نص) ويظل الإشكال مطروحا بجدة على مستوى القانون المدني حيث أن مجال المسؤولية التقصيرية وآفاقها أرحب إذ تفلت من قيد الالتزام بالتدخل، لتقوم حيث يكون الممتنع غير ملزم قانونا بأي عمل إيجابي ويكون من حقه أن يمتنع فهل معنى ذلك أنها تقوم على مجرد الإخلال بالترام أدبي بالتدخل؟ وهل يوجد تأثير ما في القانون الجنائي على خطأ الامتناع في مجال القانون المدني؟.

وما تجدر الإشارة إليه أنه لا توجد دراسة شاملة ومتكاملة لموضوع المسؤولية عن خطأ الامتناع حتى على مستوى القانون المدني ذاته ، بل يعالج فقط كصورة من صور الخطأ دون تعمق. لهذه الأسباب ارتأيت دراسة موضوع خطأ الامتناع حتى تكون شاملة دالة على مدى صلاحية هذا الخطأ لأن يكون مصدرا للمسؤولية التقصيرية شأنه في ذلك شأن الخطأ الإيجابي .

وحتى تتحقق فائدة أوفر، فقد حرصت على أن تكون دراسة خطأ الامتناع دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري، وبين القانونين الفرنسي والمصري، وبين هذه القوانين والشريعة الإسلامية، باعتبارها المصدر التاريخي والرسمي لهما، وحتى تكون هذه الدراسة وافية، ارتأيت أن تكون هذه الدراسة دراسة نظرية وتطبيقية في ذات الوقت، لإبراز مدى دور القضاء في تطور مفهوم خطأ الامتناع، حيث حاول إيجاد حلول للمشاكل التي كان يصادفها ووضع ضوابط لتنظيم بعض المسائل التي أغفل المشرع عن تنظيمها.

وخطأ الامتناع لا يقتصر على القانون المدني فحسب، بل يمتد ليشمل فروع القانون الأخرى، كالقانون الإداري، والدولي العام، والإجراءات المدنية .

وأملّي أن أتمكن من خلال معالجتي لهذا الموضوع في إطار القانون المدني من إثارة انتباه واهتمام الباحثين الآخرين كل وفقا لتخصصه للقيام بدراسته لما له من أهمية علمية وعملية. ويمتد خطأ الامتناع ليشمل فروع القانون الأخرى كالقانون الإداري، إذ يتجلى ذلك من خلال ما يعرف بامتناع السلطة العامة " Inertie des Pouvoires Publics " كما يبرز بوضوح على مستوى القانون الدولي العام فيما يسمى بمسألة الحياد " La Neutralité "، ورجائي هو إستقطاب إهتمام الباحثين الآخرين بغرض الوصول إلى دراسة شاملة لخطأ الإمتناع في التشريع الجزائري.

حدود البحث :

إذا كان المعنى العام للمسؤولية ينصرف إلى مجازة مرتكب الخطأ و تتنوع المسؤولية بتنوع الخطأ، فقد تكون مسؤولية أدبية إذا كان الخطأ أدبيا، وقد تكون مسؤولية قانونية إذا كان الخطأ قانونيا. ويتمثل الخطأ في المسؤولية الأدبية في الإخلال بواجب أخلاقي أو ديني يترتب جزاء أدبيا قد يكون عبارة عن تأنيب الضمير أو استهجان المجتمع، وقد يكون عقابا إلهيا في الحياة الآخرة.

ويتمثل الخطأ في المسؤولية القانونية في الإخلال بالالتزام قانوني يترتب جزاء قانونيا قد يكون عبارة عن عقوبة إذ ترتب على الإخلال بالالتزام القانوني مساس بمصلحة المجتمع، وهذه هي المسؤولية الجنائية، وقد يكون الجزاء عبارة عن تعويض إذا اقتصر الإخلال بالالتزام على المساس بمصلحة فردية.

وقد تتحقق المسؤوليتان الجنائية والمدنية معا إذا ترتب عن الإخلال بالالتزام القانوني مساس بمصلحة المجتمع والمصلحة الفردية معا، كما هو الحال في جرائم الضرب والقتل والسرقعة، وحوادث المرور.

كما قد تتحقق المسؤولية الجنائية وحدها، وقد تتحقق المسؤولية المدنية وحدها أيضا. وتتحقق المسؤولية الجنائية دون المسؤولية المدنية في الحالات التي لا يترتب فيها عن الإخلال بالالتزام القانوني ضرر لأحد كما هو الحال في جريمة حمل السلاح، أو جرائم الشروع. وتتحقق المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجنائية في الحالات التي يترتب فيها على الإخلال بالالتزام القانوني ضرر دون أن يكون هذا الإخلال معاقبا عليه طبقا لقانون العقوبات، كما هو الحال في إتلاف مال الغير من غير عمد.

وقد تكون المسؤولية المدنية مسؤولية عقدية إذا كان يربط المسؤول بالمضورر علاقة عقدية كمسؤولية البائع عن عدم تسليم المبيع، وقد تكون مسؤولية تقصيرية في حالة انعدام العلاقة العقدية كالمسؤولية عن حوادث المرور.

وقد يكون الخطأ الذي تتحقق به المسؤولية القانونية أو المدنية خطأً إيجابياً (Faute de Commission) إذ تمثل في الإخلال بقاعدة ناهية عن عمل معين فوقوع العمل المنهى عنه يرتب مسؤولية فاعله، وقد يكون الخطأ سلبياً أو خطأً امتناع (Faute d'ommission ou D'abstention) إذا تمثل في الإخلال بقاعدة أمره بعمل معين، وفي هذه الحالة الأخيرة تتحقق مسؤولية الممتنع عن إغفاله أداء الأعمال التي يفرض عليه القانون القيام بها.

وإذا كان الأصل أن للإنسان حق الامتناع عن أي عمل ما لم يفرض عليه التزام قانوني القيام بهذا العمل فقد ثار الجدل حول المدى الذي يمكن أن تصل إليه القيود التي ترد على حرية الامتناع ، فوقف المذهب الفردي في جانب الدفاع عن هذه الحرية لتخليصها من القيود ما أمكن، ووقف المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي في جانب الدفاع عن مصلحة المجتمع لفرض قيود عادلة على حرية الامتناع تحقيق لهذه المصلحة.

وتكمن أهمية بحثنا لموضوع مسؤولية الممتنع فيما تعرفه من جدل حول القيود التي يمكن أن ترد على حريته، وذلك ببيان الأساس القانوني لمسؤولية الممتنع، وشروط تحقيقها، وحالاتها. ولعل من المفيد الإشارة إلى أن بحثنا سوف يقتصر على مسؤولية الممتنع التقصيرية، دون صور المسؤولية القانونية الأخرى، الجنائية والعقدية، ودون مسؤولية الممتنع الأدبية.

منهج البحث :

وجدنا أنفسنا نميل تلقائياً، وبصورة عفوية إستعراض الحلول المطروحة في قوانين، وفقه، وقضاء، مصر، فرنسا والجزائر، وإجراء مقارنة بينهم، كما إرتأينا تقسيم دراستنا للمسؤولية التقصيرية عن خطأ الإمتناع في التشريع الجزائري إلى ثلاثة أبواب :

الباب الأول : من هذا البحث نتكلم فيه عن الأساس القانوني لمسؤولية الممتنع التقصيرية، وذلك من خلال خمسة فصول :

الفصل الأول : خطأ الإمتناع الجرد كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع التقصيرية

الفصل الثاني : التعسف في استعمال حق الإمتناع كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع التقصيرية

الفصل الثالث : خطأ الإمتناع في القانون الجنائي

الفصل الرابع : تأثير القانون الجنائي على القانون المدني في مجال المسؤولية التقصيرية عن

خطأ الإمتناع

الفصل الخامس : معيار الخطأ بالإمتناع

أما الباب الثاني : فقد خصصناه لشروط مسؤولية الممتنع التقصيرية، وذلك من خلال ستة فصول:

الفصل الأول : الخطأ

الفصل الثاني : الضرر

الفصل الثالث : علاقة السببية

الفصل الرابع : طبيعة مسؤولية الممتنع التقصيرية

الفصل الخامس : تحديد مشكلة الإمتناع

الفصل السادس مفهوم خطأ الإمتناع

أما الباب الثالث : فقد تناولنا فيه تطبيقات خطأ الإمتناع ، وقد رأينا عرض ذلك في أربعة

فصول:

الفصل الأول : أوجه الإمتناع

الفصل الثاني : الإمتناع الخاص

الفصل الثالث : الخيرة في الفضالة

الفصل الرابع : الوقائع القانونية

كما فضلنا أن ننهي بحثنا بخاتمة نضمنها أهم ما توصلنا إليه من نتائج .

الباب الأول

الأساس القانوني لمسؤولية

المتعاقب التقصيرية

الباب الأول الأساس القانوني لمسؤولية الممتنع التقصيرية

تمهيد وتقسيم

إن خطأ الامتناع يمكن تقسيمه إلى نوعين : خطأ امتناع بمناسبة عمل، وخطأ امتناع مجرد. فبالنسبة للأول يفترض فيه ما يلي :

1 — أن يكون الممتنع قد قام بعمل إيجابي مشروع، وقد يكون هذا العمل الإيجابي إما عملاً قانونياً مثاله إبرام عقد أو التزام بإرادة منفردة ، أو أن يكون عملاً مادياً ، ويمكن أن يكون مثلاً على ذلك أعمال المهنة والخبرة ، كإجراء عملية جراحية، أو عمل مادي بسيط كسياقة المركبة أو السيارة.

2 — أن تقوم رابطة وعلاقة سببية بين الامتناع والعمل الإيجابي، لارتباط الامتناع بعمل الممتنع ارتباطاً شديداً، إذ لو لم يقدم الممتنع على هذا العمل ما أمكننا أن ننسب الامتناع إليه. هذا فيما يخص الامتناع بمناسبة عمل .

أما فيما يخص خطأ الامتناع المجرد فيفترض فيه أن الممتنع قد اتخذ موقفاً سلبياً بعيداً ومستقلاً عن أي نشاط يقوم به، وعليه يمكننا القول بأنه ممتنع عن العمل وليس ممتنعاً بمناسبة عمل، والسبب في ذلك أن الالتزام المفروض عليه في هذه الحالة هو التزام يخرج من عزلته وسليته إلى الحركة والإيجابية ليحفزه على الكلام بدلاً من الصمت، ويدفعه إلى الحركة عوض السكون.

وعليه فإن الالتزام الذي يفرض على الممتنع بمناسبة عمل هو أقل صدمة لحرية من ذلك الالتزام الذي يفرض عليه ويلزمه بأداء عمل معين، وسبب ذلك أن الأول أقل تقييداً لإرادته لأنه مرتبط بعمل إرادي ، بينما الثاني يمثل قيداً حقيقياً لأنه مستقل عن أي نشاط إيجابي للممتنع .

وقد اختلف الفقه في تحديد خطأ الامتناع المجرد فقد ذهب رأي في الفقه⁽¹⁾، إلى اعتبار الشخص مخطئاً متى كان بإمكانه منع فعل ضار و لم يمنعه وذلك لأن امتناعه هذا يعد نوعاً من الاشتراك، إضافة إلى هذا فإنه ووفقاً لنص المواد 1382 و 1383 ق م ف، وكذا 124 و 125 ق م ج⁽²⁾ ، فإن مسؤولية الشخص تقوم سواء عن فعله ما ليس من حقه أن يفعله أو عن إهماله وامتناعه ما كان واجب القيام به.

(1) — أنظر : TOULIER : Droit Civil Français . TX1, N° . 117.

(2) — أنظر القانون المدني الجزائري المعدل بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

وما تجدر ملاحظته هو أن ثمة جانباً من الفقه قد وسع مجال مسؤولية الممتنع ، إذ لم يكتف بترتيبها على أساس الإخلال بالتزام قانوني بالعمل، وإنما تعدى ذلك لجعله مرتبطاً بمجرد قدرة الممتنع على منع الضرر، ومتى كان قادراً على منعه كان مسؤولاً رغم كونه غير ملزم بالعمل قانوناً، وهذا الرأي انتقد على أساس أنه أصبح يخلط بين القانون وبين الأخلاق .

فإذا كان يقع على الشخص واجب أخلاقي يمنعه من الإضرار بالغير ، فإنه لا يوجد ثمة التزام قانوني يمنع الأذى عنه. وأنه إذا صح أن الامتناع عن الإضرار بالغير هو التزام سلبى عام يفرضه القانون فلا يوجد التزام إيجابى يقابله يفرض التدخل لمساعدة الغير⁽¹⁾ ولهذا نجد أن هذا الرأي لم يلق التأييد لا في الفقه ولا في القضاء .

والفقه والقضاء يكادان يجمعان على أن خطأ الامتناع المجرد ، والذي يتمثل في الإخلال بالتزام إيجابى بالعمل يشكل الأساس القانوني لمسؤولية الممتنع⁽²⁾، فإذا انعدم هذا الالتزام بالعمل فلا يمكننا القول في هذه الحالة بقيام المسؤولية على أساس خطأ الامتناع المجرد، بل يمكن قيامها على أساس آخر وهو التعسف في استعمال حق الامتناع⁽³⁾ وذلك ما سيكون موضع دراسة في الفصول التالية :

الفصل الأول : خطأ الامتناع المجرد كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع التقصيرية.

الفصل الثاني : التعسف في استعمال حق الامتناع كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع التقصيرية.

الفصل الثالث : خطأ الامتناع في القانون الجنائي .

الفصل الرابع : تأثير القانون الجنائي على القانون المدني في مجال المسؤولية التقصيرية عن خطأ الامتناع .

الفصل الخامس : معيار الخطأ بالامتناع .

(1) — COLIN (A) et CAPITANT (H) : Cours élémentaire de Droit Civil .

(2) — DEMOGUE (R) : Traité des Obligations en général (PARIS) 1923 , T. III, N° 258

- PLANIOL et RIPERT : Traité Pratique de Droit Civil Français , T.6, N° 508.

(3) — RAYMOND (S) : étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand , 3ème ED , 1925 , PARIS , N° 312 .

الفصل الأول

خطأ الامتناع المجرد كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع

لكي تقوم مسؤولية الممتنع يجب أن يكون هناك إخلال بالتزام إيجابي بالعمل، هذا ما أجمع عليه القضاء والفقهاء، ولكن ثار الخلاف بشأن تحديد الالتزام الإيجابي بالعمل الذي يعد الإخلال به خطأ امتناع مجرد يوجب مسؤولية الممتنع.

وأبرز وجوه هذا الخلاف يمكن رده إلى اتجاهين، الاتجاه الأول وهو ما يسمى بالاتجاه التقليدي والذي يبنى أساس قيام مسؤولية الممتنع على الإخلال بالتزام إيجابي بالعمل فرضه القانون بنص معين أو أوجده علاقة معينة بين الممتنع وبين المضرور، أما الاتجاه الثاني وهو الاتجاه الحديث فإنه يقيم مسؤولية الممتنع على الإخلال بالتزام قانوني إيجابي بالعمل سواء فرضه القانون بنص معين أو لم يفرضه ولكن بإمكان القضاء تعيينه. كما لاننسى وجود خلاف كذلك بين الفقهاء حول كيفية تحديد الالتزام الإيجابي بالعمل في حالة عدم فرض القانون لهذا الالتزام الإيجابي بالعمل .

ولدراسة هذين الاتجاهين نعرضهما في المبحثين التاليين :

المبحث الأول : خطأ الامتناع المجرد حسب الاتجاه الفقهي التقليدي .

المبحث الثاني : خطأ الامتناع المجرد حسب الاتجاه الفقهي الحديث .

المبحث الأول

خطأ الامتناع المجرد حسب الاتجاه الفقهي التقليدي

تتمثل رؤية أغلبية الفقه التقليدي في قيام مسؤولية الممتنع على أساس الإخلال بالتزام إيجابي بالعمل يفرضه القانون بنص معين، فإذا انعدم الالتزام المنصوص عليه قانوناً انتفى الخطأ ومعه انتفت المسؤولية تبعاً لذلك⁽¹⁾، ويظهر ذلك في كل من موقفي الفقه والقضاء الفرنسيين ، وسنتطرق لمعالجة ذلك في المطالب التالية :

(1) — أنظر بخصوص هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي :

- AUBRY et RAU : Cours de Droit Civil , 4ème ed, T.IV, N° 444, P 746.

- BAUDRY et BARDE : Traité Théorique et Pratique de Droit Civil , Obligations T.N, N° 2854, P 538, De la Faute Comme Source De La Responsabilité , P 82.

- FROMAGEOT/ LALOU : La Gamme des Fautes, Dalloz Hebdomadaire , 1940 , P 22.

- LAURENT . S : Principe de Droit Civil Français , T.20, ed 1887, N° 388 , P 409 et 410 .

- Cass Crim 17/06/1853 Dalloz 18535 - 414/ Cass Civil 28/01/1930 - Gaz Pal , 1930/1/550 . في القضاء الفرنسي :

وانظر في عرض هذا الرأي : سليمان مرقس : المسؤولية المدنية ، ومنها دروس في المسؤولية المدنية ألقيت على طلبة الدكتوراه سنة 1954.

المطلب الأول في الفقه والقضاء الفرنسيين

يرى جانب من الفقه الفرنسي⁽¹⁾ عدم قيام مسؤولية الممتنع إلا إذا كان هناك إخلال بالتزام إيجابي بالعمل فرضه القانون بنص معين وبالتالي ينتفي الخطأ، وبالتبعية تنتفي المسؤولية إذا لم يوجد الالتزام المنصوص عليه قانوناً.

واعتبر المشرع في تلك المرحلة هو المرجع والملجأ الذي يجب أن يعول عليه لإيجاد الحلول الوضعية لكل مسألة من المسائل القانونية⁽²⁾ التي تعترض الفرد أو المجتمع وذلك لأن فقهاء ذلك العصر قد عاشوا وتأثروا بزمن سادت فيه الروح الفردية وعلت فيه مكانة التشريع.

ومما يساير هذا الاتجاه بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية، ومن أهمها حكمها الصادر في 17 يونيو 1853⁽³⁾ الذي قضت فيه بعدم مسؤولية صاحب الفندق عن رفضه استقبال نزيل وتركه في الطريق العام معرضاً لخطر الموت، والسبب في ذلك إلتفاء النص القانوني الذي يحمله بالتزام إيجابي بالعمل في هذا الشأن رغم اعترافه بأن هذا الرفض يمس ويصدم الاعتبارات الإنسانية.

ونجد تأييداً لهذا الاتجاه في الحكم الصادر عن محكمة النقض الصادر بتاريخ 28 يناير 1930⁽⁴⁾، وكان ذلك بعبارات صريحة وقاطعة⁽⁵⁾ وكذلك في بعض أحكام المحاكم الأخرى⁽⁶⁾.

(1) — AUBRY et RAU : Cours de Droit Civil , 4ème ed, T.IV, N° 444, P 746.

(2) — وليس أفصح في الدلالة على مكانة التشريع في ذلك العصر من كلمات ديمولومب :

Ma Devisé , Ma Profession de Foi est Aussi , Les Textes Avant tout !...

- DEMOLOMBE : OP CIT , 1 Préface , P 7.

A S'en Tenir Aux Conclusions de la Méthode

ويقول جيني في هذا الصدد :

- GENY .F : Méthode D'interprétation, T.I , 2ème ED, N° 33, P 65.

(3) — أنظر نقض جنائي 17 يونيو 1853 ، دالوز 1853 - 5 - 414.

(4) — أنظر نقض مدني 28 يناير 1930 ، حازيت دي باليه 1930 - 1 - 550 ، وفي نفس المعنى عرائض 1896/02/01 سيري 1900 - 1 - 276.

(5) — حيث يقول :

La Responsabilité de L'auteur D'une Omission Dommageable n'est Engagée que si une Disposition de la loi

L'obligeait à accomplir le Fait omis.

(6) — من ذلك بواتييه 1901/11/20 دالوز 1902 - 2 - 84 ، محكمة صلح باريس 1919/10/31 ، دالوز العملي

1920 - 2 - 102 ، محكمة ليل المدنية 11 يوليو 1961 ، الأسبوع القانوني 1961 - 2 - 12711 ، وتعليق بول

إسمان.

وسنقدم الآن الحجج التي اعتمد عليها أنصار الاتجاه التقليدي، ومن أبرزها هي أن إلزام شخص بعمل معين يمس بالحرية الفردية للمرء التي يخولها حق الامتناع عن أي عمل، وعليه فقد حصروا فكرة الالتزام بالعمل في أضيق نطاق، وكذلك واعتمادا على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات والذي مفاده " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " فقد اعتقد البعض ومقارنة بهذا المبدأ أن خطأ الامتناع يقتصر أيضا على حالات الإخلال بالالتزامات المنصوص عليها قانونا فحسب(1).

غير أن هذا الأفكار تغيرت نتيجة التطور الاجتماعي، ومن أهداف التضامن الاجتماعي تليطيف المأساة الإنسانية بالاعتماد على الإيثار وإيقاض دوافعه وتغليب الإيجابية المشاركة والفاعلة على الذاتية والترعة الفردية وعدم الاكتراث، ومن ثمة كان لزاما أن تقيد الحرية الفردية فاسحة المجال لمصلحة المجتمع.

وأهم صور هذه القيود ما لجأت إليه التشريعات من فرض الالتزام بمساعدة الغير في حالات عديدة ومختلفة وبقدر يتفاوت من تشريع إلى آخر.

وما وجه من نقد إلى رأي بعض الفقه أنه وسع في نطاق المسؤولية، إذ لم يكتف بالقول بقيامها عند الإخلال بالالتزام إيجابي قانوني بالعمل، بل تعدى ذلك وجعل قيام هذه المسؤولية بمجرد الإخلال بالالتزام إيجابي بالعمل، ومتى كان الممتنع قادرا على منع الضرر ، ولو كان التزامه مجرد التزام أدبي.

المطلب الثاني

في الاتجاه التقليدي في مصر

1- حجج أنصار هذا الاتجاه : قد حصر جانب من الفقه المصري(2) مسؤولية الممتنع في الحالات التي يكون فيها إخلال بالالتزام فرضه القانون بنص خاص.

(1) — أنظر في عرض رأي هذا الفريق ، سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة 138، وانظر أيضا مازو وتلك : المرجع السابق ، فقرة 526.

(2) — أنظر السنهوري : الوسيط ، ج1، فقرة 904 و 905 ، ص 1279 - 1282 ، والموجز في النظرية العامة للالتزامات، ج1 ، طبعة 1938، فقرة 418.

— مصطفى مرعي : المسؤولية المدنية ، فقرة 53 . أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام ، طبعة 1962، فقرة 655. أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الطبعة 2 ، سنة 1954 ، فقرة 429، ص 406.

أما الأسانيد التي اعتمد عليها فتتمثل في أن الواجب العام المفروض بالقانون هو عدم الإضرار بالغير وذلك بالقيام بعمل إيجابي مشروع، أما حيث يكون الامتناع مجردا وهي حالة عدم صدور أي نشاط من الممتنع يكون له دخل في إحداث الضرر، ففي هذه الحالة لاتقوم مسؤولية الممتنع إلا إذا فرض القانون التزاما محددًا بالتدخل، أما المفهوم العام بوجود مساعدة الغير أو إغاثتهم عند الحاجة فتبقى ضمن مجال الأخلاق ، ولكي تكون هناك مسؤولية لا بد من فرض التزامات قانونية تقوم مباشرة على نصوص قانونية⁽¹⁾ وهي مذكورة في القانون على سبيل الحصر⁽²⁾، وفي هذه الحالة نشأت الالتزامات التي مصدرها هو النصوص التشريعية وهي بالتالي المصدر الوحيد⁽³⁾.

وعليه فإذا لم يتدخل المشرع ويفرض إلزامية مساعدة الغير في حالة معينة وبذا فلا يمكننا مساءلة الممتنع قانونيا بل يدخل ذلك في إطار قواعد الأخلاق والمروءة غير الملزمة لأحد⁽⁴⁾، لأن الأصل أن الشخص ملزم بالامتناع عن التسبب في أذى الناس ، وليس ملزما بمنع الأذى عنهم⁽⁵⁾. ونجد أن محكمة النقض المصرية قد أيدت وسايرت هذا الاتجاه في بعض أحكامها.

2- دحض هذه الحجج :

وقد انتقد هذا الرأي على أساس وجود مصادر أخرى للقانون غير التشريع وهي المصادر الاحتياطية الأخرى، كالعرف ومبادئ القانون الطبيعي والعدالة والاجتهاد، فبالرغم من عدم وجود نص تشريعي يفرض التزامات فيمكن سد هذا الفراغ واللجوء إلى بقية مصادر القانون غير التشريع، وبالتالي تصبح تلك الالتزامات قانونية وليست فقط أدبية وأخلاقية .

بعد أن إنتهينا من البحث الأول نتساءل عن موقف الفقه الحديث بالنسبة لخطأ الإمتناع المجرد ، وهذا ما سنتناوله في مبحث ثان.

(1) — السنهوري : الوسيط ، ج 1 ، فقرة 904 و 905 .

(2) — السنهوري : الموجز ، ج 1 ، فقرة 418 .

(3) — السنهوري : الوسيط ، ج 1 ، فقرة 902 و 1278 .

(4) — أحمد حشمت أبو ستيت : المرجع السابق ، الفقرة المذكورة .

(5) — مصطفى مرعي : المرجع السابق ص 34 .

المبحث الثاني

خطأ الامتناع المجرد حسب الاتجاه الفقهي الحديث

خلافاً لما ذهب إليه الاتجاه التقليدي في نظريته لخطأ الامتناع المجرد، فإن الفقه الحديث قد وسع في مجال هذا الخطأ، بحيث لم يقصره في مجال الإخلال بالالتزام منصوص عليه قانوناً بل تعداه إلى جعله كل إخلال بالالتزام قانوني بعمل سواء كان منصوص عليه أو أمكن تحديده بغير نص. لكن الفقهاء اختلفوا في المعيار الذي بموجبه يتم تحديد الالتزام القانوني بعمل وانقسموا في ذلك إلى خمسة آراء وهي :

الرأي الأول : نرى أن فريق يحدد هذا المعيار باللجوء إلى قواعد الأخلاق، والثاني على أساس سلوك الرجل اليقظ والعادي، والثالث على أساس الموازنة بين المصالح المتعارضة، والرابع على أساس المقابلة بين الحقوق المتصادمة، والخامس يلتجأ إلى مصادر القانون الاحتياطية. وكل هذه الآراء ستكون محل دراسة وتحليل في المطالب الخمسة التالية :

المطالب الأول

تحديد الالتزام القانوني بعمل باللجوء إلى قواعد الأخلاق

ويتمثل رأي فقهاء هذا الاتجاه في أن الالتزام القانوني بعمل بإمكانه أن ينشأ من الواجب الأخلاقي لأن الكل مفروض عليه أخلاقياً أن يحترم القواعد الأساسية للحياة الأخلاقية والاجتماعية، ومن أبرز الفقهاء الذين تبناوا هذا المفهوم نجد منهم "بلانيول" و"ريبير" و"اسمان"، ونتيجة لذلك فإن كل امتناع عن عمل تفرضه الأخلاق ومصحوب بنية الإضرار يعد خطأ⁽¹⁾ يستوجب قيام المسؤولية .

وقد أكد "سافاتييه" هذا أيضاً بنظرته إلى أن الواجب الأخلاقي يمكن أن يكون مصدراً للالتزام الإيجابي بالتدخل، كالاتزام بعدم تعمد الإضرار بالغير⁽²⁾.

(1) — أنظر بلانيول وريبير وإيسمان : المرجع السابق ، ج 6 ، فقرة 508.

(2) — أنظر سافاتييه : المرجع السابق ، فقرة 42، ص 57، وانظر أيضاً بحثه المنشور بالمجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة 1932، ص 417 و 418. تحت عنوان : " Régles Générales de la Responsabilité "

وفي هذا الاتجاه أيضا نجد أن الفقيه " بوسك " ذهب إلى أن الأخلاق والعادات الحسنة⁽¹⁾ يمكن أن تكون مصدرا للالتزام الإيجابي بالعمل.

- نقد هذا الرأي . ومما يوجه من نقد لهذا الرأي أن المسؤولية الأدبية حدودها شاسعة، وإذا اعتبرنا أن كل إخلال بواجب أخلاقي يعد خطأ فإننا نوسع في نطاق المسؤولية، لأن دائرة الأخلاق تتسم بالمرونة والاتساع، وفي المقابل فإن القانون يجب أن يكون طابعه الحسم والتدقيق، وفي هذا الإطار نجد مقولة للفقيه " بينتام " تؤكد هذا المعنى، إذا كانت دائرة الأخلاق ودائرة القانون متحدتان في المركز فإن لكل منهما محيطا مستقلا⁽²⁾.

كما أنه من بين المآخذ التي توجه إلى هذا الاتجاه أنه باعتداده على الواجب الأخلاقي فإنه يوسع في القواعد التي يعتمد عليها في تحديد المسؤولية، ولأن احترام القواعد الأساسية للحياة الاجتماعية مجالها واسع وغامض فيصعب معه التحديد والتدقيق مما يؤدي إلى تحكم القضاء⁽³⁾ وتناقض أحكامه، وتصبح معه مسؤولية الممتنع في البلد الواحد محكومة بوجهات نظر مختلفة لابقواعد ثابتة ومحددة وهو ما يمس بمصادقية العدالة.

إضافة إلى ذلك فقد عيب رأي هذا الاتجاه تأسيسا على أنه اعتمد على استدلال خاطئ وهو أن نية الإضرار بالغير يعد إخلالا بالتزام إيجابي بالتدخل، والحقيقة أن توافر قصد الإضرار بالغير لا يعد كذلك ، وإنما هو إخلال بالتزام بمناسبة عمل وهو الالتزام بحسن نية، وأن امتناع المرء عن مساعدة الغير دون أن يكون ملزما بذلك قانونا لا يجعله مخطئا ، أي بعبارة أخرى فإن امتناعه ذلك لا يعد خطأ.

وإذا كان هذا الامتناع تصحبه نية الإضرار بالغير فإن هذه النية لن تجعله خطأ في ذاته، وإنما بتوافرها نكون أمام قيام خطأ مستقل عن الامتناع وهو ما يمكن تسميته بخطأ النية في الامتناع " Faute D'intention dans L'abstention " وهو من أهم صور الخطأ التي تأسست عليه نظرية التعسف في استعمال الحق، وعلى أساس هذا فإنه لا يفترض حتما وجود التزام إيجابي بالتدخل لقيام

(1) — أشار إليه مازو وتنك : المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 539 ، ص 616.

BOSC : ESSAI Sur les éléments Constitutifs du délit Civil, P 19 - 20.

(2) — أشار إلى فكرة بنتام كولان وكابيتان : المرجع السابق ، طبعة 5 ، ص 2 حيث جاء ما يلي :

- Mais Suivant la Formule Célèbre et Maintes Fois Citée de BENTHAM : Le Droit et la Morale , S'ils ont le même Centre , N'ont Pas la même Circonférence.

(3) — إذ سيفضي الإلتجاء إلى قواعد الأخلاق إلى منحهم سلطة واسعة للتقدير .

— أنظر في هذا المعنى فروماجر : المرجع السابق، ص 82.

المسؤولية عن الامتناع المصحوب بقصد الإضرار بالغير ، وإنما يكفي توافر خطأ النية والذي يعد تعسفا في استعمال حق الامتناع وبالتالي يكون أساس المسؤولية هو الخطأ وحده دون حاجة إلى إخلال بالتزام قانوني بعمل .

المطلب الثاني تحديد الالتزام القانوني بعمل على أساس معيار الرجل العادي أو اليقظ

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الامتناع يعد خطأ قياسا على سلوك الرجل اليقظ Avisé أي الرجل العادي(1) Ordinaire ، فكلما كان سلوك الممتنع مخالفا لسلوك الشخص اليقظ(2) أو الشخص العادي عد امتناعه خطأ، وفي المقابل إذا إتفقا في السلوك انتفى الخطأ وانتفت معه المسؤولية، ويضربون أمثلة عديدة لحالات يمكن أن يتوافر خطأ الامتناع اعتمادا على هذا المعيار ومن هذه الأمثلة : حالة الطبيب الذي يمتنع عن توليد امرأة على سفينة بحجة أنه غير أخصائي في الولادة(3)، أو حالة الطبيب الذي يوجد في منطقة منعزلة ويرفض زيارة مريض لا يستغنى عن تدخله، أو صاحب الفندق الذي يقع في منطقة نائية ويرفض استقبال مسافر مريض أو جريح في حالة تنذر بالخطورة، وكذلك سائق السيارة الذي يجد جريحا في الطريق العمومي ويواصل سيره ممتنعا عن إيصاله إلى أقرب مركز للإسعاف من مكان الحادث، ومنه أيضا من يحضر حادثة شخص مشرف على الغرق ويمتنع عن إمداده وإلقاء طوق النجاة لنجدته، أو الشخص الذي يمتنع عن التصريح بالمعلومات التي تفيد في اكتشاف المجرم الحقيقي وتبرئة ساحة المتهم، خاصة إذا كانت العقوبة هي الإعدام(4).

ففي أمثلتنا هذه كلها ما كان الرجل العادي أو اليقظ ليترك الأمر على حاله ويمتنع عن التدخل عن القيام بعمل لو كانت الظروف الخارجية مشاهمة لتلك المحيطة بالممتنع.

(1) — أنظر : Salle de la Marniere , Note Sous Poitiers , 12/11/1935 , DH 1936 - 2- 25.

— وانظر أيضا مازو وتنك : المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 540 ، ص 617 ، ويميل إلى هذا الرأي في الفقه المصري، حسن زكي الأبراشي : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، رسالة من القاهرة ، ص 249.

— محمد فائق الجوهري : المسؤولية الطبية في قانون العقوبات : رسالة من القاهرة ، 1951 ، ص 393 .
(2) — أنظر روديير : المرجع السابق، فقرة 1404 ، ص 36 - 37. وقرب من ذلك سليمان مرقس : المرجع السابق (المسؤولية) فقرة : 141 .

(3) — مارسيليا 19838/02/10 ، سيرى 1938 - 2 - 53 .

(4) — نقض جنائي 17 يونيو 1853 ، دالوز 1853 - 5 - 414 ، السابق الإشارة إليه .

ولنأت الآن بأمثلة أخرى وتطبيقا للمعيار نفسه ينتفي فيها خطأ الامتناع ، ومن بينها حالة الطبيب الذي يمتنع - في مدينة وفي وقت غير متعذر فيه التحصل على طبيب آخر - عن عيادة مريض وزيارة مريض لاتستوجب حالته تدخلا عاجلا ، وكذلك حالة الشخص الذي يحضر واقعة ارتكاب جريمة استعملت فيه القوة المسلحة، ولكنه يمتنع عن الاستنجاد بالغير لمنع الجريمة خوفا من التعدي على حياته إن هو استغاث أو قام بأي حركة تزعج مرتكبي الجريمة(1)، فهذه الأمثلة استعان بها أصحاب هذا الاتجاه ليبينوا خطأ الامتناع اعتمادا على معيار الرجل العادي، لأنه في هذه الحالة ما كان الرجل العادي ليقدم على العمل الذي أحجم الممتنع عن القيام به ، وبالتالي تنتفي المسؤولية.

وتبعاً لذلك يعد الامتناع الناتج عن إخلال بواجب من واجبات المروءة خطأ يستوجب قيام المسؤولية إذا كان الرجل العادي لا يمتنع عن القيام بهذا الواجب(2).

- أثر التشريع والعرف في تحديد مسلك الرجل العادي

قد يحدد مسلك الرجل العادي ووفقا لوجهة نظر أنصار هذا الرأي بواسطة الالتزامات التي توجب على الشخص القيام بعمل ما سواء كان منصوصا عليه تشريعا أو مقررا عرفا، وذلك أن الرجل العادي يطبق التشريع ويتبع ما فرض عليه من التزامات محددة(3).

وقد انتقد هذا الاتجاه على أساس أنه فسر الماء بالماء ، إذ أنه بتبنيه لفكرة أنه كلما كان هنالك انحراف في السلوك عما يجب أن يتخذه الرجل العادي كان هناك توافر خطأ الامتناع ولكنه في المقابل لم يبين متى يكون هناك انحراف في السلوك(4).

كما أن هذا المعيار وهو سلوك الرجل العادي لا ينشئ التزاما، وإنما يبين حدود التزام قائم فعلا ، وذلك لأنه يوزن ويقاس به السلوك الذي يفترض أن القانون قد حدد نوعه سلفا دون أن يتيسر ويتسنى له تحديد مداه، وسبب ذلك أن هذا التحديد مرتبط بوضعية كل حالة وظروفها،

(1) — أنظر سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة 141 ، ص 286 - 287 .

(2) — أنظر مازو وتنك : المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 541 ، ص 617 .

(3) — أنظر مازو وتنك : المرجع السابق ، ج 1 ، فقرة 416 و 439 ، ج 2 ، فقرة 1326 .

(4) — ROBERT BOUILLENNE : La Responsabilité Civile extra - Contractuelle Devant L'évolution du Droit , Bruxelles et Paris , 1947 , N°207 , P 192 .

— وانظر أيضا : ديليانيس : الرسالة السابقة ، فقرة 163 ، ص 221 .

ونظرا لتنوع الظروف وتباينها فإن الممتنع يقاس بسلوك الرجل العادي في مثل ظروفه الخارجية⁽¹⁾ أو في مثل ظروفه البارزة والظاهرة⁽²⁾.

ونجد أن معيار الرجل العادي قد لعب دورا واضحا في تحديد المسؤولية خاصة عن الامتناع بمناسبة عمل، لأن الالتزام في هذه الحالة هو الالتزام العام باليقظة والتبصر في القيام وأداء هذا العمل حتى لا يتسبب في إيذاء الغير وإلحاق الضرر بهم، والالتزام في وضعنا هذا لا يمكن تحديده إلا نوعيا وليس كميا والوسيلة المتبعة في ذلك هي اليقظة والتبصر التي تؤدي إلى اتخاذ الاحتياطات اللازمة وبالتالي يتمكن الرجل العادي بواسطتها من تفادي وقوع الضرر.

وعليه فإن الدور الذي يلعبه هذا المعيار هو دور هدفه التحديد القيمي للالتزام هو قائم أصلا ولا يتعدى إلى المشاركة والمساهمة في تكوين وإنشاء التزامات ، وبما أنه من العسير تصور قيام التزام عام لمساعدة الغير أو لمنع الضرر عنهم ، فإن هذا المعيار معيار الرجل العادي لا يصلح اعتماده في دائرة الامتناع المجرد لأنه لا يلجأ إليه إلا لتعيين مدى الالتزام وهو قائم فعلا.

وهناك أمثلة تؤكد لنا هذا المعنى التي تجعل من معيار الرجل العادي وسيلة لتحديد التزام منصوص عليه قانونا وليس وسيلة لخلق التزام، ومن هذه الأمثلة التي أحال فيها المشرع للاعتماد على هذا المعيار التزام الفضولي بأن يبذل في القيام بالعمل عناية الرجل العادي والمودع يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل العادي والحارس يبذل عناية الرجل العادي في المحافظة على الأموال المعهود إليه حراستها.

(1) — يتصور البعض الرجل العادي أو اليقظ — الذي يقاس مسلكه مسلك المسؤول — محوطا بظروف هذا الأخير الخارجية أي الظروف العامة التي تتناول جميع الناس ولا تتعلق بشخص المسؤول أو خصائصه أو مميزاته الطبيعية أو المعنوية، فهذه الظروف الشخصية تعد ظروفًا داخلية لا تدخل في الاعتبار ... إلخ.
— أنظر مازو : المرجع السابق ، ط2، ج1، فقرة 439، ص 423، وأيضا السنهوري : الوسيط ، ج1 ، فقرة 529 ، ص 782 وما بعدها.

(2) — يفضل الدكتور سليمان مرقس : الإعتداد بالظروف الظاهرة للمسؤول لابطورفه الخارجية لأن الاعتداد بهذه الأخيرة وحدها يؤدي في بعض الظروف إلى حلول تصدم الذوق والضمير، أنظر في نقد فكرة الظروف الخارجية وتفضيل فكرة الظروف الظاهرة عليها، سليمان مرقس : المرجع السابق (المسؤولية)، فقرة 114، ص 235، وفقرة 126، ص 253 وما بعدها.

المطلب الثالث تحديد الالتزام القانوني بعمل على أساس المصالح المتضاربة

نجد أن من أهم الفقهاء الذين تبناوا هذا الرأي الفقيه "ديليانيس"، الذي يتلخص رأيه في أن إلزام شخص بالقيام بعمل معين يمس بحريته الفردية أكثر مما يمس به إلزامه بالامتناع عن عمل، ويعطي مثالا على ذلك بقوله أن إلزام شخص يقود زورقا بتقريبه إلى شخص آخر يغرق لمسافة عدة أمتار ، هو إلزام محتو على قيد أشد في حالة منع الشخص نفسه من إبعاد ذلك الزورق عنه⁽¹⁾. وعليه فالالتزام بعمل يتطلب تدخلا من الشخص ويخرجه من العزلة والسلبية ويدفعه إلى بذل جهود أكثر وتضحيات إيجابية ، وهو عكس الالتزام بالامتناع عن عمل الذي يقتصر فقط على تقييد حرية الشخص للقيام بعمل.

ويضيف "ديليانيس" أنه إذا كان الالتزام بالعمل أكثر تقييدا للحرية الفردية فإن هذا وحده غير كاف لتبرير " حق الامتناع " بل لابد من إيجاد اعتبارات أخرى أكثر عمقا لتبرير هذا الامتناع، وأهم هذه التبريرات هي الاعتبارات المتعلقة بتقدير ووزن المصالح المتعارضة. وأنه إذا كان القانون يسمح أصليا لشخص بالامتناع عن مؤازرة الغير ورد الاعتداء على مصالحهم فإن سبب ذلك يرجع لاعتبارات أن تلك المصالح أقل أهمية وشأنا من مصالح الممتنع في عدم المساس بأمواله وطمأنينته وعدم تعريضهما للخطر إن هو تدخل لصالح الغير .

وعليه تكون الحرية للشخص في أن يتدخل أو يمتنع⁽²⁾، ويكون ذلك بمحض إرادته ومن ثمة فإذا كانت مصالح الضحية المعرضة للخطر تفوق في أهميتها مصلحة الممتنع فإنه يقع على هذا الأخير الالتزام بعمل، وبعبارة أخرى فإن هذا الالتزام ينشأ من الموازنة المستنتجة من تقدير قيم المصالح المتعارضة⁽³⁾.

وكما نعرف فإن فكرة الموازنة بين المصالح المتضاربة هي من الأفكار التي تعتمد عليها نظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك لأنه إذا غلبت مصلحة الغير المعرض للخطر على مصلحة الممتنع

(1) — أنظر ديليانيس : الرسالة السابقة ، فقرة 162، ص 218، وعكس ذلك : هازو وتك : المرجع السابق ، ج 1، فقرة 529 و 611.

(2) — أنظر ديليانيس : الرسالة السابقة ، فقرة 162، ص 219 و 220 .

(3) — أنظر ديليانيس : الرسالة السابقة ، فقرة 163، ص 221، حيث يقول :

Une Pareille Obligation existe a la Charge d'une Personne Toutes les Fois Que Les Interets en Danger de la Victime - Comptenu de la Gravité ...

فإن هذا الأخير يعد متعسفا(1)، ومسؤوليته في هذه الحالة تقام على أساس هذه النظرية وليس على أساس خطأ الامتناع المجرد(2).

المطلب الرابع تحديد الالتزام بعمل عن طريق المواجهة بين الحقوق المتصادمة

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الالتزامات القانونية يمكن تحديدها بواسطة أسلوبين متكاملين أولهما أن يكون ذلك عن طريق نصوص معينة يفرضها القانون، وهناك طريقة ثانية وفي حالة انعدام النص القانوني فتكون عن طريق المقابلة بين الحقوق المتصادمة، ويقوم بذلك القاضي ووسيلته في ذلك الفصل في التعارض بينها وبين الواجبات المقابلة لها، إذ أن كل حق يقابله واجب مفروض على الجميع احترامه، عدا صاحب الحق(3)، والنتيجة تكون بتغليب الحق الأقوى على الحق الأضعف.

ويعتمد في تقرير أهمية الحقوق المتصادمة والواجبات المقابلة لها على معيار الرجل العادي المتعرف على مسلكه بواسطة الاستعانة بالعرف والعادات. وفي حالتنا هذه يقدر سلوك المتعاقب اعتمادا على مسلك الرجل العادي(4).

ومما يزيد في تمسك أصحاب الرأي القائل بأن الالتزام القانوني يحدد عن طريق فكرة الواجب المقابل لكل حق هو أن هذه الفكرة فكرة منطقية ومبسطة، وذلك لأن إنشاء الحق يقتضي بطريق

(1) — طبقا لما ذهب إليه القانون المدني المصري ، أنظر المادة 5 فقرة ب .

(2) — نعني بذلك أنه يمتنع على القاضي استخلاص التزام بعمل بموجب هذا المعيار، ولايتعارض ذلك مع إمكان استهزاء المشرع به عند اتجاهه إلى فرض التزام بعمل، وعندئذ تكون فكرة الموازنة بين المصالح هي حكمة تقرير هذه الالتزامات وليست مصدرها، ومن ثم يقتصر دور القاضي في هذه الحالة على التحقق من الإخلال بهذا الالتزام المقرر دون البحث على تقريره.

(3) — أنظر سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة ك 119، ص 241 وما بعدها، وانظر أيضا المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الرابعة 1961، فقرة 199 وما بعدها، ويطلق البعض على هذا الالتزام عبارة Obligation Universelle للدلالة على شموله للكافة في جميع أنحاء العالم، وانظر :

- ROGUIN (ERNEST) : La Science Juridique Pure, PARIS , Lausanne 1923 , Tome I , P 356.

— أشار إليه سليمان مرقس : المرجع السابق ، ص 424 .

(4) — أنظر سليمان مرقس : المرجع السابق (المسؤولية)، فقرة 141 ، ص 286 و 287 .

التلازم نشوء الواجب القانوني الذي يقابله⁽¹⁾، حيث الواجب المقابل لكل حق معين هو نتيجة قانونية حتمية لتقرير ذلك الحق.

ومن أهم تطبيقات هذه الفكرة هي صلاحيتها لتحديد الالتزامات السلبية التي تفرض على الجميع عدم المساس وعدم الاعتداء على حقوق الغير ، وبما أن الاعتداء على الحق يعد اختراقا لمجال هذا الأخير، لذلك كان لزاما أن يحمي القانون كيان هذه الحقوق ويقررها ويمنع بذلك، وكقاعدة عامة كل اعتداء عليها وبهذا الالتزام المقابل للحق تتحقق له الحماية القانونية.

ولنحاول الآن أن نرى مدى صلاحية هذه الفكرة لتحديد الالتزامات الإيجابية، ولنضرب مثالا على ذلك لكي تكون الأمور أوضح، وليكن هذا المثال على أهم الحقوق وهو الحق في الحياة، فنفرض أن تاجرا استدرج بائع ذهب إلى متجره ثم قتله قصد الإستلاء على ذهبه ومجوهراته، وقد تمت الجريمة بحضور ومعاينة العمال بالمحل، ولكنهم امتنعوا عن إغاثة القتيل رغم استنجاده بهم وتوسله لهم⁽²⁾.

ففي حالتنا هذه فإذا كان القانون لم يفرض تدخل الغير بنص قانوني، فمعنى ذلك أن للعمال الحق في الامتناع ، ولكن يمكن استخلاص التزام قانوني بالتدخل لمساعدة الضحية اعتمادا على معيار آخر ، وهو أن حق العمال في الامتناع على مساعدة المحمي عليه يصطدم بحق أقوى منه وهو حق صاحب محل المجوهرات في الحياة .

فهذا الحق الأقوى يتولد عنه واجب تجاه الغير بالتدخل للمساعدة وما يجدر الإشارة إليه في هذه الحالة بالذات هو ضرورة فرض الالتزام بالتدخل بصفة مستقلة عن الحق ذاته، وأن الالتزام بالتدخل لا يكون إلا إذا فرضه القانون بصفة مستقلة كذلك عن هذا الحق . وعليه فإنه لما يفرض القانون التزاما بالتدخل للمحافظة على حق معين فإنه ينشأ على هذا الالتزام بدوره " حق في المحافظة على هذا الحق " .

وخلاصة القول فإن الامتناع عن التدخل لا يعد مساسا بالحق ذاته وإنما هو مساس " بالحق في المحافظة عليه " .

(1) — أنظر سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة 123 ، ص 286 .

(2) — وقعت أحداث هذه الجريمة (المعروفة بقضية موسستينو) في فرنسا سنة 1927، وقد ذكرها كوهان في رسالته نقلا عن الصحف ، أنظر كوهان : الرسالة السابقة ، فقرة 69 ، ص 198 .

وما يمكن قوله أن هناك فروقا بين الحق ذاته والحق في المحافظة عليه، فالتفرقة بين هذين المفهومين هي التي ترشدنا لمعرفة الطبيعة الخاصة للامتناع وبذلك تتجلى بفضلها كل الغموض والألغاز التي تكتنفه(1).

وخلاصة ما يتوصل إليه اعتمادا على هذا الرأي أنه لا يمكن تحديد أي التزام بعمل على أساس المقابلة بين الحقوق المتصادمة.

المطلب الخامس تحديد الالتزام بعمل اعتمادا على المصادر الاحتياطية للقانون

اعتمدت بعض الاتجاهات الفقهية على المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون لتحديد بعض الالتزامات بعمل، وكما نعرف فإن كل المصادر ما عدا التشريع هي مصادر احتياطية يلجأ إليها القاضي عندما لا يجد الحل المطلوب بواسطة نصوص التشريع.

وأهم مصدر احتياطي هو العرف أو غيره فهو موضع خلاف بين البلدان ، ففي البلاد الأنجلوسكسونية مثلا يعتبر القضاء من أهم المصادر للقانون، فيما يعتبره القانون السويسري أحد مصادره فقط(2)، عكس فرنسا(3) التي تعدده مصدرا احتياطيا والسبب في ذلك أن القضاء — كالفقه — هو مصدر مفسر للقانون وليس منشئا له ، وذلك لكي لا تتداخل وظيفة السلطة القضائية مع السلطة التشريعية ، لأن مهمة الأولى هي تفسير القانون الذي تصدره الثانية وليس إنشائه، وهذا ما يميل إليه كذلك الفقه المصري(4)، وأيده المشرع الجزائري بأن نص في الفقرة

(1) — ففي ضوء هذه التفرقة يمكن أن تزداد يقينا بالصلاحية السببية للامتناع حيث يبدو بوضوح سببا لنتيجة مستقلة عن "المساس بالحق ذاته" تتمثل في "المساس بالحق في المحافظة عليه" وإن كانت النتيجة متعادلتان من الوجهة المادية، ولعل هذا التعادل هو الذي يفسر الاتجاه السائد نحو المساواة في العقاب على الجريمة بين وسائل ارتكابها إيجابية كانت أم سلبية ما دام يوجد في الحالة الأخيرة التزام قانوني بالتدخل يتولد عنه الحق المعتدى عليه بطريق الامتناع وهو الحق في المحافظة على حق معين، مثلما يوجد في الحالة الأولى التزام قانوني بالامتناع عن الاعتداء على الحق ذاته ، ولأن هذا الأخير يولد مع الحق كنتيجة حتمية لتقريره .

(2) — إذ تنص المادة الأولى منه في فقرتها الثانية، على ما يلي :

« A défaut d'une disposition légale applicable , le juge Prononce Selon le Droit Coutumier et a défaut d'une Coutume, Selon les Régles qu'il établirait s'il avait a Faire Acte de Législation ».

(3) — **PLANIOL RIPERT et BOULANGER** : Traité élémentaire de Droit Civil , Tome I, 5ème edition , 1950 , N° 109, P 48.

(4) — أنظر عبدالرزاق، وأحمد حشمت أبو ستيت : أصول القانون ، طبعة 1950، ص 142. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية ، 1952، فقرة 175 . عبدالحى حجازي : المدخل للعلوم القانونية ، طبعة 1963، فقرة 224، ص 201 وما بعدها.

الثانية من المادة الأولى على أنه : " إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة". وهذا الموقف يتجلى من خلال آراء الفقهاء التالي ذكرهم :

1- رأي ديموج :

ولنحاول الآن أن نعرض لرأي "ديموج" في هذه المسألة، حيث نجد أن فكرته تتلخص في أن الالتزام القانوني بعمل قد يفرضه النص أو العقل لحد يستحسن معه أن يقرر القاضي التزاما قانونيا(1).

والظاهر أن أحذه بما يوحي به العقل ما هو إلا وسيلة الهدف منها الإفلات من جمود النصوص التشريعية وفتح الباب لتبني أفكار متطورة على تلك التي سبقتها ، ولم تكن بعد تدور بخلد المشرع وأنه تبعا لذلك يتعين على القانون مواكبة التطور فيما لم تتناوله نصوصه من مسائل، وعليه يرى "ديموج" حيث لا توجد نصوص تشريعية فإن القاضي يستطيع أن يفسح النطاق لفكرة الالتزام الإيجابي وذلك عن طريق العقل، وبدأت هذه النظرة تفرض نفسها رويدا بتغليب فكرة الوظيفة الاجتماعية للفرد على فكرة الحرية الفردية(2). حتى يقتنع القضاة بأنها ترقى إلى مصاف الالتزام القانوني.

والسؤال المطروح الآن ما هي العلاقة بين فكرة ديموج وفكرة القانون الطبيعي ؟.

بتبني "ديموج" لفكرته المبنية على العقل فإنه بذلك يقترب من فكرة القانون الطبيعي التي هي عبارة عن مجموعة المبادئ التي يوحي بها العقل القويم والتي تقاس بها الأعمال هل هي ظالمة أم عادلة طبقا لاتفاقها مع العقول(3)، ومع أنه يرى أن العقل وسيلة مكتملة لنقص ما في التشريع وذلك بسبب التطور الحاصل ، ولكنه لا يعتبر المبادئ التي يوحي بها العقل مبادئ ثابتة لاتتأثر بتغير الزمان والمكان ، بل بالعكس يرى أن العقل أداة مرنة تساعد القاضي في مواكبة التطور ، وهذا ما يجرنا إلى إثارة فكرة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير (Droit Naturel a Contenu

(1) — أنظر ديموج : المرجع السابق ، ج 3 ، فقرة 258 ، ص 435 ، حيث يقول :

Cette Obligation (Obligation d'agir) Peut etre Consacrée Par Un Texte ou Par la Raison a tel Point que les Juges Estiment bon D'en Faire Une Obligation Juridique .

(2) — أنظر ديموج : المرجع السابق ، ج 3 ، فقرة 261 ، ص 440 .

(3) — وذلك طبقا لتعريف جروسيسوس للقانون الطبيعي إذ يقول :

Le Droit Naturel est Uné Règle qui Nous est Suggérée Par la OROKRUS, jure Belli et Pacis (Droit de guerre et Paix L , 1ch 1 et 10 Droit et Raison ...

— وأشار إليه السنهوري و أبو ستيت : أصول القانون ، ص 449 . سليمان مرقس : المدخل ، فقرة 163 .

Variable) (1) وهي الفكرة التي ترى في القانون الطبيعي مثلاً أعلى يكشف عنه العقل البشري ، وهو الذي يوجه المشرع ويستعين به القاضي بعد أن يلهمه، وأن مضمون هذا المثل الأعلى يتغير ليتلاءم مع الظروف الحاله سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية ، مما يكسبه صلاحية دائمة ومتواصلة لمسيرة التطور.

والنقد الموجه لهذا الرأي وهذا الاتجاه يكمن فيما يلي: على الرغم من أن القانون الطبيعي يعتبر مصدراً رسمياً احتياطياً في بعض التشريعات الحديثة إلا أنه يؤخذ على هذا الرأي أنه جعل العقل أو القانون الطبيعي يحتل المرتبة الموالية للتشريع مغفلاً ومتجاهلاً بذلك العرف رغم دوره في تعيين بعض الالتزامات الإيجابية⁽²⁾، هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد وجه النقد لهذه الفكرة فكرة القانون الطبيعي لاتسامها بالعموض والإبهام فهي إذن فضفاضة تحتاج الضبط والتحديد.

وقد تنضح هذه الفكرة إذا قارنا بينها وبين فكرة الحق إذ أن القانون الطبيعي ماهو إلا المثل الأعلى للعدالة والذي ينحصر أثره في دائرة الحقوق الطبيعية التي تولد مع الشخص والذي يكفل عدم المساس بها والاعتداء عليها .

ووفقاً لهذا التصور لفكرة القانون الطبيعي فإن الحقوق الاجتماعية ومن بينها الحق في المساعدة لا يحكمها قانون طبيعي باعتبارها لم تولد مع الشخص وإنما هي حقوق مستحدثة يقرها المشرع بعد أن يفرض التزامات معينة بالتدخل فتتولد عن هذه الالتزامات حقوق في المساعدة، وعليه فإن الحق المستحدث لا يولد مع الشخص وإنما يتولد عن التزام قانوني بالتدخل لحماية حق طبيعي وبذلك يبدو جلياً وواضحاً الفرق الكبير بين الحق الطبيعي والحق المستحدث إضافة إلى أن الأول ينتج التزاماً سلبياً أما الثاني فهو يولد التزاماً إيجابياً وهذا يؤدي بنا منطقياً إلى إمكانية تعيين الالتزام السلبى بالالتجاء إلى القانون الطبيعي كون هذا الالتزام متولد عن حق طبيعي وفي المقابل فإن الالتزام الإيجابي يتعذر ويصعب تحديده اعتماداً على القانون الطبيعي لأن الحق في المساعدة ليس حقاً طبيعياً وإنما هو حق مستحدث ولا ينشأ ولا يولد مع الشخص وإنما يتقرر لما يفرض القانون التزاماً إيجابياً يتولد عنه هذا الحق.

(1) — أنظر سليمان مرقس : المدخل ، فقرة 165 .

(2) — فهو مثلاً يعتبر العرف أساس إلزام من في إمكانه تقديم دليل ضروري لإثبات حق .

2 - رأي بلانيول وريبير واسمان :

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن القضاء هو الذي يقع عليه عبء تعيين الالتزام الإيجابي بالعمل وذلك لأن القضاء يعتبر مصدرا رسميا احتياطيا للقانون(1).

النقد الموجه لهذا الاتجاه

ومن أهم ما وجه من نقد لهذا الرأي أن الاعتراف بإمكانية مساهمة القضاء في وضع و سن التشريع أمر يتعارض مع مبدأ هام ألا وهو مبدأ وجوب الفصل بين السلطات وخاصة بين السلطة القضائية والسلطة التشريعية .

ومن المآخذ كذلك التي وجهت لهذا الرأي تعارض وضع القاعدة القانونية من طرف القضاء مع أهم خصائص هذه الأخيرة وهي العمومية، لأن القاعدة التي يضعها القاضي تفصل وتقتصر فقط على نزاع خاص بمعطيات خاصة وبالتالي لا تصلح لأن تكون فارضة لنفسها للفصل مسبقا في نزاع آخر .

أضف إلى هذا كله أن التشريع بواسطة القضاء يمس كذلك بمبدأ قانوني هام ألا وهو " عدم جواز الجهل بالقانون " لأنه يجعله ظلما وجائرا وذلك لأن الاعتراف للقاضي بسلطة التشريع يجعل الشخص لا يمكنه العلم مقدما بالقانون والسبب في ذلك أن ارتباط القاعدة القانونية المستحدثة من طرف القاضي هي مرتبطة بتزاع معين وعدم إعلانها إلا بمناسبة تجعل الجميع جاهلا بها ولايتاح لهم العلم بها .

3 - فكرة كوهان :

وتتلخص فكرة "كوهان" في أن العدالة (L'équité) تعد مصدرا للالتزام الإيجابي بالعمل وذلك لأن مفهوم العدالة يجعل من الشخص حريص على عدم إهمال وعدم هدر مصالح الآخرين وتدعوه للعمل من أجل تجنبهم كل ما يلحقهم من ضرر بسبب الامتناع بل إنه يتوسع في فكرته ويقرر أن العدالة تأمر كل شخص وبدون حاجة إلى نص قانوني أو اتفاق(2) أن يعمل لصالح الغير.

(1) — وننقل فيما يلي الفقرة المعبرة عن اتجاههم :

Les Arrêts Pour Justifier le Sujet des Actions en Dommages - intérêts ont dit qu'il Faut Pour qu'il y ait

Faute ... etc.

— أنظر بلانيول وريبير واسمان : المرجع السابق ، ج 6 فقرة 508 ، ص 696 .

(2) — أنظر كوهان : الرسالة السابقة ، فقرة 38، ص 101 و 102 . حيث يقول :

Tout Une Règle d'équité qui Demande a Certaines Personnes de ne Pas Compromettre les interets Il ya Avant des Autres.

النقد الموجه لهذا الاتجاه

ومن الواضح أن "كوهان" يخلط بين العدالة و " محبة الغير " فمحبة الغير هي التي تستثير عواطف المروءة والبر فتدفع المرء بالتالي إلى التدخل لمساعدتهم ، أما العدالة فهي تقتصر على النهي عن الاعتداء على حق من حقوق الغير، لهذا كان منطقياً أن يجد الواجب السليبي العام بالامتناع عن الإضرار بالغير - مهما تنوعت التعبيرات عنه⁽¹⁾ سنده في فكرة العدالة⁽²⁾، وأن تقرر بالتالي " المسؤولية عن الإضرار بالغير، كقاعدة عامة ولو كانت العدالة تنصرف - كما يقرها كوهان - إلى إلزام كل شخص بالعمل لصالح الغير لا يستتبع بذلك وجود قاعدة عامة تقرر أيضا " المسؤولية عن عدم مساعدة الغير " ولم يعرف النظام القانوني مثل هذه القاعدة بعد لعدم وجود قاعدة قانونية تفرض الواجب العام بمساعدة الغير ، إلى جانب الواجب العام بعدم الإضرار بهم⁽³⁾.

ولعل التفسير المنطقي لذلك أن هذا الأخير يجد أساسه في فكرة العدالة، بينما لاتصلح هذه الفكرة أساساً للإلتزام بمساعدة الغير، مما يقطع بأن أساسه هو " محبة الغير " ، ولما كان القانون لا يأمر بهذه المحبة⁽⁴⁾، لهذا لم يتسع نطاقه لتقرير واجب عام بمساعدة الغير وإن أمكن فرض هذا الواجب في حالات محددة حيث يمكن تعيين شخص الدائن به فضلاً عن محله⁽⁵⁾.

نخلص من كل ما تقدم إلى أن العدالة بدورها لاتكفي لتعيين الإلتزام بعمل لصالح الغير لأن مثل هذا الإلتزام يجد أساسه في فكرة " محبة الغير " وهي فكرة أخلاقية بحتة لا يمكن أن تنتقل برمتها إلى دائرة القانون، ولا يتسع لها نطاقه إلا في حالات محدودة يرى فيها فرض الإلتزام الإيجابي.

بعد تعرضنا لكل من الاتجاه التقليدي والحديث، وللوقوف على مدى إمكانية الاعتماد على خطأ الامتناع المجرد كأساس للمسؤولية الممتنع من عدمه واستخلاص عدم كفايته في جميع الحالات يتعين علينا عرض التعسف في استعمال حق الامتناع كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع، وهذا ما سيكون موضع دراسة في الفصل الثاني .

(1) — إذ يعبر عنه البعض بأنه " الواجب أو الإلتزام العام بعدم الإضرار بالغير " ويطلق عليه فريق آخر " الواجب أو الإلتزام العام باليقظة والتبصر تفادياً للإضرار بالغير " ويحددها سليمان مرقس بأنه الواجب العام المقابل لكل حق والذي يفرض على الكافة الامتناع على المساس به.

(2) — ولهذا أمكن دون عناء تقرير المسؤولية عن خطأ الامتناع بمناسبة عمل سواء تمثل في عدم اتخاذ احتياطات قررها القانون أو تضمينها العقد أو تمثل في عدم اتخاذ احتياطات سواها ما دام من الممكن تعيينها بمعيار الرجل العادي في مثل ظروفه الخارجية أو الظاهرة والذي يلجأ إليه هنا لتعيين مدى التزام قائم هو الإلتزام العام بالامتناع عن الإضرار بالغير بما يستتوجه من اتخاذ كافة الاحتياطات الضرورية لمنع الاعتداء على حق معين والتي من المستحيل تحديدها سلفاً ، ما يجعل الإلتزاء إلى ذلك المعيار حتماً لتحديد مداها.

(3) — أنظر روبيير : القاعدة الخلقية في الإلتزامات المدنية ، ط3 ، 1935 ، فقرة 148 - 285 .

(4) — أنظر كولان و كاييتان : المرجع السابق ، ط7 ، فقرة 191 .

(5) — أنظر روبيير : المرجع السابق ، فقرة 148 ، ص 286 .

الفصل الثاني

التعسف في استعمال حق الامتناع كأساس قانوني⁽¹⁾ لمسؤولية الممتنع التقصيرية

قبل التعرض للتعسف في استعمال حق الامتناع كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع ، يتعين علينا إلقاء الضوء على نظرية التعسف في استعمال الحق بوجه عام. بعبارة أخرى أن التعسف في استعمال الحق يشمل الأفعال الايجابية والسلبية، أو الامتناع على حد سواء .

ومن الثابت قطعاً أن الخطأ هو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، والشخص قد ينحرف حينما يباشر رخصة قانونية، أو عندما يستعمل حقاً⁽²⁾.

وفي القرن الماضي كان رجال الفقه يفرقون بين الرخصة والحق في نشوء المسؤولية التقصيرية، فإذا انحرف الشخص عن سلوك الرجل العادي في استعماله الرخصة يكون ركن الخطأ متوافراً، أما عندما يستعمل حقاً فلا يتوفر ركن الخطأ إلا إذا جاوز حدود هذا الحق المرسومة، فإذا باشر حقه دون مجاوزة هذه الحدود فإنه لا يخطئ ولو أضر بالغير، ولو انحرف في استعمال حقه عن سلوك الرجل العادي، وحتى ولو كان مهملاً أو كان سيء النية في استعمال حقه.

فللخطأ على هذا الوجه صورتان : الانحراف في استعمال الحرية والخروج على حدود الحق، ولكن الشخص قد يستعمل حقاً دون أن يجاوز الحدود التي قررها القانون له، ومع ذلك يلحق بغيره ضرراً من استعمال حقه، فهل يتحقق الخطأ إذا لم يخرج الشخص عن حدود حقه، ولكنه تعسف في استعمال الحق؟⁽³⁾.

وقد اعتبر جانبا من الفقه الفرنسي، وعلى رأسهم الأستاذ " بلانيول Planiol " بأن كل تعسف في استعمال الحق هو في جوهره خروجاً عن الحق وحدوده، بعبارة أخرى أن الحق ينتهي حينما يبدأ

(1) — أنظر رويبر : المرجع السابق ، فقرة 148 ، ص 286 .

(2) — الرخصة هي الحرية المباحة للشخص في التصرف، كالتعاقد والتأليف والنشر ، ونحو ذلك من الحريات العامة التي كفلتها جميع الدساتير للأفراد، أما الحق فهو مصلحة معينة يحميها القانون، فالملكية حق، أما التملك رخصة.

— أنظر عبدالرزاق السنهوري : المرجع السابق ، بند 544 ، ص 1128.

(3) — كمن يلقي بعود ثقاب أو سجارة من شرفة مسكنه فيشعل حريقاً بمنزل جاره.

— أنظر جمال الدين زكي : المرجع السابق ، ص 514.

التعسف، ولا يمكن أن يوجد تعسف في حق "ما" لسبب لا يدحض يتمثل في أن العمل الواحد لا يمكن أن يكون في نفس الوقت مطابقاً للقانون أو مجافياً أو مخالفاً له⁽¹⁾.

والمواقع أن هذا النقد شكلي، وينصب على التسمية فقط لأنه يستقيم أن يكون العمل داخل الحدود الموضوعية للحق ومع ذلك يكون مخالفاً للقانون⁽²⁾.

فقد نظر رجال الفقه الحديث في هذه الصورة ورأوا فيها أن المسؤولية تتحقق وأطلقوا عليها اصطلاحاً هو التعسف في استعمال الحق، ذلك أن لكل حق غرض اجتماعي يسعى إليه، وحاجة اجتماعية يسعى إلى إشباعها، فإذا خرج استعمال الحق عن هذا الغرض الاجتماعي، فلا محل لوجوده، فالملكية كحق يجب أن تفسر على أنها ضرورة لمصالح الجماعة، خاصة المصالح الاقتصادية.

فإذا استعملها صاحبها ضد مصالح الجماعة فيجب أن يتغير نظام الملكية، وعلى أساس هذا التصور الصحيح لفكرة الحق ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحقوق، كحق الملكية، وحق فسخ عقد العمل، وحق التقاضي وغيرها من الحقوق .

وليست نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية حديثة، بل هي فكرة قديمة ظهرت في القانون الروماني وانتقلت منه إلى القانون الفرنسي القديم، ثم الحالي منه، وامتدت إلى القوانين الحديثة.

لقد كان من غلو الثورة الفرنسية في تأييد ونصرة مبادئ الفردية، أن سادت الروح الفردية فسعت إلى قيام الكيان التشريعي في تلك الحقبة على أساس فلسفي مبناه تسخير القوانين لحماية الفرد، واعتبار حق التملك من مستلزمات الطبع الإنساني، وكان من نتائج ذلك أن اختفت الفكرة التي تهدف إلى وجوب استعمال الحقوق حسبما تقتضي المصلحة الاجتماعية⁽³⁾، إلى أن قام القضاء الفرنسي متأثراً بموجبات التضامن الاجتماعي وما تستلزمه عوامل الحياة ورعاية الأخلاق بالحد من صرامة النصوص التي وضعت وليدة السيطرة الفردية، فتم إقرار بأنه لا يجوز استعمال الحقوق بما يتنافى والغرض الاجتماعي الذي منحت من أجله ÷ وإلا وجب تعويض ما يحدث من ضرر ، إذ يستحيل أن يكون الضرر هو المقصود من استعمال الحقوق، وقد أخذت

(1) — أنظر بلانيول : الوجيز في القانون المدني ، ج2 ، بند 871.

Trait de droit Civil, T2, N° 871.

(2) — أنظر عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص 1175

(3) — مجلة القانون المدني الفصلية 1902، ص 120.

مبادئ تلك النظرية في الانتعاش باسم العدالة والأخلاق، وعلى أساس الموازنة بين المصالح المتعارضة على ضوء ما يبين من الأنفع منها ، وقد ساعد على ذلك ما قام به الفقه من مقاومة قوية إزاء استعمال الحق على وجه يتضمن إساءة عمدية، أو ينطوي على استعمال غير عادي أو فيه ما يتعارض مع الغاية المقصودة من الحقوق، فكانت الثمرة هي استرجاع هذه النظرية لمكانتها واستقرت مبادئها في القوانين الحديثة.

أما في الفقه الإسلامي فقد استنبطت فكرة التعسف في استعمال الحق من الكتاب والسنة، وقد أقامت مبادئ الشريعة الإسلامية التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، فهي لا تعتبر الحق وظيفة اجتماعية خالصة، بل حافظت على العنصرين الفردي والجماعي في الحق، فطبيعة الحق في التشريع الإسلامي يتضمن العنصرين، فهو فردي واجتماعي في آن واحد(1).

فالحق في الشريعة الإسلامية هو منحة من الله سبحانه وتعالى، لتحقيق مصالح من أجلها شرع هذا الحق، ولذا فالأصل فيه التقييد، فالشارع الحكيم قرر للحق مصلحة اجتماعية لا فردية خالصة تؤكد روح التضامن والتكافل الاجتماعي.

وقد أسس تقييد الحق على قاعدة أن المصالح مقيدة في الأحكام ونظرية التعسف في استعمال الحق استوت على أصولها في التشريع الإسلامي منذ القدم وفي الفقه أيضا في شتى مذاهبه الاجتماعية والفردية.

ومن أحكام القرآن الكريم استمد فقهاء الشريعة الإسلامية أسس النظرية، فقد نهى الله سبحانه وتعالى عن التعسف في أكثر من موضع، خاصة بالنسبة لحق الإيصال والطلاق والتقاضي.

كما استمدوها من السنة النبوية الشريفة، خاصة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) ، فأقام الفقهاء على هذه الأسس نظرية عامة وتوسعوا في تطبيقها باستعمال الحق، وقد ازدهرت النظرية على أيدي فلاسة الشريعة الغراء.

والقواعد الفقهية في هذا الشأن كثيرة، ونشير إلى بعض منها : كالمشقة تجلب التيسير، أي أن الصعوبة والمضايقة توجب التسهيل والتوسيع، وأن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام، وأن درء المفاسد أولى من جلب المنافع.

(1) — أنظر في ذلك رسالة أحمد فتحي : في نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ورسالة فتحي الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، جامعة الأزهر، 1965.

وعلى هذا الأساس إذا غرس رجل أشجارا في أرضه فشغلت ببعض أصولها أو فروعها هواء أرض جاره فأضرت به ضررا بينا، فإن الغارس يكلف بتفريع هواء أرض غيره من فروع ما غرس، إما بشد الفروع بجبل إذا أمكن وإلا بالقطع.

وأما الحق المقرر للزوج من إيقاع الطلاق فهو ليس بمباح إلا عند الضرورة، ولا يتنافى حظر الطلاق ومشروعيته، وعلى هذا فإن جانب الحظر في الطلاق يرفع بالحاجة مثل الريبة أو سوء العشرة، أو تنافر الطباع، وهذه الحاجة هي أساس المشروعية، فإذا تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعا يبقى على أصله من الحظر، ويعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق في هذه الحالة لانعدام المقتضى الشرعي.

إن نظرية التعسف في استعمال الحق هي نظرية تبنتها وصاغتتها الشريعة الإسلامية منذ ألف وأربعمائة عام ولم يعرفها القانون الروماني ولا القوانين والأنظمة المنبثقة عنه، ولم يكشفها الفقه الفرنسي إلا في أواخر القرن الماضي، وعليه فلا غرابة في عدم استبعاد بأن يكون الفقه الإسلامي هو مصدر القوانين الغربية في التعرف على نظرية التعسف في استعمال الحق والتوسع في مجالها(1).

ونظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مؤسسة على القواعد التالية :

- 1 — استعمال الحق سلبا(2) وإيجابا يكون غير مشروع إذا قصد صاحبه بعمله إحداث ضررا بالغير، ذلك لأن الحق شرع لمصلحة معتبرة، والإضرار بالغير ليس مصلحة مشروعة.
- 2 — استعمال الحق لتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مطلقا مع الضرر الفاحش الذي يصيب الغير، ولو عن غير قصد صاحبه، لأن في هذه مناقضة لقواعد الشريعة التي تقضي بدفع الضرر، والأصل درء المفاسد مقدم على جلب المنافع.
- 3 — إذا أصاب المجتمع ضررا عاما، كما في حالة الاحتكار، ولو ترتب على ذلك تفويت مصلحة الفرد(3).

(1) — أنظر د. علي علي سليمان : الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الجزائري، مجلة الفكر القانوني، 1984، ص 133.

— د. بلحاج العربي : المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ، الجزائر ، 1992 ، فقرة 88.

(2) — ومثال استعمال الحق سلبا، كامتناع التاجر عن بيع السلعة احتكارا ، أو ينتظر حتى يبيعها للناس بسعر مرتفع وهم في حاجة إليها، فالامتناع هنا تعسفا للإضرار بالجماعة

(3) — فإذا كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة. القواعد للعز بن عبد السلام : ج 1، ص 83 مشار إليه في فتحي الدريني ، ص 38 .

وقد تأثرت التقنيات الحديثة، كالتقنين الفرنسي والدول العربية بهذه النظرية، وعلى رأسها التقنين المصري والجزائري، فبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص على النظرية في تشريعات كثيرة ومتفرقة، وقد حلى القانون الفرنسي من النص على نظرية التعسف كنظرية عامة. وباستقراء تطبيقات المحاكم الفرنسية لهذه النظرية، نجد أنها اعتمدت المعايير الحالية في أحكامها(1).

قصد الإضرار — انتفاء المصلحة في استعمال الحق — الاستعمال الطبيعي للحق واستعماله غير الطبيعي، ومطابقة الباعث على استعمال الحق أو عدم مطابقته للغرض الاجتماعي الذي وجد الحق من أجله، ونجد أن التأثير المتبادل بين الفقه والقضاء جعل المشرع ينص على النظرية في تشريعات كثيرة متفرقة، وقد أدانت محكمة استئناف "كولمار" في حكمها الشهير المؤرخ في 02 ماي 1855 مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة لحجب النور على جاره بناء على وجوب تقييد حق الملكية أو أي حقا آخر لتحقيق مصلحة حقيقية ومشروعة، وليس مجرد الاستجابة للرغبات الشريرة أو الشهوات الخبيثة(2).

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أفرد الباب التمهيدي لنظرية التعسف في استعمال الحق وجعلها نظرية عامة، ولم يضيفها في المسؤولية التقصيرية، لما لهذه النظرية من معنى العموم تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع، ودون إقامة هذه النظرية على غير أساسها القانوني، وهو أن التعسف في استعمال الحق ما هو إلا صورة من صور الخطأ التقصيري، وبذلك يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية، والمعيار المعتمد من قبل التقنين المصري هو معيار موضوعي مجرد، وهو الانحراف عن سلوك الرجل العادي(3).

ويرى أن التعسف يتحقق كلما استعمل المرء حقه استعمالا غير عادي، ويتوسع الفقه الذي يبني التعسف على معيار مادي، ويستبعد عنه فكرة الخطأ ويقيسه على إساءة استعمال السلطة في القانون الإداري، فمن يتعسف في استعمال حقه يعتبر كالموظف الذي يستعمل وظيفته في غير الغرض الذي أنشئت من أجله.

(1) — سليمان مرقس : محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، دار النشر للجامعات المصرية، 1958، ص 120 - 121 .

(2) — استئناف كولمار Colmar 02 ماي 1855، دالوز 1856 - 2 ، 9 .

(3) — فإذا هو انحراف حتى ولو لم يخرج عن حدود الحق، عد انحرافه خطأ يحقق مسؤوليته.

أما جانب من الفقه فيرى أن معيار التعسف معيار شخصي، يرجع إلى نية الإضرار بالغير، أو إذا استعمل الإنسان حقه دون أن يرمي إلى تحقيق منفعة ولو لم يقصد الإضرار بالغير، ولا يسأل إلا إذا كانت نية الإضرار ثابتة أو مفترضة، ويرجع التعسف في هذه الحالة إلى فكرة الخطأ التقصيري، فهو صورة من صور المسؤولية التقصيرية، غير أن بعض الفقه⁽¹⁾ يرى أن التعسف نظام مستقل بذاته معتمدا على عدة حجج منها :

أولا : لجوء عدة قوانين إلى فصل نصوص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية ولو اعتبر التعسف صورة من صور المسؤولية التقصيرية لأدراج ضمن نصوصها.

ثانيا : إذا كان التعسف صورة من صور المسؤولية التقصيرية، فما الفائدة من إفراد نصوص له، ذلك لأن النص بأن كل عمل خاطئ يضر بالغير يلزم مقترفه بالتعويض كافيا لاحتواء التعسف إذا كان مبنيا على الخطأ.

ثالثا : لقد هوجم الفقه التقليدي الذي جعل أساس المسؤولية التقصيرية هو الخطأ من نواحي عديدة، بحيث كادت أن تكون النتيجة هو انتفاء فكرة الخطأ والاستعاضة عنها بنظرية تحمل التبعية، وبنظرية الضمان، وأن التمسك بفكرة الخطأ في المسؤولية، وجعل معنى التعسف هو فكرة الخطأ باعتباره صورة من صور المسؤولية، سينجر عنه حتما بأن يكون مصير الخطأ في التعسف هو ذات مصير الخطأ في هذه المسؤولية.

رابعا : بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بشأن المادتين 4 و 5 نجد أنها تقول : " أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع ".

خامسا : إن التعسف في استعمال الحق مستمد في القوانين العربية من الشريعة الإسلامية التي تكون المسؤولية فيها مبنية على أساس موضوعي لا على أساس الخطأ⁽²⁾.

(1) — أنظر د. علي سليمان : النظرية العامة للالتزام، ومصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، ط3 ، 1993، ص 224.

(2) — أنظر د. علي سليمان : المرجع السابق، ص 225.

ويخلص هذا الفقه إلى أن التعسف في استعمال الحق مستقل عن نظام المسؤولية التقيصرية، ويستتبع ذلك اختلاف في الجزاء، فبينما يكون في المسؤولية التقيصرية، نقداً، يكون في التعسف عينا.

غير أن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى القول بأن نظرية التعسف في استعمال الحق ما هي إلى صور من صور الخطأ التقيصري.

وقد نص المشرع المصري في المادة الرابعة على مبدأ عدم المسؤولية عن الضرر الذي يترتب عن الاستعمال المشروع للحق، وفي المادة الخامسة حدد المعايير التي يكون استعمال الحق غير مشروع على أساسها، أي التعسف في استعمال الحق .

وتنص المادة الرابعة من القانون المدني المصري على أن : " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر " .

كما نصت المادة الخامسة من القانون المدني المصري على أنه : " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

- أ — إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .
- ب — إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .
- ج — إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة " .

ويجدر القول بأن الإشارة إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق ينبغي أن لا تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع لا يعني إطلاقاً أن يكون قيامها على غير أساس المسؤولية التقيصرية، إذ أن هذه النظرية لم تخلق وضعاً قانونياً خاصاً، يختلف عن القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وإن كانت قد تضمنت بعد التبدل أو التأويل لبعض أسباب المسؤولية، فبالإمكان أن تتحقق المسؤولية عن مجرد اقتراف ما يخل بالمبدأ العام الذي تقتضيه الأصول القانونية، ولو لم ينص عليه صراحة، وهو وجوب الامتناع عن الإضرار بالغير⁽¹⁾، فهو التزام قانوني سابق تتوافر المسؤولية بالإخلال به.

(1) — محكمة النقض الفرنسية في 13 مارس 1095، دالوز 1906 - 1 - 113.

وعلى أساس هذا الالتزام يقوم ما تفرضه هذه النظرية من قيود للحقوق الشخصية، فيعد عملاً غير مشروع استعمال المرء لحقه الشخصي، الذي إن لم يكن متجاوزاً فيه الحدود المادية الموضوعية لهذا الحق، إلا أن استعماله لم يكن وفق الغاية التي يصبو إليها ذلك الحق، مما يستوجب التعرف عن الدوافع التي أملتته، كمن يحفر بئراً في عقاره كي تغيض المياه على جاره، أو كرفع دعوى قضائية قصد الكيد بالخصم دون أن تكون له مصلحة عامة في ذلك، ففي تلك الحالات كان استعمال الحق طبقاً لما يرضه القانون للمالك بما يريد في عقاره، وللمدعي بما له من حق في التقاضي، ولكن المسؤولية تتوافر في الحالات لأن استعمال هذا الحق قد حاد فيه صاحبه عن الغرض المقصود منه.

ونستعرض الآن المعايير التي أوردتها المشرع المصري وهي :

أولاً : نية الإضرار : فيكون استعمال الحق غير مشروع بما يتكشف عن نية صاحبه في الإضرار ولو كان فيه نفع، وقد قضت محكمة ليون الاستئنافية في 18 أبريل 1856 : " بأن المالك الذي يقوم بحفر أرضه بسوء قصد لمجرد منع ورود المياه إلى جاره يقترف شبه جنحة مدنية "(1).

ويلاحظ أن هذا المعيار معيار نفسي أو ذاتي (شخصي) يبحث عنه في ضمير الشخص، وهو توافر نية الإضرار لديه، ولو أفضى استعمال الحق إلى جلب منفعة لصاحبه، وجرى القضاء على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق.

وتطبيقاً لهذا المعيار حكم بأنه إذا كان القصد من استعمال الحق هو مجرد الإضرار بالغير فهو غير مباح قانوناً، لأن قصد الإضرار بذاته سبب غير شرعي يجرد الحق من مشروعيته(2).

أما المعيار الثاني فيتمثل في تقييد استعمال الحق بعدم رجحان الضرر على المصلحة رجحان كبيراً.

قد يستعمل المرء حقه فيعود عليه نفع ويعود على غيره ضرر، غير أن الضرر الذي يلحق الغير لا يتناسب على الإطلاق مع المنفعة العائدة على صاحب الحق، فيعد متعسفاً في استعمال حقه، حتى وإن تخلفت نية الإضرار بالغير لديه، لأن من يستعمل حقه على هذا المنوال يكون قد انحرف على السلوك المألوف للشخص العادي، والمعيار هنا معيار مادي أو موضوعي، وهو مسلك الرجل العادي، ولا يقيم أي وزن لنية الإضرار، وأساس هذا المعيار تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة

(1) — دالوز 1856 — 2 — 199.

(2) — محكمة استئناف مصر ، بتاريخ 22 جانفي 1936، المجموعة الرسمية ، السنة 37، عدد 1، رqn 140.

جوهرية، وقد ورد تطبيق لهذا المعيار المادي في المادة 818 فقرة 2 من القانون المدني المصري، إذ نصت : " ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختار دون عذر قوي إذا كان هذا يضر الجار الذي يستند ملكه بالحائط ".

أما المعيار الثالث فيتمثل في تقييد استعمال الحق بمشروعية المصالح التي يهدف صاحب الحق إلى تحقيقها، فقد يستعمل المرء حقه دون أن تكون لديه نية الإضرار بالغير، ودون أن يرجع الضرر العائد على الغير من جراء هذا الاستعمال المنفعة التي تعود على صاحب الحق، ومع ذلك فإنه يعتبر متعسفا في استعمال حقه، إذا كانت المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها غير مشروعة، ولا تعتبر المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون فحسب، وإنما تتصف بهذا الوصف أيضا إذا كان ذلك يتنافى مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان المعيار ماديا في ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون السبب الأساسي في نفي أو تأكيد صفة المشروعية عن المصلحة من عدمها، وتطبيقا لهذا المعيار حكم بأن المالك يعتبر متعسفا في استعمال حقه إذا وضع أعمدة مرتفعة في ملكه لحد شركات طيران تهبط طائراتها في أرض مجاورة لشراء أرضه بثمن مرتفع.

ويرى جانبا من الفقه المصري⁽¹⁾ أن صور التعسف الثلاث الواردة في المادة الخامسة من القانون المدني المصري هي على سبيل الحصر والتقييد، فلا يعد صاحب الحق متعسفا في استعماله فتتحقق المسؤولية عنه إلا إذا اندرج تعسفه في إحدى تلك الحالات. غير أن بعض الفقه يذهب بأن هذه الحالات ليست واردة على سبيل الحصر⁽²⁾، بل هي عرض لأبرز حالات التعسف، ولا تمنع من ثمة توافره خارج نطاقها، إذ لم تكن غاية المشرع التقييد، ويذهب هذا الفقه إلى ضرورة وضع معيار عام، ويتجسد هذا المعيار في فكرة غاية الحق، بحيث يكمن التعسف في الانحراف عن هذه الغاية، ويخلص هذا الفقه إلى الوقوف في تحديد معيار التعسف عند الخطأ التقصيري، وإن كانت الحلول التي يؤدي إليها معيار الخطأ تتفق مع تلك التي يؤدي إليها معيار الغاية الاجتماعية للحق. إلا أن فكرة الخطأ التقصيري أضحت منضبطة لكثرة تطبيقاتها القضائية، وفي انضباطها وقاية الأفراد من تحكم القضاء، وتبتعد بهم عن طغيان الدولة⁽³⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق، فقد أخذ بها على غرار التقنيات الحديثة، لاسيما العربية منها، وقد نصت على هذه النظرية المادة 124 مكرر من

(1) — السنهوري : بند 554، حشمت أبو ستيت : بند 454، إسماعيل غانم : النظرية العامة للحق، 1958، ص 161.

(2) — حسن كيرة : أصول القانون، ط2، بند 411، جمال الدين زكي : بند 258، ص 536.

(3) — جمال الدين زكي : المرجع السابق.

القانون المدني الجزائري المعدل بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، إذ تقضي:
"يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

ويلاحظ أن هذه المادة وضعت في الفصل الثالث من القسم الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني الخاص بالمسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية " العمل المستوجب للتعويض".
وبهذا حسم المشرع الجزائري موقفه، باعتبار نظرية التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ التقصيري وأدرجها في المسؤولية التقصيرية، ولم يعتبرها نظام مستقل عن هذه الأخيرة⁽¹⁾.

وما تجدر ملاحظته هو أنه كان من المفروض أن توضع هذه النظرية في مكان بارز يتلاءم مع أهميتها، على أن يكون ذلك في الباب الأول من الكتاب الأول عند الكلام عن استعمال الحقوق أسوة بالقوانين الحديثة، لاسيما العربية منها.

كما أن العبارات الواردة في النص تتشابه وتكاد تتماثل مع عبارات نصوص التقنين المصري مع الاستعاضة عن كلمة فائدة بكلمة مصلحة، ومن المتفق عليه فقها وقضاء أن كلمة مصلحة أنسب من كلمة فائدة، لاسيما في مجال استعمال الحقوق، إذ أنه من الثابت أن الحق يتقرر لتحقيق مصلحة معينة.

ونظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري ليست مجرد تطبيق قضائي بل اعتمدها المشرع وقننها ونص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري.

ويعيب بعض الفقه على التشريع الجزائري أن النص جاء خاليا من المبدأ العام أو الأصل، كما فعلت القوانين العربية، وهو أن استعمال الحق استعمالا مشروعاً لا يعد تعسفا ولا يرتب المسؤولية، إن هو ألحق ضرراً بالغير، ولكنه اكتف بذكر الاستثناءات فحسب، والمنطق يوجب بأن يرد الاستثناء على الأصل⁽²⁾.

(1) — أنظر د. محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري، ج2، ص 59.

(2) — أنظر د. علي علي سليمان : المرجع السابق، ص 222.

وقد وضع المشرع الجزائري للتعسف في استعمال الحق ثلاثة معايير وقد اعتمد في تحديد هذه الضوابط الثلاثة على المعيار العام في الخطأ وهو السلوك المألوف للشخص العادي.

المعيار الأول : قصد الإضرار بالغير

إن معنى هذا المعيار هو النية أو القصد في إلحاق الأذى بالغير، والجوهري في هذا الشأن هو توافر نية الإضرار بالغير، ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه.

ويراعي أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة في استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك، وهذا المعيار معيار نفسي أو ذاتي يبحث عنه في ضمير الشخص ، وهو توفر نية الإضرار بالغير، فإذا اتضح أن القصد من استعمال الحق هو مجرد إلحاق الأذى بالغير فيتحقق التعسف لأن قصد الإضرار سبب غير شرعي مجرد الحق من مشروعيته.

غير أن تطبيق هذا المعيار الشخصي وهو نية الإضرار يستوجب الاستعانة بمعيار موضوعي، وهو سلوك الرجل العادي في مثل هذا الموقف⁽¹⁾.

المعيار الثاني : ترجيح الضرر على المصلحة

أما المعيار الثاني فهو معيار مادي، أساسه تعارض استعمال الحق مع مصلحة جوهرية، ومن أهم تطبيقاته عند الفقه الإسلامي ما يتعلق بولاية الدولة في تقييد حقوق الأفراد، صيانة للمصلحة العامة، كالامتناع عن بيع السلع لاستغلال حاجة الأفراد إليها وقت الحروب⁽²⁾. وعليه إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها الشخص قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مع ما يلحق الغير من أذى بسببها، فإن ذلك يعتبر تعسفاً تتحقق به المسؤولية.

المعيار الثالث : تحقيق مصلحة غير مشروعة

أما المعيار الثالث فيتمثل في تحقيق مصلحة غير مشروعة، ويندرج تحت هذا المعيار ثلاث حالات :

(1) — د. عبدالرزاق السنهوري : الوسيط ، المرجع السابق، ج1، فقرة 560.

(2) — إبراهيم دسوقي أبو الليل : المرجع السابق، ص 342 – 350 وقد طبق القضاء هذا المعيار في الكثير من أحكامه. أنظر استئناف مصر مختلط 06/04/1905، وحكم استئناف أيضا 03/05/1906 بـ 18، ص 233.

1 — حالة استعمال الحق استعمالاً يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة في حالة مخالفة حكم من أحكام القانون، أو عندما يتعارض تحقيقها مع طبيعة النظام والآداب العامة.

2 — تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير، وإذا كان هذا المعيار مادياً إلا أنه كثيراً ما يتخذ قرينة على توافر نية الإضرار بالغير⁽¹⁾.

3 — حال استعمال الحق استعمالاً من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعماله على الوجه المألوف .

والمعيار في هذه الحالة هو معيار موضوعي، وإن كان يستدل عليه بناحية شخصية، هي النية من استعمال هذا الحق بسبب أن الشخص المعتاد، لا يسعى من وراء استعمال حقه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة.

وقد اعتمد المشرع الجزائري في تحديد هذه الضوابط الثلاثة على المعيار العام في الخطأ، وهو السلوك المألوف للشخص المعتاد، ونتساءل عما إذا كانت حالات التعسف في القانون الجزائري طبقاً للمادة 124 مكرر واردة على سبيل المثال أم الحصر؟.

باستقراء نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، وطبقاً لقواعد التفسير، يرى بعض الفقهاء⁽²⁾ بأن المشرع حصر حالات التعسف بقولها : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأً لاسيما في الحالات الآتية" : فالنص أوضح أن استعمال الحق يعتبر تعسفاً في الحالات الثلاثة التي وردت به فحسب، قصد التقييد والحصر لا المثال .

غير أن جانباً من الفقهاء⁽³⁾، يرى بأن هذه المادة عرض فقط لإظهار حالات التعسف، وهي ضوابط تهيئ للقاضي عناصر نافعة للاجتهاد، والمشرع الجزائري لم تكن نيته التقييد والحصر، بل أوردتها على سبيل الإرشاد والقياس والتمثيل.

(1) — راجع نص المادتين 120/115 من قانون المرافعات المصري الذي يجيز الحكم بالتعويض إذا كان القصد من رفع الدعوى القضائية هو مكيدة للخصم، حيث يعد ذلك تعسفاً في استعمال حق التقاضي.

(2) — أنظر د. محمد صبري السعيدى : المرجع السابق ، ط1، 1991 — 1992، بند 51 ، ص 66 .
وكذا د. علي علي سليمان : مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 223 .

(3) — أنظر د. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني ، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب والقانون) الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، سنة 2007، ص 131.

وهناك تطبيقات لنظرية التعسف عرضت أمام القضاء الجزائري أبرزها التعسف في استعمال حق الملكية⁽¹⁾.

وفي الفسخ التعسفي لعقد العمل من قبل رب العمل دون التقيد بشروط العقد⁽²⁾، وفي استعمال الطلاق دون مبرر أو مقتضى، وكذا الفصل التعسفي للعامل من قبل رب العمل⁽³⁾.

وعلاوة على النص على نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، فإن المشرع أورد نصوصا أخرى بشأن بعض التطبيقات الخاصة، نذكر منها نص المواد 343 ، 690 ، 7/708 ، 881 من القانون المدني الجزائري، كما وردت تطبيقات تشريعية أخرى لنظرية التعسف، كتشريع العمل رقم 29/91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، وقانون الأسرة المواد 2/5 والمادة 52 من قانون الأسرة.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن إساءة استعمال الحق أو التعسف فيه ليس مقصورا على الحقوق الناشئة عن القانون الخاص وحده بل تشمل الحقوق المترتبة عن القانون العام أيضا، وهذا ما يسمى بإساءة استعمال السلطة *Détournement de Pouvoir* وينصرف فحوى التعبير إلى ما يصدر عن السلطة الإدارية عند قيامها بما يدخل في اختصاصها ومراعاة الأوضاع الشكلية، إلا أنها تهدف فيه إلى غير ما من أجله منحت سلطتها⁽⁴⁾.

وبالإمكان الوقوف على انحراف الإجراء الإداري عما وضع له عادة لبحث الدوافع الداعية لاتخاذها، ولا يتخلص الإجراء من اعتباره انحرافا أن تكون هناك أسباب استثنائية دعت إليه⁽⁵⁾، كما لا يصلح تبرير ذلك ما للإدارة من سلطة التقدير *Pouvoir Discretionnaire*.

إذ مهما يكن من مدى تلك السلطة التقديرية، فإنه يعيها الانحراف عما وضعت له من أهداف، إذا كانت وسيلة لتحقيق ما ليس للمصلحة العامة، وعلى الإدارة الالتزام بحدود النطاق الذي رسمه لها القانون، ويعتبر العمل الإداري غير سليم إذا كان الهدف الأساسي فيه تحقيق غرضا

(1) — المحكمة العليا في 02 مارس 1983 ، ا.ق. 1986 ، ص 15.

(2) — المحكمة العليا في 14 أبريل 1983 ا.ق. 1986 ، ص 147 ، 10 جوان 1985 ، رقم 502 38 م. ق 1990 ، 2 ، 162.

(3) — المحكمة العليا في 12 مارس 1984 ، غ.أ ، رقم 59 6 34 م.ق. 1989 . 2 . 156 .

(4) — أنظر :

- HAURICE HAURIOU : Précis Elementaire de droit Administratif , 1921, P 455.

(5) — أنظر مجلس الدولة الفرنسي في 25 فيفري 1921 ، Rec.Lebon ، ص 233.

خاصا أو شخصيا، كأمر المدير بغلق مصنع لا لخطورته وإنما بناء على تعليمات وزارة المالية التي كانت تنوي نزع ملكيته(1).

وقد لايتوافر في العمل الإداري الانحراف، ولكنه يتضمن التعسف في استعمال الحقوق الإدارية Recourir des mesures Abusives ، وفي هذه الحالة يقضي بالتعويض عما وقع من ضرر بسبب ما جرى من تعسف في العمل الإداري، ولو لم يقض بإلغاءه لخلوه من عيب الانحراف، وإن عيب إساءة استعمال السلطة كمبرر لإلغاء القرار الإداري يجب أن يكون منظويا في القرار ذاته، وليس في وقائع سابقة عليه أو لاحقة له، وأن يكون هذا العيب مؤثرا في توجيه القرار وليس منقطع الصلة به، وأن يقع ممن له الصلاحية في إصداره، وليس من أجني عنه، وأساس المسؤولية في إساءة استعمال السلطة هو مجانبة العمل الإداري لما تقتضيه المصلحة العامة من استعمال الحقوق، ويقول رأي آخر أن المسؤولية أساسها مبدأ المساواة في التكاليف العامة، ومهما يكن هذا الأساس فنخلص إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق تمتد أيضا إلى القانون العام وعلى رأسها القانون الإداري.

وقد خلص البعض من الفقه أن التعسف كالخطأ بوجه عام يتحقق عندما ينحرف الشخص عن السلوك المألوف للشخص اليقظ(2) أو العادي(3) وعلى هذا الأساس تمت المقابلة بين التعسف وصور الخطأ المختلفة، فيعتبر استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير صورة من صور الخطأ العمدي، ويعتبر استعمال الحق على وجه يضر بالغير ضررا بليغا دون أن يعود على صاحبه إلا بنفع ضئيل لا يتناسب البتة مع ذلك الضرر خطأ جسيما ، ويعتبر استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة صورة من صور الخطأ غير الجسيم(4) . والمسؤولية عن التعسف في استعمال الحق كما تنجم عن مباشرة الأعمال الإيجابية، فهي تترتب على الأعمال السلبية أيضا.

(1) — أنظر مجلس الدولة الفرنسي في 15 فيفري 1895 ، دالوز 1896 . 3 . 21 ، ص 233.

(2) — أنظر :

- COHIN et CAPITANT: cours élémentaire de droit civile 10eme édition, N° 305, P 218 et N° 324. P 234.

- MAZEAUD : Tome I, N° 564, P 530 - 531.

(3) — السنهوري : الوسيط ، الجزء الأول ، الفقرة 558 — 559 . سليمان مرقس : الفعل الضار ، طبعة 1956 ، فقرة

70 ، ص 93 . شرح القانون المدني ، طبعة 1964 ، الجزء الثاني ، فقرة 387. عبدالمعزم فرج الصده : مصادر

الالتزام، طبعة 1960، فقرة 438 ، ص 481 .

(4) — المرجع نفسه .

و يفرض تحريم التعسف في استعمال الحق واجبا قانونيا يفرض على صاحب الحق واجب الامتناع عن التعسف في استعماله إلا أن الفقه اختلف في تحديد مضمون هذا الواجب ومداه .

ولنتعرض فيما يلي إلى :

— مضمون واجب الامتناع عن التعسف في استعمال الحق ومداه.

— مدى كفاية الإخلال بواجب الامتناع عن التعسف في استعمال الحق كأساس قانوني لمسؤولية المتع ، وذلك في المباحث التالية :

المبحث الأول

مضمون واجب الامتناع عن التعسف في استعمال الحق ومداه

سبقت الإشارة أن فريقا من الفقه يحرص مدلول التعسف في تعمد الإضرار بالغير في حين يعتبره فريق آخر انحراف بالحق عن غرضه الاجتماعي ، ويتجه فريق ثالث إلى استخلاص التعسف طبقا للمعيار العام للخطأ ، فيرى فيه نوعا من الانحراف عن السلوك المألوف للرجل اليقظ أو العادي ، مما يفيد أن تحديد مضمون واجب الامتناع عن التعسف في استعمال الحق يختلف باختلاف الآراء حول تحديد معنى التعسف و نعرض هذه الآراء فيما يلي :

1- عدم استعمال الحق لمجرد الإضرار بالغير

يرى هذا الرأي أن واجب الامتناع عن التعسف في استعمال الحق ينحصر في عدم استعمال الحق لمجرد الإضرار بالغير⁽¹⁾. ويبدو جليا أن مضمون الواجب حسب رأي هذا الفريق أنه مضمون ضيق لا يشمل أوجه من التعسف في استعمال الحق تستوجب العدالة المساءلة عنها⁽²⁾، وبوجه خاص صورة استعمال الحق استعمالا أنانيا يظهر فيه طابع الاستئثار دون أن يكون لدى صاحب الحق قصد الإضرار بالغير، ودون أن يكون مسلكه مشوب بنوع من الإهمال يحقق مسؤوليته، وأبرز صورة الاستعمال الأناني للحق أن يستعمله الشخص لتحقيق مصلحة قليلة الأهمية ويؤدي هذا الاستعمال إلى إلحاق ضرر جسيم بالغير.

(1) — سليمان مرقس : شرح القانون المدني، ج 2 ، طبعة 1964 فقرة 387 ص، 352، فقرة 391 ، ص 355 و 356.

(2) — السنهوري : الوسيط ، الجزء الاول فقرة 562 ص 847 .

— سليمان مرقس : شرح القانون المدني فقرة 387 ص 352.

-MAZEAUD : Tome 1, N° 572

وفي نقد هذا الرأي أنظر :

2- استهداف الغرض الاجتماعي والاقتصادي الذي تقر الحق من أجله

يرى هذا الرأي أن واجب الامتناع عن التعسف في استعمال الحق يتلخص في أن يستهدف من استعمال الحق تحقيق غرض اجتماعي أو اقتصادي الذي تقر هذا الحق من أجله⁽¹⁾، ويعاب على هذه الفكرة ما يعترها من غموض وأنها تؤدي لاحالة إلى التحكم ، فمن المتعذر الالتزام بالموضوعية والحياد في تحديد الغرض الاجتماعي أو الاقتصادي لكل حق .

3- عدم الانحراف في استعمال الحق عن مسلك الرجل اليقظ أو العادي

يرى هذا الرأي أن واجب الامتناع عن التعسف في استعمال الحق يتحدد مضمونه في عدم الانحراف عن استعمال الحق عن مسلك الرجل اليقظ أو الرجل العادي⁽²⁾.

ويعاب على هذا الرأي أن معيار الرجل اليقظ أو العادي لا يصلح لتحديد مضمون الواجب القانوني الذي تفرضه النظرية وإن كان يصلح لتحديد مدها، إذ أن هذا المعيار كما سلف بيانه لا يخلق واجبا وإنما يحدد مدى واجب يفترض وجوده سواء كان واجبا قانونيا أو واجبا عقديا، فهو يماثل المقياس العادي الذي يصلح لتحديد كافة الواجبات من حيث المدى أو الكم لا من حيث المضمون أو النوع، ومن ثمة لا يغني الالتجاء إلى هذا المعيار عن ضرورة تحديد مضمون الواجب القانوني الذي تفرضه نظرية التعسف ، ولما كان المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية التعسف في نص صريح بالمادة 124 مكرر المعدلة بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 من ق م ج، فعلىنا تحديد مضمون هذا الواجب في ضوء النص المذكور أعلاه، والواجب الذي يستخلص من نظرية التعسف طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري يتمثل في التالي :

أ- واجب استعمال الحقوق بحسن نية

ويمكن رد صور التعسف الثلاثة الواردة في نص المادة 124 مكرر المعدلة بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 من ق م ج ، إلى فكرة سوء النية، بحيث يمكن القول أن الواجب الذي يستخلص من هذا النص يفرض على صاحب الحق حسن النية في استعمال حقه، ففي الصورة الأولى يصبو الشخص من استعمال حقه إلى مجرد الإضرار بالغير فنكون أمام أوضاع مظاهر سوء النية، وفي الصورة الثانية حيث يهدف الشخص إلى تحقيق مصلحة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر جسيم بسببها، فلا يخرج الأمر على فرضين :

(1) — أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني ، طبعة 1963 ، فقرة 201 ، ص 385.

(2) — السنهوري : الوسيط ، ج1 ، فقرة 559 ، ص 843 .

1 — إما أن يكون صاحب الحق قد استعمله لتحقيق مصلحته القليلة الأهمية رغم درايته بانعدام التناسب بين هذه المصلحة ، وبين ما يلحق الغير من ضرر جسيم بسببها، وفي هذه الحالة يكون استعمال الحق مقترنا بسوء النية ، بينما في الصورة الأولى تكون النية شريرة (Intention Malicieuse) فإن سوء النية في الصورة الثانية تتمثل في الأنانية (égoïsme).

2 — إما أن يكون صاحب الحق قد استعمله دون إدراك لما سينجم عن هذا الاستعمال من ضرر جسيم للغير، وإن كان مسلك الشخص غير مشوب في هذه الحالة بسوء نية فإنه يعد مرتكباً لخطأ جسيم وهو الخطأ الذي يبلغ حداً يوحى بسوء نية الفاعل، وفي الصورة الأخيرة حيث يستعمل الشخص حقه بغية تحقيق مصلحة غير مشروعة ، يتجسد سوء النية في الباعث والدافع غير المشروع الذي يصطحب استعمال الحق والذي يتزع عن هذا الاستعمال صفة المشروعية.

ب-الالتجاء إلى معيار الرجل العادي لتحديد مدى هذا الواجب

إن تحديد مضمون الواجب في استعمال الحقوق بحسن النية بالصور الثلاثة السالفة الذكر، لايحول دون اللجوء إلى معيار الرجل العادي لتحديد — كم — هذا الواجب أو مداه، وبما أن صور التعسف واردة على سبيل الحصر فإن القاضي لايسعه سوى أن يقرر مسلك الشخص — طبقاً لهذا المعيار — في كل صورة داخل مضمونها، ولايمكن استخلاص صورة أخرى من التعسف بحجة أن الرجل العادي يعتبر متعسفاً في استعماله لحقه في هذه الصورة ، وما تجدر الإشارة إليه أن معيار الرجل العادي ليس منشئاً للواجبات القانونية، وإنما هو معيار لتقدير مدى ما هو قائم منها وفي حدود مضمونه الخاص.

وبعد عرضنا للآراء السالفة الذكر فالبحث في مسؤولية الممتنع على أساس التعسف في استعمال حق الامتناع يتطلب منا بحث مدى إمكانية تطبيق نظرية التعسف في مجال الحقوق العامة وكذلك البحث في مدى كفاية الإخلال بواجب الامتناع عن التعسف في استعمال الحق كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع ، وذلك في المبحثين الثاني والثالث .

المبحث الثاني

مدى إمكانية تطبيق نظرية التعسف

في مجال الحقوق العامة

لقد ثار الجدل حول مدى إمكانية استعمال نظرية التعسف في مجال الحقوق العامة .

— ذهب رأي إلى قصر تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق المعينة أو الخاصة دون الحقوق غير المعينة أو العامة والتي يعبر عنها بالرخص. ويرتكز أصحاب هذا الاتجاه⁽¹⁾ إلى حجج مفادها أن مسؤولية من يستعمل رخصة وهو يمارس حرية عامة يمكن قيامها على أساس الخطأ دون اللجوء إلى أعمال فكرة التعسف لأن أحكام المسؤولية المدنية قادرة على التكفل بذلك على أحسن وجه ، أما مسؤولية من يستعمل حقه فتكون موضع شك عندما يدعي صاحب الحق أنه يعمل في حدود حقه، وعليه تحول نظرية التعسف دون إفلات الشخص عندما يتخذ من استعمال حقه — في الظاهر — ذريعة للإضرار بالغير، بينما يذهب رأي آخر⁽²⁾ إلى بسط نطاق النظرية على الحقوق الخاصة والعامة، ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأنه يمكن تحقق التعسف بالنسبة للحريات العامة، كما يتحقق بالنسبة للحقوق الخاصة أيا كان معيار التعسف، والظاهر أن المعيار الأخير هو الأرجح والأولى بالأخذ به.

المبحث الثالث

مدى كفاية الإخلال بواجب الامتناع عن التعسف في استعمال الحق كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع

بعد استخلاصنا من نظرية التعسف واجب يلزم صاحب الحق من استعمال حقه بحسن نية، وبعد أن وصلنا إلى وجوب تطبيق النظرية على الحقوق الخاصة والعامة على السواء، يثور التساؤل حول مدى كفاية الإخلال بهذا الواجب كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع.

(1) — ويذهب الفقه إلى التمييز بين الحق والرخصة على أساس أن الحق يمنح لشخص معين سلطة القيام بأعمال محددة تحقيقا لمصلحة يحميها القانون ، كحق الملكية وحق الارتفاق، أما الرخصة فهي حرية مباحة للكافة تمكنهم من القيام بالأعمال التي لا يجرمها القانون، كحرية السير وحرية التجارة ... إلخ ، أنظر في هذا التمييز بين الحق والرخصة، دايان : الحق الشخصي ، ص 301. كاييتان : البحث في التعسف في استعمال الحقوق ، المجلة القضائية لسنة 1928، ص 371 و 372 . أنظر أيضا : السنهوري : الوسيط، ج1، فقرة 544 ، ص 810. سليمان مرقس : شرح القانون المدني ، ج2، فقرة 398، ص 350.

(2) — من هذا الاتجاه " كاييتان " البحث السابق في المجلة الفصلية 1928، ص 365 وما بعدها، رواست **Rouast** ، البحث في الحقوق التقديرية والحقوق موضع الرقابة ، في المجلة الفصلية ، سنة 1944، ص 1 وما بعدها، إيسمان في " أوبري ورو " ج6 ، طبعة 1951، فقرة 444 مكرر. وانظر أيضا : السنهوري : الوسيط، ج1، فقرة 544. حشمت أبو ستيت : النظرية العامة للالتزام، طبعت 1954، فقرة 448 و 451. عبد المنعم فرج الصده : مصادر الالتزام، طبعة 1960، فقرة 435 و 437 .

اتجه فريق من الفقه إلى تحقيق مسؤولية الممتنع المدنية على أساس التعسف⁽¹⁾ بحيث يمكن القول بأن الامتناع يعتبر خطأ مرتباً للمسؤولية، حينما يكون متعمداً أي مقروناً بنية الإضرار بالغير، وفي غياب مصلحة خاصة للممتنع وذلك على اعتبار أن الممتنع في هذه الحالات يعد متعسفاً في استعمال حق الامتناع، كما امتناع خادمة مثلاً عن تنبيه مخدومها إلى محاولة قتله بالسهم، وامتناع شخص عن مساعدة آخر مشرف على الهلاك بدافع الانتقام، فهل يمكن أن يعد الإخلال بالواجب الذي فرضته المادة 124 مكرر المعدلة بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 من ق م ج ، أساساً قانونياً لمسؤولية الممتنع؟.

مما لا شك فيه بأن واجب عدم التعسف في استعمال الحقوق، الذي أورده المادة 124 مكرر من ق م ج ، والتي حددت صورته تلك المادة كافيًا لاستيعاب كافة حالات التعسف واعتباره بالتالي أساساً قانونياً تبنى عليه مسؤولية الممتنع .

وبعد أن انتهينا من دراسة التعسف في استعمال حق الامتناع كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع التقصيرية، نحاول الآن إلقاء الضوء على خطأ الامتناع في القانون الجنائي في فصل ثالث.

(1) — ومن هذا الفريق ، دايان : الحق الشخصي ، ص 275 وما بعدها ، وص 301 . روديار : المسؤولية المدنية، فقرة 1437، ديموج : ج 3 ، فقرة 52، ص 197، جوسران : المرجع السابق ، فقرة 238 و 239 . وانظر أيضا : أنور سلطان : في بحثه في نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة عشر ، ص 73 إلى 75 ، ولنفس المؤلف ، النظرية العامة للالتزام، طبعة 1955 ، فقرة 423 . إسماعيل غانم : بحث في تجدد عقد العمل المحدد المدة. منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الرابعة ، العدد 2 ، ص 399 وما بعدها .

الفصل الثالث خطأ الامتناع في القانون الجنائي

لا يطرح مشكل الامتناع على مستوى القانون المدني فحسب بل أن القانون الجنائي ذاته واجه هذه المشكلة حيث تخلل الشك في نطاق المسؤولية الجزائية⁽¹⁾ عن إمكانية فرض العقاب عن مجرد الامتناع ذلك لأن القضاة مقيدون بقاعدة { لا جريمة ولا عقوبة بغير نص } .

ونظرا لكون حالات الامتناع المنصوص عليها والمعاقب عنها محدودة جدا فلا يفوت أحد مدى الحرج الذي يوجد فيه القضاة حين فصلهم في حالة امتناع غير واردة قانونا.

ونجد القاعدة مخالفة تماما على مستوى القانون المدني حيث يملك القاضي حرية واسعة في تقرير مدى توافر الخطأ وإن لم يكن ثمة نص .

ولم يتمكن العديد من الفقهاء التخلص من مبادئ القانون الجنائي حيث ذهبوا إلى حد اعتبار أن بعض قرارات المحاكم التي فصلت في المسؤولية الجنائية كافية وحدها لإعفاء الممتنع من أية مسؤولية مدنية⁽²⁾ .

وفي ظل هذا الغموض والخلط بين المدني والجنائي علينا بحث أصل النظرية التقليدية القائلة بأن خطأ الامتناع ذو طابع خاص لا يؤدي إلى مسؤولية محدثة المدنية إلا في بعض الحالات وبما أن القانون الجنائي نفسه أضحي يفرض عقوبات عن خطأ الامتناع⁽³⁾ فلا ريب أن يكون له تأثيرا بالغا على مستوى القانون المدني.

وعليه يجدر بنا التعرض بشيء من الإيجاز والسرعة إلى تطور الأفكار في القانون الجنائي واستخلاص النتائج على مستوى القانون المدني من خلال المباحث التالية :

(1) — أنظر مازو و تنك : Traité , I , N° 526

(2) — أنظر جاك بورينه ، ص 13 L'Abstention Source de Responsabilité Civile Délictuelle Thèse Montpellier

(3) — أنظر ما زو وتنك ، رقم 526 .

المبحث الأول حماية الحريات الفردية

لقد وضعت الثورة الفرنسية القانون الجنائي على أسس تتلاءم وحماية الحرية الفردية التي كانت تنادى بها⁽¹⁾ مما جعل واضعي التقنين الجنائي والتشريعات اللاحقة يتأثرون بمبادئها ويستلهمون من روحها، الأفكار الفردية فجاءت بالتالي تلك القوانين مطبوعة بالطابع الفردي المحض .

فالقانون الجزائي ليس له من هدف سوى ضمان حرية البعض في الحدود التي تقتضيها حقوق الآخرين كما يقتصر دوره على منع وفرض الجزاء على التصرفات الضارة بالمجتمع أو أفراده إلا أنه لا يلزم مبدئياً بالقيام بالواجبات سواء أكانت واجبات مدنية أو أخلاقية.

إن الواجبات موجودة فعلاً والتشريع إبان الثورة لا ينكرها بل أنه خلال هذه المرحلة ارتقى مفهوم الواجب الوطني إلى أعلى درجة يمكن تصورهما إلا أن مقتضيات الصالح العام وحماية الحريات الفردية استدعت أن يترك القيام بهذه الواجبات لمحض ضمائر الأفراد، وإن كانت هناك حاجة للقيام بهذه الواجبات فالإلزام بها يكون بطرق أخرى غير العقوبة الجنائية.

وعليه نجد القانون الجنائي لسنة 1810 المتشعب بمفاهيم الثورة الفرنسية نادراً ما يقضي بالعقوبة عن الامتناع⁽²⁾ نتيجة للإخلال بواجب ما ، فالواجبات التي كانت معروفة آنذاك تتعلق بواجبات الموظفين حيث تحدد بمقتضى طبيعة الوظيفة ذاتها، أما فيما يتعلق بالمدينين فليس ثمة من واجبات تذكر ملزمون بها سوى إهمال الصغار والقصر، المواد 349 إلى 353 ق ع ف ، عدم التصريح بالولادات المادتين 346 ، 347 ق ع ف ، وبعض المخالفات .

وإذا أخذنا بعين الاعتبار هذه الواجبات المدنية الضرورية المتعلقة بتنظيم سير القضاء والبوليس والأمن العام بمفهومه الشامل، والتي تقضي بتوفير الاستقرار للجميع، وإلقاء القبض على المجرمين وعقابهم، نلاحظ أن المبادئ المعترف بها في التشريع الجنائي المتشعب بمفاهيم الثورة الفرنسية هي كذلك لم تتغير⁽³⁾ فالقانون يعاقب على العراقل التي يحدثها أو يتسبب فيها المذنبون بأفعالهم الإيجابية و التي تحول دون السير الحسن لهذه المرافق الأساسية، كما يعاقب القانون أيضاً عن مساعدة المجرمين، المساعدة على الفرار — شهادة الزور — رشوة الشهود — فالقانون السالف

(1) — أنظر في هذا المعنى جرسون : 63 A 61 Art : Code Pénal Annoté .

(2) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق ، ص 15 و 16 .

(3) — نفس المرجع ، ص 16 .

الذكر يستوجب امتناع الأفراد عن القيام بأية تصرفات من شأنها الإضرار أو عرقلة سير القضاء والبوليس ولا يذهب إلى أبعد من ذلك ، حيث لا يفرض عليهم القيام بأفعال إيجابية فلا يلزم أحدا بالتبليغ عن الجرائم وإذا كان الواجب المدني يقضي بضرورة إدلاء المواطن الصالح بشهادته سواء لصالح المتهم أو ضده إلا أن القانون الجنائي لا يعاقب من يرفض الإدلاء بشهادته ، و يحق له الامتناع والالتزام بالسكوت، وإذا كان الواجب المدني وقواعد الأخلاق تستوجب على الشخص التدخل دون التعرض للخطر لمنع ارتكاب جريمة، بدلا من اتخاذ موقف المشاهد السليبي وكذا في حالة الخطر المحدق الذي يهدد شخصا ما، ولا تلزمه بالإسراع لمساعدة من يحتاج لذلك فيحل محل البوليس في هذا النشاط ، غير أن القانون الجنائي ذاته لا يعاقب عن الإخلال بهذه الواجبات وتنفيذها يترك لضمير صاحبها فحسب.

وهكذا لا يمكن التفسير بأن تدخل الأفراد ومشاركتهم غير مجدية ويمكن الاستغناء عنها، بل ثمة حالات أين يجب تقديم خدمات إيجابية بالقيام بأعمال معينة، وحتى يفرض العقاب عن امتناعهم يجب توجيه تكليف رسمي لهم، من قبل السلطة العمومية، وتنجم المخالفة في هذه الحالة عن عدم الاستجابة لهذه الدعوة المسبقة، فالشاهد كما أسلفنا غير ملزم وفقا للقانون الجنائي بالإدلاء تلقائيا بشهادته ولكنه ملزم بالحضور وأداء اليمين للإدلاء بشهادته إذا وجه له تكليف في هذا المجال(1).

بعد عرضنا للقانون الجنائي المتأثر بالطابع الفردي والذي يقدر الحرية الفردية ويرجح كفتها على المصلحة العامة، ظهرت أفكار ذات الطابع النظامي أثرت على القانون الجنائي ، وذلك ما سيكون موضع دراسة في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

المذهب التضامني (المفهوم)

لقد طبع إعداد القانون الجنائي طابع الفردية وهو مبدئيا اتجاه البلدان الديمقراطية الليبرالية حيث تعد هذه الأخيرة إحدى الضمانات الأساسية للحرية(2) غير أن الغلو والمبالغة في الفردية أدى إلى ظهور تيارات ذات النزعة التضامنية تنادي بضرورة أن يكون القانون الجنائي أقل فردية

(1) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق ، ص 17 .

(2) — نفس المرجع ، ص 17 .

حيث ينبغي الأخذ بعين الاعتبار روابط الإيحاء التي تربط بين الأشخاص دون إهمال حقوق الدولة(1).

ولتبرير الاتجاه التضامني يتمسك بعض الفقه بسوابق تعود إلى العصر الوسيط Le Moyen Age أو العصور البدائية La Plus Haute Antiquité أما جانب من الفقه المتأثر بهذه الأفكار والرافض لخلو قانون العقوبات من فرض الجزاء على من يعاصر ارتكاب جريمة ولا يمنعها، فقد حاول وضع نظريات تقول بإمكانية ارتكاب جرائم إيجابية عن طريق الامتناع Delit De Commission Par Omission وأن السلبية في بعض أنواع الجرائم إنما تعد مظهر من مظاهر المشاركة أو المساهمة في ارتكابها Complicité غير أن هذه النظريات لم تحظ بتأييد القضاء .

وقد أكدت محكمة "بواتيه" في حكم لها مؤرخ في 20 نوفمبر 1901(2) أن جريمة العنف لا يمكن تصورهما دون عنف فعلي ولا يمكن أن تحل محلها جريمة امتناع إلا إذا كان الامتناع ناجما عن واجب يلزم صاحبه قانونا بالقيام به، كقضية الأخ الذي ترك شقيقته المختلة عقليا دون طعام ولاعناية ، في بيت مظلم مما أدى إلى وفاتها نتيجة هذا الموقف السلبي من جانبه ، وفلت هذا الأخير من العقاب عن امتناعه لعدم ورود مثل هذا الامتناع في التشريع .

ولم تبق النظريات المرفوضة من قبل القضاء دون التأثير بالنسبة للمشرع الجنائي آنذاك، حيث شرع في المعاقبة عن حالات الامتناع الخطيرة أو المضرة جدا كحرمان الأطفال من الصيانة والإطعام إراديا .

ومما يفسر اعتراض القضاء ورفضه لمثل هذا الاتجاه والغلو الذي تميز به حيث ذهب إلى القول بأن الجريمة لا ترتكب بمجرد الامتناع ولا يصبح المرء شريك الجاني بمجرد الامتناع عن التدخل للحيلولة دون وقوع الجريمة .

وخلافا لذلك فما تجدر ملاحظته هو أن الضمير الجماعي غالبا ما يستنكر ويرفض أن تظل امتناعات تتصف بالخطيرة واللا أخلاقية دون عقاب(3).

فمن الصعب الاقتناع بإفلات الأشخاص من العقاب باتخاذهم مواقف سلبية كمن لا يحول دون وقوع الجريمة مع قدرته على ذلك أو من يحجم عن مساعدة الغير دون التعرض شخصيا لأي

(1) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق ، ص 17 .

(2) — أنظر دالوز 1902 ، 2 ، S / 81 ، وسيري 1902 ، 2 ، 305 .

(3) — أنظر دالوز : 1902 - 2 - 81 - سيري 1902 - 2 - 305 .

خطر، أو ترك إدانة شخص مع إمكانية تبرئته أو عدم التبليغ عن الجرائم ، فإن عدم فرض الجزاء على مثل هذه الامتناعات يعد عاملاً أو حافزاً مشجعاً بالأناية والحيانة⁽¹⁾.

وكان للأفكار ذات الطابع التضامني تأثيراً كبيراً على تطور القانون الجنائي وذلك ما سيتجلى من خلال المبحث الثالث .

المبحث الثالث

تطور القانون الجنائي لسنة 1941

المعدل بأمر 25 جوان 1945

ففي ظل الظروف السالفة الذكر وتحت تأثيرات شتى، منيع البعض منها المفهوم الضيق للتضامن الإنساني ومصدر الأخرى التقدير الدقيق للصالح الاجتماعي وحقوق الدولة ظهرت الحاجة إلى فرض الجزاء على بعض حالات الامتناع الخاطئ وشرع في النص عليها تدريجياً في مختلف فروع القانون⁽²⁾ ففي مجال القانون البحري حيث يسود التضامن بين البحارة والذي تعود جذوره إلى عادات وتقاليد قديمة راسخة يتلقونها عن السلف منذ قرون خلت نجد أن ثمة حالات للعقاب عن الامتناع الخاطئ كقانون 10 مارس 1891 و 29 أبريل 1916 الذي يقضي بوجوب المساعدة البحرية تحت طائلة العقوبات الجنائية.

ويلاحظ أنه في الفترة اللاحقة وبصدور مرسوم 23 أكتوبر 1935⁽³⁾ المعدل لقانون 1867 يلزم محاسبي أو مراقبي الحسابات للشركات المجهولة الهوية بتبليغ وكيل الجمهورية بالطرق الإحتيالية التي يكشفونها بفعل ممارسة نشاطهم وإلا تعرضوا لعقوبات جنائية إلا أن هذه الحالات شاذة ونادرة، ويعود الشروع في العقاب عن الامتناع الخاطئ لقانون 25 أكتوبر 1945 التي تتجلى أهميته وفائدته على المستوى النظري خاصة، فالمادة الأولى منه توسعت في عقاب التستر عن المجرمين كما أكدت على تشديد العقوبة في هذا المجال، أما بقية المواد فقد أدخلت على القانون الفرنسي أحكاماً تكاد تكون جديدة عنه تماماً .

فالمادة الثانية تقضي بالتبليغ عن بعض الجرائم والجنح – والمادة الرابعة تقضي بعدم الاستمرار أو العود لمثل هذه المخالفات و مساعدة الأشخاص المعرضين للخطر كما تحمي المادة الثالثة من

(1) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق ص 19 .

(2) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق ص 19 .

(3) — أنظر ريبير : القاعدة الأخلاقية في الالتزامات المدنية، ط 4 ، رقم 152 .

يشارك تلقائيا في متابعة الجاني، و مما لا شك فيه أن هذا القانون أملت الظروف السائدة آنذاك واعترف الشراح ومفسري القانون بقيمة المبادئ القانونية التي احتواها التشريع الجنائي⁽¹⁾.

حيث أن الهدف الذي توخاه قانون سنة 1941 هو فرض الجزاء على الامتناع الخاطئ أي حينما يتخذ الشخص موقفا سلبيا بيد أنه بوسعه منع وقوع المخالفة أو مساعدة الأشخاص المهتدين بالخطر⁽²⁾.

والتساؤل المطروح هو هل أن من يترك المخالفة تقع يعد مساهما في تحقيقها وهل يعد من يحجم عن مساعدة شخص مهددا بخطر سببا في الكارثة المترتبة ؟ .

إن الغالبية العظمى من الفقه الحديث وتشريع 1941 يذهبان إلى القول بأن السببية بوصفها مفهوما فلسفيا تثير صعوبات عظمى في المجال القانوني، ومع ذلك يمكن الرد على الأسئلة السالفة الذكر بالإيجاب وفقا للظروف، فمن يعاصر وقوع جريمة أو تعدي أو حدوث ضرر وكان بوسعه منع ذلك عليه إتخاذ أحد القرارين بسرعة، إما أن يختار تحقق الضرر، أو منعه، وعليه فقراره هذا يعد تصرفا يستوجب المساءلة، فقدرته التدخل تضع الشخص رغما عنه في سلسلة الحوادث وسليته تجعله مسؤولا عن النتائج المترتبة عن استمرار هذه الأسباب والحوادث دون انقطاع .

ومن هنا يتجلى لنا بوضوح مدى تأثير الأفكار السائدة في ظل الثورة الفرنسية المشبعة بروح الفردية حيث جاء القانون الجنائي بفعالها ناهيا فقط، أما القانون الجنائي لسنة 1941 الذي يعد مرآة للزرعة التضامنية فقد نص قانونا على الواجب الأخلاقي والاجتماعي بمساعدة الغير عند المقدرة⁽³⁾ والتصدي لارتكاب الجريمة (إلا أن الغلو في الاتجاه التضامني لا يخلو من مخاطر) فالقانون لا يتأتى له بسط حمايته لكي تحترم الأخلاق كلها.

ففي حين كان القانون الجنائي لسنة 1810 يهذب الأنانية Disciplinait L'égoïsme فإن قانون 1941 يجعل كل فرد مجند لخدمة غيره وكذا الأمن العمومي فأدخل الالتزام بالرحمة والرأفة إزاء الغير وارتقى بها إلى مصاف القواعد القانونية .

(1) — أنظر جاك بورينييه : نفس المرجع ، ص 20 .

(2) — أنظر طه غاني : المرجع السابق ، ص 48 .

(3) — أنظر هوجوني Hugueny : الجرائم والجنح ضد الأشخاص ، مجلة العلوم الجنائية، والقانون الجزائري المقارن، 1951 ص 272 وما بعدها .

وقد أصاب الفقيه "Huguency هو جني" حينما ذهب إلى القول بأن هذا القانون الذي يعاقب عن الامتناع الخاطئ قد بدأ بفكر جديد وهو يوجه القانون الجنائي نحو مسالك جديدة⁽¹⁾. وليس غريبا أن يبقى أمر 25 جوان 1945 على المعاقبة عن الامتناع الخاطئ ويقضي في عنوانه بمساهمة المواطنين لإرساء العدالة والأمن العمومي وقد ذكر أربعة حالات للامتناع الخاطئ⁽²⁾.

1 — عدم التبليغ عن الجرائم ..

2 — الامتناع الإرادي عن الحيلولة دون وقوع الجريمة أو بعض الجناح .

3 — الامتناع الإرادي عن الإدلاء بالشهادة لصالح شخص برئ .

4 — الامتناع الإرادي عن مساعدة شخص مهدد بالخطر.

وقد نصت عليها أيضا المادتين 6/223 و 5/223 من قانون العقوبات الحالي المعدل بالأمر رقم 916/2000 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000. والنصوص المعدلة له بتاريخ 12 جويلية 2014⁽³⁾.

مبدئيا يسعنا تأييد أمر 25 جوان 1945 تأييدا كلياً طالما أنه رسم للعقاب عن الامتناع حدوده الدقيقة والضرورية لكي يرقى الالتزام الأخلاقي إلى مصاف القاعدة القانونية المكرسة في القانون الجنائي دون أية مبالغة أو خطورة، غير أن فرض هذه الجزاءات تثير صعوبات حقيقية فيما يخص نية الإضرار Intention Délictueuse بالنسبة للجناح فإثبات سوء النية ليس أمراً يسيراً وهذا ما جعل المشرع يتردد لفرض عقوبة في هذا المجال.

ومن حيث نتائجها على المستوى المدني يبدو أن هذه الجزاءات أيضاً تثير بعض الصعوبات فظهرت نظريات ترفض التعويض المدني في حين أن أخرى تؤيده وهذا ما سيكون محل دراسة في المبحثين الرابع والخامس.

(1) — أنظر هوجوني Huguency : المرجع السابق . ص 272.

(2) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق، ص 22 .

(3) — أنظر المادة 6/223 و 5/223 من ق ع ف ، المعدل بأمر رقم 916/2000 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000، الجريدة الرسمية الفرنسية بتاريخ 22 سبتمبر 2000 الساري المفعول في جانفي 2002 والنصوص المعدل له بتاريخ 12 جويلية 2014.

المبحث الرابع

الفقه الجنائي الراض للتعويض المدني عن خطأ الامتناع

يذهب أصحاب هذا الاتجاه وعلى رأسهم الأستاذ "جرسون" : إلى القول بأن ثمة مبالغة من قبل أنصار النزعة التي تتردد في اعتبار الممتنع عن التدخل سببا للأذى الذي لايجول دون تحققه فيعد مسؤولا وبالتالي ملزما بالتعويض الكامل فهذه النتائج المتوصل إليها مغال فيها حيث يجب معاقبة الممتنع عن التبليغ عن الجريمة أو من يحجم عن منعها، وبالتالي إلزامه بكافة النتائج المترتبة عن الجريمة، كذلك الحال بالنسبة لمن يمتنع عن مساعدة شخص مهدد بالخطر يلزم أيضا في حالة وفاته بالتعويض لورثته، والتسليم بهذا الأمر، من شأنه إثقال كاهل الأفراد(1).

ويمكن التخفيف من حدة النتائج التي توصل إليها أنصار النزعة السالفة الذكر كما يؤكد الأستاذ "جرسون"، باعتبار الضرر الذي يصيب الشخص غير المتعاقب ليس نتيجة مباشرة للامتناع الخاطئ وإنما هو في الحقيقة ما فات الشخص من فرصة جدية أو قليلة الأهمية تبعا لحالات التدخل إلا أنه بالنظر لعامل التضامن فمن يمتنع عن التبليغ عن الجريمة أو يحجم عن منعها يكون مع ذلك ملزما بالتعويض عن النتائج المترتبة.

ويسلم الفقيه "جرسون" بأن مثل هذه المخالفات استثناء من المبادئ العامة ونظرا لطبيعتها الخاصة فهي لا تتضمن التعويض المدني، فالقانون كما يقول "جرسون" يلزم من لهم القدرة على مساعدة الأشخاص المهددين بالخطر بالتبليغ عن الجرائم للحيلولة دون وقوعها، أو التدخل لتقلص نتائجها ولكنه لا يفرض مثل هذه الواجبات إلا تحقيقا للصالح العام ، فيقع على عاتق الدولة تحقيق العدالة والبوليس والمساعدة(2)، وعليها أيضا التحمل بواجب وقاية الأفراد من الجرائم والوقوف ضد المخاطر التي تهدد المواطنين .

بيد أن ثمة حالات لا تستدعي التدخل الفوري مما لا يستتبع التعويل على السلطات العمومية ولذا يعهد القانون إلى المواطنين التصرف تلقائيا وبالوسائل الخاصة(3) وقد أكد أمر 1945 في الديباجة أن هدفه حماية الصالح العام بدلا من المصالح الخاصة.

ونرى أن محكمة الجناح "البيتوم" في حكم لها صادر بتاريخ 19 أكتوبر 1950(4) قد ذهبت إلى أن الالتزام بمساعدة الغير لا يتضمن التعويضات المدنية بسبب أن اللجنة تلخص في مجرد رفض

(1) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق، ص 24 .

(2) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق، ص 29 .

(3) — أنظر نفس المرجع ، ص 29 .

(4) — أنظر نفس المرجع ، ص 29 .

المساعدة بغض النظر عن النتائج المحتملة الناجمة عن هذا الرفض، ويعترف الأستاذ "جرسون" بصعوبة ودقة المشكل المطروح في هذا المجال⁽¹⁾.

وبعد أن كان الفقه الجنائي يرفض منح التعويض عن خطأ الامتناع كما سلف بيانه في المطلب الرابع ، غير أنه برز جانب من الفقه يعترف بوجود التعويض المدني عن خطأ الامتناع وذلك ما سنبرزه من خلال المبحث الخامس .

المبحث الخامس

الفقه الجنائي المؤيد للتعويض المدني عن خطأ الامتناع

إن الغالبية العظمى من الفقه الحديث ولا سيما مفسري قانوني 1941 و 1945 كالأستاذين "هوجني وتنك"⁽²⁾ يريان خلافاً للاتجاه السالف الذكر بأن جرائم الامتناع تستتبع تعويضات مدنية كما إتخذ القضاء الحديث ذات الموقف .

وما تجدر الإشارة إليه أن الديباجة L'intitulé الوارد في القوانين التي تفرض الجزاء على الامتناع تدل على أن هذه الأخيرة تهدف إلى حماية الصالح العام كما أن ذلك لا يستثني حماية المصالح الخاصة، حيث أن الصالح العام والخاص متداخلان ومحميان بذات النصوص في القانون الجنائي، وقد جاءت نصوص قانون العقوبات الجديد، المادة 5/223 و 6/223 و 7/223 المعدلة بموجب قانون 2000/916 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000 والنصوص المعدلة له بتاريخ 12 جويلية 2014، تؤكد بأن خطأ الامتناع يشكل جريمة بمفهومها الشامل تستوجب التعويض.

وتطبيقاً للشريعة العامة فإمكان تحريك الدعوى العمومية سواء من قبل الضحية باعتبارها طرفاً مدنياً أو من قبل النيابة العامة⁽³⁾، وهذا الرأي عولج في إحدى الحالات التطبيقية وقد تجسد في قضية تلخص وقائعها فيما يلي :

حيث أن جدة تركت حفيدتها الحديثة الولادة بالحديقة بقصد التخلص منها (بباريس ديسمبر 1948) فحركت الدعوى المدنية من قبل الإتحاد البلدي للجمعيات العائلية (سين وأوز)

(1) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق، ص 29 .

(2) — أنظر هوجني : المرجع السابق ، ص 272 وما بعدها .

— وتانك : الشخص الخاص في خدمة الأمن العمومي .

(3) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق، ص 26 .

المرخص لها بممارسة كافة الحقوق التي يتمتع بها الطرف المدني ، لا سيما تلك المتعلقة بكل ما من شأنه الإضرار بالمصالح المعنوية والمادية للعائلات وذلك أمام كافة جهات التقاضي⁽¹⁾.

وهذا الرأي لم يؤيده قرار محكمة الجرح (لبثوم Bethume) السالف الذكر فقد حكمت المحكمة في قضية امتناع الطبيب عن إسعاف امرأة وابنها برفض إدعاء الطرف المدني أثناء تحريك الدعوى العمومية ضد الطبيب لأن الدعوى المدنية لا يمكن مباشرتها أمام القضاء الجنائي إلا إذا كان مصدرها ذات الجريمة التي ينجم عنها تحريك الدعوى العمومية، ويستمد هذا الحل من موقف القضاء الذي يميز بين الضرر الجنائي البحت المترتب عن الجريمة ذاتها والضرر غير الجنائي الذي لا يدخل في تكوين الضرر الجنائي، وبالتالي لا يختص بالنظر فيه سوى القضاء المدني⁽²⁾ ويبدو أن هذا التمييز يمكن الأخذ به حينما تنجم الوفاة عن عدم تقديم المساعدة فالجريمة مكونة من الرفض أو الامتناع عن المساعدة ولا يمكن أن ينسب خطأ للطبيب نتيجة عدم مساعدته الشخص المهتد بالخطر.

فالضرر الواقع والمطالب بالتعويض عنه ناتج عن الوفاة وهذه الوفاة لا تعتبر عنصرا من عناصر جريمة الامتناع أي رفض المساعدة، ويترتب عن ذلك أن الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الضرر غير مقبولة.

وما يمكن ملاحظته في هذا المجال أن الإجتهد القضائي لمحكمة بيتوم رغم الحجج القوية التي إعتدتها فإن ما ذهب إليه لا يخلو من البيزنطية وهذا ما يعرضه للنقد، كما أن قانون سنة 1941 الذي أدخل في التشريع جريمة الامتناع عن المساعدة يقتضي لفرض الجزاء وفاة الشخص المهتد بالخطر، أو إصابته بضرر جسماني جسيم في حالة الامتناع عن مساعدته⁽³⁾ ومما لا شك فيه أنه في ظل هذا القانون فإن الوفاة أو الضرر يعطي الحق في التعويض أمام القضاء الجنائي ، حيث يشكل ذلك أحد عناصر التعدي أو الجريمة Infraction ومن العسير تصور أن واضعي أمر 1945 بإبعادهم هذا الشرط لتوسيع دائرة العقاب كان قصدهم حرمان الضحية أو ذوي حقوقها من الإدعاء كطرف مدني، مما يستتبع بطريق غير مباشر تضييق مجال القانون الجنائي وذلك بتحويل النيابة العامة عن احتكار المتابعة⁽⁴⁾ وخلافا لأحكام مشروع القانون الجنائي لسنة 1934 الذي

(1) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق، ص 26 .

(2) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق، ص 26 .

(3) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق، ص 27 .

(4) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق، ص 27 .

يجوز النيابة احتكار المتابعة فإن واضي أمر 1945 عبروا صراحة عن نيتهم في السماح برفع الدعوى من قبل الطرف المدني..

ولذا فإن ما ذهبت إليه محكمة "Bethume" رأي لم يحض بالتأييد وقد رفضته محكمة الجناح لنيس بتاريخ 2 نوفمبر 1939⁽¹⁾ وكذلك قرار محكمة استئناف "Boures" التي ذهبت إلى القول أنه بداعي تعاقب أو تسلسل الأحداث فيما يتعلق بالدعوى المدنية مما يستوجب المسؤولية التضامنية لمجموعة من الصيادين إثر قتل حارس مع إحجام البقية على منع وقوع الجريمة وقد رفضت محكمة النقض الطعن⁽²⁾ ضد قرار محكمة الاستئناف .

وقد توصل الاجتهاد القضائي إلى الاقتناع بأن كل خطأ جنائي يعد في حد ذاته خطأ مدنيا وللضحية في هذه الحالة حق المطالبة بالتعويض، وقد حكمت محكمة استئناف باريس في حكم لها بتاريخ 8 جانفي 1958⁽³⁾ على رجال الشرطة بدفع التعويض لذوي الحقوق نظرا لامتناعهم عن مساعدة أحد المساجين الذي كان في حالة غيبوبة بعد استجوابه .

وعليه يلاحظ التوسع في فرض العقاب عن خطأ الامتناع أو اللامبالاة ويهدف من وراء ذلك إلى ربط الجزاء بالمبادئ الأخلاقية ذات الطابع الاجتماعي التي تعد قوام كل نظام سياسي⁽⁴⁾ إلا أن التخوف لا زال عالقا يتمثل في المخاطر الناجمة حيث أن المعاقبة عن الامتناع تفترض التقدير الشخصي لعناصر لا يمكن مراقبتها موضوعيا ومهما يكن من أمر فإن القانون الجنائي حسم الموقف إذ يعاقب عن عدم منع تحقق الضرر لا سيما. في الحالات الخطيرة، وبالتالي لا يتصور على الإطلاق أن يكون القانون المدني أكثر تضييقا وتشددا⁽⁵⁾ إلا أنه وإلى غاية سنة 1945 وبغياب النص الجنائي الذي يعاقب عن خطأ الامتناع كان ذلك بمثابة الحجة التي يتمسك بها أصحاب النظرية المدنية التقليدية لرفض الاعتراف بخطأ الامتناع كمصدر للمسؤولية المدنية التقصيرية⁽⁶⁾ ومن ثمة وجوب التعويض.

(1) — Gas , Palais 1949 . 2 . 430.

(2) — أنظر جنائي 18 جانفي 1951 « Cass Crim : « Recueil de Droit Penal 1951 , P 111 »

(3) — J.C.P , 432. 10. 2 . 1958 .

(4) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق، ص 30 .

(5) — نفس المرجع : ص 30 .

(6) — نفس المرجع : ص 30 .

أما الآن فلم يعد الأمر محل خلاف لصراحة النصوص الواردة في قانون العقوبات الفرنسي 2000/916 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000، والمعدل بتاريخ 01 جويلية 2014 وكذا قانون العقوبات الجزائري 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2000 .

بعد تعرضنا لخطأ الامتناع في القانون الجنائي في الفصل الثالث السالف الذكر نحاول معرفة مدى أثر القانون الجنائي على القانون المدني من خلال دراسة مشكلة الامتناع في حد ذاتها نظرا للتداخل بينها وبين الامتناع في القانون الجنائي في كل من القانون الفرنسي والمصري والجزائري . وعلى ضوء ما سبق نتناول دراسة هذا التأثير في الفصل الرابع .

الفصل الرابع

تأثير القانون الجنائي على القانون المدني

في مجال المسؤولية التقصيرية عن خطأ الامتناع

بعد أن كان المبدأ السائد طبقاً للقاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، عدم الاعتداد بالامتناع إلا حيث يوجد نص تشريعي بذلك، وبما أن القانون الجنائي سابقاً قد خلا من توقيع الجزاء على الجرائم بالامتناع، فقد تردد الفقه والقضاء في الاعتراف بها، غير أن التطور الذي حدث في المجتمعات أدى إلى تغيير الاتجاهات، وأضحت الكثير من التشريعات الجنائية تسلم بالجرائم بالامتناع وتفرض الجزاء عليها، وقد امتد هذا التأثير إلى القانون المدني حيث أضحى الامتناع يرتب المسؤولية شأنه في ذلك شأن الخطأ الإيجابي، وذلك ما سنعالجه في المباحث التالية :

المبحث الأول

خطأ الامتناع في القانون الفرنسي

عرفت القوانين ومنها القانون الفرنسي خطأ الامتناع وعاقب عليه لا سيما في المجال الجنائي ومنه امتد إلى القانون المدني.

لقد جعل المشرع الفرنسي الخطأ المحور الأساسي للمسؤولية والعمود الفقري الذي تقوم عليه بالرغم من التطور الذي شهدته هذه الأخيرة على يد الاجتهاد الفقهي والقضائي حيث جاءت المادة 1382 مؤكدة على الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية بقولها : " كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه. "

كما نصت المادة 1383 على ما يلي : " كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب بل أيضاً بإهماله أو عدم تبصره "(1).

نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد استخدم عبارات عامة وشاملة في المادة 1382(2) ولم يكن يقصد إبعاد خطأ الامتناع كمصدر للمسؤولية التقصيرية، حيث أن لفظ الخطأ يشمل كل من الخطأ الإيجابي والسلبي على حد سواء وبإضافته المادة 1383 التي نصت على الإهمال وعدم

(1) — أنظر المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي .

(2) — أنظر المادة 1383 من القانون المدني الفرنسي .

التبصر فهذا يوحي ويؤكد مرة أخرى على تسليم المشرع الفرنسي بخطأ الامتناع وقدرته على ترتيب المسؤولية كما هو الحال بالنسبة للخطأ الإيجابي تماما .

أما في المجال الجنائي فقد فصل المشرع الفرنسي نهائيا في مسألة الامتناع بالنص صراحة على معاقبة الممتنع حيث جاء في المادة 63⁽¹⁾ المعدلة بقانون 25 يونيو 1945 ثم بقانون 13 أبريل 1954 ما يلي : " يعاقب بالحبس من 3 شهور إلى 5 شهور وبغرامة تتراوح بين 36000 إلى 150000 فرنك أو إحدى هاتين العقوبتين كل من كان في مقدوره أن يمنع بفعله الفوري ودون أن يعرض نفسه أو غيره للخطر جنائية أو جنحة تتعلق بسلامة الأشخاص أو أحجم إراديا عن ذلك " .

كما ورد في نفس المادة الفقرة الثانية معاقبة من يمتنع عن مساعدة شخص مهدد بخطر متى كان بوسعه تقديم هذا العون دون أن يتعرض هو أو غيره للخطر سواء أكان ذلك بتدخله الشخصي أو بالاستعانة بالغير والعقوبة المقررة في هذا الشأن الحبس من 3 إلى 5 أشهر وبغرامة من 360 إلى 15 ألف فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين..

كما جاء في المادة 63 الفقرة 3 معاقبة من يعلم بدليل براءة شخص محبوس احتياطيا أو مقدم للمحاكمة في جنائية أو جنحة و يحجم عن الإدلاء بالشهادة اختياريا لصالح المتهم وذلك أمام السلطات القضائية أو البوليس، والعقوبة المقررة في هذا الشأن هي الحبس والغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين، كما فعل المشرع في قانون العقوبات الحالي المعدل بأمر 2000/916 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000 والساري المفعول ابتداء من جانفي 2002، المادة 6/223 ، 5/223 وحسم في مسألة معاقبة الجرائم عن الامتناع ودعوى التعويض عنها⁽²⁾.

إذا كان المشرع الفرنسي قد أقر وفرض العقوبة عن خطأ الامتناع في القانون الجنائي واعتبر المسؤولية التقصيرية قائمة بمجرد توافر الخطأ ، دون تمييز بين الخطأ الإيجابي والسلبي، فما موقف التشريع المصري من خطأ الامتناع ؟ وهذا ما سيكون موضع دراسة في المبحث الثاني .

(1) — أنظر قانون جنائي فرنسي ، ص 35 .

(2) — أنظر قانون العقوبات الفرنسي المعدل بأمر 2000/916 بتاريخ 19 سبتمبر 2000، المواد 6/223، 5/223، 7/323 والنصوص المعدل له بتاريخ 12 جويلية 2014.

المبحث الثاني خطأ الامتناع في القانون المصري

لم يبعد المشرع المصري خطأ الامتناع من نصوصه سواء على المستوى المدني أو الجنائي حيث تنص المادة 163 (1) من القانون المدني المصري على ما يلي : " كل خطأ سبب ضرراً يلتزم من ارتكبه بالتعويض " .

ويستخلص من نص المادة أن المشرع المصري استخدم صراحة لفظ الخطأ حيث يشمل كلا من الخطأ الإيجابي والسلبي أي خطأ الامتناع على حد سواء..

ولم تخل النصوص الجنائية⁽²⁾ في التشريع المصري من معاقبة الامتناع حيث نصت المادة 84 من قانون العقوبات المصري المعدلة بالقانون رقم 112 لسنة 1957 على ما يلي : " يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تتجاوز 500 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من علم بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب، الخاصة بالجنايات والجناح المضرة، وتضاعف العقوبة إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب " . كما تنص المادة 98 من نفس القانون : "على أن يعاقب بالحبس كل من علم بوجود مشروع لارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد 87، 89، 90 مكرر، 91، 92، 93، 94 من هذا القانون ولم يبلغه إلى السلطات المختصة، ولا يجري حكم هذه المادة على زوج أي شخص له يد في ذلك المشروع ولا على أصوله أو فروعه " .

كما نصت المادة 386 من ذات القانون على أن يجازى بغرامة لا تتجاوز جنيهاً مصرياً من أمتنع أو أهمل في أداء مصلحة أو بذل مساعدة و كان قادراً عليها عند طلب ذلك من جهة الاقتضاء في حالة حصول حادث أو هياج. أو غرق أو فيضان أو حريق أو نزول مصائب أخرى عمومية .

غير أنه يلاحظ أن المجال الطبيعي للنص على خطأ الامتناع هو القانون الجنائي، غير أن المشرع المصري لم يضع مبدأ عاماً ولم يفرض العقوبة بموجب نص على الامتناع عن تقديم المساعدة كما فعل المشرع الفرنسي والجزائري.

(1) — أنظر قانون مدني مصري .

(2) — أنظر قانون عقوبات مصري .

فإذا كان المشرع المصري قد عرف خطأ الامتناع في كل من القانون المدني والجزائي، فما هو موقف القانون الجزائري من ذلك، وهذا ما سيكون موضع دراسة في المبحث الثالث .

المبحث الثالث

خطأ الامتناع في القانون الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 124 المعدلة بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 الخاصة بالمسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي على ما يلي : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "(1) .

وبالرجوع إلى نص المادة 124 يتضح لنا جليا إيراد المشرع كلمة الخطأ صراحة مما لا يدع أي شك في تمسكه بالخطأ كركن للمسؤولية عن العمل الشخصي و كذا الحال بالنسبة للمادة 127 حيث وردت كلمة الخطأ صراحة والخطأ لفظا شاملا قد يكون عمديا وقد يكون غير عمدي لا سيما وأن المشرع الجزائري جاء بمادة مماثلة للمادة 1383 التي تجعل المرء مسؤول صراحة عن إهماله وعدم تبصره، وهي المادة 125 المعدلة بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 التي تقضي بأنه : " لايسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزا " .

كما أن الخطأ قد يكون إيجابيا و قد يكون سلبيا ، فصياغة المادتين 124 و 125 ق م ج على النحو سالف الذكر تؤكد أن المشرع الجزائري لم يقصد إبعاد أي نوع من أنواع الخطأ وجميعها صالحة لترتيب المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي بما فيها خطأ الامتناع كذلك، وذلك منا تؤكد أيضا المادة 125 ق م ج السالفة الذكر.

أما بالنسبة للقانون الجنائي(2) فقد أكد المشرع الجزائري على معاقبة الأخطاء السلبية أو أخطاء الامتناع التي يقتربها المرء حيث نصت في المادة 181 من قانون العقوبات المعدلة بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 على ما يلي: " فيما عدا الحالة المنصوص عليها

(1) — أنظر القانون المدني الجزائري وزارة العدل ديوان المطبوعات الجامعية المادة 124 ق م ج ، المعدلة بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 10 يونيو 2005 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

ARTICLE 124 : « Tout Fait Quelconque de L'homme Qui Cause à Autrui un Dommage Oblige Par La Faute du Quel il est Arrivé à le Réparer » .

(2) — أنظر قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 ، المعدل بموجب قانون 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المادتين 181 و 182.

في الفقرة الأولى من المادة 91 يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 ألف إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين من يعلم بالشروع في جناية أو جنحة أو بوقوعهما فعلا ولم يخبر السلطات فورا". كما نصت المادة 182 من ذات القانون على ما يلي : "يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى 5 سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينارا أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه، وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جنائية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان ، و امتنع عن القيام بذلك بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عنها هذا القانون أو القوانين الخاصة .

— ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر، كان بإمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له، وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير.

— ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من يعلم الدليل على براءة شخص محبوس احتياطيا أو محكوم عليه في جناية أو جنحة، ويمتنع عمدا أن يشهد بهذا الدليل فورا أمام سلطات القضاء أو الشرطة، ومع ذلك فلا يقضي بالعقوبة على من تقدم من تلقاء نفسه بشهادته وإن تأخر في الإدلاء بها " .

ويستثنى من حكم الفقرة السابقة مرتكب الفعل الذي أدى إلى اتخاذ الإجراءات الجزائية ومن ساهم معه في ارتكابه وشركاؤه وأقاربهم وأصهارهم لغاية الدرجة الرابعة " .

كما نصت المادة 1/91 من نفس القانون المعدل على : " مع عدم الإخلال بالواجبات التي يفرضها سر المهنة يعاقب بالسجن المؤقت بمدة لا تقل عن 10 سنوات ولا تتجاوز 20 سنة في وقت الحرب، وبالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار في وقت السلم، كل شخص علم بوجود خطط أو أفعال لارتكاب جرائم الخيانة أو التجسس أو غيرها من النشاطات التي يكون من طبيعتها الإضرار بالدفاع الوطني ولم يبلغ عنها السلطات العسكرية أو الإدارية أو القضائية فور علمه بها "(1).

ونستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي ، وخلافا للمشرع المصري قد نص صراحة في قانون العقوبات على فرض الجزاء عن الامتناع عن تقديم المساعدة

(1) — أنظر قانون العقوبات الجزائري، المادة 91 فقرة 1 المعدلة بموجب قانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

للغير ، كما أنه لم يميز في مجال المسؤولية التقصيرية بين الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي أو خطأ الامتناع.

بعد أن أوضحنا التطورات التي شهدتها القانون الجنائي ومدى تأثيرها على القانون المدني، يبقى علينا الآن التساؤل على المعيار الواجب اعتماده للوقوف على خطأ الامتناع، وذلك ما سنعالجه من خلال الفصل الخامس .

الفصل الخامس معييار الخطأ بالامتناع

المعييار المميز لخطأ الامتناع يعتمد على طبيعة الواجب القانوني الذي يستند إلى نصوص التشريع حيث يمنحه وصف الإلزام حيث يمكن وصف فعل الامتناع بالخطأ وعلى ذلك عندما نحاول البحث عن معيار الخطأ يستوجب ذلك ما يلي :

— وجود إلزام أي واجب يستند إلى نصوص القانون حتى يمكن القول بخطأ الامتناع.

— مسؤولية المدعى عليه و يمكن التحقق منها بإثبات النص القانوني حتى يمكن القول بوجود خطأ بمفهوم المخالفة لأن وجود خطأ يعني تحقق المخالفة القانونية إذا ما توفرت علاقة السببية بين الفعل و النتيجة. وإذا كانت المشكلة الرئيسية عن خطأ الامتناع في المسؤولية المدنية تثير دائما إشكالات قانونية هي :

✓— متى يكون الامتناع خطأ ؟ .

✓— في أي حالة يعد الامتناع إخلالا بنص قانوني يترتب واجبا يترتب على مخالفته خطأ ؟.

✓— متى يكون التعارض بين الامتناع و احترام حقوق الأفراد و حرياتهم ؟ .

وفي ضوء هذا العرض سنتناول دراسة حالة الامتناع الذي يشكل خطأ يترتب المسؤولية المدنية في المباحث التالية :

المبحث الأول

الامتناع عن المساعدة المخالف للواجب العام

يوصف خطأ الامتناع بأنه : " صورة للسلوك الإنساني فهو يضم عنصرا إيجابيا هو الإرادة المتجهة على نحو عمل معين " (1).

والامتناع بالإضافة إلى ذلك تعبير عن هذه الإرادة وهو من الناحية المادية وسيلة لبلوغ غاية في العالم الخارجي وكل ذلك يحول دون أن يوصف الامتناع بأنه ظاهرة سلبية (2).

(1) — يفرق الدكتور الجارحي بين الامتناع عن تقديم المساعدة والامتناع عن التفضل، حيث أن الفضالة تكون دائما تلقائية بدون طلب سابق من رب العمل، أما تقديم المساعدة فقد تكون تلقائية أو بناءا على طلب المتضرر نفسه أو غيره.

— أنظر مقاله الخطأ بالامتناع ، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1952 ، هامش 52 ، ص 330.

(2) — نجيب حسني : شرح قانون العقوبات اللبناني ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1972 ، فقرة 314 .

ويذهب أغلبية الفقه في القوانين : الإنجليزي ، الأمريكي ، الفرنسي ، على اعتبار الامتناع أو الخطأ السلبي لا يخالف القانون بمفهومه الواسع لأنه لا يمكن إجبار الغير على التدخل خاصة في حالة عدم وجود نصوص قانونية تفرض واجبا على الغير بالتدخل(1).

وإذا كانت القاعدة العامة في الفقه السابق بأنه لا يجوز بناء على الواجب القانوني العام خلق التزام أو إجبار للأفراد على التدخل الإيجابي وإلا عد فعلهم خطأ بالامتناع خطأ سلبيا .

فلا يعني ذلك عدم وجود استثناءات على القواعد العامة لتحويل الواجب العام في بعض الحالات إلى واجب قانوني يلزم الفرد بالتدخل في حالة الضرورة أو الحاجة الفعلية لهذا التدخل الذي يمكن أن يترتب على تخلفه ضرر يلحق بالغير .

ويذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى عدم اعتبار الامتناع عن تقديم المساعدة جريمة نظرا لعدم إمكانية إلزام الأفراد بالتدخل إيجابيا من أجل مساعدة الغير على تجاوز ضرر معين و إلا عد فعلهم جريمة وخاصة في حالات : الانتحار ، والتخريب .

ولكن يمكن فرض التزام من واقع المجتمع يقوم على أصول أخلاقية وتربوية وخاصة في المجتمعات العربية دون أن يترتب على ذلك ترتيب مسؤولية أو التزام يستند إلى نص قانوني وفي هذا تحديد للفواصل بين الأخلاق والقانون ، لأن توسيع دائرة الأخلاق يتوقف على طبيعة المجتمع وتقاليدته أما إيجاد معيار قانوني للوصول إلى واجب قانوني فيمكن أن يستند إلى تفسير آخر(2).

وقد وجد هذا الرأي تأييدا في الفقه وخاصة المصري حيث دافع عنه كما جاء في قول الأستاذ السنهوري : " القانون في إنشائه للالتزامات لا يستطيع أن يصوغ التزاما مبهما غير محدد أيا كانت المبررات الأدبية والاجتماعية لإنشائه فهو لا يستطيع فعلا أن ينشئ التزاما إيجابيا يفرض على كل شخص أن يساعد غيره أو أن يغيثه عند الحاجة ، مثل هذا الالتزام غير المحدد مقضى عليه أن يبقى في دائرة الآداب و الاجتماع .

(1) — القاعدة العامة في القانونين الأمريكي والانجليزي هو عدم وجود التزام قانوني بالمساعدة وعلى ذلك لا يشكل الامتناع مخالفة لواجب قانوني إلا ما تعلق بالنطاق الأخلاقي ولم يتجاوزها لدائرة القانون . الجارحي : المرجع السابق ، ص 373 .

(2) — عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، 1964 ، الفقرة 904 .

ويتناول القانون في رفق بعض نواحيه فيبرز منها ما يتمكن من تحديده و يصوغه التزامات قانونية فينتقل بذلك من عالم الأخلاق والاجتماع إلى عالم القانون(1).

ومعنى ذلك لا يلزم الشخص بقواعد الأخلاق، فحيث لا يوجد تكليف من الشارع لا يوجد الخطأ .

إذن الارتباط بين الخطأ والنص مرجعه النصوص التشريعية ولكننا نوسع من دائرة الأخلاق خاصة في حالات يترتب عليها ضرر للغير نتيجة عدم استعمال الشخص لحقوقه وحرياته العامة والحقيقة أن تاريخ القانون ينبع من الأخلاق والعادات والتقاليد التي تملئ على ضمير المشرع تقنين مثل هذه القواعد، خاصة في حالة الضرر لأن الفرد جزء من المجتمع وهو مسؤول عنه في حالة تحقق الخطر(2).

كما ميز بعض الفقهاء بين الحق ذاته أو المحافظة على الحق في المساعدة الذي لا يفرض أي التزام قانوني إلا إذا كان إخلالا بواجب معين حدده نص القانون، وفي هذا السياق يقول أحد الفقهاء تعليقا على ما سبق " أنه يجب التمييز بين الحق ذاته و بين الحق في المحافظة عليه أو الحق في المساعدة، فهذا الحق الأخير مستحدث لا ينشأ إلا عندما يفرض في القانون التدخل للمحافظة على الحق و يكون الامتناع إخلالا بالواجب المقابل لهذا الحق المستحدث"(3).

(1) — وفي نفس المعنى يذهب الأستاذ حشمت أبو ستيت في قوله : " مادام القانون المصري لم يرد فيه مثل التعديل الفرنسي فلا نرى الشخص ملزم بالقيام بما تمليه قواعد المروءة والأخلاق ، كما إذا رأى غريقا يتشبث بالحياة وكان في وسعه إنقاذه ولم يفعل، وحيث لا يوجد تكليف من الشارع لا يعتبر فعلا خاطئا"، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام، مطبعة مصر ، الطبعة الثانية ، 1924 ، فقرة 429 .

(2) — كما يقول الأستاذ عبد المنعم الصدة : " لو أن شخصا رأى آخر يغرق وكان قادرا على إنقاذه ولكنه امتنع عن نجده فلا يسأل عن ذلك " .

— أنظر مؤلفه : مصادر الالتزام ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1965 ، فقرة 422 .

(3) — الحبيب إبراهيم الخليلي : مسؤولية المتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي ، رسالة 1967 ، ص 120 .
وفي نفس المعنى يقول الأستاذ سليمان الطماوي في مجال القانون الإداري : " ما لم يلزم المشرع الإدارة بالقيام بعمل معين فإنها حرة في أن تتدخل أو تمتنع ولهذا فإن القاعدة المسلم بها أن الإدارة حرة في إنشاء المرافق العامة وأن مجرد شعور الأفراد بالحاجة إلى خدمة معينة لا يلزم الإدارة بإنشاء المرفق الضروري " . ومعنى ذلك عدم التسليم بمسؤولية الشخص عن أمن الأفراد إذا قصرت الدولة في توفير مرافق الشرطة لحمايتهم أو سهر أصحاب السيارات لخدمة المسافرين إذا لم توفر لهم الدولة مرافق النقل الضرورية.

— أنظر مؤلفه : نظرية التعسف في استعمال السلطة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية، 1966 ، ص 636 .

وبناء على ما سبق فإن واجب المساعدة لا يؤسسه طلب الغير للمساعدة وللطرف الموجه إليه الإيجاب أن يقبل أو يرفض ولا ينجم عن ذلك أي مسؤولية قانونية، لأن الرفض يعد استعمالا لما يسمى — حق الرفض — وهو أمر مشروع قانونا كما لا يكفي الواجب العام المجرد لفرض القبول(1).

وخلاصة القول لا ينشأ خطأ الامتناع إلا في حالة تخصيص واجب معين حدده القانون أما واجب المساعدة العامة فيدخل ضمن نطاق الأخلاق العامة ما لم يرتب أي أضرار جسيمة كانت تستلزم تدخل معين كان في قدرة الشخص القيام به ولكنه امتنع مما ترتب عليه الإضرار بحياة أو أموال الغير.

وتتحدد مسؤولية المدعى عليه في النظام الأنجلو الأمريكي في مخالفة الواجب المحدد بنص تشريعي فإذا رتب القانون لصالح الأفراد واجبا معينا وأضربوا نتيجة عدم تنفيذ هذا الواجب كان للمدعى الحق في المطالبة بالتعويض نتيجة الأضرار التي لحقت.

لذلك يشترط لقيام المسؤولية في هذه الحالة الشروط الآتية :

1 — أن يفرض الواجب بمقتضى نص التشريع .

2 — أن يلحق المدعى ضرر نتيجة عدم التزام الواجب المحدد قانونا .

ويمكن التمييز في هذه الحالة بين نوعين من الواجبات :

أ — واجب يكفي فيه بذل عناية الرجل المعتاد

ب — تحقيق نتيجة معينة تقتضي بذل درجة معينة من العناية(2).

وعلى ذلك تثير حالة الامتناع عن تقديم المساعدة باعتبارها مخالفة للواجب العام المجرد

تساؤلات أهمها :

(1) — وفي الحالة الأخرى وهي قبول المساعدة يصير بينهما اتفاقا بالمساعدة سواء كانت مقابل مادي أو على سبيل التبرع في هذه الحالة الأخيرة تطبق الأحكام العامة في القانون المدني على اتفاق المساعدة و يجوز الفصل فيها بالبطلان وفقا لنص المادة 129 مدني مصري التي حصرت حالة الإبطال بسبب الاستغلال على حالة استغلال طيش أو هوى جامع ولم يحدد النص استغلال حاجة الإنسان الماسة إلى المساعدة.

— أنظر تفصيل ذلك المعنى : جمال زكي : الوجيز في نظرية الالتزام ، 1967 ، ص 72 .

(2) — إبراهيم الدسوقي أبو الليل : المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق ، دار النهضة العربية ، 1980 ، ص 296 .

البحث عن ضابط أو معيار معين يكون مبررا لهذه المخالفة حتى لا تتسع دائرتها وتصير بالضرورة إلى حدود تضيق من دائرة حريات الأشخاص، ولذلك طرحت عدة معايير لتبرير مسؤولية الأشخاص في حالة الامتناع المخالف لواجب قانوني عام وبمجرد وقد اقترح الفقه عدة معايير لحل هذه المسألة نعرضها في المطالب التالية :

المطالب الأول معيار الرجل العادي

يقصد بالرجل العادي ذلك الشخص الذي يكون سلوكه مطابقا للسلوك الاجتماعي القويم الذي يتبعه جمهور الأفراد والذي يتسم بقدر معقول من اليقظة والحرص والتبصر وقد عرفه القانون الروماني برب الأسرة العاقل أو المعني بأموره⁽¹⁾.

فالشخص المعتاد هو الإنسان المتوسط لا هو شديد الذكاء ولا محدود اليقظة⁽²⁾ وإنما له القدر المألوف بين عامة الناس فهو وسط بين الرجل الممتاز والرجل التافه⁽³⁾.

فالشخص العادي وفقا لتلك التعريفات هو إنسان له القدرة على التصرف في حدود المعقول باعتبار طبيعة الحياة الاجتماعية، وما تستلزمه من حد أدنى للسلوك الذي يسود غالبية الناس مما يمثل الحد الأدنى الذي يتوقعه سائر الأفراد ويعتدون به في تصرفاتهم مثلا بما يسمى — بالسلوك الاجتماعي — .

ويعني آخر يجب أن يضع الشخص العادي نموذج المقارنة في الظروف التي يتواجد فيها المدعى عليه⁽⁴⁾ وتلك الظروف هي متنوعة بعضها موضوعي مثل : الخاصة بزمان و مكان التصرف وبعضها شخصي كالحالة الذهنية والسن والمهارة وغير ذلك من الصفات الخاصة⁽⁵⁾.

(1) — ويسمى بالفرنسية « Bon Père De Famille » :

(2) — السنهوري : مصادر الالتزام ، ص 884 .

(3) — عبد الفتاح عبد الباقي : تحديد الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية في ظل القانون الكويتي والقانون المعاصر مع المقارنة بأحكام الفقه الإسلامي ، مجلة الحامي ، الكويت ، عدد سبتمبر ، أكتوبر ، 1978 ، ص 31 .

(4) — SAVATIER (R) : « Comment Repenser la Conception Actuelle de La Responsabilité Civile » Article – Revue de DALLOZ , 1966 , P 149 .

(5) — إبراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق ، ص 68 .

و في ضوء هذا التعريف يمكن فرض الالتزام بتقديم المساعدة استنادا إلى الواجب العام وفقا لمعيار الرجل العادي . وتقدير هذا المعيار مسألة تقديرية ترجع إلى قاضي الموضوع ولكن اعتبر الفقه الامتناع عن تقديم المساعدة مخالفا للواجب القانوني في الحالات الآتية :

1 — إذا كان مقصودا من الامتناع نية الإضرار، إذا ارتكب الفعل بسوء نية بحيث يخرج التصرف عن نطاق الرجل العادي(1).

2 — إذا كان تقديم المساعدة لا يترتب عليه أي ضرر أو تضحية خفيفة لاترقى إلى مرتبة الخطر مع الخطر المقابل الذي يهدد حياة الغير بمعنى عدم التناسب بين عدم تقديم المساعدة والخطر الذي يلحق الغير مثال : امتناع صاحب سيارة عن نقل مصاب في حادث سيارة يكون مسؤولا عن خطأ الامتناع إذا كانت حالة المصاب خطيرة تستلزم نقله فورا لإنقاذ حياته بعكس ما إذا كان الامتناع عن تقديم المساعدة هو إصلاح خلل فني لسيارة أو الامتناع عن إعطاء بيانات معينة لشخص آخر(2) . وقد انتقد هذا المعيار على أساس أنه لا يصنع الواجب القانوني وإنما يقدره في حدود مضمون الواجب الخاص(3).

ويرد على هذا النقد بالقول : " يوجد واجب قانوني عام مجرد يراد تحديده بالاستعانة إلى معيار الرجل العادي، فلا نلجأ إلى ذلك المعيار لخلق واجب ولكن نظريته في هذا النقد أن الامتناع العام عن تقديم المساعدة حيث لا يوجد إلا الواجب القانوني العام المجرد هو مسلك الرجل العادي في كل الأحوال والظروف فالرجل العادي ليس بالضرورة الرجل الخير أو من نذر نفسه وماله للغير وليس هو بالضرورة متجرد من الأنانية"(4) .

(1) — والضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان نتيجة المساس بحق من الحقوق وهو يمثل ركنا في المسؤولية التصيرية وثبوته شرط لازم لقيام المسؤولية والتعويض عنه.

— راجع أحكام محكمة النقض المصرية، نقض مدني في 7 / 1 / 1965 ، مجموعة أحكام النقض 11 ، رقم 2 ، ص 25 .
وأیضا نقض مدني 1962/5/30 ، نفس المجموعة 13 ، رقم 56 ، ص 716 .

(2) — جمال الدين زكي : الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري ، طبعة مطبعة جامعة القاهرة، 1978 ، ص 419 . وجميل الشرفاوي : النظرية العامة في الإلتزامات ، الكتاب الأول ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 ، ص 469 .

(3) — حبيب إبراهيم الخليلي : المرجع السابق ، ص 149

(4) — مصطفى الجارحي : المرجع السابق ، ص 315 .

المطلب الثاني معيار الضرورة

تقتضي دراسة معيار الضرورة وجوب التعرض للنقاط التالية :

1 — تعريف الضرورة : يقصد بحالة الضرورة موقف من أحدث ضررا نتيجة فعل منه كان الوسيلة الوحيدة لتفادي ضررا أكبر⁽¹⁾.

ويعنى هذا التعريف أنه يشترط لقيام حالة الضرورة أن يكون الضرر الذي يتم تفاديه أكبر من الضرر المضحي به فإذا كان الضرران متساويين أو كان الضرر المضحي به أكبر من الضرر المراد تفاديه لا نكون في هذه الحالة أمام نظرية الضرورة.

2 — الضرورة في الفقه الفرنسي : اختلف الفقه الفرنسي حول تكييف طبيعة المسؤولية كما يلي :

أ — اتجاه يرى انعدام المسؤولية في حالة الشخص الذي يحدث ضررا للغير في حالة الضرورة وذلك على أساس تحقق سبب من أسباب عدم المسؤولية⁽²⁾.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن أساس عدم المسؤولية هو انعدام الخطأ في جانب من يتصرف في حالة الضرورة ويرى البعض أن انعدام المسؤولية يرجع إلى توافر القوة القاهرة .

ب — الاتجاه الثاني يرى قيام المسؤولية ولا يعفى من المسؤولية إلا إذا وجدت قوة القاهرة بمعنى توافر شروط القوة القاهرة أو السبب الأجنبي في حالة الضرورة وهو عدم إمكان التوقع أو الدفع⁽³⁾. ويميز هذا الاتجاه بين عدة فروض :

— أن يكون الضرر المضحي به شيئا لا يذكر بجانب الضرر المراد تفاديه وهنا نكون أمام حالة قوة القاهرة.

— الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الواقع وتتحقق هنا حالة الضرورة ولا تقام المسؤولية.

(1) — إبراهيم دسوقي أبو الليل : المرجع السابق ، ص 89 .

(2) — LE TOURNEAU : “ La Responsabilité Civile ” , PARIS , 1972 , P.172 .
et SAVATIER : OP CIT, P 98 et MAZEAUD (HENRI et LEON) « Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle » PARIS , 5eme et 6eme édition , P 493 .

(3) — RODIERE . OP. CIT. P 141.

— الخطر المراد تفاديه أشد بقليل أو بشيء لا يذكر من الضرر المضحى به وهنا لا توجد قوة قاهرة ولا حالة ضرورة وتقوم المسؤولية المدنية.

3 — الضرورة في القانون المصري : نظم المشرع حالة الضرورة في المادة 168 التي تقرر : " أن من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محققا به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا " .

ويشترط لتوافر حالة الضرورة أن يكون الشخص الذي سبب الضرر مهددا بخطر حال ومن مصدر أجنبي وأن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذي وقع(1).

ويرى الأستاذ السنهوري وجوب التمييز بين أربعة فرضيات :

الفرض الأول : أن يكون الضرر الذي وقع لا يعد شيئا مذكورا بجانب الخطر المراد تفاديه فالشخص الذي يخشى الغرق لا يحجم عن إتلاف مال زهيد القيمة ويرجع صاحب المال بدعوى المسؤولية التقصيرية.

الفرض الثاني : الخطر المراد تفاديه أكبر من الضرر الذي وقع، كالإستلاء على دواء مملوك للغير لتفادي خطر المرض هنا يعفى من المسؤولية كحالة ضرورة ولكن يمكن الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب.

الفرض الثالث : الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر كمن يتلف مال الغير لإطفاء حريق، هنا تقدر الضرورة بقدرها ويلزم بتعويض مناسب إلى جانب حق صاحب المال في دعوى الإثراء بلا سبب.

الفرض الرابع : أن يكون الخطر المراد تفاديه مساويا للضرر الذي وقع ، في هذه الحالة لا يجوز لشخص أن يلحق ضرر بالغير وإلا تتحقق مسؤوليته التقصيرية.

(1) — يرى الأستاذ مصطفى مرعى : " أن حكم الضرورة المنصوص عليه في قانون العقوبات يسري على المسؤولية المدنية أيضا لأن الضرورة قوة قاهرة تحول دون المسؤولية المدنية كما أن الضرورة من شأنها أن تعطل الإرادة الإنسان " .
أنظر مؤلفه : المسؤولية المدنية في القانون المصري ، مكتبة عبد الله وهبه ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، 1944 ، فقرة 62 .
كما يلاحظ الأستاذ حسن عكوش ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري . " أن نحتز في التفريق بين حالة الضرورة والقوة القاهرة ففي حالة الضرورة يكون لمحدث الضرر مندوحة عن إحداثه لو أنه وطن نفسه على تحمل الضرر الذي كان يتهدهده أما القوة القاهرة على النقيض من ذلك تلجأ الى الأضرار لا قبل الفاعل بدفعه " .
أنظر مؤلفه : المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ، مكتبة القاهرة الحديثة ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 1927 ، ص 42 .

ويقيس الأستاذ السنهوري المسؤولية في الفرضيات الأربعة بمقياسها المجرد وهو السلوك المألوف للشخص العادي فلم يقع انحراف في الفرضين الأول والثاني فلم تقم المسؤولية ووقع انحراف في الثالث فخففت المسؤولية على أساس الضرورة أما في الفرض الرابع فقد تحقق الانحراف فقامت المسؤولية كاملة(1).

وعلى ذلك يرى أنصار نظرية الضرورة أن واجب المساعدة يصبح التزاما قانونيا في حالة الخطر المحدق بشخص معين وعلى ذلك يسأل الطبيب عن الامتناع إذا كان دفع الضرر عن المريض مستحيل دون تدخله أو مساعدته اللازمة لدرء الخطر عن المريض(2).

وإذا كان بعض الفقه لم يسلم بنظرية الضرورة على أساس أن المشرع واجه حالة الضرورة بنص واحد هو 168 مصري، وإذا كانت الضرورة بناء على ذلك تعد واقعة قانونية ترتب آثارا معينة يجب التقييد بتلك الآثار التي وردت بالتشريع(3).

وقد ترتفع المسؤولية كلية إذا بلغت الضرورة مبلغ القوة القاهرة، ومع ذلك فإنه حتى في هذه الحالة لا يصح القول بأن هناك حق في أن نلحق بالغير ضرر، لأن القوة القاهرة ترفع المسؤولية لاسبب وجود الحق وإنما لأنها تقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وفي الحالتين سواء كنا بصدد تخفيف للمسؤولية أو رفع المسؤولية فإن للمضرور أن يرجع على من كان في حالة الضرورة إذا كان قد استطاع أن يدفع الضرر الأكبر الذي كان يتهدهده ، بدعوى الإثراء بلا سبب، أما إذا لم يستطع أن يتفادى الضرر الذي كان يتهدهده فإنه يكون مسؤولا مسؤولية مدنية كاملة عن الضرر الذي ألحقه بالغير لتوافر الخطأ ولعدم توافر شروط الضرورة، فعدم تمكنه من دفع

(1) — السنهوري : الوسيط ، المرجع السابق ، ص 914 . ونقض جنائي في 1941/11/17 مجموعة القواعد الجنائية .

جندي عبدالملك : المرجع السابق ، ص 572 .

(2) — الجارحي : المرجع السابق ، ص 376 .

(3) — و يعلق الأستاذ مصطفى الجارحي على ذلك بقوله : " وهذا النص لا يكفي لرفعها الى حد اعتبارها مبدأ، وباليات الرأي الذي ننتقده اعتبرها مبدأ في حدود الآثار القانونية التشريعية وإنما اعتبرها مبدأ في معنى عكسي تماما، لأنه إذا استعرضنا نص المادة 168 نجد أن القاعدة القانونية تفترض أن المضرور تحمل ضررا سببه له الغير بفعل إيجابي ليدفع ضررا أكبر محققا به أو بغيره . و فرق كبير بين موقف سلمي من المضرور يأمره به النص وهي تحمل الضرر وبين موقف إيجابي ينادي به الرأي المنتقد بتقديم المساعدة . أن النص يفترض أن دفع الضرر لا يحتاج تدخل شخصيا من جانب المضرور . وتحمل الضرر وعدم التعرض لمن كان في حالة الضرورة وان اعتبر واجبا قانونيا نصت عليه المادة 168 ق م ج، إنما لا يقابله حق لمن كان في حالة الضرورة أن يلحق بغيره ضرر لأن مثل ذلك الحق مخالف للنظام العام ، وأكثر ما يدل على ذلك أن الضرورة لا ترفع المسؤولية كلية بل تبقى على المسئولية و إن صارت مخففة و قيام المسؤولية يعني توافر الخطأ و توافر الخطأ يعني عدم وجود الحق " ، المرجع السابق، ص .

الضرر، رغم إلحاقه ضرر بالغير وما لم يكن ذلك راجعا إلى سبب أجنبي عنه يكون راجع إلى خطأ في تقديره وراجع إلى تهوره . فتظل محاسبته طبقا للأصل العام وهو عدم جواز إلحاق ضرر بالغير(1).

4 — الضرورة في القانون الجزائري : تنص المادة 130 ق م ج على أنه من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محققا به أو بغير لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا .

فالمادة 130 ق م ج تناول حكم حالة الضرورة التي تدفع الشخص إلى القيام بعمل ينجر عنه ضررا للغير، وذلك لتفادي ضررا أكبر منه، كمن يقتحم اضطرابا ملك الغير حتى يتسنى له إطفاء حريقا شب لدى شخص ثالث يخشى أن يسبب خسائر جسيمة في الأرواح وكذا الأموال(2).

تتميز إذن حالة الضرورة عن القوة القاهرة في أنها لا تقع إلا إذا كان الشخص أمام استحالة التصرف وفقا للمطلوب منه، بل تجعله يواجه خطرين لا يستطيع تفادي أحدهما إلا بتحقيق الآخر، أي أنها تترك له مجالا للاختيار، وإن كان ذلك في حدود ضيقة، فيرجح أحد الأمرين بعد الموازنة بينهما. وتعتبر حالة الضرورة سببا لتحقيق المسؤولية، إذ أن القاضي يحكم بتعويض مناسب بحسب الظروف ومقتضيات العدالة .

أما حالة الضرورة في قانون العقوبات الجزائري ، فقد نص عليها في المادة 48 منه، إذ تقضي بأنه : " لاعتقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها " . ويتجلى من هذا النص أنه يرفع العقاب على مرتكب الفعل الذي يوصف بالجريمة بسبب توافر حالة الضرورة، وتفسير ذلك هو أن الضرورة وإن كانت تعفي من العقاب فهي لاتضفي على الجريمة صفة المشروعية.

كما أن الضرورة تتميز أيضا على حالة الدفاع الشرعي، إذ يعتبر الخطأ الذي يهدد المدافع اعتداء غير مشروع على حق الغير، أي أنه يوصف بالجريمة، فيرد المدافع هذا الاعتداء غير المشروع

(1) — حشمت أبو ستيت : المرجع السابق ، فقرة 440 .

(2) — أنظر :

- SAVATIER (R) : L'etat de nécessité Etudes Capitant , P 729 et s. Polard , L'exception de nécessité ; L'exception de nécessité , Thèse Poitiers 1947, Aboaf, L'etat de nécessité et la Responsabilité Délictuelle Thèse, Paris, 1945.

بفعل لا يعد في نظر القانون الجنائي غير مشروع، أما حالة الضرورة فتتحقق حينما يواجه الشخص خطرا يهدده هو أو يهدد الغير بضرر جسيم، فيضطر لتفاديه التضحية بحق شخص آخر لا يد له فيه، ومع ذلك يفلت المضطرد من العقاب المقرر في القانون، فحالة الضرورة تقترب من حالة الدفاع الشرعي ، ولكنها تتميز عنها في أن الضرر يلحق شخصا لا يد له في الخطر المحقق بمن أحدثه.

وخلاصة القول أن حالة الضرورة تستلزم أن يكون المضطرد في حاجة إلى فعل إيجابي لتفادي الخطر المحقق به أو بغيره وعدم اتخاذ موقفا سلبيا لمواجهة خطرا يفوق في جسامته ما يلحق شخص لا يد له فيه.

وبعد أن انتهينا من دراسة الامتناع عن المساعدة المخالفة للواجب العام ننتقل إلى المبحث الثاني للوقوف على مسألة الامتناع عن المساعدة المخالف للواجب الخاص.

المبحث الثاني

الامتناع عن المساعدة المخالف للواجب الخاص

غالبا ما يحظر المشرع الأفعال التي يقدر بأنها مضرّة بالمجتمع والأفراد، غير أنه إلى غاية وبداية القرن التاسع عشر لم يكن ثمة إلزام للمواطنين بتقديم يد المساعدة للعدالة، والعقاب على الإحجام والامتناع عنها بعقوبات جزائية، بعلّة أن القانون الليبرالي القائم على أساس الحرية الفردية يتنافى مع هذه الفكرة.

غير أنه وبتأثير المبادئ التي تدعو إلى التضامن وتقييد الفردية، ومع مرور الزمن تغيرت الذهنيات وأسفرت عن مطالبة المشرع الفرنسي المواطنين بتقديم يد العون والمساعدة للعدالة، وأصدر أمرا بتاريخ 25 جوان 1945 تحت عنوان : " مساهمة المواطنين في العدالة والأمن العام " لحثهم وتحسيسهم بأن العدالة قضية الجميع، حتى يتسنى له إلزامهم وفرض واجبات عليهم ومعاقبتهم في حالة الامتناع عنها، وجاءت المادة 63(1) من قانون العقوبات الفرنسي القديم على اعتبار عدة حالات للامتناع جريمة يعاقب عليها القانون وهي :

1 — الامتناع عن تقديم مساعدة لفرد في حالة اعتداء جنائي يهدده في جسمه.

(1) — راجع قانون العقوبات الفرنسي ، الصادر في 25 جوان 1945 القديم، المادة 63 المعدل بقانون رقم 2000/916 المؤرخ في / / 2000، والمعدل بقانون 12 جويلية 2014.

2 — الامتناع عن تقديم مساعدة لفرد في حالة خطر يهدد حياته أو صحته بصفة مستمرة تتطلب نجدته حالا.

3 — الامتناع عن تقديم مساعدة لفرد في حاجة إلى إثبات براءته من جريمة جنائية، ويمتنع الفرد عن تقديم دليل بحوزته يؤدي إلى براءته من تلك الجريمة.

وتأثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي ، وفرض الجزاء على من يمتنع عن تقديم المساعدة في المادتين 181 من قانون العقوبات المتعلقة بعدم التبليغ عن جنائية، أما المادة 1/182 و 2 فتخص عدم منع وقوع جنائية أو جنحة ، وبعدم تقديم مساعدة لشخص في خطر وهي محل اهتمامنا.

تنص المادة 182 ق ع ج (قانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 : " يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات، وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع فعل موصوف بأنه جنائية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان وامتنع عن القيام بذلك، بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عنها هذا القانون أو القوانين الخاصة " .

" ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له، وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير " .

وعليه فيجب أن يكون ثمة شخص في خطر ولا يشترط أن يكون الخطر الذي وقعت فيه الضحية يعزى لها كما في حالة الانتحار أو أنه غير عمدي، إذ يستتبع المساعدة في الحالتين، ولا عبرة أيضا بمدى إيجابية التدخل أم لا .

وعلى المتدخل للمساعدة إتباع الأسلوب الأفضل والأسرع تبعا لطبيعة الخطر الذي يهدد الضحية، وقد يضطر إلى اللجوء إلى التدخل الشخصي والاستعانة بالغير معا .

وليس للمتدخل تقدير درجة الخطر حتى يكون ذلك ذريعة لعدم المساعدة والامتناع، وقد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها " بأن المتهمين كانوا في حالة حسنة وأن تبريرهم بحالة السكر ليس بظرف للتخفيف من العقوبة وامتناعهم عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر،

يجعل عناصر التهمة قائمة ومكتملة، وبالتالي فإن المجلس بإدانتته لهم على أساس هذه التهمة يكون قد طبق القانون تطبيقاً سليماً، ومتى كان الأمر كذلك استوجب رفض الطعن(1).

ويشترط للتدخل من أجل المساعدة انعدام الخطر بالنسبة للمساعد أو لغيره، فلو كان تدخله يعرضه هو أو غيره لخطورة، ففي هذه الحالة ينتفي وصف الجريمة على امتناعه، ويكتسي مشكل الامتناع عن تقديم المساعدة أهمية قصوى بالنسبة للأطباء لما لهم من الخبرة والقدرة على نجدة من هم في خطر حال، فهم ملزمون بمساعدة الضحايا، وقد جاء في قرار مؤرخ في 21 جانفي 1954 ما يلي : "يعاقب الطبيب الذي رفض الاستجابة لنداء مريض استنجد به لأسباب صحية دون التأكد مسبقاً أن الخطر الذي يهدده لا يقتضي تدخلاً فورياً(2).

ويترتب على كون الامتناع عن تقديم المساعدة خطأ يستوجب الجزاء، ويقع تحت طائلة قانون العقوبات، فهو أيضاً يتصف بالخطأ من وجهة نظر القانون المدني، وبالتبعية للدعوى الجزائية تثار مسألة الدعوى المدنية وتعويض الضحايا عن الأضرار التي ما كانت لتقع لو لم يحصل امتناع، لاسيما أنه كان ثمة واجب خاص يقع على عاتق المستغاث بالتدخل لنجدة ومساعدة غيره المهتد بالخطر، والمستمد من نص المادة 182 الفقرة الأولى من قانون العقوبات الجزائي، والمادة 63 من قانون العقوبات الفرنسي المعدلة بالمادة 6/223 من قانون العقوبات الفرنسي لسنة 2000 المعدلة بتاريخ 12 جويلية 2014.

وبعد انتهائنا من بحث الأساس القانوني لمسؤولية الممتنع نكون قد أنهينا الباب الأول من الرسالة، ومنتقل الآن إلى الباب الثاني الذي خصصناه لدراسة شروط مسؤولية الممتنع .

(1) — ملف رقم 71548 قرار بتاريخ 13 نوفمبر 1990 غ ج ، أ ق 92/2، ص 210.

(2) — أنظر دالوز 1954 - 224.

الباب الثاني

شروط مسؤولية الممتنع

التقصيرية

الباب الثاني شروط مسؤولية الممتنع التقصيرية

تمهيد وتقسيم

لا تختلف مسؤولية الممتنع في شروطها العامة عن مسؤولية الفاعل ، فكلتاها تتطلب وقوع خطأ ووقوع ضرر و إرتباط الخطأ بالضرر أي الرابطة السببية .

والبحث في هذه الشروط كلا على حدة يقتضي أن تخصص لكل منهما فصلا مستقلا وذلك على النحو التالي :

الفصل الأول : الخطأ .

الفصل الثاني : الضرر . .

الفصل الثالث : رابطة السببية أو علاقة السببية .

الفصل الاول

الخطأ

يشترط لمساءلة الممتنع مدنيا وقوع خطأ إمتناع عمدي أو غير عمدي يتمثل في الإخلال بالتزام إيجابي بعمل. وإذا كان الأصل أن للإنسان حق الامتناع عن أي عمل ما لم يفرض عليه القيام بهذا العمل نص قانوني .

فقد ثار الجدل حول المدى الذي يمكن أن تصل إليه القيود التي ترد على حرية الامتناع، إذ وقف الفرديون في جانب الدفاع عن هذه الحرية والنظال في سبيل تخليصها من القيود، ووقف الإشتراكيون في جانب الدفاع عن مصلحة المجتمع، وتقبل كل القيود العادلة التي يمكن أن ترد على حرية الامتناع تحقيقا لهذه المصلحة .

-تعريف الخطأ بوجه عام-

يعرف الخطأ عموما بأنه إخلال بالتزام قانوني سابق مع إدراك المخل إياه، وذلك رغم تنوع تعبيرات الفقهاء في هذا الصدد، وبالرغم مما وجه إلى هذا التعريف من نقد، فلا شك أنه يعطي فكرة مبسطة للخطأ كعنصر في المسؤولية المدنية بنوعيتها عقدية وغير عقدية، فالخطأ في جميع الأحوال إخلال بالتزام قانوني سابق .

إلا أن تحديد الخطأ على هذا النحو هو تحديد نوعي له، فقد قدره بلانيول — على هذا الأساس — تحديد كمي عن طريق حصر الإلتزامات القانونية التي يعد الإخلال بها خطأ في أربعة إلتزامات وهي :

- 1 — الإلتزام بالامتناع عن إستعمال القوة نحو الأشخاص والأشياء .
- 2 — الإلتزام بالامتناع عن الغش ، أي عن كل عمل من شأنه أن يخدع الغير أو يضلله .
- 3 — الإلتزام بالامتناع عن كل عمل يتطلب قدرة أو مهارة معينة لاتتوافر في الشخص بالدرجة اللازمة .

4 — الإلتزام بالرقابة الكافية على الأشياء الخطرة التي يجوزها الشخص أو على الأشخاص الذين يكونون في حراسته .

والواقع أن تحديد فكرة الخطأ تحديدا كميأ أمر مستحيل، إستحالة حصر الإلتزامات القانونية، أي تحديدها هي الأخرى تحديدا كميأ، ولعل هذا ما حدا ببعض الفقهاء إلى القول باستحالة تعريف الخطأ.

إلا أن إستحالة تحديد الإلتزامات القانونية تحديدا كميأ لايجول دون إمكان تحديدها تحديدا نوعيا، وبذلك يمكن التوصل إلى فكرة أوضح للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية .

وتحديد الإلتزامات القانونية تحديدا نوعيا يكون بالرجوع إلى مصادر الإلتزام القانوني، وهذه المصادر وإن تنوعت لاتخرج عن مصدرين رئيسيين هما : الإرادة والقانون .

وترتبيا على ذلك قد تكون هناك التزامات إرادية تنشئها الإرادة ، وقد تكون هناك التزامات غير إرادية يفرضها القانون، غير أن الإلتزامات غير الإرادية لاتعد إلتزامات قانونية إلا إذا أنشأها القانون صراحة أو ضمنا، وإلا ظلت مجرد واجبات أدبية .

وبناء على ما تقدم يمكن تحديد الإلتزام القانوني الذي يعد الإخلال به خطأ تحديدا نوعيا، بأنه كل إلتزام إرادي يقره القانون، أو غير إرادي ينشئه القانون صراحة أو ضمنا .

أولا : الإلتزامات الإرادية

هي الإلتزامات التي تنشئها الإرادة ويقرها القانون (فتكون الإرادة مصدرها المباشر ويكون القانون مصدرها غير المباشر) .

وقد تصدر هذه الإلتزامات — طبقا لنظرية العقد — عن إرادتين مجتمعتين وتسمى بالإلتزامات التعاقدية . وقد تصدر — طبقا لنظرية الإرادة المنفردة — عن إرادة واحدة .

1 - الإلتزامات العقدية : إن الإلتزامات العقدية التي يقرها القانون هي الإلتزامات التي لاتتعارض مع النظام العام والآداب (المادة 96 ق م) فهذه الإلتزامات وحدها يعتبرها القانون شريعة المتعاقدين أو قانونها (المادة 106 ق م) وغالبيتها إلتزامات إيجابية ومثلها :

- ✓ — إلتزام البائع بتسليم المبيع .
- ✓ — إلتزام المستأجر بالوفاء بالأجرة .
- ✓ — إلتزام المستعير برد الشيء المعار .
- ✓ — إلتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة .

2 - الإلتزامات الصادرة عن الإرادة المنفردة : إذا كان المشرع يعترف للإرادة المنفردة بالقدرة على إنشاء الإلتزام ونظم الإلتزامات الصادرة عنها ، فهو (أي المشرع) لاينشئ إلتزامات قانونية، وإنما يقر إلتزامات إرادية الأصل تماما كما يقرر الإلتزامات في العقد، ومن الأمثلة على الإلتزامات الصادرة عن إرادة منفردة :

- ✓ — إلتزامات الواعد بجائزة عن عمل معين بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل .
- ✓ — إلتزام الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقض الميعاد المعين للقبول .

ثانيا : الإلتزامات غير الإرادية

وهي الإلتزامات التي ينشئها القانون مباشرة، وتتميز هذه الإلتزامات عن الإلتزامات الإرادية في أنها تكون في الأولى بصدد (إرادة ملزمة) وتكون في الثانية بصدد (إرادة ملتزمة)، ويراعي أن الإلتزامات غير الإرادية (القانونية) قد يفرضها القانون بنصوص صريحة، وقد تستخلص من نصوص القانون .

1 - الإلتزامات غير الإرادية الصريحة : ومن أمثلتها الإلتزامات التي فرضها القانون

صراحة :

- ✓ — إلتزام الفضولي بالمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته.
- ✓ — الإلتزام برد غير المستحق .
- ✓ — الإلتزام بدفع النفقة .

2- الإلتزامات غير الإرادية الضمنية : ومن أمثلتها :

✓ — الواجب العام باليقظة والتبصر في السلوك الذي يستخلص من النصوص الخاصة بالمسؤولية، ويتضمن النصوص التي قررت أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض.

✓ — واجب عدم التعسف في استعمال الحقوق أو إستعمالها بحسن نية، والمستخلص من النصوص الخاصة بنظرية التعسف في استعمال الحق وما يفرضه القانون من قيود على استعمال الحق (المادة 124 مكرر، المعدلة بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ق م) إذ تقرر هذه المادة أن استعمال الحق بشكل خطأ، أي عملاً غير مشروع في الأحوال التي حددها.

وتكشف صياغة نص المادة 124 مكرر من ق م، أن ثمة واجبا لايفرض على الشخص عملاً أو إمتناعاً وإنما يتناول النية المصاحبة للعمل أو الامتناع أو الهدف منها، ومن ثم يكون الإخلال بهذا الواجب متمثلاً إما في توجيه النية المصاحبة للعمل أو الامتناع إلى مجرد الإضرار بالغير، أو في إستهداف مصلحة غير مشروعة، ويعد هذا الإخلال خطأ قائماً بذاته ويتخذ صورتين :

— يمكن أن يطلق على الأول خطأ النية المصاحبة للعمل أو الامتناع ، ويطلق على الثاني خطأ الهدف الذي يحققه العمل أو الامتناع .

وذلك بالمقابلة : للخطأ المتمثل في العمل ذاته، والخطأ المتمثل في الامتناع ذاته، إخلالاً بالتزام قانوني بالعمل . ويمكن أن نستخلص من تعريف الخطأ بوجه عام : حصر الإلتزامات القانونية التي يعد الإخلال بها خطأ حصراً نوعياً في الآتي :

✓ — الإلتزام بالامتناع عن عمل معين .

✓ — الإلتزام بأداء عمل معين .

✓ — الواجب العام باليقظة والتبصر بمناسبة عمل مشروع .

✓ — واجب استعمال الحقوق بحسن نية .

ويمكن بنفس المنطق حصر أنواع الخطأ كالاتي :

✓ — خطأ إيجابي أو خطأ عمل مجرد، يتمثل في الإخلال بالتزام بالامتناع عن عمل معين.

✓ — خطأ سلبى أو خطأ إمتناع مجرد، يتمثل في الإخلال بالإلتزام بأداء عمل معين.

✓ — خطأ إمتناع. بمناسبة عمل ، يتمثل في الإخلال بالواجب العام باليقظة والتبصر في أداء العمل المشروع .

✓ — خطأ النية. بمناسبة عمل أو إمتناع أو خطأ الهدف الذي يحققه العمل أو الامتناع .

✓ — يتمثل الخطأ في الصورتين في الإخلال بواجب إستعمال الحقوق بحسن نية .

ويعرف خطأ الامتناع بناء على ما تقدم بأنه إخلال بالتزام قانوني⁽¹⁾ بأداء عمل معين سواء كان إراديا أو غير إرادي وهذا هو خطأ الامتناع. بمناسبة عمل ويعبر عن خطأ الامتناع (Faute D'abstention) أحيانا بالخطأ السلبي (Faute Negative) وأحيانا بخطأ الترك (Faute D'omission) ويستعملها الفقه تعبيرا عن معنى واحد ومع ذلك يرى الفقيه Cohin⁽²⁾ ضرورة التمييز بين الترك والامتناع فبالرغم من أن كليهما يعبر عن عدم العمل فإن الترك (Omission) يفترض دائما نسيانا أو إهمالا. بمناسبة عمل معين، بينما يعبر الامتناع (Abstention) عن عدم العمل بوجه عام ، فثمة تلازم بين الترك والعمل ، أما الامتناع فيمكن تصوره بدون أي عمل كالامتناع عن التعاقد أو عن التدخل عند لحظة الخطر.

وتعريف الخطأ على هذا النحو يمكن قبوله بلا تردد في نطاق المسؤولية المدنية، لأن القانون المدني يقرر المسؤولية المدنية عن كل خطأ أي عن كل إخلال بالتزام قانوني أيا كان مصدره بشرط أن يسبب هذا الخطأ ضررا للغير (أما في القانون الجنائي فتسود الخطأ قاعدة لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص، ويترتب عن ذلك أن ينحصر الخطأ الجنائي في إلتزام قانوني يمنعه قانون العقوبات).

وللتمييز بين خطأ الامتناع (الخطأ السلبي، والخطأ الإيجابي) يرى بعض الفقه صعوبة التمييز بين هذين النوعين من الخطأ، ومثاهم عن تداخل الخطئين : قائد السيارة الذي يتسبب في وقوع حادث نتيجة لعدم إستعماله الفرامل، فخطؤه هو خطأ إمتناع (عدم إستعمال الفرامل)، ومع ذلك فالحادث يمكن إعتبره في هذه الحالة نتيجة للضغط على مفتاح السرعة وهو عمل إيجابي.

والواقع أنه يمكن إعتبر الإلتزام القانوني الذي يعد الإخلال به معيارا لتحديد نوع الخطأ، فإذا كان الإلتزام إيجابيا كنا بصدد خطأ الامتناع، وإن كان الإلتزام سلبيا كنا بصدد خطأ إيجابي.

(1) — أنظر :

- Théorie de L'abstention en Général

(2) — أنظر :

- COHIN (M.R) : L'abstention Fautive en Droit Civil et Pénal , Thèse , PARIS 1929 , N°15 P. 38 – 39 .

ما سبب عدم تطبيق هذا المعيار!

إن الخطأ غير العمدي هو دائما إخلال بالتزام إيجابي يوجب على الشخص أداء عمل أو إتخاذ احتياطات معين. بمناسبة القيام بعمل، أي أنه خطأ إمتناع. أما الخطأ العمدي فقد يكون إخلالا بالتزام سلبي عندما يتمثل في الإقدام على الفعل المنهي عنه، وقد يكون إخلالا بالتزام إيجابي عندما يتمثل في الامتناع العمدي عن عمل.

وعلى ضوء ذلك يمكن إستخدام معيار مزدوج للتفرقة بين خطأ الامتناع والخطأ الإيجابي، ويعتمد هذان المعياران على فكرتين :

✓ - الأولى : التلازم بين الخطأ العمدي والسلبية .

✓ - الثانية : إستخلاص سلبية الخطأ من إيجابية الإلتزام وإيجابية الخطأ من سلبية الإلتزام .

فيكون التساؤل بداية عما إذا كنا بصدد خطأ عمدي أو غير عمدي، فإذا كان الخطأ غير عمدي أمكن تقرير بالضرورة الإلتزام الإيجابي ، وإذا كان الإلتزام سلبيًا كان الخطأ إيجابيا .

وبتطبيق هذا المعيار على قائد السيارة الذي يرتكب حادثا نتيجة لإغفاله إستعمال الفرامل، أو الضغط على مفتاح السرعة، أمكننا أن نقرر أن الخطأ هنا غير عمدي وبالتالي فهو خطأ إمتناع، لأن العمل الإيجابي في الحالتين (وهو قيادة السيارة) مشروع، فعدم المشروعية لا يتمثل في عمل إيجابي وإنما يتمثل في الإهمال الذي شاب هذا العمل ، وهو دائما إمتناع عن إتخاذ الإحتياطات الكفيلة لتفادي وقوع ضرر نتيجة لهذا العمل.

ويجري التمييز بين الامتناع الجرد (Abstention Pure et Simple) والامتناع بمناسبة عمل (Abstention Dans L'action) على أساس تعريف هذا الأخير بأنه الامتناع الذي يقع عند ممارسة نشاط معين، والمتمثل في عدم إتخاذ الإحتياطات التي تتطلبها ممارسة هذا النشاط طبقا للمألوف، والامتناع عن العمل يقتصر على العمل الذي يكون مصدرا للضرر الذي يقع إذا لم تتخذ الإحتياطات الكفيلة بتفاديه.

إذا كان الامتناع قد وقع أثناء ممارسة المهنة فعلا كطبيب يجري عملية جراحية ويفضل إتخاذ الإحتياطات الكفيلة لمنع وقوع ضرر نتيجة لإجرائها ، يعتبر إمتناع الطبيب عن إتخاذ الإحتياطات إمتناعا بمناسبة عمل .

أما إذا كنا بصدد إمتناع عن ممارسة المهنة أصلا كالطبيب الذي يرفض زيارة المريض دون مبرر مقبول ، ففي هذه الحالة لانكون بصدد أي عمل وإنما بصدد إمتناع مجرد.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن إستعراض الحالات المختلفة التي يعرض فيها الخطأ بصورتيه الإيجابية والسلبية، وهي لا تخرج عن حالات ثلاثة :

1 - حالة العمل المجرد : وهو العمل الذي لأثر فيه للإمتناع ويكون العمل المجرد غير مشروع إذا وقع إخلالا بالتزام قانوني سلبي، ويكون الخطأ به إيجابيا مثل السرقة أو السب .

2- حالة الامتناع المجرد : وهو الامتناع الذي يقوم مستقلا عن نشاط الممتنع، ويكون الامتناع المجرد غير مشروع إذا كان يمثل إخلالا بالتزام قانوني إيجابي، ففي هذه الحالة يكون الخطأ سلبيا، كامتناع الأم عن إرضاع طفلها ، أو إمتناع القاضي عن إصدار الحكم، ففكرة العمل هنا منتفية.

3- حالة العمل مع الامتناع : وتتجسد في صورتين :

✓ — إجتماع العمل والامتناع في حالة تعاقب إستقلال ، وفي هذه الصورة يتعاقب (عمل مجرد) و (إمتناع مجرد) يحتفظ كل منهما بذاتيته المستقلة، فقد يسبق العمل الامتناع كأن يجبس شخص بغير حق ثم يترك بغير غذاء ، وقد يسبق الامتناع العمل كأن تمتنع الأم عن إرضاع إبنها ثم تقوم بخنقه.

✓ — إجتماع العمل والامتناع في حالة إقتران وتبعية، وفي هذه الصورة فالامتناع يقترن بالعمل وتقوم بينهما صلة وثيقة .

فالامتناع الذي يقع في العمل ذاته أو بمناسبة العمل يعني دائما الامتناع عن إتخاذ الإحتياطات الكفيلة بمنع وقوع الضرر الذي يمكن أن ينشأ من هذا العمل.

ولعل من المفيد قبل عرض فكرة خطأ الامتناع بوجه عام في القانون الحديث عرض موقف الشرائع الدينية ثم الشرائع الوضعية القديمة وذلك في المباحث التالية :

المبحث الأول : خطأ الامتناع في الشرائع الدينية القديمة.

المبحث الثاني : خطأ الامتناع في القوانين القديمة.

المبحث الثالث : خطأ الامتناع في القوانين الحديثة.

المبحث الأول خطأ الامتناع في الشرائع الدينية القديمة (نظرة الشرائع السماوية لخطأ الامتناع)

يبدو أنه من الضروري قبل عرض فكرة الامتناع بوجه عام في القانون الحديث ان نشير إشارة موجزة إلى موقف الشرائع السماوية إزاء خطأ الامتناع مقتصرين على اليهودية والمسيحية والإسلامية.

لقد عرفت الشريعة اليهودية صوراً للإمتناع فقد كانت تعاقب بالإعدام كل من يمتنع عن ضبط أو مراقبة ثوره مع العلم بأنه نطاح وتسبب في إصابة رجل أو امرأة وإمكان صاحب الثور الإفلات من العقاب في حالة دفعه فدية مفروضة عليه(1).

وكانت الشريعة اليهودية تعاقب على جريمة القتل بإهمال بعقوبة متميزة إذ يلزم القاتل الهارب باللجوء إلى إحدى المدن الستة التي أمر النبي موسى عليه السلام بتخصيصها كملاجئ يقيم بها، إلى أن يموت الكاهن العظيم.

بينما نجد أن الشريعة المسيحية التي تؤكد على مبدأ المحبة والتضامن الاجتماعي تعتبر أن الامتناع عن مساعدة الغير خطأ أدبي متى كانت هذه المساعدة ممكنة.

وقد ساد هذا المبدأ بين فقهاء القانون الكنسي، فالقديس أمبرواز(2) كان يندد بمن يتقاعس عن دفع العدوان عن أخيه وهو يستطيع ذلك ويرى أنه يستحق العقاب، كما لو كان هو المعتدي وكان الفقيه (لويزل) يقول : " من بوسعه منع الضرر ويحجم عن ذلك يعد آثماً " .

ومن أهم تطبيقات هذا المبدأ الكنيسي ما كان مقرراً من اعتبار الممتنع عن إنقاذ شخص من الموت متى إستطاع ذلك قاتلاً(3).

أما الشريعة الإسلامية فيعرض فقهاءها صوراً عن الامتناع المجرد كإمتناع الأم عن إرضاع طفلها بنية قتله فهي بهذا الامتناع وحده وإحجامها عن أي عمل آخر تعد قاتلة عن قصد.

(1) — أنظر حبيب إبراهيم الخليلي في رسالته مسؤولية الممتنع المدنية والجناحية المجتمع الإشتراكي ، رسالة دكتوراه ، المطبعة العالمية ، القاهرة 1967 ، ص 22 .

(2) — أنظر الكرداهي : القانون والأخلاق ، باريس ، 1950 ، ص 131 .

(3) — أنظر " رو " : دروس في القانون الجنائي الفرنسي، الطبعة الثانية ، 1927 ، الجزء الأول ، رقم 22 ، ص 96 .

وقد عرفت الشريعة الإسلامية المسؤولية عن خطأ الامتناع بمناسبة عمل تحت تسمية التقصير أي عدم الإحتياط⁽¹⁾ أو عدم المراقبة وذلك في حالات مختلفة أهمها الإهمال الذي يقع بمناسبة حفر بئر في الطريق العمومي ويؤدي ذلك إلى سقوط أحد المارة فيه⁽²⁾.

أو كمن يشرف على تدريب السباحة لأحد الأطفال ، و يهمل في إتخاذ الإحتياطات اللازمة فيؤدي تقصيره إلى غرق الطفل فيسأل إذن عن عدم قيامه بواجب الرقابة⁽³⁾.

وعلى العموم فإن الممتنع في الشريعة الإسلامية لا يعد مسؤولاً عن كل جريمة ناجمة عن امتناعه و إنما يتحقق ذلك حيث يجب عليه شرعاً أو عرفاً عدم الامتناع بيد أن ثمة خلافاً بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول ما يوجبه الشرع أو العرف و أياً كان الخلاف فإن حالات الامتناع عرفت في الشريعة الإسلامية كما عاقبت عنها تدعيماً لروح التضامن الاجتماعي بين الأفراد⁽⁴⁾.

وبعد تعرضنا لخطأ الإمتناع في الشرائع السماوية، نتناوله الآن في القوانين القديمة، وذلك ما سيكون موضع دراسة في المبحث التالي .

المبحث الثاني

خطأ الامتناع في القوانين القديمة

إن شريعة مصر الفرعونية، و بإعتبارها أقدم القوانين قد عرفت خطأ الامتناع وعاقبت عليه، ففي إطار الامتناع المجرد كانت العقوبة المقررة له هي الإعدام، حيث أن من يشاهد شخصاً معرضاً للقتل أو التعذيب و يحجم عن إنقاذه مع أنه في وسعه القيام بذلك يكون جزاؤه الإعدام كما أسلفنا. كما أن كتمان نبأ المؤامرة الموجهة ضد الذات الملكية يعد أحياناً صورة من صور الاشتراك فيها ويتمثل الجزاء في الإعدام أيضاً.

أما في إطار الامتناع بمناسبة عمل فيتمثل الجزاء في المنفى، وقد تشدد العقوبة أحياناً كما في حالة الطبيب الذي لا يتبع أصول المهنة التي تستوجب الدقة و إتباع الوصفات التي

(1) — أنظر شفيق شحاتة : النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية ، فقرة 226 .

(2) — أنظر الحكيم : التعليق حول القانون المدني العراقي ، ص 435 . - Vol 1 Les Sources des Obligations

(3) — أنظر الحكيم : نفس المرجع .

(4) — أنظر حبيب إبراهيم الخليلي : نفس المرجع ، ص 21 .

تركها الأسلاف و أودعها الكهنة في مخطوطات منسوبة إلى آمون كبير الآلهة فإذا نجم عن ذلك وفاة المريض فقد يعاقب الطبيب بعقوبة تصل إلى حد الإعدام(1).

كما عرف قانون حمورابي خطأ الامتناع وذلك ما تقضي به المادة 109 منه " إذا إجتمع بعض المتمردين في محل تاجر نبيد فعلى هذا الأخير أن يقبض عليهم ويقودهم إلى المحكمة فإذا أحجم عن ذلك كانت عقوبته الإعدام، كما عرف صور أخرى تتمثل في الزام من تسبب نتيجة إهماله لسد فتسربت منه المياه ، فيؤدي إلى تلف زراعة الغير برد المحصول الذي أتلفه و إلابيع ، وتقسم الأموال المحصلة على من تعرضت زراعتهم للتلف المادتين 53 و 54 من قانون حمورابي "(2).

و أهتم قانون حمورابي بمسؤولية الأطباء و المهندسين في حالة الإهمال عند أداء أعمالهم وذلك ما تؤكد المواد 218 ، 230 وقد كانت العقوبة المقررة شديدة حيث يتعرض المهندس للإعدام إذا أثار المحل الذي أشرف على بنائه نتيجة لتقصير و إهمال منه وتترتب على ذلك موت صاحبه.

ويتعرض الطبيب أيضا لذات العقوبة إذا أدى إهماله في علاج المريض الحر الذي يعاني من جراح إلى موته(3).

أما في القانون الروماني فقد كانت القاعدة العامة السائدة في جريمة الإعتداء على مال الغير طبقا لقانون أكيليا، أن يكون الخطأ إيجابيا، أما مجرد الامتناع لم يكن يعتبر خطأ فإذا أحجم شخص على إخماد النار المشتعلة والممتدة للملكية الغير مع إستطاعته على ذلك فلا عقوبة على هذا الامتناع(4)، أما في مجال الجرائم الواقعة على الأشخاص فهناك حالات كان يعاقب فيها على الامتناع المجرد فقد كان من المقرر عقوبة من يمتنع عن تقديم الغذاء لطفل حديث العهد بالولادة بعقوبة القتل إذا ترتب على هذا الامتناع موته(5)، أما فيما يخص الامتناع بمناسبة عمل فقد عرف القانون الروماني صوراً منه ولذا يعتبر مخطئاً طبقاً لقانون أكيليا من يحجم عن مراقبة النار التي يشعلها في أرضه لإحراق حشائش بها متى أدى هذا الامتناع إلى إمتداد النار إلى الأرض المجاورة

(1) — أنظر إبراهيم الخليلي : المرجع السابق، ص 28 ، 29 ، 30 .

(2) — أنظر إبراهيم الخليلي : المرجع السابق، ص 28 ، 29 ، 30 .

(3) — نفس المرجع .

(4) — نفس المرجع .

(5) — نفس المرجع .

وإتلاف ما بها من محاصيل ، كما يعتبر مخطئا الطبيب الذي يقوم بعملية جراحية لعبد ثم يحجم عن العناية به(1).

ويرجع الفضل للبريتور وفقهاء الرومان Jurisconsultes في تطوير القانون الذي تحرر نوعا ما من الجمود وعدم المرونة الذي كان يتميز بها، وقد سمح برفع دعوى في حالة "الضرر" Damnum Non Corporé Datum أما جوستينيان فقد وسع من نطاق تطبيق قانون "أكيليا" حيث أصبح يشمل أيضا Damnum Non Corporé Datum . كما عرفت القوانين القديمة خطأ الإمتناع، فإن القوانين الحديثة إعنتت به أيضا، وهذا ما سنعالجه في المبحث الثالث .

المبحث الثالث

خطأ الامتناع في القوانين الحديثة

إن القوانين الحديثة لا يمكن أن تكون أكثر رجعية، مقارنة بالقوانين القديمة، ولا يمكنها رفض المسؤولية عن خطأ الامتناع، وعليه نجد أن العديد من التشريعات الحديثة تعترف صراحة بمسؤولية المتنع.

ويذهب كل من القانونين التونسي وكذا المغربي إلى أن الخطأ يتمثل في إغفال ما يجب القيام به، أو في إتيان الفعل المنهي عنه أو الواجب الإحجام عن القيام به. كما نجد القانون البرازيلي لسنة 1916 يقضي بمسؤولية الشخص، الذي يخرق بفعله أو إمتناعه حقا أو يتسبب في الإضرار بالغير.

كما يسلم القانون الفرنسي في المادة 1382 وكذا المادة 1383 بالمسؤولية عن خطأ الامتناع، وذلك ما ذهب إليه أيضا المشرع الجزائري في المادة 124 ق م ، وكذا القانون المدني المصري.

وفي مجال القانون الجنائي أو العقوبات نلاحظ أيضا أن عدة تشريعات قد تبنت مبدأ فرض الجزاء والعقاب على عدم التدخل، وتنص صراحة على حالات الامتناع التي ترتب مسؤولية محدث الضرر، لاسيما في حالة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص مهدد بالخطر، ومنها على سبيل المثال قانون العقوبات النرويجي لسنة 1902 الذي يقضي بوجوب تقديم المساعدة تحت طائلة العقوبات، وكذلك قانون العقوبات الجزائري المادة 182 والذي يفرض الجزاء على كل من يمتنع عن تقديم المساعدة لمن هو مهدد بخطر.

(1) — أنظر إبراهيم الخليلي : المرجع السابق.

وعليه يمكننا القول أن القوانين القديمة قد عرفت الامتناع، وكذلك الحال بالنسبة للقوانين الحديثة التي اوضحت تفرض الجزاء على الامتناع سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وذلك نتيجة للتطورات المختلفة التي شهدتها المجتمعات البشرية على كافة الأصعدة .

بعد أن تطرقنا للخطأ كشرط أساسي لقيام مسؤولية المتنع والتطور الذي شهدته خطأ الامتناع عبر الأزمنة المتعاقبة، علينا الآن معالجة الضرر باعتباره ركنا جوهريا لتحقيق المسؤولية وذلك ما سيكون موضع دراسة في الفصل الثاني الموالي .

الفصل الثاني الضرر

يعد الضرر أو الخسارة الركن الأساسي في المسؤولية التصيرية، فإذا ما نجح سائق سيارة بالسير على اليسار دون أن يرتكب حادثا ما، لاينجم عن ذلك مسؤولية تصيرية، وإن إعتبر مسؤولا في مجال المسؤولية الجزائية لمخالفته قانون المرور، ذلك لأن السائق على الرغم من خطئه لم يحدث ضررا بالغير، والقاعدة أن عبء إثبات الضرر يقع على عاتق المدعي الذي يطالب بالتعويض عنه ويملك في سبيل إثباته كافة طرق الإثبات بما في ذلك البيئة والقرائن، والسبب في ذلك هو أن الضرر واقعة مادية ، أما إذا إنتفى الضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية ، ذلك لأنه لا دعوى بغير مصلحة .

وقد أكدت المادة 124 من القانون المدني الجزائري على ضرورة توافر ركن الضرر في المسؤولية التصيرية حين قضت بأن : " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطئه ويسبب ضررا للغير... "

ويستلزم القانون توافر شروط في الضرر لترتيب المسؤولية ، وذلك ما سنعالجه من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول : الشروط العامة للضرر القابل للتعويض.

المبحث الثاني : أنواع الضرر الواجب التعويض عنه .

المبحث الأول

الشروط العامة للضرر القابل للتعويض

من هذه الشروط ما يقتضيه المنطق (بحيث أنها إذا تخلفت تعذر على القاضي أن يجد أساس لحكمه بالتعويض) ويمكن أن نطلق على هذه الشروط تسمية : " الشروط الفنية " ومنها ما يستلزمه القانون (بحيث أن القاضي يستطيع من الوجهة المنطقية على الرغم من تخلف هذه الشروط أن يحكم بالتعويض، ولكن القانون يمنعه من ذلك بسبب أن الضرر لا يملك رفع الدعوى) ويمكن أن نطلق عليها تسمية " الشروط المصلحية " ومن ثمة يتعين علينا أن نبحت فيما يلي الشروط التي يجب أن تتوافر في الضرر، إن من الوجهة الفنية أو الوجهة المصلحية .

أولاً : الشروط الفنية

ليست ثمة أهمية لمدى الضرر، فكل ضرر هو في الأصل قابل للتعويض قل أو كثر، إلا إذا كان تافها فحينئذ لاتسمع الدعوى، إذ " لادعوى بدون مصلحة "، والمقصود بالمصلحة هنا هو المصلحة الجدية، ولكن لكي يكون الضرر قابلاً للتعويض، من الوجهة الفنية، يجب أن تتوافر فيه صفات ثلاث : أن يكون في وقت واحد، محققاً، شخصياً، ومباشراً.

أ - يجب أن يكون الضرر محققاً : يراد بالضرر المحقق ما كان أكيداً سواء أكان حالاً أي وقع فعلاً (كأن يكون المضرور قد مات أو أصابه تلف في ماله) أو كان محقق الوقوع في المستقبل (كأن يصاب عامل بإصابة يكون من المحقق أنها ستفضي إلى موته أو إلى عجزه عن العمل كلياً أو جزئياً في المستقبل) وواضح أن الضرر المحقق يجب أن يكون لامفر منه وبحيث لايتسنى للمضرور أن يدفعه. أما إذا كان في إمكانه دفعه، فيتعين عليه أن يتوقاه (فإذا كان ثمة بناء مهدد بالسقوط، وكان من شأنه أن يلحق ضرراً بالجدار، كان للقاضي أن يأمر بإصلاحه أو هدمه).

وليس ثمة صعوبة تثار في تقدير الضرر الحال، أما الضرر المستقبل فلايخلوا تقديره من صعوبة، ذلك لأن هذا التقدير قد يكون مستطاعاً في الحال وقد لا يكون، فإذا كان من المستطاع تقديره فوراً حكم القاضي بتعويض كامل عنه، أما إذا لم يكن من المستطاع تقديره فوراً، وهذا هو الغالب فيكون للقاضي الخيار بين أن يحكم بتعويض مؤقت عن الضرر الذي وقع فعلاً، على أن يحفظ للمضرور حقه في المطالبة بتمتمة مسقبلاً، وقد لا يكون الضرر المستقبل متوقعاً عند تقدير القاضي للتعويض فلايدخله في تقديره، ثم يحدث بعد ذلك أن يستفحل الضرر، ففي هذه الحال يكون للمضرور أو ورثته حق الرجوع لتمتمة التعويض عند إستفحال ضرر المصاب أو وفاته وليس في هذا ما ينافي حجية الأمر المقضي فيه لإختلاف المحل في الدعويين، إذ أن محل الدعوى الثانية هو التعويض عن الضرر المستجد الذي لم يكن موجوداً عند النظر في الدعوى الأولى⁽¹⁾ وقد يحدث العكس فقد يقدر القاضي التعويض على أساس ما بدا له من ضرر، ثم يحدث بعد ذلك أن يتناقص الضرر، على خلاف ما توقعه القاضي وقت الحكم بالتعويض (كما لو بدت الإصابة وكأنها خطيرة، بحيث تفضي إلى عاهة مستديمة فقدر القاضي التعويض على هذا الأساس، ثم

(1) — أنظر : الصده : ف : 540 ، ص 491 .

حدث بعد ذلك أن زال كل أثر للإصابة) وفي هذه الحالة لاتصح إعادة النظر في تقدير التعويض، لأن هذا ينافي حجية الأمر المقضي فيه(1).

ب- الضرر المحتمل : وهو ما لم يقع ويثور الشك حول ما إذا كان سيقع في المستقبل أم لا، وهذا لا يصح التعويض عنه ويجب التريث إلى حين وقوعه (كخطر الحريق الذي يدعيه مالك لبناء مجاور لسلك كهربائي ذي توتر عال، إذ ليس لهذا المالك أن يرفع دعوى التعويض على مؤسسة الكهرباء بسبب أن خطر الحريق لا يخرج عن كونه ضررا احتماليا لا محققا).

فوات الفرصة : يتعين التفرقة بين الضرر المحتمل وبين فوات الفرصة، فهذه يترتب عليها في الرأي الراجح، أكثر من ضرر محتمل ذلك لأن فوات الفرصة يمثل منذ الآن في الذمة المالية قيمة يمكن أن تقدر وفق حساب الاحتمالات، مثل ذلك أن يتسبب شخص في فوات فرصة الدخول إلى الإمتحان على طالب، أو أن يتسبب شخص في فوات مدة الطعن بالإستئناف في حكم من الأحكام، واضح أن نتيجة الإمتحان الذي فاتت فرصة التقدم إليه، ومآل الطعن بالإستئناف الذي فاتت مدة طعنه، ليست مضمونة ومع ذلك فإن مجرد فوات الفرصة في هذا يترتب عليه ضرر، يمكن تقديره على أساس ملابسات الطعن أو ظروف الإمتحان ودرجة احتمال الكسب التي تتوفر للمضروب.

ج - يجب أن يكون الضرر شخسيا : إذا لم يكن رافع دعوى التعويض قد تضرر شخسيا فلا تسمع دعواه، وعلى ذلك ليس لأي شخص آخر أن يرفع الدعوى على المسؤول في حالة امتناع المضروب، ويرد على هذا المبدأ إستثناء يتعلق بالضرر الجماعي، ذلك أن بعض الأشخاص الإعتبارية كالنقابات(2) والجمعيات وغيرها قد يمنحها القانون حق رفع دعوى التعويض عن الأضرار التي تمس المصلحة الجماعية للمهنة التي تمثلها، والواقع أن هذا لا يعد إستثناء ذلك لأن الشخص الإعتباري تتمثل فيه المهنة، وإذا ما طالب ممثله بالتعويض فإنما يطالب بضرر شخصي.

د - يجب أن يكون الضرر مباشرا : يرمي هذا الشرط إلى تحاشي دعاوى التعويض التي تقوم على الأضرار المرتدة(3) ذلك أن الضرر الذي يصيب شخصا قد يصيب عددا كبيرا من

(1) — أنظر : مازو ، ج 1 ، ف : 230 .

(2) — ر : مر. تـ 50 تا 1962/07/03 بشأن تنظيم نقابات العمال (م 1) .

(3) — Dommages par Ricochet

المضرورين وينهال بسبب ذلك على مرتكب الفعل سيل من الدعاوى ، فهل يتعين التعويض إلى كل هؤلاء؟ الواقع أن الضرر المباشر وحده هو الذي يجب التعويض عنه، وهذا الضرر هو وحده الذي تقوم علاقة السببية بينه وبين خطأ المسؤول، وعل ذلك ليس للدائنين الذين حالت وفاة مدينهم دون إستيفاء ديونهم رفع دعوى التعويض عن الضرر المباشر ويخضع التمييز بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر إلى تقدير القاضي، هذا إلا أننا نجد حالات يسمح فيها للمتضررين غير المباشرين أن يطالبوا بالتعويض (مثال في حال وقوع حادث مميت، تكون مؤسسة التأمينات الاجتماعية ملزمة بدفع التعويض عن الوفاة إلى المستحقين، وهي بذلك تتحمل ضررا تستطيع (أن تطالب الغير بالتعويض عنه) .

ثانياً ، الشروط المصلحية

يكفي لتحقق الضرر المادي، أن يكون هناك مساس بمصلحة مشروعة يحميها القانون، ولو لم يكن هناك مساس بحق من حقوق، فلا بد إذن من أن يمس الضرر مصلحة من المصالح، كما لا بد أن تكون هذه المصلحة مشروعة لا تجافي النظام العام ولا الآداب؛ وإلا فلا يجوز الحكم بالتعويض، فمن تسبب في وفاة غيره بخطئه، فإنه يسبب ضررا ماديا للأشخاص الذين كان يعولهم المصاب، ولو لم يكن لهؤلاء حق نفقة عليه بل كان يعولهم فقط دون أي إلتزام يترتب عليه، وظاهر أن النفقة التي كان يحصل عليها هؤلاء الأشخاص هي مصلحة مالية لم ترق إلى مرتبة الحق، ومع ذلك فإن المساس بها يفضي إلى تحقق الضرر المادي باعتباره ركنا من أركان المسؤولية، ويشترط بالإضافة إلى ذلك أن تكون المصلحة مشروعة، فلا يجوز للشخص الذي قبضت عليه قوات الأمن لجرمة إرتكبتها أن يدعي أنه أصابه ضرر في حريته وفي مصالحه المالية، وأن يطالب بناء على ذلك بتعويض من الشخص الذي أبلغ عنه، وممكن قوة الأمن من القبض عليه، ذلك لأننا هنا لسنا بصدد مصلحة مشروعة، ما دام القانون ذاته قد أمر بالقبض على المجرمين الخارجين على القانون ، وهكذا أيضا ليس للخليلة أن تطلب تعويضا عن الضرر الذي أصابها عن قتل خليلها بحجة أنه كان يعولها، ذلك أن مصلحة الخلية في بقاء خليلها ليست مصلحة مشروعة. وعلينا الوقوف الآن عند أنواع الضرر الواجب التعويض عنه، حتى لا يكون ذلك حجة للإثراء بلاسبب على حساب المسؤول، وذلم ما سنعالجه في المبحث التالي .

المبحث الثاني أنواع الضرر الواجب التعويض عنه

الضرر إما أن يكون ضررا ماديا أو ضررا أدبيا، ويمكن أن يضاف إليها نوع ثالث هو الضرر الجسدي، وإذا كان هذا الأخير يحمل معالم الضرر المادي والضرر الأدبي في آن واحد، ويلاحظ أن الإصطلاحات في هذا المجال لا تخلو من اللبس (فالتعدي على الإسم التجاري مثلا على الرغم من كونه غير مادي يعد ضررا ماديا، وكذا الألم الجسماني فإنه يعد ضررا أدبيا).

أولا : الضرر المادي

ويوصف أحيانا بأنه مالي أو نقدي، وهو ما يصيب الشخص في ذمته المالية، كأن يتلف شخص متاعا أو مزروعات لآخر أو يلحق عيبا بمنقول أو عقار غيره. فالضرر الواقع تغدو الذمة المالية بعد الحادث أقل وزنا مما كانت عليه من ذي قبل. ولولا الربح الفائت، أو بعارة أخرى لو لم يقع الحادث لأزدادت الذمة المالية وهذا الربح المستقبل وإن كان احتماليا من الوجهة المنطقية، يجب ألا يغفل عنه القانون .

ثانيا : الضرر الأدبي

هو ما يصيب الشخص في شعوره نتيجة للمساس بعاطفته أو كرامته أو شرفه، أو سمعته أو غير ذلك من الأمور المعنوية التي يحرص عليها الإنسان في حياته، أو بعارة أخرى هو ما يصيب الإنسان في ناحية غير مالية.

ويمكن التفرقة فيما يتعلق بالضرر الأدبي بين نوعين من الضرر، الأول ضرر أدبي يتمخض عنه ضرر مادي، كما هو الشأن في حالة الإعتداء على الشرف وما يترتب على ذلك من فقد المضرور لعمله في أعقاب تلوث سمعته، وما يترتب على إصابة الجسم من تشويه يرافقه نقص في القدرة على العمل، والثاني ضرر ادبي محض مجرد عن أي ضرر مادي، كالألم الذي يصيب الوالدين في عاطفتهم بسبب فقد طفلهم، وقد يؤدي إلى تدهور صحتهم.

كما يمكن التفرقة بين ضرر أدبي ناشئ عن المساس بحق من الحقوق غير المالية، كالحقوق اللصيقة بالشخصية (الحق في الإسم ، الحق في الصورة، الشرف، الإعتبار) وحقوق الأسرة (الطلاق التعسفي) وبين ضرر أدبي ناجم عن المساس بمصلحة أدبية دون أن يكون ثمة حق محدد، فكل ضرر يجوز التعويض عنه شريطة أن يكون أكثر من مجرد تأثير نتيجة حساسية مفرطة.

وجوب التعويض عن الضرر الأدبي : من الشراح من يرفض التعويض عن الضرر الأدبي بحجة صعوبة جبر الضرر الأدبي، عن طريق التعويض عنه، إذ كيف يعرض عن ضرر غير مالي بتعويض مالي ؟ كيف يعرض خدش الكرامة أو مس الشرف — وهو غاية في ذاته — بمبلغ من المال (وهو لا يخرج عن كونه وسيلة) فهل تستوي الغاية والوسيلة ؟ أليس التعويض في مثل هذه الحالة يعد ثروة لا مقابل لها في ذمة المتضرر .

ولكن يرد على ذلك أنه ليس المراد من التعويض جبر الضرر الأدبي بقدر ما يراد منه توفير نوع من العزاء عن الألم والحزن، الذي أصاب المتضرر هذا، إلا أن التعويض لا يرمي في الأصل إلى إزالة الضرر من الوجود واجتثاثه إذ لو صح ذلك لتعذر التعويض عن كثير من الأضرار المادية، وإنما المراد بالتعويض أن يتوفر للمضرور ما يلطف لديه الضرر الذي أصابه، ثم أليس من الظلم أن يفلت المسؤول في مثل هذه الأحوال من تحمل عبء التعويض (ويمكن تسوية التعويض عن الضرر في هذه الحالة بأنه عقوبة خاصة، أو غرامة خاصة يفيد منها المضرور بدلا من أن تفيد منها الدولة كما في قانون العقوبات) هذا وإذا كان في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي صعوبة ما، فإن هذه الصعوبة لا يصح أن تهدر حق المضرور في التعويض، لاسيما وأن هذه الصعوبة ذاتها قد تثور في تقدير التعويض عن بعض الأضرار المادية، فكان عدلا إذن أن يسأل المسئ عن التعويض عن الضرر الأدبي الذي سببه للآخرين، والذي أجمع عليه جمهور الشراح الآن هو أن الضرر الأدبي كالضرر المادي يجب أن يعرض فهو المسؤول عنه.

ثالثا، الضرر الجسدي

الضرر الجسدي هو الذي يصيب الإنسان في جسمه، كجروح ورضوض يسببها سائق السيارة لأحد عابري السبيل، أو كنقل شخص مصاب بمرض من الأمراض السارية عدوى إلى شخص سليم، ويعد حق التعويض عن الضرر الجسدي مؤيدا لمبدأ حرمة الجسم البشري، ويجب أن نميز فيه بين الضرر المميت والضرر غير المميت.

أ- الضرر الناجم عن الإعتداء على صحة الإنسان أو سلامة جسده :

هذا الضرر الجسدي عدة عناصر منها : نفقات العلاج والعمليات الجراحية وثن الأدوية التي يتحملها المضرور وهذا هو الضرر الواقع، أما الربح الفائت فيتمثل بنقص قدرة المتضرر على العمل أو عجزه التام، وفيما عدا هذه الأضرار المادية نجد ضررا أدبيا لا يخلو تقديره من التحكم. من ذلك الضرر الجسدي الذي يعانیه المضرور في جسمه والضرر الأدبي المحض الذي يحس به

عندما يجد نفسه مشوها معطوبا (ولعلنا نستطيع أن ندعو الضرر الأخير بالضرر البديعي (Esthétique).

ب - الضرر الناجم عن الوفاة : عندما يصاب الإنسان بحادث مميت في ظروف ترتب المسؤولية على الفاعل يكون للمستحقين عنه بعد وفاته المطالبة بحقوقهم في التعويض من المسؤول، ويتلقى هؤلاء حقوقهم إما من حصتهم الإرثية التي آلت إليهم عن طريق التركة، وإما أن يتلقوه مباشرة دون المرور في تركة المتوفي .

1 - الحقوق التي يتلقاها المستحقون في تركة المضرور : يمكن للورثة أن يطالبوا بالتعويض عن الضرر المادي الذي أصاب مورثهم، من المسؤول في الفترة الواقعة بين الحادث والوفاة (نفقات الدواء والعجز عن العمل ...) كما يجوز لهم أن يطالبوا بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المتوفي من جراء آلامه التي عاناها قبل موته، وباختصار يجوز للورثة المطالبة بكل ما كان المتوفي يستحقه من تعويضات في هذا الصدد، شريطة أن يكون التعويض قد تحدد بمقتضى إتفاق أو طالب المضرور به أمام القضاء .

2 - الحقوق الشخصية لذوي المصاب الذي تضرروا بالحادث المميت : يتعين التمييز بوضوح بين الضرر الذي أصاب المتوفي ذاته وبين الضرر الذي أصاب ذويه، وقد قدمنا أن التعويض عن الضرر الأول ينتقل إلى مستحقيه عن طريق التركة لا مباشرة، أما التعويض عن الضرر الذي أصاب ذوي المتوفي فهو ينصب مباشرة في ذمتهم وبدون واسطة، ولهم أن يطالبوا به سواء أكانوا ورثة للقتيل أم لا، ولكن عليهم أن يثبتوا أنهم قد تضرروا شخصيا بوفاة الضحية ، وأن الضرر الذي أصابهم قد إستجمع شروطه القانونية من حيث كونه محققا ومشروعا، ويتقدم ذوو الضحية المستحقون للتعويض في هذه الحالة للمطالبة بحقوقهم باعتبارهم متضررين شخصيا بالحادث المميت، وهم إما أن يطالبوا بالتعويض عن الضرر المادي الذي أصابهم كما لو كان المتوفي يعولهم، وأن هذه الإعالة قد إنقطعت بوفاة، وإما أن يطالبوا بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب شعورهم وعواطفهم بسبب وفاته .

أ - الضرر المادي : يجب لوقوع الضرر أن يكون هناك إخلال بحق المضرور أو بمصلحة مالية له، فقد يكون الضرر إخلالا بحق للمضرور ، كما لو أدت وفاة الضحية إلى ضرر يصيب أولاد المقتول وزوجته بحرمانهم من الشخص الذي يعولهم، فهؤلاء يصابون في حقوقهم بالنفقة، وهذا ضرر مستقل عن الضرر الذي يصيب المقتول ذاته، ولهذا إذا ثبت أن الضحية لم يكن يعولهم فلا ينشأ لهم حق شخصي في التعويض عن الضرر المادي الذي أصاب المقتول ذاته، ذلك لأن حق المقتول ينتقل إلى الورثة .

وقد يكون الضرر إخلالاً بمجرد مصلحة مالية للمضرور، فلو أن شخصاً كان يعول قريباً له لالتجب نفقته عليه، ثم قتل هذا الشخص فإن القريب يضار من ذلك ليس في حق له إذ أن نفقة المقتول ليست واجبة على القريب، بل في مصلحة مالية، إذا ثبت أن المقتول كان يعوله على نحو مستمر قضى له بالتعويض، وإنما يشترط أن تكون هذه المصلحة مشروعة، فإن لم تكن كذلك فلا يجب التعويض، وقد رفضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية عام 1937 إعطاء التعويض إلى الخلية عن الضرر الذي تدعي بأنه أصابها بقتل خليلها الذي كان يقوم بإعالتها، وذلك لأن مصلحتها من بقاء خليلها ليست بالمصلحة المشروعة .

ب- الضرر الأدبي : لكي يستحق المضرور التعويض عما أصابه من ألم من جراء موت المصاب يجب أن تربطه بالمقتول قرابة ذاتية وثيقة الصلة، ذلك أن المشرع قد قصر التعويض الأدبي على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ولم ييسطه على كافة الورثة، وعلى ذلك يقتصر التعويض عن الضرر الأدبي على الزوج الحي ووالد المتوفي ووالدته وجدته وجدتيه وأولاده، وأحفاده وإخوته وأخواته، وقد راعى المشرع تضيق دائرة ذوي المتوفي الذين أصابهم الألم شخصياً بوفاته، ونشير إلى أنه إذا وجد كل هؤلاء في الوقت ذاته فإن القاضي لا يحكم بالتعويض لهم جميعاً، بل يحكم لمن أصابه منهم ألم حقيقي، وقد حسم المشرع الأمر بالنسبة للتعويض عن الضرر لأدبي، وذلك بموجب المادة () من القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2010.

وعليه لا تثير مسؤولية الممتنع بوجه عام بحثاً خاصاً بالضرر في المسؤولية المدنية، فحتى يسأل الممتنع عن خطئه مدنياً لا بد من حدوث ضرر نتيجة لهذا الخطأ، فإذا لم يثبت وقوع ضرر فلا مجال للبحث في نوع المسؤولية التقصيرية كانت أم عقدية .

وتتفق أحكام المسؤولية عن الفعل والمسؤولية عن الامتناع في ركن الضرر بوجه عام، غير أن هذا لا يغني عن إلقاء الضوء على علاقة أو رابطة السببية بالنسبة للخطأ الامتناع، وهذا ما سيكون موضع دراسة في الفصل الثالث .

الفصل الثالث

علاقة السببية كشرط لمسؤولية الممتنع

لا يكفي لتحقيق مسؤولية الممتنع أن يقع ضرر على السائل وخطأ من المسؤول، وإنما يستلزم كذلك أن يكون الضرر الذي أصاب الأول هو نتيجة الخطأ الواقع من الثاني، وبعبارة أخرى يجب أن يرتبط الخطأ والضرر بالرابطة التي تربط المسبب بالسبب والعلة بالمعلول.

والتساؤل المطروح هو متى تعتبر هذه الرابطة موجودة؟.

يبدو في أول وهلة أن هذا التساؤل سهلاً والجواب ميسراً عنه في بعض الحالات، إذا تجلت الصلة بين الخطأ والضرر، لكن في حالات متعددة قد يكون تحقيق رابطة السببية أمراً شاقاً ومتعذراً وذلك لأن الخطأ قد يبدو في صورة فعل وقد يتجلى في صورة إمتناع أو ترك، وإن صح تتبع آثار الخطأ في الصورة الأولى في يسر وسهولة ووضوح فقد يصعب أو يستعصى تحديد آثاره في الصورة الثانية، ولأن الضرر قد يرجع في وجوده إلى عوامل شتى فيكون من غير السهل تحديد الأثر الذي ساهمت به كل من هذه العوامل.

وقد أثارَت هذه الصعوبات خلافاً لدى الفقهاء في تحديد معنى السببية ومدى نطاقها ، لكن الرأي السائد لدى الفقه والقضاء يقوم على فكرة حاصلها أن صلة السببية تتحقق متى تبين أن الخطأ هو علة الضرر، وأن الضرر ما كان يمكن أن يقع إذا لم يرتكب الخطأ⁽¹⁾.

وقد ثار الجدل حول سببية الامتناع كشرط لمسؤولية الممتنع⁽²⁾ فادعى البعض إستحالة قيام رابطة السببية بين الامتناع والضرر ، وحجتهم في ذلك أن الامتناع " عدم " بينما السبب إيجابي بطبيعته، وقد تصدى آخرون لهدم هذا الزعم وإن تنوعت نظرياتهم في سببية الامتناع.

ولنعرض فيما يلي نظرية إستحالة سببية الامتناع ، ونظرية سببية الامتناع على أن نخصص لكل منهما مبحثاً مستقلاً على النحو التالي :

المبحث الأول : نظرية إستحالة سببية الامتناع .

المبحث الثاني : نظرية سببية الامتناع .

(1) — مازو : نبذة : 1440 ، ديموج ، 4 نبذة : 366 .

(2) — هذا الجدل نجده في الفقه الجنائي ، وفي ألمانيا على وجه الخصوص .

أنظر أيضاً : محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات ، طبعة 1963/1962 ، ص 214 .

المبحث الأول نظرية إستحالة سببية الامتناع

يرى بعض أنصار هذه النظرية أن إستحالة سببية الامتناع هي إستحالة مطلقة، ومنهم من يرى أن هذه الإستحالة هي إستحالة نسبية ، ولذلك كان لزاما عرض النظريتين فيمايلي :

المطلب الأول نظرية إسحالة سببية الامتناع إستحالة مطلقة

خلاصة هذه النظرية أن الامتناع عدم والعدم لاينتج شيئا de Rien ne Peut Rien Se Produire ومن ثمة يكون مستحيلا أن يقوم الامتناع باعتباره عدما بدور السبب بالنسبة لأية نتيجة.

وأهم صور هذه النظرية تتمثل في الآتي :

1- نظرية تيسير (1) TEISSEIRE

إن السبب يفترض دوما تدخلا في إحداث الضرر، أما مجرد الامتناع عن التدخل لمساعدة الغير فلا يعتبر سببا للحادث، فالمار الذي يحجم عن مد يد العون والمساعدة لآخر، لا يعدو أن يكون جزءا ضئيلا من البيئة التي يقع فيها الحادث مثله مثل شجرة تسقط ، أو منزل ينهار فوق رأس القاتل، وسقوط الشجرة أو إنهار المنزل كفيلا يمنع والحيلولة دون جريمة القتل ، ومع ذلك لايمكن تصور مساءلة مالك الشجرة أو المنزل عن هذه الجريمة، لأن البيئة لايمكن في أي حال من الأحوال أن تعد سببا.

النقد الموجه لهذه النظرية : يعاب على هذه الفكرة قيامها على أساس تسوية خاطئة بين الإنسان والجماد من حيث درجة الإحساس(2)، فمما لا ريب فيه أن دور الممتنع لايمكن أن يماثل دور الشجرة لأن الشجرة لم ترد السقوط بينما الممتنع يريد الامتناع، ومن ثمة لايمكن اعتبار الامتناع جزء من بيئة الحادث، والعلة في ذلك أن البيئة عفوية بينما الامتناع إرادي.

(1) — TEISSEIRE : Le Fondement de la Responsabilité , Thèse AIX . 1901 , P 191.

- COHIN : OP CIT , T.1 , N° 527.

مشار إليه في :

(2) — انظر كوهان : فقرة 71 .

2 - نظرية كروزل CROUZEL

ينكر كروزل⁽¹⁾ جريمة الامتناع ويقرر أن ما ينجر من نتائج عن الامتناع ليس مرده أو سببه الامتناع ذاته، وإنما سببه هو تنفيذ عمل إيجابي بطريقة معينة ، كقيادة سيارة دون إضاءة كافية ، وعليه يسأل الشخص ليس لأنه سبب أو ألحق ضرراً بالغير نتيجة لعمله الإيجابي بل لقيامه به بطريقة غير سليمة .

النقد الموجه لهذه النظرية : يؤخذ على هذه النظرية خلطها بين النشاط الإيجابي المشروع كقيادة السيارة، وبين خطأ الامتناع الذي يقع بمناسبة ممارسة هذا النشاط .

3 - نظرية لودان LUDEN

يتفق لودان مع سابقه على أنه ليس للإمتناع قوة سببية في ذاته ويرجع هذه القوة للعمل الإيجابي المزامن للإمتناع، ذلك لأنه وخلال الامتناع عن العمل يقوم الممتنع بالضرورة بعمل إيجابي آخر، ويعتبر هذا العمل الإيجابي بمثابة السبب بالنسبة للنتيجة .

النقد الموجه لهذه النظرية : تستلزم هذه النظرية حتمية قيام الممتنع بعمل إيجابي حال إمتناعه مع أنه من الممكن أن يتخذ الممتنع موقفاً سلبياً مطلقاً، ومن هنا يتبين عجز هذه النظرية عن تحديد سبب النتيجة.

4 - نظرية كروج وآخرون

يرجع كروج وجلاسرو وميركل⁽²⁾ القوة السببية للعمل الإيجابي السابق للإمتناع والذي ينشأ خطراً على مصلحة أو حق يحميه القانون، والمثال البارز على ذلك الطبيب الذي يشرع في إجراء عملية جراحية ثم يمتنع بعد ذلك، أي يمتنع عن إتيان الأفعال الضرورية لوقف التزيف ، مما ينجم عنه موت المريض. وفي هذا المثال يعتبر سبب الموت هو الفعل الإيجابي السابق على الامتناع وهو إجراء العملية الجراحية، يضاف إلى ذلك أن الامتناع وإن لم يكن سبباً لهذه النتيجة فهو مكمل لسببية الفعل الإيجابي السابق عليه إذ يتيح للخطر الناشئ عنه أن يتحول إلى إعتداء فعلي.

وبعد فشل نظرية إستحالة سببية الإمتناع إستحالة مطلقة، ظهرت نظرية الإستحالة النسبية، وسنعالجها في المطلب الثاني.

(1) — CROUZEL : Revue Générale du Droit , DE LA Législation et de la Jurisprudence , 1922 , P 168 et

P 16.

(2) — أنظر : محمود نجيب : في رسالته السابقة ، فقرة 359 .

المطلب الثاني

نظرية إستحالة سببية الامتناع إستحالة نسبية

خلاصة النظرية في الفقه والقضاء :

1- في فرنسا

ذهب العديد من الفقهاء الفرنسيين من مؤيدي نظرية إستحالة سببية الامتناع إلى إمكانية توقيع الجزاء والعقاب على الجرائم الإيجابية التي تقع بالامتناع، وقد نادوا إلى ذلك على الخصوص عندما تكون الضحية عاجزة عن حماية نفسها، إلا أنهم يشترطون لتوقيع العقوبة وإحتراما لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات نصا خاصا يعاقب على إرتكاب الجريمة بالامتناع، وعليه فإن هذه النظرية تقر للإمتناع بسببية نسبية مقصورة على الحالات التي ينص المشرع على معاقبتها بنص خاص.

2- في مصر

تأثر جانب من الفقه المصري⁽¹⁾ بهذه النظرية كما أخذت به المحاكم وذلك ما قضت به محكمة جنايات الزقازيق⁽²⁾، حيث أن امرأة تركت مولودها زمنا فمات دون القيام بأي عمل إيجابي من جانبها، يتضح من خلاله أنها قصدت القتل ، غير أن مجرد الترك نجحت عنه الوفاة بالفعل، فلا يعد تركها للمولود بلا عناية جريمة معاقب عليها حتى ولو سلمنا بأن الترك تسبب عنه الموت.

وخلاصة القول أن النتيجة التي توصل إليها أنصار هذه النظرية مبنية على أساس غير سليم، وهو التسليم خطأ بأن الجرائم غير العمدية يمكن أن تقع بفعل أو إمتناع، والصواب هو أن الجرائم غير العمدية لا تقع بفعل وإنما تقع دوما بإمتناع، كل ما هنالك أن الامتناع الذي تقع به قد يكون إمتناعا مجردا أو إمتناعا بمناسبة نشاط إيجابي مشروع.

(1) — أنظر : علي بدوي : القانون الجنائي ، ص 74 ، علي أحمد راشد : مبادئ القانون الجنائي ، ط. 1948 ، فقرة 219 ، ص 184 ، حسن محمد أبو السعود : قانون العقوبات المصري ، القسم الخاص ، ط. 1951/05/01 ، ج 1 ، ص 49 ، محمد محي الدين عوض : القانون الجنائي ، مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في التشريعين المصري والسوداني ، ط. 1963 ، ص 123 .

(2) — أنظر جنايات الزقازيق في 1925/02/09 ، المحاماة السنة 5 ، رقم 558 ، ص 688 .

إن نظرية إستحالة سببية خطأ الإمتناع إستحالة مطلقة ثم إستحالة نسبية لقيت فشلا ذريعا مما جعلها تختفي، وظهرت نظرية أخرى هي نظرية سببية الإمتناع التي ستكون موضع دراسة في المبحث الثاني.

المبحث الثاني نظرية سببية الامتناع

لقد قامت هذه النظرية على أنقاض النظرية السابقة التي إستحال عليها البقاء نتيجة الإنتقادات الموجهة لها، ويرجع الفضل في إرساءها للفقهاء الألماني.

1- في الفقه

أرسى الفقه الألماني أسس هذه النظرية ، وقد إتخذت صورا متعددة نجملها فيما يلي :

أ- نظرية السببية النفسية للإمتناع⁽¹⁾ : تكمن سببية الامتناع وفقا لهذه النظرية في كونه يستبعد عقبة تعترض حدوث النتيجة، ومن ثمة يعتبر شرطا سلبيا لوقوعها تجب مساواته بأي شرط إيجابي آخر ، فالممتنع عندما يعرف أن نتيجة إجرامية ما وشيكة الوقوع يثور تلقائيا في نفسه ميل إرادي للحيلولة دون وقوعها، هذا الميل الذي يحثه بالضرورة إلى العمل على درء وقوع النتيجة ليمثل عائقا أو حائلا يعترض حدوث النتيجة، فإذا قمع الممتنع في نفسه هذا الميل بميل إرادي مضاد يدفعه إلى الامتناع عن العمل، فإنه بذلك يكون قد أزال العقبة التي كانت تعترض النتيجة، وهذا الامتناع الإرادي إذ يعتبر شرطا سلبيا لوقوعها يستلزم أن يعد سببا لها أيضا.

النقد الموجه لهذه النظرية : يعاب على هذه النظرية أنها غير صالحة لتبرير سببية الامتناع غير العمدي، فقد يكون الامتناع لسبب غير إرادي، كعدم الإكتراث من نتيجة على وشك الوقوع، فلا تنشأ إذا إرادة منعها وبالتبعية لا تكون ثمة إرادة مضادة لها بالمعنى الذي تذهب إليه هذه النظرية.

ب- نظرية السببية الطبيعية للإمتناع⁽²⁾ : تفرق هذه النظرية بين إنتاج نتيجة ما Production وتسببها La Cause إذ أن إنتاجها يتطلب قوة إيجابية أو فعالة، ولهذا لا يصلح الامتناع لإنتاج نتيجة ما، وعلى العكس فإن تسبب النتيجة لا يتطلب مثل هذه القوة، ويكفي أن يكون الفعل هو أحد العوامل التي ساهمت في تحقيق النتيجة ، ومن ثمة يصلح الامتناع لتسببها.

(1) — أنظر محمود نجيب حسني : المرجع السابق، ص 239 ، ونفس المؤلف : شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 1962 ، فقرة 360 .

(2) — نفس المرجع ، ص 241 ، وشرح قانون العقوبات ، القسم العام ، فقرة 361 .

النقد الموجه لهذه النظرية : يعاب على هذه النظرية أن التفرقة بين خلق النتيجة وتسببها تفرقة مفتعلة لأن الخلق تسبب في حد ذاته.

ج- نظرية السببية القانونية للإمتناع⁽¹⁾ : إن الامتناع سببا للإعتداء الواقع على القاعدة القانونية الملزمة للممتنع بأداء عمل معين، إذ يجب على الشخص أن يمنع وقوع النتيجة ، إذا وقعت النتيجة بسبب إتخاذ هذا الشخص موقفا سلبيا إعتبر مسلكه السليبي سببا للإعتداء الذي وقع على القاعدة القانونية الملزمة للممتنع .

النقد الموجه لهذه النظرية : يعاب على هذه النظرية أنها تؤدي إلى إنتفاء سببية الامتناع، حيث لا يوجد إلزام قانوني يلزم الممتنع بالتدخل فلا يتحقق الإعتداء على قاعدة قانونية تفرض هذا الإلتزام ، فالسببية ليست من خلق المشرع ومن ثمة لا يمكن الربط بينها وبين القاعدة القانونية التي تفرض إلزاما بالتدخل .

د- نظرية السببية المنطقية للإمتناع⁽²⁾ : إن سببية الامتناع كسببية الفعل يجب أن ينظر إليها على إعتبار أنها مجرد علاقة منطقية تقوم بين حدثين يتبع أحدهما الآخر، تؤدي هذه النظرية بمساواتها بين الفعل والامتناع إلى الإعتراف بسببية الامتناع العمدي، ذلك لأنه لا يتصور عقاب الممتنع غير المتعمد وتبرئة الممتنع المتعمد.

2 - أهم النظريات في تحديد معيار السببية

لا يثور الخلاف بين الفقهاء إلا من حيث المعيار المعتمد للتأكد من توافر علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة، ومن أبرز النظريات التي حاولت تحديد معيار السببية، نظرية تعادل الأسباب، نظرية السبب الفعال، ونظرية السبب المناسب أو الملائم، وهذا ما سيكون موضع دراسة في النقاط التالية :

أ- نظرية السبب الفعال⁽³⁾ : يذهب أنصار هذه النظرية إلى عدم التسليم بمسؤولية الممتنع، إلا في حالة كون إمتناعه هو السبب الأقوى في إحداث النتيجة، كامتناع الممرضة عمدا

(1) — أنظر محمود نجيب حسني : المرجع السابق، ص 240 ، رمسيس بھنام : قانون العقوبات ، القسم الخاص، ط1، لسنة 1958، ص 137 و 145 ، ولنفس المؤلف : الإتجاه الحديث في نظرية الفعل والفاعل والمسؤولية، كلية الحقوق، السنة التاسعة، 1960/1959، العدد الثالث والرابع وما بعدها، ص 41 — 43 .

(2) — أحمد فتحي سرور : قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ط. 1961/1962 ، ص 241 ، رؤف عبيد : السببية في القانون الجنائي ، ط. 1959 ، ص 237 .

(3) — أنظر أحمد أمين : المرجع السابق ، ص 314 ، جندي عبدالمالك : الموسوعة ، ج 5 ، ص 693 .

عن إعطاء الدواء للمريض، فيؤدي ذلك إلى وفاته، فإذا لم تتوافر السببية الفعالة بين الامتناع والنتيجة، فلا مجال لمساءلة الممتنع.

ب - نظرية السبب الملاءم⁽¹⁾: يكتفي أنصار هذه النظرية بأن يكون الامتناع سببا ملائما أو مناسبا لإحداث النتيجة⁽²⁾، بحيث لاتنقطع رابطة السببية بين الامتناع والنتيجة، إلا إذا تخللت أو توسطت بينهما عوامل شادة أو غير مألوفة، أما العوامل المتماشية والمجرى العادي للأمور فلا تقطع رابطة السببية.

ج - نظرية تعادل الأسباب⁽³⁾: يتجه مؤيدي هذه النظرية إلى إعتبار السبب كل إمتناع لولاه ما وقعت النتيجة، وبعبارة أدق يعتبر الامتناع سببا كلما كان قيام الممتنع بالعمل الإيجابي الملزم بأداءه مؤديا إلى عدم وقوع النتيجة، ومما لاشك فيه أن من شأن هذه النظرية توسيع نطاق مسؤولية الممتنع، إلا أن ما يجد من خطورة إتساع رقعة المسؤولية ان السببية ليست الشرط الوحيد لقيام المسؤولية، وإنما يستلزم تحقيق الشروط الأخرى، كأن يكون الامتناع غير مشروع، وعليه فالشروط الأخرى للمسؤولية قادرة على تحديد نطاقها.

وخلاصة القول يمكننا أن نقول أن الجدل بين معارضي سببية الامتناع وبين أنصارها قد إنتهى لفائدة الفريق الأخير، ولم تعد سببية الامتناع محل صراع فقهي لاسيما في ظل التشريعات التي نصت صراحة على المساواة بين الفعل والامتناع من حيث الصلاحية السببية.

بعد أن تجلّى لنا مما تقدم وجوب إستجماع الشروط الثلاثة السالفة البيان لقيام مسؤولية الممتنع التقصيرية، علينا الآن تحديد طبيعة هذه المسؤولية، وذلك ما سنعالجه في الفصل الرابع .

(1) — أنظر أحمد أمين : نفس المرجع ، نفس الصفحة .

(2) — من أنصار نظرية السببية الملائمة في فرنسا :

- **GABRIEL (M)** : La Relation de Cause a effet comme Condition de la Responsabilite Civile, Revue , Trim de Droit Civil , 1939 , P 685.

(3) — أنظر نجيب حسني في رسالته السابقة، ص 245 ، ويأخذ جانب من الفقه بهذه النظرية.

— أنظر مازو وتلك : المرجع السابق، فقرة 527 ، وانظر في الفقه المصري المؤيد لهذه النظرية سليمان مرقس : المرجع السابق ، فقرة 139 ، ص 279 .

الفصل الرابع طبيعة مسؤولية الممتنع التقصيرية

إن العلاقات القانونية في المجتمع تخضع في تنظيمها إما للعقد وهو أساس المسؤولية العقدية وبذلك تكون للإرادة الفردية دورا في تحديد القواعد المنظمة للعلاقات ، أما إذا كانت إرادة المشرع هي التي تحدد حقوق وواجبات الأفراد فيكون القانون هو أساس المسؤولية التقصيرية المخالفة للواجب القانوني(1).

وستتناول تحديد طبيعة المسؤولية التقصيرية في المباحث التالية :

المبحث الأول : فكرة خطأ الامتناع وعلاقتها بالخطأ الإيجابي .

المبحث الثاني : إثبات الخطأ .

المبحث الأول فكرة خطأ الامتناع وعلاقتها بالخطأ الإيجابي

الخطأ التقصيري ينشئ الالتزام بالتعويض ، بحيث تكون المسؤولية الناجمة عنه مصدرا للالتزام ولذلك تعد المسؤولية التقصيرية من بين مصادر الالتزام(2) وقد نصت المادة 53 ق م ج على ما يلي : " تسري على الإلتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها من النصوص القانونية التي قررتها. "

وقد وردت تلك المادة تحت عنوان " القانون " بالفصل الأول من الباب الأول بعنوان الالتزام ونلاحظ نفس الأمر حيث سوى المشرع الجزائري بين النص الذي وضع بشأن المسؤولية التقصيرية وكذا العقدية باعتبارهما مصدرا للالتزام و ذلك عكس التقنين الفرنسي الذي وضع المسؤولية التقصيرية بين مصادر الإلتزام(3) أما المسؤولية العقدية فقد نظمت مع التعويض عن عدم تنفيذ الإلتزام في الباب الخاص بآثار الإلتزام وسمي التنفيذ بطريق التعويض.

(1) — وتبعاً لذلك توجد صورتان للاعتداء على الأفراد مخالفة للواجب القانوني الذي يشكل الخطأ التقصيري والإخلال بالالتزامات العقدية الذي يشكل الخطأ العقدي و مرد ذلك كله القانون والعقد.

(2) — الفصل الثالث الباب الأول، الكتاب الأول، القسم الأول بعنوان مصادر الإلتزام.

(3) — الفصل الثاني، الباب الثاني، الكتاب الأول، القسم الأول بعنوان آثار الإلتزام.

لذلك ذهب آراء في الفقيه المصري والفرنسي إلى أن التعويض يعد طريقاً آخر لتنفيذ الالتزام حيث أن إلزام المدين بالتعويض يمثل طريقاً موازياً للالتزام القائم في ذمته وليس إنشاءً لالتزام جديد⁽¹⁾. وعلينا تحديد معنى الخطأ وأنواعه، وهذا ما سنعالجه في المطالب التالية :

المطلب الأول تعريف الخطأ

هو الإخلال بالالتزام و بمعنى آخر الخروج على السير المألوف في الجماعة وطاعة الواجبات التي يفرضها القانون⁽²⁾ وحيث يفرض القانون التزاماً محدداً يقوم الخطأ التقصيري بمجرد عدم تنفيذه دون حاجة إلى تقدير سلوك المدين به ، فالقانون يكتفي كقاعدة عامة بفرض واجب عام على المخاطبين بأحكامه بعدم الانحراف عن السلوك المألوف ليكون محله بذل عناية الرجل المعتاد.

فالخطأ يظهر في المسؤولية التقصيرية بمجرد عدم تنفيذ الواجب القانوني، ويكفي في الخطأ وفقاً لمبدأ روماني قديم ولو كان يسيراً جداً أي الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص العادي.

ويتأسس هذا الفكر وفقاً للتطور التاريخي للمجموعة المدنية الفرنسية التي تركزت على فكرة العدل التي تميل نحو المضرور الذي لم يكن له يدا في ارتكاب الخطأ أو الضرر المترتب عليه، وبالتالي لا يمكن دفع الضرر عنه أو من جانب محدثه ولو كان بسبب خطأ يسير من جانبه..

وعلى ذلك يخضع تقدير الخطأ لقاعدة الإخلال بالواجب الذي يأمر به القانون ويقارن في هذه الحالة بسلوك الرجل العادي في الظروف الخارجية التي أحاطت بالإخلال بواجب معين إلا إذا إقتضى القانون قدراً من العناية أكبر، أو إكتفى بقدر أقل من العناية. وإن الفعل الخاطئ المنسوب لشخص لا يقصد به مسلكه وإنما المراد هو كون الشخص قد تسبب بفعله في إلحاق الضرر بالغير. وما يمكن الرد به في هذا الصدد أن رابطة السببية ركن قائم بذاته يختلف ويتميز عن الخطأ. .

(1) — ويؤكد الرأي صحة ما ذهب إليه ببقاء التأمينات التي تضمن الالتزام لضمان دفع تعويض المستحق في حالة الإخلال بالالتزام والقول بغير ذلك يعني ضياع قيمة التأمين في غير الالتزامات التي محلها مبلغ من النقود.

— أنظر السهوري : الوسيط، ج2، فقرة 409، إسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام، 1927، ج2، فقرة 5.

(2) — جمال الدين زكي : الوجيز في نظرية الإلتزام ، ج1، فقرة 242.

وثمة اتجاه يحاول تعريف الخطأ بإدماجه بالضرر وعلى رأسهم النائب العام بمحكمة النقض البلجيكية بول لوكليرك في خطاب له بمناسبة إفتتاح السنة القضائية سنة 1967⁽¹⁾ وما قدمه من مذكرات⁽²⁾ وتعليقات⁽³⁾.

وفي تعريفه للخطأ تأثر لوكليرك بما ينجم عن حوادث السيارات من صعوبة إثبات خطأ السائق وقد حاول إيجاد وسيلة تكفل لضحايا حوادث السيارات حقهم دون أن تكبدهم مشاق إثبات خطأ السائق، فبينما ذهبت المحاكم الفرنسية إلى تطبيق أحكام المسؤولية عن الأشياء والتي أساسها الخطأ المفترض، نرى أن المحاكم البلجيكية تطبق أحكام المسؤولية عن الاعمال الشخصية وفقا لما تقضي به المادة 1382 مدني فرنسي وحسب رأي الأستاذ لوكليرك أن مطالبة ضحية حادث المرور بإثبات خطأ السائق يتجلى فيما لم يراعيه السائق من لوائح أو إهماله ولا ضرورة لإثبات ذلك لأن السائق يكون قد ارتكب خطأ فيعفى المضرور من إثباته لأنه يستخلص من مجرد وقوع الحادث، ويظهر فيما لحق الضحية من ضرر أو ما يمس حقها لأن كل ما من شأنه إلحاق الضرر بالغير أو المساس بحق له يعد خطأ.

وما يوجه لهذا التعريف من نقد يتمثل في أن المادة 1382 مدني فرنسي يتجه فحواها فيما تنهى عنه إلى إحداث الضرر المترتب عن الخطأ ولا يتجه النهي إلى ما يقع من ضرر يمس الشخص أو ماله .

وقد ذكرنا سلفا أن الخطأ يعتبر قوام المسؤولية التقصيرية ومع ذلك إختلف الفقهاء حول تعريفه وفشلوا في تحديد المقصود به تحديدا جامعا مانعا، ومما لا شك فيه أن لفظ الخطأ شهد ألوانا مختلفة من التعريفات تبعا لتعدد وتباين آراء الفقهاء ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن فكرة الخطأ غير محددة لإتصالها الوثيق بالأخلاق، ولما كانت الاخلاق في حد ذاتها غير محددة فكذلك الحال بالنسبة لفكرة الخطأ⁽⁴⁾.

(1) — وقد قررت تلك المحكمة طبع هذا الخطاب، مطبعة بريلانت بروكسل 1927 ، راجع أيسمان : المجلة الإنتقادية للتشريع والقضاء، 1933 ، ص 4361 وما بعدها ، وسيري : 1930-1-4 ، وسيري : 1933-4-1 .
(2) — وعلى الاخص في القضايا التي حكمت فيها محكمة النقض البلجيكية بتاريخ 17 نوفمبر 1967 ، باسيكويرى 1928 - 131 و 4 جويلية 1929 و باسكري 1929-1.
(3) — وعلى الأخص تعليقه على حكم محكمة النقض في 23 يونيو 1932 باسكري 1930-1-12-200 . محكمة تيرموند في ديسمبر 1927 ، سيري 1928-4-9 وتعليق إنتقادي للأستاذ هنري مازو .
(4) — المجلة الإنتقادية ، سنة 1912 ، ص 196.

و من أسباب تفاقم صعوبة تعريف الخطأ إبتعاد التشريعات عن تعريفه تاركة هذه المهمة للفقهاء والقضاء يقوم بتكليفه وفقا لما تمليه حاجات المجتمع وهذا ما أدى إلى تعدد وتنوع التعريفات وتباينها مما جعل الإختيار بينها أمر عسيرا.

ويستعصي أيضا أمر تعريف الخطأ في القانون الجزائري لا سيما وأن المشرع كغيره من المشرعين لم يضع تعريفا للخطأ لتحديد المقصود به وأناط هذه المهمة بالفقه ونستعرض ما أثير في هذا الشأن من آراء .

يقول الأستاذ ريبير: " طالما لا يوجد تعريف قانوني للخطأ فمن العسير أن يتولى أحد هذا التعريف " وهو يعترف على العموم بتعريف بلانيول للخطأ بأنه إخلال بالالتزام سابق يتولد عن القانون أو العقد المسؤولية أو قواعد الأخلاق، وإذا كان من الصعب وضع تعريف في فلا بأس من تعريف مرن يتسع لأغلب حالات المسؤولية ، و يكون كذلك صالحا لأن يسترشد به القضاء .

أما الأستاذ تاييسير فيذهب إلى أن عدم تحديد لفظ الخطأ يسمح بأن يفسره كل شخص وفقا لما يراه⁽¹⁾ لاسيما وأن لفظ الخطأ لا يقصد منه سوى رابطة السببية الضرورية لترتيب المسؤولية. ويرى البعض أن الخطأ هو القيام بفعل غير جائز Acte Illicite ولو لم يقع تحت طائلة قانون العقوبات⁽²⁾.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه غامض إذا إقتصر على تعبير لفظ الخطأ بعبارة غير جائز التي تحتاج بدورها إلى الإجلاء والتوضيح .

أما تعريف "سافاتييه" فيتمثل في أن الخطأ هو الإخلال بواجب يسع المرء معرفته ومراعاته فإن حدث الإخلال عن قصد فنكون إزاء جريمة مدنية أما إذا كان دون قصد فنكون بصدد شبه جنحة مدنية ووفقا لرأيه فإن للخطأ عنصر مادي يتمثل في الواجب الذي تم الإخلال به، وعنصر نفسي هو إمكان العلم بذلك الواجب .

ويذهب الفقيه "بلانيول" إلى تعريف الخطأ بأنه الإخلال بالالتزام سابق، ويمكن حصر الإلتزامات التي يعد الإخلال بها خطأ في أربعة أنواع :

(1) — أنظر التيسير : رسالة أكس ، سنة 1901 ، ص 1481 .

(2) — سوردا: ج 1، نبذة 364 ، بوردي وبارد : إلتزامات ، ج 4 ، نبذة 2854 .

- ✓ — الإلتزام بعدم إستعمال العنف ضد الأشخاص و الأموال
- ✓ — الإحجام عن الغش و الخديعة إزاء الغير .
- ✓ — الإلتزام بعدم القيام بأعمال تستلزم قوة ومهارة لا تتوافر لدى الفاعل .
- ✓ — الإلتزام بممارسة الرقابة على الأشياء الخطرة التي يجوزها الشخص أو على الأشخاص المكلف برعايتهم..

ويؤخذ على هذا التعريف إتجاهه إلى تقسيم الخطأ وبيان أنواعه بدلا من تعريفه(1).

أما لدى "كولان" و"كبيتان" فالعنصر المادي للخطأ يتمثل في إبتعاد الشخص في سلوكه عما ينبغي أن يسلكه الرجل اليقظ ففي حالة إتخاده كافة الإحتياطات التي لا يتخلى عنها الرجل المتبصر فلا يتحمل المسؤولية فيما حدث من فعل ضار أما في غير هذه الحالة فيكون مخطئا وتترتب مسؤوليته(2).

وهناك رأي يذهب إلى أن الخطأ يتمثل في عدم مشروعية الفعل Illicite ولاشك أن هذا الرأي قد تأثر بما كان يقرره قانون أكيليا بترتيب المسؤولية في حالة الإعتداء على مال الغير أو ما وقع دون وجه حق من تلف للإشياء وتبعاً لذلك لا تقوم المسؤولية إلا بالإخلال بقاعدة قانونية، وهذا يعني عدم المساءلة عما ينجر عن الفعل المشروع ولا يتوافر الخطأ في هذه الحالة إلا بالفعل الضار الذي ينهي عنه القانون(3).

إن القانون لم يبين الحالات التي تباح فيها أفعال ضارة معينة كما لم يحدد عموماً ما ينهي عنه منها وإنما النصوص تقضي بإلزام من يلحق بخطئه ضرراً بالغير بالتعويض .

أما "ستارك" فيقول أن المسؤولية قوامها الضمان إذا أن كل حق ينبغي إحترامه وعلى ذلك فإن التعدي الذي لا يسمح به القانون على حق الغير، يعد مساساً بالواجب المفروض ولذا فإن الفاعل ملزم بالضمان أياً كان سلوكه وإن لم يرتكب خطأً ذلك لأن العبرة بالضرر الذي لحق الضحية لا بخطأ الفاعل، وتوافر الخطأ يؤدي إلى زيادة مبلغ التعويض الذي يقضي به القانون نظراً للمساس بحق الغير وهذا إنما يعني توقيع عقوبة خاصة .

(1) — مازو : ج 1 ، نبذة 392 ، المرجع السابق .

(2) — أنظر :

- COLLIN et CAPITANT: Cours élémentaire de Droit Civil Français , T.2, A8, PR. 190 , P 179

(3) — راجع المرجع السابق ، بند 643 .

وإعتقاداً على هذا الرأي فإن نظرية الخطأ التقليدية قاصرة على ضم الحالات التي لا تستلزم العدالة تعويض من لحقهم ضرر فيها . ويرى ديموج أن الخطأ عبارة عن الإعتداء على حق مكتسب ويعاب على هذا التعريف عدم تمييزه الخطأ بصفة جلية حيث أن الحقوق لا يمكن تعدادها، ومنها ما يتعذر تحديد نطاقه إذ يصعب الفصل بين ما إذا كان الحق قد إعتدى عليه أم لا؟.

ويعرف جوسران الخطأ بأنه إعتداء على حق دون أن يكون في مقدرة المعتدي التمسك بحق أقوى من الحق المعتدى عليه أو مساوياً له في القوة(1).

وبالنسبة "إيمانويل ليفي" فالخطأ يتمثل في الإخلال بالثقة المشروعة " La Confiance Ligitime Trompée" ويلاحظ أن الأفراد يرتبطون فيما بينهم وخارج النطاق التعاقدية بثقة مشروعة فإذا أدى ما يصدر عن الشخص من فعل إلى فقدان هذه الثقة عد مسؤولاً وإلا فهو بمنأى عن أية مسؤولية(2) ويؤخذ على هذا التعريف حاجته إلى ضابط يتأتى من خلاله التفرقة بين ما يعتبر إخلالاً بالثقة المشروعة وما لا يعد كذلك .

والخطأ لدى الأستاذين هنري وليون مازو يتجسد في سلوك الشخص على غير ما يجب أن يكون، إلا أنه متى يعتبر محدث الضرر أنه لم يفعل كما يجب ؟ .

ورد هذا على ذلك أنه ينبغي التفرقة بين الخطأ في الجريمة المدنية القائمة على الخطأ العمد وبين الخطأ في شبه الجريمة المدنية وأساسها الخطأ غير العمد وتعريفهما للخطأ غير العمد يجعل منه إنحراف في السلوك على نحو لا ينبغي للرجل المتبصر اليقظ أن يسلكه أن وجد في ذات الظروف الخارجية لمحدث الضرر، وفي نظرهما هذا التعريف صالح سواء بالنسبة للخطأ العمد أو غير العمد ذلك أن الرجل اليقظ الحريص لا يرتكب فعلاً بقصد الإضرار .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه وضع معيار عاماً للسلوك الواجب الإعتداء به تبعاً للظروف المختلفة وهو الرجل الحريص أي أنه حدد مضمون الإلتزام أكثر مما عرف الخطأ(3).

ويلاحظ أن التعريفات السالفة الذكر ظلت غير جامعة ولا مانعة وعلّة ذلك أن الخطأ فكرة أخلاقية يعوزها الإنضباط(4) تحت معيار ثابت ورغم هذا لم تحول هذه الصعوبة دون

(1) — جوسران : جزء 2 بند 420 وما بعدها .

(2) — إيمانويل ليفي : المسؤولية والعقد المجلة الإنتقادية سنة 1889 ص 37 وما يليها.

(3) — أنظر مازو : المرجع السابق ، بند 468 .

(4) — محمد إبراهيم دسوقي : المرجع السابق ، ص 215 وما بعدها .

إستقرار الفقه والقضاء على إعتبار الخطأ التقصيري هو الإخلال بواجب قانوني عام مع إدراك المخل إياه.

المطلب الثاني أنواع الخطأ

لم يفرق المشرع الجزائري في تحديده مبادئ المسؤولية بين أنواع الخطأ فكل خطأ يستتبع المساءلة عنه مهما كان وصفه، ويمكن وفقا لذلك أن تتنوع الأخطاء فقد يكون الخطأ عمديا أو غير عمدي وخطأ تافه وخطأ يسير خطأ جسيم وخطأ لا يغتفر، خطأ مدني وخطأ جنائي وسوف نقتصر على كل من الخطأ الإيجابي والسلي مع التركيز على الخطأ السلي بإعتبار أن خطأ الامتناع هو محور هذه الدراسة .

- الفعل الإيجابي (الخطأ الإيجابي) : إن من يأتي فعلا يكون من نتائجه وقوع الضرر بالغير يكون قد ارتكب خطأ إيجابي والأفعال التي تشكل أخطاء إيجابية لاحصر لها كما لم يعددها القانون المدني الجزائري .

- الفعل السلي (الخطأ السلي) : مما لاشك فيه أن الخطأ قد يتحقق بالترك أو الامتناع شأنه في ذلك شأن تحققه بالفعل الإيجابي(1).

فقد ينجم الضرر الذي يلحق الشخص عن تعد يحدثه بفعله الإيجابي كالضرب أو السرقة إلخ ، وقد ينتج الضرر عن الامتناع عن القيام بعمل معين كإمتناع الطبيب عن إسعاف مريض، ويطلق على الخطأ في هذه الحالة مصطلح الخطأ السلي أو خطأ الامتناع Faute D'abstention Ou Faute D'a tbstention وقد يبدو لنا في الوهلة الأولى أن فعلا ما سلبيا بحثا، إلا أنه في حقيقة الأمر ينطوي على عمل إيجابي فإمتناع المرء عن عمل قصد الإضرار يعد في هذه الحالة إيجابيا ويذهب كوهان إلى القول:

LA DECISION D'UN FAIT NEGATIF ON D'UNE ABSTENTION EST ESSENTIELLEMENT UN ACTE POSITIF..... TOUTE DECISION VERS L'INACTIVITE REPRESENTÉ UNE ACTIVITE QUI EST LA DECISION PRISE(2) .

(1) — Appelton , L'abstention Fautive En Matière Civile et Pénale .

— المجلة الفصلية ، سنة 1912 ، ص 604 وما بعدها.

(2) — - COHIN : L'abstention Fautive En Droit Civil et Pénal

— رسالة من بريس ، 1929 ، بند 9 .

ويمكن القول بأن نص المادة 163 م مصري و 1382 مدني فرنسي وكذا المادة 124 ق م ج المعدلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 10 يونيو 2005 ، يقضي بأن كل عمل أيا كان يرتكبه المرء (بخطئه) ويسبب ضررا للغير يلزم بالتعويض حيث جاء شاملا ولم يستبعد الخطأ السلبي، فالعمل غير المشروع يتضمن الفعل الإيجابي والسلبي على حد سواء وذلك ما يؤكد أيري ورو :

" CE FAIT PEUT ETRE UN FAIT NEGATIF OU D'OMMISSION AUSSI BIEN QU'UN FAIT POSITIF OU DE COMMISSION " .

بمعنى أن الفعل الموصوف بالخطأ قد يكون إيجابيا أو سلبيا⁽¹⁾. وبعد أن فرغنا من تحديد معنى الخطأ وأنواعه سنتعرض لإثبات الخطأ في المبحث الثاني.

المبحث الثاني إثبات الخطأ

يقع على الدائن عبء إثبات الخطأ لكي يحصل على التعويض نتيجة الضرر الذي لحقه ويتأسس ذلك في نظر الفقه التقليدي على قواعد الإثبات على من يطلب تنفيذ الإلتزام أن يثبته " فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو مصدر الإلتزام بالتعويض فيجب على الدائن أن يثبته ليطلب من المدين تعويض الضرر الناجم عنه، أيضا على من يدعي براءة ذمته أن يثبت الوفاء أو الواقعة التي أدت إلى إنقضاء إلتزامه⁽²⁾ وتقضي المادة 1/1315 من التقنين المدني الفرنسي " على من يطلب بتنفيذ إلتزامه أن يثبته " وإذا كان الإلتزام بالتعويض ينشأ عن خطأ المسؤول فيكون على المدعي إثبات وجود الإلتزام، وأن يقيم الدليل على هذا الخطأ لأنه مصدر الإلتزام، ودفع ذلك بالقضاء الفرنسي إلى إعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية رغم وجود عقد بين الطبيب والمريض فيمثل مصدر إلتزامهما للمريض يلقي عليه عبء إثبات خطأ الطبيب ليحكم له بالتعويض⁽³⁾.

(1) — أيري وروالجزء : ص 337 . وبهذا المعنى كولان وكابيتان : بند 1172 . وريبير وبلانيول : جزء 6 ، بند 951 .

(2) — MAZEAUD: OP. CIT, P 964.

(3) — حاول الفقه الفرنسي قبل قانون 1898/04/09 في ضمان حوادث العمل بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية على إلتزام صاحب العمل بوقاية العامل من مخاطر العمل، فيلقى على عاتق صاحب العمل عبء إثبات براءة ذمته بإقامة الدليل على رجوع الحادثة إلى سبب أجنبي عنه.

— أنظر محمود جمال الدين زكي : " ضمان أخطار المهنة في القانون المصري " ، مقال نشر بمجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، السنة 85 ، ص 17 .

وتثور حالة إثبات الخطأ بالنسبة لطبيعة محل الإلتزام وفي حالة الإلتزام السلبي بالامتناع عن عمل Obligation Negative حيث يجب على الدائن إثبات إخلال المدين بالإلتزامه أي قيامه بالعمل الذي تعهد بالامتناع عنه ليحكم له بالتعويض إذا بغير هذا الإخلال لا يستطيع الدائن مطالبه المدين بتنفيذه(1).

والإلتزام السلبي يمثل بذلك القاعدة في نطاق المسؤولية التقصيرية على غرار الإلتزام الإيجابي في نطاق المسؤولية العقدية .

وبوجه عام يتفق الفقه الحديث في عدم إختلاف إثبات الخطأ بحسب نوع المسؤولية إتفاقا مع أنصار وحدة المسؤولية بل يخضع في الحالتين سواء المسؤولية العقدية أم التقصيرية لنظام واحد تصنعه المبادئ العامة في نظرية الإثبات(2). فتنص المادة 333 ق م ج " على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " .

يمكن القول بأن الإلتزام بتحقيق نتيجة يكتفي الدائن بأن يثبت قيام الإلتزام ثم يكلف المدين بإثبات الوفاء به في الإلتزام ببذل عناية على المدين إثبات بذله العناية المطلوبة منه(3).

وبعد أن فرغنا من تبيان طبيعة مسؤولية الممتنع التقصيرية في الفصل السالف، علينا تحديد مشكلة الامتناع في الفصل الخامس .

فقرة 884 . جزء 2 . OP CIT. PLANIOL et RIPERT : Traité Pratique de Droit Civil Français — (1)

جزء فقرة 694 . OP CIT. MAZEAUD : — (2)

(3) — محمود جمال الدين زكي : " الوجيز في نظرية الإلتزام " ، فقرة 184 ، إسماعيل غانم : المرجع السابق ، فقرة 26 .

— سليمان مرقس : الوجيز في نظرية الإلتزام ، 1961 ، فقرة 36 .

الفصل الخامس تحديد مشكلة الامتناع

يقتضي الأمر لبحث مشكلة الامتناع التطرق لهذه المواضيع من خلال معالجتها في المباحث التالية :

المبحث الأول : دراسة مشكلة الامتناع .

المبحث الثاني : الإتجاهات الفقهية .

المبحث الاول دراسة مشكلة الامتناع

إن الخطأ العقدي يتمثل في الإخلال بحقوق الغير خلافا لما يقضي به العقد أما الخطأ التقصيري فهو عبارة عن المساس بحقوق الغير على نحو مخالف للقانون إلا أنه كيف يتأتى تبيان وحصر الحقوق غير المعترف بها قانونا والتي يعد المساس بها خطأ تقصيري(1).

إن نصوص القانون المدني الفرنسي المواد 1382 إلى غاية 1386 هي نصوص عامة حيث لم تتجه رغبة المشرع إلى معالجة الموضوع عن طريق التعداد وإنما وضع مبدأ أو قاعدة عامة، والأعمال التحضيرية قاطعة الدلالة في هذا المجال..

فالمادتان 1382 ، 1383 ق م ف واضحتان، فكل عمل أيا كان وحتى الإهمال وعدم الإحتياط يسوجب المسؤولية فالخطأ البسيط يمكن أن يكون عنصرا لشبه الجريمة فالقاعدة الرومانية المتعلقة بتطبيق قانون إيكيليا تقضي بأن الخطأ التقصيري يتضمن : " Culpa In Committendo " ليس فقط القيام بعمل يمس حقوق الغير، وإنما أيضا الامتناع عن إتخاذ الإحتياطات التي من دونها يصاب الغير بالأذى Culpa In Ommittendo (2).

فالقانون وإن كان يهدف حقيقة إلى تأمين تعايش الحريات كما كتب كانط فلا يقتصر على هذا الهدف الوحيد لا سيما، إذا إعتدنا على لفظ الحرية بمعناه الضيق الوارد في تصريح حقوق الإنسان لسنة 1789، فالقانون يهدف إلى إزدهار وتطور الاشخاص developpement

(1) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق ، ص 1 .

(2) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق ، ص 2 .

وهذا ما يعد مصدرا جديدا للواجبات⁽¹⁾. وعليه فإن السلوك الاجتماعي لا يتضمن عدم تحميل الغير بالخرج والمخاطر التي نأبى أن يحملنا إياها وإنما أيضا القيام إزاء الآخرين بفعل الخير الذي نرغب أن يقام إتجاهنا .

ولذا ليس ثمة مبدئيا أية صعوبة من حيث الإعتراف بالامتناع كمصدر للمسؤولية التقصيرية على غرار الفعل الإيجابي وأن معيار السلوك الاجتماعي يطبق عليه أيضا⁽²⁾.

ولا يمنع من التوسع في الإعتراف بالامتناع الخاطئ صعوبة تحديد المدين بالإلتزام بالعمل في العديد من الحالات حيث أن هذه الصعوبة كانت إحدى أسباب التمييز بين الامتناع في المجال العقدي والمجال التقصيري.

فعلى مستوى العقد حيث توجد إلتزامات بالقيام بعمل و أين يكون المدين بالإلتزام بالعمل دوما محددًا لم يكن هناك إعتراض على صلاحية الامتناع لترتيب المسؤولية العقدية.

ومما لاشك فيه أن الإلتزامات التعاقدية عديدة ومتنوعة إلا أنه ابتداء من منتصف القرن التاسع عشر (19) تزايدت الإلتزامات غير التعاقدية نتيجة لانتشار الصناعة فظهر إتجاه معاد للمذهب القانوني 'الفردى' الذي يقول أن حرية الفرد هي الأصل والإلتزامات إستثناء ويعرف هذا الإتجاه بنظريته الاجتماعية للقانون *Vision Sociale Du Droit*⁽³⁾ والتي تقضي بوجود وضع ملزم ودائم ناشئ عن ضرورات التنظيم الاجتماعي.

وبالرغم من أن الإلتزامات غير التعاقدية بالقيام بعمل معين لاتفرضها نصوص إلا نادرا بالمقارنة بالإلتزامات بالامتناع عن العمل فيلاحظ أن تطور وإزدياد الإلتزامات غير التعاقدية منذ زمن جعل مشكل الامتناع كمصدر للمسؤولية يطرح دون جدال وإذا كان الامتناع كمصدر للمسؤولية لا يثير صعوبة في المجال التعاقدى فالأمر مختلف على المستوى التقصيري لأنه من العسير تحديد المدين بالإلتزامات كما أن الإعتراف بهذا المصدر الجديد للمسؤولية يعد مساسا بمبادئ المذهب الفردي الذي كان سائد في القرن التاسع عشر (19)⁽⁴⁾.

(1) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق.

(2) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق.

(3) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق ، ص 3 .

(4) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق ، ص 3 .

وعليه فإذا كانت التسوية بين الفعل الإيجابي والامتناع الذين يمثلهما مفهوم الخطأ يؤيدهما معظم الفقه المعاصر، ويقبلها القضاء إلا أنها لم تصل إلى ما هي عليه دون جهد أو معاناة وقبل ان نين كيف ظهرت فقها وقضاء نظرية الامتناع كمصدر للمسؤولية التصيرية علينا ألا ننسى عرض المذهب الفردي الذي يعتبر الامتناع خطأ من نوع خاص Faute De Nature Spéciale (Particulière) ليس بوسعه ترتيب المسؤولية إلا في حالات إستثنائية(1) وبالرغم من أن الدراسة محصورة في القانون المدني فلا بأس من التذكير ببعض الأفكار الرئيسة للقانون الجنائي حول مشكلة الامتناع أفكار كان لها التأثير المباشر على نظرية الامتناع في القانون المدني.

فالصعوبة تتجلى ليس على مستوى القانون المدني فحسب بل وحتى على مستوى القانون الجنائي(2) حيث نوقشت مشكلة المسؤولية الناجمة عن جريمة الامتناع بمناسبة عمل " Delits De Commision Par Omission " لمدة طويلة(3) وقد أثرت هذه المسألة في قضايا شهيرة كقضية مونية السالفة الذكر حيث أن محكمة بواتيه وجدت نفسها عاجزة عن الإدانة الجنائية لأخ ترك أخته المصابة عقليا دون عناية وطعام فهلكت نتيجة لذلك(4) وقضية البارون Baron.C لم تلاحق الخادمة جنائيا رغم علمها بالمحاولات العديدة لوضع السم من قبل الزوجة وإبنتها وإمتناعها عن إخطار الضحية(5) وقضية موسترينو Mestorino صاحب محل للجواهر حيث إمتنع المستخدمون عن الحيلولة دون وقوع الجريمة رغم إستغاثة هذا الأخير بهم(6) ويلاحظ أنه في مجال المسؤولية الجنائية لا يمكن الأخذ بالامتناع لا سيما وأن القضاة لايسعهم الإدانة دون نص حيث يزداد حرجهم عند مواجهة حالة إمتناع غير منصوص عليها قانونا ويظل القاضي في إطار القانون المدني حرا في تقدير توافر خطأ الامتناع في غياب النص القانوني(7) وعلى الرغم من ذلك لم يتخلص العديد من الفقهاء في مجال المسؤولية المدنية من تأثير

(1) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق ، ص 4 . Faute de Nature Spéciale

(2) — مازوتنك : Traité 1, N° 526

(3) — مونتيه : جرائم الامتناع .مناسبة العمل ، Délit De Commission Par Omission ,1898

(4) — حكم محكمة بواتيه بتاريخ 20 نوفمبر 1901 ، دالوز DP 1902/02/18 .

(5) — بول أبلاتون : المرجع السابق ، ص 593 . RE Trimedrielle de Droit Civil 1912

(6) — أنظر كوهان : فقرة 69 ، إمتناع الخاطئ القانون المدني و الجنائي ، باريس ، 1929 ، ص 09 ، رسالة دكتوراة

(7) — أنظر مازوتنك . نفس المرجع ، ، رقم 526 ، 1 : Traité ، ص 198 .

تأثير المبادئ الراسخة في القانون الجنائي إذ يستندون إلى بعض الاحكام التي فصلت في المسؤولية الجنائية لإبعاد مسؤولية الممتنع المدنية.

ومما لا شك فيه أن أصل النظرية الراضية للإمتناع كمصدر للمسؤولية المدنية التقصيرية يعود إلى الخلط بين الجنائي والمدني، حيث يذهب الإتجاه السالف الذكر إلى إعتبار الامتناع ذو طبيعة خاصة وبالتالي لايرتب مسؤولية صاحبه إلا في حالات إستثنائية .

ومانلاحظه اليوم هو حرص القانون الجنائي ذاته على فرض العقاب على الامتناع فالمادة 63 من قانون العقوبات الفرنسي المعدل بأمر 25 جوان 1945 ثم قانون 13 أفريل 1954 يعاقب "كل من له القدرة على الخيلولة سواء بفعله المباشر أو بواسطة غيره دونما خطر، فعلا يوصف بالجريمة أو الجنحة ضد السلامة الجسدية لشخص ما، ومع ذلك يمتنع إراديا عن ذلك " .

كل من يمتنع إراديا عن مساعدة شخص معرض للخطر سواء شخصا أو بواسطة الغير دونما أن يتعرض هو بالذات أو غيره للمخاطر⁽¹⁾. إذ تقضي أن من يمتنع إراديا عن ذلك يعاقب بخمس سنوات (5) حبس و 75.000 أورو غرامة، أما الفقرة الخامسة من المادة 223 من قانون العقوبات الفرنسي فتتص على من يعرقل إراديا وصول المساعدة التي تحول دون تعرض الشخص لخطر حال أو لمكافحة كارثة تشكل خطرا على سلامة الأشخاص يعاقب بـ سبع (7) سنوات حبس و 100.000 أورا غرامة، والمعدلة بموجب المادتين 6/223 من قانون العقوبات الفرنسي المعدل بالأمر رقم 2000 / 916 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000، الجريدة الرسمية الفرنسية بتاريخ 22 سبتمبر 2000 الساري المفعول بتاريخ 1 جانفي 2001⁽²⁾.

كما تقضي الفقرة 5 من المادة 223 على ما يلي :

" LE FAIT D'ENTRAVER VOLONTAIREMENT L'ARRIVEE DE SECOURS DESTINES A FAIRE ECHAPPER UNE PERSONNE A UN PERIL IMMINENT OU A COMPATTE UN SINISTRE PRESENTANT UN DANJER POUR LA SECURITE DES PERSONNES EST PUVI DE SEPTANS D'EMPRIDONNEMENT ET 100.000 EUROS D'AMENDE " .

(1) — أنظر : - Code Penal Francai Article 63

- Quiconque S'abstient Volentairemnt de Porter à une Personne en Peril , L'assistance que Sans Risque Pour lui Ni Pour un Tiers, il Pouvait lui Prêter soit Par Son Action Personnelle Soit en Provoquant Un Secours.

- Code Pénal Annoté Art 61 à 63 . — أنظر :

(2) — أنظر المادة 6/223 من قانون العقوبات الفرنسي المعدل بالأمر رقم 2000 - 916 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000، نص 3 (V) الجريدة الرسمية الفرنسية بتاريخ 22 سبتمبر 2000 الساري المفعول بتاريخ 22 سبتمبر 2001.

فالقانون الجنائي يقر ويفرض الجزاء على الامتناع أي واجب منع تحقيق الضرر لا سيما حينما يكون هذا الضرر جسيما فهل يعقل أن يكون القانون المدني متشددا وأكثر تقييدا(1) بالنسبة لخطأ الامتناع ؟ .

بعد تناولنا الصعوبة التي تثيرها مشكلة الامتناع بصورة عامة، نتطرق للمذهب الفردي الراض لخطأ الامتناع كمصدر للمسؤولية التقصيرية وذلك في مبحث ثان.

المبحث الثاني المذهب الفردي الراض لخطأ الامتناع كمصدر للمسؤولية التقصيرية

إن غالبية الفقه والإجتهاد القضائي المدني للقرن الماضي المشيع بمبادئ التزعة الفردية وأحكام التشريع الجنائي يعتبر خطأ الامتناع ذو طبيعة خاصة لا يخضع للقواعد العامة للمسؤولية(2) ولا يؤدي إلى تحمل صاحبه المسؤولية إلا في حالة كون الفعل الممتنع عن القيام به يقتضيه صراحة نصا في القانون أو العقد(3) ونود تلخيص رأي هذا الفقه ومناقشة الحجج التي أوردها حيث أنه يتميز بترعته الفردية وبعدهائه ورفضه للمسؤولية عن خطأ الامتناع.

ومن جهة أخرى فهو يرى في المسؤولية عن خطأ الامتناع مساس خطير بالحرية الفردية كما يؤكد بعدم صلاحية الامتناع لأن يكون سببا للضرر.

ودراسة هذه النقاط ستكون موضع بحث في المطالب التالية :

المطلب الاول المساس بالحرية الفردية

يذهب الفقهاء ذوو التزعة الفردية إلى القول أن الإنسان حر مبدئيا وأن الإلتزام مجرد إستثناء يرد على الأصل ولذا يجب أن يحاط بمحدود دقيقة وواضحة، والمظهر الأول للحرية هو الحق في الالافعل كما أن إحدى المقومات الأساسية للحرية تتعارض مع مساءلة الشخص لمجرد إمتناعه.

(1) — أنظر مازووتنك : المرجع السابق .

(2) — أنظر مازووتنك : المرجع السابق .

(3) — أنظر :

حيث أن ذلك الحق يتمتع به كل واحد من أفراد المجتمع، ولا يسعنا جبر الراغب في اللافعل و السكون على الخروج منه⁽¹⁾ ويدعي أو يزعم بعض الفقه أن مساءلة الشخص عن اللافعل يعد حصرا وتضييقا للحرية الفردية بصورة لا تطاق كما يعتبر ذلك توسيعا لنطاق المسؤولية إلى أبعد الحدود وتأثرا بالحجة التي قدمها الفقه و المثلثة في أن الحرية الفردية تصبح مجرد عبارة جوفاء لا معنى لها في حالة مساءلة الشخص عن إمتناعه الذي ينجم عنه ضررا للغير وقد إنجته الإجتهد القضائي إلى تضييق نطاق المسؤولية عن الامتناع تضييقا شديدا .

وتسلم محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية المتنع حينما يقضي حكم القانون بالقيام بالفعل الممتنع عنه⁽²⁾ وفي اتجاه لها غير مقيد فإن محكمة النقض الفرنسية لم تتطلب أن يقضي حكم القانون بالقيام بالعمل وإنما وضعت مبدأ يتمثل في " أن الامتناع لا يؤلف شبه جريمة وبالتالي لا يفتح المجال للتعويضات حينما لا يكون الفعل الممتنع عنه في حد ذاته إلتراما مدنيا⁽³⁾ .

وكان بعض الفقه يتمسك بضرورة المحافظة على الحرية الفردية لإستبعاد مسؤولية المتنع الذي لم يرتكب عملا غير مشروعاً أو خاطئا ولكننا نعتقد أن فرض الجزاء على خطأ الامتناع لا يعد في حال من الأحوال مساسا بالحرية الفردية، فالأمر لا يتعلق بجبر الشخص على القيام بعمل كرها بقدرما يرتبط بالمساءلة عن كل موقف مضر ناتج عن كل واقعة من شأنها أن تلحق الأذى بالغير ومهما تكن طبيعتها.

مما لا ريب فيه أنه لا أحد يتردد في مساءلة المتسبب في الضرر، حينما يحدثه بفعله الإيجابي دون خشية المساس بحريته فقيما يعتبر هذا المساس أخطر حينما نكون بصدد إلزام بالعمل أو بالامتناع عنه. فمن يشاهد شخصا على وشك الغرق ويجبر على تقريب القارب منه لمساعدته أو يمتنع عن تقريبه منه ألا يعد ذلك إخلالا بالحرية الفردية إذ لا يكون الشخص حرا في القيام بما يرغبه في الحالين⁽⁴⁾ فالإلتزام بفعل وما ينجر عنه من مسؤولية عن خطأ الامتناع يعد بلا شك تحديدا للحرية الفردية مثلما هو الأمر بالنسبة للإلتزام بعدم الفعل وما ينجم عنه من مسؤولية عن الخطأ الإيجابي حيث لا يفكر أحد في إبعادها أو رفضها .

(1) — أنظر سافاتييه : القواعد العامة للمسؤولية المدنية، ص 17 ، REV-CRIT 1974

(2) — انظر D - J : المسؤولية المدنية ص 19 - a. 3 - Fasc , T.1

(3) — أنظر نقض مدني ، 28 أكتوبر 1935 ، دالوز الأسبوعي .

(4) — أنظر مازوتيك : المرجع السابق ، N°524 , TRAIT 1

وعليه ينبغي ترك المفاهيم المشبعة بروح الفردية والمستمدة من الثورة الفرنسية إذ أنه مغال فيها كثيرا ويجب أن تحل محلها معطيات جديدة تستند وتقوم على التضامن والصالح الاجتماعي.

ألا يعد الأمر طبيعيا الإلتزام بمساعدة الغير المهدد بالهلاك طالما أن من يقدم المساعدة لا يلحقه ضرر أو عبء يفوق قدرته ؟ أن الإلتزامات الإيجابية تثقل كاهل كل فرد في المجتمع من كل جانب إبتداء من دفع الضرائب والتضحية بالنفس والمال أثناء الحروب، وهذا التضامن الذي تفرض علينا بمقتضاه إلتزامات وتضحيات جسام دون ضرورة ملحة أحيانا ألا يحمل في طياته واجبا أوليا بالمساعدة؟ فأين تكمن الغرابة إذن في فرض مثل هذا الإلتزام لأن بعض الفقه لم يتردد قط في التسليم بضرورة المساعدة إزاء الغير. ومن المؤكد أن المفاهيم القانونية لحقوق وواجبات الأفراد تتطور بتطور العادات والتقاليد والمقتضيات الاجتماعية، وقد أشار ديموج⁽¹⁾ أن فكرة إلتزام الفرد بالقيام بالعمل لصالح آخر فكرة غريبة وبعيدة عن المشرع الفرنسي سنة 1804 غير أنه على القانون المدني مواكبة تطور الأفكار لاسيما في بعض المسائل التي لم تعالجها النصوص، وعليه فإن الإلتزام بالمساعدة يتجلى تدريجيا كلما حل محل التصور الفردي، للحرية تصور آخر يتمثل في المهمة والمركز الاجتماعي الذي يشغله كل فرد داخل المجتمع مع الحفاظ على نوع من الإستقلالية وعدم التبعية.

لهذه الأسباب السالفة الذكر لا نعتقد أن فرض الجزاء على خطأ الامتناع يعد خطرا ومساسا بالحرية الفردية التي تجد حدودها في الضرورة والحاجة إلى حياة إجتماعية منظمة أين يعيش جميع الأفراد معا⁽²⁾.

(1) — أنظر ديموج : Traité des Obligations en Général Paris 1923 , N°261
"A mesure qu'a l'idée individualiste de liberté se substitura celle d'un poste social tenu par chacun avec une certaine , Indépendance".
(2) — أنظر طه غاني في رسالته الامتناع غير المشروع كمصدر للمسؤولية التقصيرية، رسالة جنيف 1922، ص 53.
Qui Trouve D'ailleurs les Limites dans la Necessité d'une Vie Sociale Ordonnée la ou des êtres Humains Vivent Ensemble.

المطلب الثاني إنكار السببية عن خطأ الامتناع

إن خطأ الامتناع لا يمكن أن يكون سببا للضرر، تلك هي الحجة المقدمة من قبل الإتهام الفقهي المعادي لفكرة خطأ الامتناع كمصدر للمسؤولية التقصيرية، حيث يؤكد الفقيه تيسير⁽¹⁾ بأن الامتناع لا يمكن أن يكون سببا تنجم عنه المسؤولية التقصيرية فمن يشاهد وقوع حادث لا يد له فيه ويمتنع عن المساعدة لا يعد بشكل من الأشكال مسؤولا عن الضرر لأنه لم يفعل شيئا لكي يتحقق ذلك الحادث.

ويجب الإتفاق حول مصطلح " السبب فالضرر يحدث نتيجة إلتقاء نشاطين أو مجموعة الأنشطة فسبب الضرر هو المبادرة المتخذة من قبل أحد أو البعض فهذه المبادرة تقتضي التدخل في إحداث الضرر ولا يمكن أن يعد مسؤولا من إكتفى بعدم التدخل⁽²⁾ وقد أيد هذا الرأي الفقه لفترة طويلة، ويوضح الفقيه بودران⁽³⁾ بأن الخطأ يستلزم أن يكون السبب المنتج للضرر الواجب تعويضه، فمن يزامن وجوده وقوع كارثة ويحجم عن تقديم المساعدة للضاحيا مع إستطاعته القيام بذلك دونما خطر عليه لا يكون مسؤولا وفقا لهذا الرأي وذلك لأن الضرر كان نتيجة للكارثة⁽⁴⁾ Catastrophe ولم ينجم عن الامتناع ويضيف الفقيه "بيد ليفر" Pied de Lievre في مثاله الشهير⁽⁵⁾ إن تجوال أحد المارة قرب نهر ثم سقوط أحد الاشخاص في المياه وإحتمال تعرضه للخطر مع إمكانية إنقاذه ولكنه، المار إمتنع عن المساعدة فيهلك الشخص غرقا فهل يسأل المتجول في هذه الحالة ؟ يجيب بالنفي لأن الأمر وفقا لرأيه لا يتعلق إلا بخطأ أخلاقي يفتقد لأحد الشروط الضرورية لتطبيق المسؤولية .

حيث يجب أن يكون الخطأ سببا منتجا ومباشرا للضرر فالموت نتج عن الغرق وإمتناع المتجول لم يكن السبب المنتج والمباشر لهذا الحادث وبالتالي فلا مسؤولية عليه، وسوف نتعرض لمسألة الصلاحية السببية للإمتناع بأكثر تفصيل لاحقا.

(1) — أنظر تيسير : ص 186 وما بعدها .

- Essai D'une Théorie Générale Sur le Fondement de la Responsabilité , Thèse , D'aix , 1901 .

(2) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق ، ص 96 .

(3) — أنظر بودان : العقود و الإلتزامات ، ص 747 .

(4) — أنظر سالي : حوادث العمل ، باريس 1897 ، ص 49 .

(5) — أنظر بنتام : المرجع السابق .

المطلب الثالث الخلط بين القانون والأخلاق

يذهب "بنتام" Bentham إلى القول بأن للقانون والأخلاق نفس Centre المركز ولكنهما يختلفان من حيث الدائرة Circonférence (1) من هذه الزاوية نلاحظ أن بعض الفقه وعلى رأسه "بودران" و"بيد ليفر" السالف ذكرهما يذهبان إلى القول بأن القانون والأخلاق لا يمكنهما في حالة خطأ الامتناع أن يكونا في توافق وتجانس (2) فإدانة الشخص المار في المثال الذي سبق إيراده ليست مؤاخدة أخلاقية، ولا تنجر عنها مسؤولية مدنية إلا في حالة اللبس والخلط بين القانون والأخلاق وهذا الخلط هو الذي يؤدي حتما إلى توسيع غير محدود للمسؤولية (3).

إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أن الحدود بين هاذين المجالين لا يمكن أن ترسم بصفة نهائية لأنها تعد المرآة العاكسة للتقاليد والعادات الراسخة في مجتمع ما وفي فترة معينة وبالتالي فإن الخشية من إتحاد وذوبان الأخلاق في القانون و إنصهارهما معا ليست دائما مبررة ففي جميع الحالات لن يضار القانون بإقتحام القواعد الأخلاقية لمجاله وإحتوائه لمبادئ أخلاقية وقيم راسخة في ذاكرة المجتمع (4). ونحن نؤيد السيد ريبير حينما قال : " ينبغي على رجل القانون ألا يكتفي بأن يكون تقنيا ماهرا فحسب، يحرر أو يفسر بكل قدراته الفكرية نصوص القانون بل عليه أن يدخل في القانون مثله الأخلاقية، وطالما أنه يملك جزءا من القدرة الفكرية فيجب عليه إستخدامها للدفاع عن معتقداته ".

المطلب الرابع الإجتهاد القضائي الفرنسي القديم

غالبا ما تسلم المحاكم بان مسؤولية المتنع لا يمكن أن تقوم إلا في حالة وجود نص قانوني يلزم الشخص بالقيام بالفعل الذي أحجم عنه .

(1) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق ، ص 41 .

(2) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق ، ص 41 .

(3) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق ، ص 41 .

(4) — انظر ريبير : المرجع السابق ، رقم 152 .

إلا أن بعض الأحكام تفترض في غياب الإلتزام القانوني أو التعاقدية بوجود القيام بعمل توافر نية الأضرار لدى المتنع (حكم محكمة بواتنيه بتاريخ 2 فيفري 1941 وكذا محكمة إستئناف Cour D'appel Poitiers بوتييه 2 فيفري 1943)، فبالنسبة لهاتين الجهتين القضائيتين لا يرتب خطأ الامتناع مسؤولية إلا إذا ثبتت نية الأضرار لدى مرتكبه(1).

فتمسك الفقه التقليدي بهذا الإجتهد القضائي لا يبدو حاسماً لأنه قد تجاوزته الأحداث وذلك بصدور حكم Branly الشهير سنة 1951 حيث بينت محكمة النقض أنها لا تعتبر خطأ الامتناع مختلفاً عن الخطأ الإيجابي في أي حال من الأحوال .

وعليه فإن الإتجاه الفقهي الذي يرفض التسليم للامتناع كمصدر للمسؤولية رغم منطقته الصارم Rigueux لا يمكن تأييده على الإطلاق لأن الحجج التي قدمها سواء أكانت نظرية أم قضائية ليست حاسمة وكما يقول أحد رجال القانون : " إذا لم يكن في الوسع فرض البطولة كإلتزام فلا ينبغي إعتبار الخيانة اللامبالية أو العدوانية حقاً "(2).

كرد فعل للترعة الفردية المغالي فيها والتي سادت طيلة القرن 19 ظهرت إتجاهات ذات الصبغة التضامنية خلال العشريات الأخيرة وبفضل الجهود المتواصلة، إتسعت رقعة خطأ الامتناع بإعتباره مصدراً للمسؤولية التقصيرية على المستويين الجنائي والمدني، لاسيما بعد دحض الحجج المقدمة من قبل الفقه التقليدي .

ولا يعد خطأ الامتناع ذو طبيعة خاصة على الأقل على المستوى القانوني، وذلك ما أكده الفقيه أبلتون Appleton الذي كشف عن عيوب الإتجاه الفردي المعادي للإمتناع في هذا المجال . وحيث أنه بالتمعن والغوص في مكنونات الأمور نتساءل عن دواعي ومبررات التمييز بين الخطأ الإيجابي وخطأ الامتناع ؟ .

فهل مجرد نزعة بالية أو بإسم الإعتياد والروتين يظل القانون رافضاً لخطأ الامتناع كمصدر للمسؤولية ؟ .

(1) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق ، ص 43

(2) — أنظر بول أبلتون : المرجع السابق ، ص 207 .

فهل لأننا نعاني من حلول مفروضة ولأن ما جاء به الفقه التقليدي قد رسخ في الأعماق، وأصبح الأمر الواقع هو العيش بالداء لأن ذلك هو القانون؟⁽¹⁾ ألا ينبغي البحث عن العلاج⁽²⁾ والتأكد من مدى عدم صحة ومتانة الإتجاه الراض لخطأ الامتناع كمصدر للمسؤولية التقصيرية؟.

وهذا ما سيكون محل إجابة في البحث الموالي . .

المبحث الثالث الإتجاه الفقهي المؤيد لخطأ الامتناع كمصدر للمسؤولية التقصيرية

إن من بين حجج الإتجاه المعادي لخطأ الامتناع كمصدر للمسؤولية التقصيرية كما سلفنا الذكر هي حماية الحرية الفردية فوفقاً لهذا الرأي لكل شخص الحق في عدم التدخل والأحجام عما لايعنيه، كما يسعه إتخاذ موقف اللامبالاة ولا يمكن قبول مثل هذه الحجة لأن الأمر لايتعلق هنا بحماية الحرية الفردية وإنما بالدفاع عن الأنانية المحضة فهل يمكن رغم ذلك إعتبار خطأ الامتناع مصدراً للمسؤولية التقصيرية شأنه في ذلك شأن الخطأ الإيجابي . .

إن الإجابة ستكون بدون شك بنعم على السؤال المطروح وذلك بالاستناد إلى بعض الحجج منها :

— معطيات الإجتهد القضائي الفرنسي القديم.

— موقف الفقه الفرنسي الحديث .

وذلك ما سيكون موضع دراستنا في المطالب التالية :

المطلب الاول معطيات الاجتهاد القضائي الفرنسي القديم

لا يبدو للوهلة الأولى أن معطيات الإجتهد القضائي الفرنسي القديم ستفيدنا أو تمدنا بعناصر جدية لصالح الإتجاه الذي يميل إلى مساواة خطأ الامتناع بالخطأ الإيجابي كمصدر للمسؤولية

(1) — أنظر بول أبلتون : المرجع السابق ، ص 218 .

(2) — أنظر بول أبلتون : نفس المرجع ، ص 218 .

التقصيرية وذلك لأن أحكام المحاكم وقرارات المجالس حصرت وإلى غاية السنوات الأخيرة خطأ الامتناع في مجال ضيق جدا جاعلة من نية الإضرار الشرط الأساسي لترتيب المسؤولية في حالة الامتناع ويقتضي الأمر إبداء بعض الملاحظات إزاء هذا الإجتهد.

أن معظم الأحكام والقرارات التي سنستعرضها لا تتعارض مع فكرة مساواة خطأ الامتناع بالخطأ الإيجابي كمصدر للمسؤولية التقصيرية لأنها لا تحل مسألة التعرف عما إذا كان الامتناع يتميز بخصائص الخطأ باستثناء الحالات التي ينفرد المشرع بالنص عليها أو يقتضي ذلك شرط من شروط العقد.

وقد تطور النقاش في إطار التشريع الخاص، كالتشريع المتعلق بالبحث عن الأبوة الطبيعية كقرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 28 أكتوبر 1935.

وفي المجال التعاقدية وعند حرق الإلتزام يظهر بوضوح ويتجسد خطأ الامتناع، كقرار محكمة النقض المؤرخ في 28 جانفي 1930، ولكن النقاش كان ينبغي أن يعتمد على المادتين 1382 و 1383 الأكثر شمولية، فمشكل الامتناع يقتضي بحثه في إطار هاتين المادتين(1).

إذا كانت فكرة المساواة الكلية لخطأ الامتناع بالخطأ الإيجابي لم تطرح إلا حديثا، فإن الأحكام والقرارات السابقة ودون تقديم المبررات الواضحة وذلك إستنادا إلى مفهوم التعسف في إستعمال الحق رتبت الجزاء على خطأ الامتناع(2) وجعلته مصدر للمسؤولية التقصيرية سواء إقترن الامتناع بنشاط أو كان إمتناعا مجردا..

وقد ذهبت (محكمة النقض الفرنسية) إلى أن شركة خطوط السكك التي هدد القراصنة مستخدميهما و امتنعت مع ذلك عن مطالبة الحكومة الصينية بإرسال التابعين لها للحفاظ على الأمن إلى مكان إستغلال المناجم كما يقتضيه الإتفاق تعتبر مسؤولة عن قتل أحد عمالها من قبل القراصنة(3).

وثمة قرار لمحكمة النقض بتاريخ 16/09/1894 يقضي بمسؤولية رئيس البلدية لإمتناعه عن إخطار وتنبية الجمهور بالأساليب والطرق الإحتيالية التي استعملت للحصول على القرض(4).

(1) — أنظر جاك بورينه : المرجع السابق، ص 50 .

(2) — أنظر مازو وتك : TRAITE I , N° 544 J , JCI RESP Civ, T.1 , FASC III A, P20

(3) — أنظر القرار المؤرخ في 25 فيفري 1929 سيري ARRET DU 1930/01/08

(4) — أنظر : J.C.P RESP . CIV. T.1 . FASC III , P 20

وقد حكمت محكمة مونبوليه بتاريخ 18 نوفمبر 1936 بأن ترك مقترفي السرقة توجيه الإتهام نحو شخص بريء مسؤولين عن الضرر الذي يلحق بهذا الأخير، كما أن حكم محكمة بواتيه بتاريخ 12 نوفمبر 1935 في هذا الصدد واضح جدا، حيث أن علم الشاهد بأن البقرة موبوءة وأن سبب نفوقها يعود لإصابتها بالحمى الفحمية ويمتنع مع ذلك عن تنبيه الجزار الذي إستدعي لتقطيعها مع عدم المعارضة والسكوت عن كذب من يملكها الذي أكد بأن السبب يرجع للدغة الثعبان(1) ينسب إليه خطأ مدني، وللأمرلة المطالبة بالتعويض عن وفاة زوجها لانتقال العدوى إليه وتترتب المسؤولية عن خطأ الامتناع، في هذه الحالة، بوصفه خطأ إهمال أو عدم الإحتياط(2) بالتقدير الموسع لخطأ الإهمال أو عدم الحيطة وقد دفع ذلك إلى فرض الجزاء على خطأ الامتناع كلما نجم عن إغفال الإحتياطات اللازمة.

وقد تم التسليم منذ زمن بعيد بأن من يخلق وضعاً خطيراً بعدم إتخاذه الإحتياطات الضرورية للحيلولة دون إلحاق الأذى بالغير يعد مخطئاً في حالة تقاعصه عن أخذ مثل هذه الإحتياطات.

ويمكن الإستناد في هذا المجال إلى بعض الإجتهاد القضائي المستقر Jurisprudence Constante كقرار محكمة النقض المؤرخ في 17 فيفري 1868 المتعلق بالحادث الناتج عن عدم إنارة و تسييج الحفرة لإنشاء طريق جديد مما يستوجب مسؤولية البلدية التي يقع عليها عبء إتخاذ الإحتياطات اللازمة لضمان سلامة الجمهور. وكذا قرار محكمة النقض في 1 جوان 1883 المتعلق بمسؤولية المالك الذي يقيم على أرضه ممرات تفتح للجمهور، عن الحوادث التي يسببها التنفيذ غير السليم للأشغال لا سيما إذا لم يقيم حاجز على قارعة الطريق المرتفعة جدا.

وقد ذهبت محكمة استئناف باريس بتاريخ 17 افريل 1927 إلى القول بأنه ينسب الخطأ إلى من يسكن جوار طريق عمومي و يغفل نشر أو ذر بقايا النجارة أو غيرها من المواد على الرصيف للحيلولة دون وقوع المارة أيا كان مصدر المياه المتجمدة(3).

وتبين لنا القضايا الأكثر حداثة أن هذا الإجتهاد القضائي لا زال يؤثر حتى الآن، فمالك الأرض ملزم بإبقائها مفتوحة للسير العمومي وينسب إليه الخطأ في حالة عدم اتخاذه الإحتياطات الضرورية للحيلولة دون تفاقم الخطر لا سيما عند قيامه بالحفريات(4).

(1) — أنظر جاك بورينه : المرجع السابق، ص 50 .

(2) — أنظر جاك بورينه : نفس المرجع، ص 52 .

(3) — أنظر جاك بورنيه : المرجع السابق، ص 53 .

(4) — أنظر دالوز الاسبوعي 386 , 1938 D H

وما تجدر ملاحظته هنا هو غموض هذا الإجتهد القضائي فقد رتبت المحاكم الجزاء عن الخطأ بالامتناع منذ أمد بعيد و يجب الاعتراف بأنها كانت تتجنب عرض المشكلة بصراحة وحاولت الهروب وتقديم الأمر على أرضية التعسف في استعمال الحق أو على المستوى التعاقدى، حيث لا يعارض أحد ولا يراوده الشك في ثبوت المسؤولية عن الامتناع(1).

وقد إستقر نوعاً ما الإجتهد القضائي، ويرجع الفضل في ذلك إلى قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 ديسمبر 1924 حيث وضعت المحكمة مبدأ يتمثل في أن كل شخص مسؤول عن إهماله أما الامتناع فلا يؤدي إلى المسؤولية إلا إذا وجد التزام يقضي بوجوب القيام بالفعل ففي حالة الامتناع ينسب إليه الخطأ.

ونخلص أنه حتى في ظل الإجتهد القضائي القديم المعادي لفكرة ترتيب الجزاء عن خطأ الامتناع إلا ما إستثنى صراحة بنص القانون أو العقد الذي يقضي بوجوب توافر الالتزام بالعمل فإن الفقه كان قادراً على إيجاد عناصر جديّة كفيلة ببناء نظرية تجعل من خطأ الامتناع مصدراً للمسؤولية شأنه في ذلك شأن الخطأ الإيجابي، وهذا ما سنعالجه من خلال المطلب الثاني الذي يلخص موقف الفقه الحديث المؤيد للخطأ السلبي أو الامتناع كمصدر للمسؤولية التقصيرية(2).

المطلب الثاني موقف الفقه الحديث

يذهب جانب من الفقه لا سيما الأساتذة "هنري" و "ليون مازو تنك" (3) و "ديسبوا" (4) و "سالي دي لا مارينيز" (5) إلى التسوية بين خطأ الامتناع والخطأ الإيجابي كمصدر للمسؤولية التقصيرية وذلك على أساس إستحالة التمييز بينهما وبالتالي إخضاعهما لنظامين قانونيين مختلفين، وتعود هذه الإستحالة إلى أسباب ثلاثة هي :

1 — عدم وجود معيار دقيق و محدد للتمييز.

-
- (1) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق، ص 55 .
(2) — أنظر قرار محكمة النقض دالوز الأسبوعي 120 . 1925 .
(3) — أنظر مازو وتنك TRAITE I. N°525 .
(4) — أنظر دسبوا DESBOIS تعليق حول قضية ترپان نرانلي دالوز 1951 .
- J 329 Desbois Note Sur L'affaire Turpain, BRANLY – D 1951 . J 329.
(5) — سالي دي لامارتنيز : تعليق حول قرار محكمة بواتيه بتاريخ 12 نوفمبر 1935، دالوز الدوري
- Dalloz Periodique , DP , 25/02/1936 .

- 2 — عدم وجود نص يمنع من ترتيب المسؤولية عن خطأ الامتناع .
3 — العادة .

وسوف نتعرض لهذه الحجج كل على حده .

1 — إن عدم وجود معيار محدد ودقيق للتمييز بين الفعل والامتناع يعد في حد ذاته مبررا جديا للشك في مدى صحة وصواب النظرية التي تحاول إبعاد وعدم إخضاع خطأ الامتناع للقواعد العامة للخطأ⁽¹⁾ الأمر الذي يؤدي إلى وجود نظامين قانونيين عن واقعتين يتعذر علينا في الأصل التمييز بينهما.

فالإهمال وعدم الإحتياط والتبصر الذين يعتبرهما البعض خطأين إيجابيين لا يبرزان دائما في شكل إيجابي وإنما يتجسدان في عدم إتخاذ بعض الإحتياطات المبدئية والبسيطة وبالتالي فذلك يمثل في الحقيقة إمتناعا .

2 — إن عدم وجود نص يستبعد المسؤولية عن خطأ الامتناع كفيلا من أن يجعل هذا الخطأ مصدرا للمسؤولية التصيرية شأنه في ذلك شأن الخطأ الإيجابي، فالمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي و كذا المادة 124 المعدلة بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 من القانون المدني الجزائري تشير إلى كل عمل أيا كان يرتكبه الشخص *Tout Fait Quelconque De L'homme*، وهذا اللفظ جدير بتبيان المقصود حيث جاء شاملا يحمل في طياته الخطأ الإيجابي وكذا الخطأ السلبي أو الامتناع على حد سواء، بل أن المادة 125 ق م ج المعدلة بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 تجرم على الأخذ بخطأ الامتناع بقولها : " لايسأل المتسبب في الضرر بفعله أو إمتناعه ... "، كما أن ثمة مواد أخرى تؤكد المسؤولية في حالة خطأ الامتناع عن الأضرار التي تلحق بالغير نتيجة عدم الرقابة وكذا مسؤولية مالك البناء عن عدم الصيانة⁽²⁾.

3 — العادة : لقد إكتفى واضعو التقنين المدني الفرنسي عند تسويتهم خطأ الامتناع بالخطأ الإيجابي باتباع عادة يرجع أصلها الى العصور الأولى *Haute Antiquité* وهي عادة راسخة في ذاكرة المجتمع المتأثر بالجدور التاريخية لخطأ الامتناع كقانون مصر القديمة، حيث كان يعاقب بالقتل كل من يصادف في طريقه شخصا شرع في قتله أو تعذيبه ويحجم عن مساعدته..

(1) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق، ص 58 .

(2) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق ، ص 58 .

أما أفلطون في كتابه التاسع للقوانين فيذهب إلى إلزام السارق برد ضعف ما سرق والرجل الحر الذي يحجم عن التبليغ عن سرقة يعلم بما يعد خائناً، ويعاقب العبد عن ذلك بالقتل، ونرى أن سيسرون في كتابه الواجبات يضع على قدم المساواة من يسئ ومن لا يمنع تلك الإساءة فحسب رأيه يوجد نوعان من الظلم "مانتقرفه و ما ندعه يقع" (1).

IL YA DEUX SORTES D'INJUSTICE CELLE QUE LON FAIT ET CELLE QUE LON LAISSE , FAIRE , ALORS QU'ON POUVAIT L'EMPECHER

ويكتفي القانون الروماني الذي يجهل عموماً مبدأ عاماً للمسؤولية وفيما عدا الحالات المنصوص عليها بتطبيق قانون أكليا (2) لاسيما وأن هذا الأخير لا يعاقب عن الضرر في كافة الحالات بل يقضي أن ينجم الضرر عن إحتكاك مادي بين محدث الضرر ومن يقع عليه الضرر وينتج عن ذلك أن الامتناع لم يكن يؤدي إلى المسؤولية، وقد خرج القانون الروماني بفضل البريتور عن هذا الإطار غير المرن فأصبح بالإمكان رفع الدعوى في حالة —————
Damnum Corpore Datum (3) ووسع جوستينيان مجال تطبيق قانون أكليا ليشمل
Damnu Non Corpore Datum (4).

حيث أن عرض نصوص الألواح الإثني عشر تعاقب عن الامتناع عن التبليغ عن الجرائم ضد الذات الملكية، أو المساس بأمن الدولة، وإذا كان قانون أكليا باشرطه الضرر المادي لا يشترط بذلك إلا بالفعل الإيجابي، نلاحظ أن التطور في الحقبة اللاحقة جعل من الامتناع مصدراً للمسؤولية في حالات عديدة.

وقد نادى رجال الكنيسة Moralistes Chrétiens من جهتهم بضرورة التضامن ويلحص القديس أمبرواز (5) أفكارهم بعبارة الشهيرة " من لا يرد متى كان قادراً التعدي عن غيره يعد مذنباً كما لو كان قد ارتكبه شخصياً ".

« CE LUI QUI NE REPOUSSE PAS LORSQUIL LE PEUT L'AGRESSION DIRIGEE CONTRE SON SEMBLABLE EST AUSSI COUPABLE QUE S'IL LA COMMETAIT LUI MEME ».

(1) — L'OMISSION PUNISABLE BERAUD , J.C.P 1944 , P 433.

(2) — أنظر مازونتيك : TRAITE I , N° 531 .

(3) — أنظر مازونتيك : TRAITE I , N° 531 .

(4) — أنظر مازونتيك : TRAITE I , N° 23 .

(5) — أنظر كردهي : المرجع السابق ، ص 131 .

وفي القانون الفرنسي القديم و في المجال الجنائي فهناك أوامر ملكية Ordonnances Royales تلزم بالكشف عن الجرائم الموجهة ضد أمن الدولة فالأمر سان ليوي يلزم سكان باريس تحت طائلة عقوبات جنائية بالصرخ في حالة التواجد أثناء أعمال عنف أو تعدي.

وعليه ففي المجال المدني فالقانون يسلم بأن خطأ الامتناع يؤدي الى المسؤولية شأنه في ذلك شأن الخطأ الايجابي و ذلك ما يؤكد الفقيه "الوزير"⁽¹⁾. " إذ يعد آثماً " من يقدر ويحجم Qui Peut Et N'Empêche Péché ، وقد ذهب أيضا دوما إلى المساءلة وفقا للظروف من وسعه منع الضرر أي كان الواجب الذي يلزمه بالحيلولة دون إلحاق الأذى ويمتنع مع ذلك، وقد استند واضعي القانون المدني الفرنسي إلى هذه المبادئ و التقاليد والعادات الراسخة في ذاكرة المجتمع لصياغة في الأخير المادة 1382 ق م، التي جاءت بعبارات عامة توحى إلى الفعل أو الخطأ الإيجابي اللافعل أو خطأ الامتناع على حد سواء كمصدر للمسؤولية التقصيرية وذلك ما أخذ به المشرع الجزائري أيضا متأثرا في ذلك بالقانون الفرنسي ليجعل من خطأ الامتناع مصدرا للمسؤولية كالخطأ الإيجابي تماما (المادة 124 من القانون المدني الجزائري) .

بعد معالجتنا لمشكلة الامتناع بصورة عامة، علينا الآن تحديد مفهوم خطأ الامتناع بصورة خاصة، وذلك ما سيكون موضع دراسة في الفصل السادس .

(1) — أنظر مازونتيك : TRAITE I, NOTE 7 .

الفصل السادس مفهوم خطأ الامتناع

يشير خطأ الامتناع العديد من التساؤلات والإشكالات القانونية ومرجع ذلك صعوبة التحديد القانوني والقضائي، مما كان له الأثر في وجود خلاف على قدر هام. ونتيجة لذلك ظهرت العديد من النظريات الفقهية التي تحدد المسؤولية عن خطأ الامتناع، ومن هنا تعين علينا التعرض للمفهوم الفقهي والقانوني لخطأ الامتناع من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : ماهية خطأ الامتناع

المبحث الثاني : تفسير الامتناع و تصنيفه

المبحث الثالث: الاتجاه الفقهي حول الصلاحية السببية لخطأ الامتناع

المبحث الرابع : تطورات تفسير صلاحية السببية.

المبحث الاول ماهية الامتناع

تثور المشكلة الرئيسية في موضوع دراستنا حول ماهية خطأ الامتناع كمصدر للمسؤولية ومن هنا كانت اهمية الدراسة حول تحديد المدلول العام للامتناع و سنتناول دراسة هذا المبحث في المطالب التالية :

المطلب الاول المدلول العام للامتناع

إن الامتناع سلوك إرادي فهو يمثل الصورة السلبية أو الشكل السلبي للسلوك الإنساني، إذ السلوك ينقسم تبعاً للصورة التي يظهر بها المحيط أو العالم الخارجي إلى نوعين. فهو إما أن يكون إيجابياً ويتمثل في صورة الفعل الذي هو عبارة عن الحركة الجسمانية للفرد، وإما أن يكون سلبياً ويتمثل في صورة الامتناع.

والامتناع إذا نظرنا إليه من وجهة النظر الطبيعية، وجدناه عبارة عن سكون أي توقف كلي عن الحركة، هذا يعني أن الشخص الممتنع يقف ساكناً لا يفعل شيئاً⁽¹⁾.

(1) — أنظر د. عطا عطا شعبان : النظرية العامة للامتناع في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي الوضعي، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق، ماي 1981 .

بينما لو نظرنا إلى الامتناع من وجه النظر القانونية، لوجدنا أن الامتناع لا يقتصر على التوقف عن الحركة، وإنما قد يتمثل في حركة متى كانت تلك الحركة مغايرة لما هو مفروض على الشخص أن يقوم به.

ومن هنا يتضح أن الامتناع ليس عدما وفراغا كما يصوره البعض تصويرا خاطئا، وإنما سلوك إرادي له من الفاعلية والفعالية السببية في اتجاه تحقيق نتيجة شأنه في ذلك الشأن السلوك الإيجابي⁽¹⁾. غير أن هذه المساواة بين الفعل والامتناع ليس محل إتفاق.

فبالرغم من أن الامتناع عبارة عن سلوك إرادي فلا تتوفر لكل الامتناع الأهمية القانونية وحتى يحضى بها يجب أن يكون مخالفا لواجب تمليه القواعد القانونية، وبناء عليه فللامتناع مفهوم قانوني يتصل إتصالا وطيدا بقواعد تقضي بوجوب قيام الشخص بعمل إيجابي معين صيانة لحق أو مصلحة يراد حمايتها⁽²⁾.

والامتناع بالنسبة لبعض الفقهاء يتجلى كمشكل معنوي أو نفسي بسلوكي⁽³⁾ ويعتبر الامتناع نمطا من نشاطنا العادي، فالحفاظ على حياة الشخص وكيانه و شخصيته لن يتأتى دون تجسيد الامتناع بالممارسة بشكل معتبر، وغالبا ما يتجلى الامتناع في مدى الإستعداد لتقديم المساعدة للغير، وعليه فثمة توازن بين الامتناع المسموح به وذلك الذي لا يعقل قبوله إذ أن هناك حدا معيناً يجب الوقوف عنده فان تم تجاوزه فتظهر بجلاء الأناية⁽⁴⁾.

وهذه الحدود مفترضة وهي مستقاة من العادات الناجمة عن حياة الجماعة ولذا تنصهر ميول الفرد في المنحنى العام، وأي تجاوز لهذا الحد يبيح التحدث عن الأناية. فوفقا للطبيعة الإنسانية نحاول الإستفادة من كافة مصادر التأقلم اللاشعوري فلا نشعر سوى ببعض الحالات البائسة المحيطة بنا ونهمل حالات أخرى أقل أهمية..

ونتيجة لهذا التأقلم يصبح الفرد عديم البصر أو فاقد الإحساس إزاء حالات البؤس التي تحيط به، وتعكر صفو حياته إن شعر بها بجلاء، وهذا ما يعرف بانعدام الكمال والإحساس بالنقص على مستوى الشعور Imperfection⁽⁵⁾ وأحيانا نصادف حالات مقررة بمقتضى النص، أو تفرضها

(1) — أنظر د. عطا عطا شعبان : المرجع السابق ، ص 1 .

(2) — أنظر د. عطا عطا شعبان : المرجع السابق ، ص 2 .

(3) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق ، ص 7 .

(4) — أنظر نفس المرجع ، ص 7 .

(5) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق ، ص 7 .

الحياة الاجتماعية فتحدد العلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص مع بيان السلوك الواجب، وذلك يظهر بوضوح في جل الحالات المقنعة أو المزيفة غير الطبيعية Situation Artificielle وعادة ما يفقد الإلتزام الذي يوجب على الشخص تعريض حياته للخطر لمساعدة آخر أصيب من قبل الغير بجروح، ويبدو سهلا أمر إيجاد المبررات للإمتناع في مثل هذه الحالة، غير أنه علينا إنشاء ولو إصطناعيا رابطة أو علاقة تضامن تحدد الإلتزامات بالتصرف أو العمل، ومما لاشك فيه أنه في حالة الامتناع تترتب هنا المسؤولية نتيجة لوجود هذه الرابطة التي تحول دون التمسك بالبدائل النفسية Suprimant les Subtilites Psychologiques⁽¹⁾ ولذا فهي تستبعد الشخصية الحقيقية للمعنيين بالأمر وتستبدل جلهم بأشخاص يفترض معرفتهم بالأنظمة القانونية.

وما يجدر التنويه إليه هو أن هذه الرابطة وإن كانت مصطنعة فهي رابطة راسخة إجتماعيا ولم تنشأ عبثا، ونلاحظ نشوء هذه الرابطة بين الأفراد الذين يعيشون في جماعة، وإن كانت الحياة الاجتماعية تفرض بصفة تحكيمية علاقة التضامن بين الأفراد، فهي مجرد أداة ناقلة للعادات والصفات الموجودة مسبقا لدى الأفراد، وعليه وعند توافر رابطة وجدانية حميمة بين شخصين، نشعر أن الحماية بينهما تلقائية وطبيعية ولايتصور أن يكون الامتناع هو رد الفعل التلقائي.

وبناء على ما تقدم نستطيع القول أن المعطيات النفسية للإمتناع وإن كانت على قدر كبير من الأهمية، غير أنه لايسعنا إبراز وتجلية المدلول العام للإمتناع إلا بالتمييز بينه وبين الفعل الإيجابي، وذلك ما سنعالجه في الطلب التالي :

المطلب الثاني

التمييز بين الفعل الايجابي والامتناع

إن السلوك الإنساني عبارة عن نشاط أي عمل إيجابي كما قد يتخذ مظهرالافعل أي الإمتناع. فالضرر الذي يلحق الغير ينجم إما عن قيام أحد الأشخاص بفعل ما كالضرر الناتج عن الجرح فالمسؤول جرح غيره بفعل إيجابي كاستخدام السلاح مثلا.

ويلاحظ أن السلوك السلبي يسعه أيضا إلحاق الأذى بالغير، كالضرر الذي يصيب الشخص من جراء إمتناع الطبيب عن علاجه.

(1) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق ، ص 8 .

وعليه فالعمل يوحى بالحركة، بالجهد وحيث يبذل هذا الجهد نكون بصدد نشاط (عمل إيجابي) أما حيث يغيب أو ينعدم هذا الجهد فنقول أن ثمة إمتناع أو فعل سلبي ولكن ما المقصود بالفعل السلبي ؟.

إذا حاولنا التحليل المعمق، فيبدو مستحيلا تحديد الطابع الإيجابي أو السلبي لفعل ما لأن كل تصرف يوحى بإمكانية النظر إليه من زوايا متعددة، حيث يقترن كل سلوك وإن كان ذلك من الوجهة النظرية بقرار مسبق، يصدر عن صاحبه لا سيما إذا كان متبصرا أي مدركا ومميزا لما هو مقدم عليه ويتضمن هذا القرار Decision إختيار الذي يتخذ بدوره مظهرين على الأقل كل واحد منهما هو الوجه للثاني، فعند إتخاذ قرار يعني ذلك أن أسلك سبيلا معيناً وأترك آخر، فيكون ثمة فعل إيجابي من جهة وفعل سلبي من جهة أخرى.

فدهس أحد المارة وإصابته بالضرر يكون ناجما إما عن عدم توقف السيارة، أو متابعتها لسيرها، غير أن الضرر محقق في الحالتين كل ما في الأمر أن الفعل الخاطئ كان له مظهرا سلبياً في الحالة الأولى في حين أنه إتخذ مظهرا إيجابيا في الحالة الثانية، وقد ذهب بعض الفقه إلى أبعد الحدود حيث سلم بعدم وجود فعل سلبي أو خطأ إمتناع(1).

فعبارة فعل سلبي تنطوي في حد ذاتها على تناقض إذ المقصود بالفعل ليس الحركة المفاجئة Chose Brutale وإنما القرار الذي يمليه وهذا القرار أو التصرف الإرادي يكون دوما إيجابيا(2).
والحياة اليومية زاخرة بالأمثلة التي تؤكد أن ما ينجم عن اللافعل أو الامتناع من أضرار تفوق بجسامتها بكثير ما يترتب على النشاطات التي تبدو إيجابية محضة(3).

وأيا كان القرار المتخذ فيكفي إتخاده لتزول عنه السلبية فحتى في حالة اللافعل Inaction فنحن بصدد تصرف فاللافعل يتضمن في حد ذاته فعلا(4) Ne Pas Agir C'est Encore Agir ولا يمكن القول بأن كل إمتناع إنما هو عبارة عن تصرف إرادي، أو هو الوجه الإيجابي لعدم الفعل حيث توجد حالات إمتناع ليست نتيجة لتصرف إرادي البتة وإنما تكون الصدفة مرجع مشكل الامتناع كمن يسهى على إنارة ممر به حفرة ويسقط فيها أحد المارة فيصاب بجرح،

(1) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق ، ص 8 .

(2) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق ، ص 10 .

(3) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق ، ص 10 .

(4) — أنظر جاك بورينييه : المرجع السابق ، ص 11 .

فنحن بصدد إمتناع ناجم عن إهمال أو إغفال إتخاذ الإحتياطات التي تحول دون وقوع الحادث إلا أن هذا الامتناع يتميز بكونه غير إرادي لإنعدام نية الإضرار ولا يراود الشك أحد منا بكوننا إزاء لافعل أو فعل سلبي أو خطأ إمتناع.

وعليه لا يكمن تأييد الرأي القائل بأن يعتبر كل فعل إيجابي وذلك إستنادا إلى الإرادة التي تمليه، إذ لا وجود للإرادة بالنسبة لحالة إهمال إتخاذ الإحتياطات اللازمة(1).

وبناء على ما تقدم يستعصي التعميم والقول بأن إمتناع الشخص يعد دوما فعلا إيجابيا فقد يكون الامتناع إراديا وقد يكون غير إرادي.

ولا يبرز الامتناع بمظهره الإيجابي إلا إذا كان إراديا(2)، فالقول بأن الشخص الراغب في الامتناع أو عند إحجامه إنما يقوم بنشاط إيجابي قولاً فيه كثير من المبالغة والمغالاة ولا يمكن أن يصدق في جميع الحالات(3).

وخلاصة لما سبق يمكن القول أن الامتناع الخاطئ يتجلى ويتحقق عندما يسلك الشخص سلوكاً أو يتخذ موقفاً سلبياً في حين أنه بوسعه التدخل لمنع حدوث الضرر.

ظهر جلياً مما سبق الإختلاف حول تحديد ماهية الامتناع، وعلينا الآن تفسير هذا الامتناع وتصنيفه وذلك ما سنعالجه في المبحث الموالي :

المبحث الثاني تفسير الامتناع وتصنيفه

إختلف الفقه والقضاء حول تحديد خطأ الامتناع والمسؤولية الناجمة عنه لذا كان من الأهمية معرفة أصناف الامتناع للوقوف عند الخطأ وما يترتب عنه من مسؤولية. لذلك سنتناول في هذا المبحث موضوعين :

1 — الاتجاهات النظرية لخطأ الامتناع .

2 — تصنيف خطأ الامتناع .

وذلك من خلال المطلبين التاليين :

(1) — Si Toute Décision Constitue un Acte de Violation l'objet de toute décision ne Consiste Pas en Un Fait Passif Ou en Un Acte.

(2) — أنظر حيث كتب Des Bois (H) Note Dc 44 j 44

(3) — أنظر طه غاني : المرجع السابق ، ص 31 .

المطلب الاول الاتجاهات النظرية للامتناع

تعددت النظريات التي تؤيد أو تعارض المسؤولية عن خطأ الامتناع، لذا كان من اللازم إستعراض بإيجاز هذه النظريات :

اولا : الاتجاه المعارض لخطأ الامتناع

ذهب إتجاه من الفقه إلى القول أن الشخص لا يكون مسؤولا في حالة إمتناعه عن العمل وإن كان في العمل مصلحة محققة لآخر لأن القول بغير ذلك، يعد إعتداء على الحرية الفردية وانتقاص لها، كما أن مساعدة الغير يعد واجبا أخلاقيا لا يرقى إلى درجة الواجب القانوني الذي يحضى باهتمام القانون ويلجأ هذا الفقه إلى تطبيق نظرية سوء إستعمال الحقوق لإتاحة الفرصة للمضور للحصول على تعويض (1).

وغالبا ما ينظر بعض الفقه إلى خطأ الامتناع على أنه خطأ من نوع خاص ذي طبيعة متميزة. وعليه : فهل يحق للقاضي عندما يلاحظ مخالفة سلوك المدعى عليه لسلوك الرجل المعتاد ألا يحكم بمسؤوليته لمجرد أن خطأه ناجم عن اللافعل أو فعله السلبي أو الامتناع.

كما أن هذا الفقه يستند إلى إستعصاء إثبات علاقة السببية بين خطأ الامتناع (2) والضرر للقول، بأن المسؤولية في هذه الحالة لا يمكن ترتيبها، إلا أن هذه الإعتراضات لم يعد لها الآن التأثير الذي حضيت به في الماضي وهذا ما سمح بظهور إتجاه ينادي بضرورة دمج وتسوية خطأ الامتناع بالخطأ الإيجابي، وهذا ما سنتعرض إليه في النقطة التالي .

ثانيا : الاتجاه المؤيد لخطأ الامتناع

رفض جانب من الفقه أن يكون خطأ الامتناع مميز Particularisme بل نادى بالتسوية أو المساواة أو الدمج الكلي لخطأ الامتناع بالخطأ الإيجابي، ووفقا لهذا الإتجاه الذي أصبح الأغلبية اليوم فالسؤال الوحيد الذي يطرح هو هل تم الإخلال بواجب ما ؟.

(1) — أنظر محكمة بواتيه في 12 نوفمبر 1935 ، دالوز 1932/35/2 .

(2) — أنظر بول أبلطون : الامتناع الخاطئ في مجال المسؤولية المدنية القصرية والجناحية Rev, Trim De Droit 1912 Civil وما بعدها ، ص 604 . وكذلك كوماز : الامتناع الخاطئ في القانون المدني والجناحي ، رسالة من باريس Astruc الإعتراف القانوني بواجب المساعدة ، رسالة من مونبيليه Savatier المسؤولية، الجزء 1 ، ط 2 .

فإما أن يكون الإلتزام محدد ويرفض الشخص القيام بعمل معين، ويكون الخطأ ناتجا في هذه الحالة عن مجرد عدم قيامه بالسلوك الواجب وفي حالة عدم وجود التزام فإن الضرر يكون ناجما عن الامتناع وعليه يكون التساؤل هل أن المدعى عليه قد سلك نفس سلوك الرجل الحريص اليقظ؟.

فواجب الحيطة والحذر الذي تقتضيه القاعدة العامة في التصرف يفرض وفقا للظروف نشاطا إيجابيا أو إمتناعا على حد سواء فخرق القاعدة أو الواجب قد يكون فعلا إيجابيا أو فعلا سلبيا أي إمتناع.

ويبرر هذا التوسع لخطأ الامتناع الحاجة إلى الأمن Besoin De Sécurité وضرورة تعويض كل الأضرار الناجمة عن السلوك المنحرف للشخص لأنه من المؤكد أن الحرية الفردية غير مطلقة ولايسعها إضفاء الشرعية على الأنانية وعدم الإكتراث أو اللامبادلة إزاء الغير⁽¹⁾. ويتسع مجال خطأ الامتناع وفقا للمذهبين الفردي والاجتماعي وهذا ما سنعالجه في النقطة الثالثة .

ثالثا - فلسفة الامتناع وفقا للمذهب القانوني الفردي والاجتماعي

أ- المذهب الفردي : يتجه هذا المذهب إلى إعتبار الأفراد في المجتمع غير مرتبطين بينهم بأي رباط وليس لديهم قدرا أو مصيرا مشتركا ، وعليه فهذا المذهب لا يبحث على التأخي والتآزر بين الأفراد ولا يفرض عليهم واجبات تستوجب الإحجام عن القيام بأي عمل من شأنه أن يلحق الأذى بالغير فالفرد مطالب إذن بالامتناع عن إيقاع الضرر بالناس ولكنه غير ملزم بمنع الأذى عنهم، فالزام الفرد بما لم يكن ملزما به يعد ضربا من العبودية وخرقا لمبدأ الحرية⁽²⁾. وما يؤيد ذلك ما ساد الفقه الجزائري بأن " لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص " حيث لا ينجم الامتناع ما لم يوجد نص قانوني أو عقد يلزم بالقيام بالعمل الإيجابي.

ب - المذهب الاجتماعي : من أهم مبادئ هذا المذهب التضامن والتعاون بين الأفراد وعليه فإن كل فرد في المجتمع ملزم ليس فقط بالامتناع عن الإضرار وإنما عليه بذل ما في وسعه لمساعدة الغير، وتقديم يد العون لهم، وليس هذا مجرد واجب أخلاقي، إنما واجب قانوني ينبغي المساءلة عنه في حالة الإخلال به.

Notarial Répertoire Dr Français Resp Civ - 120-1

(1) — أنظر :

FASC

(2) — أنظر ساقنييه : المسؤولية المدنية ، ج 2 ، ص 401 .

وهكذا تطور الفكر القانوني، فلم يعد يقتصر على منع الفرد من السلوك الضار فحسب بل تعدى إلى الإلتزام بالأعمال النافعة ومنع الأذى عن الآخرين أما التمسك بالامتناع بحجة المساس بالحرية الفردية فلم يعد ذلك مجدي لأن ترك شخص مهدد بالغرق بدلا من إنقاذه يتعارض والمنطق والتضامن الاجتماعي، والقانون الاجتماعي Droit Social الذي يعتبر أن الحقوق والحريات ليست إلا أدوات وسبل ينبغي أن تحترم الهدف التي وجدت من أجله عند ممارستها.

المطلب الثاني تصنيف خطأ الامتناع

إن غالبية الفقه والإجتهد القضائي التقليديين تميز بين نوعين أو طائفتين من الامتناع، الترك أو الامتناع بمناسبة عمل L'Omission Dans L'Action والامتناع البسيط أو المجرد Abstention Pure Et Simple (1) غير أنه يبدو لبعض الفقه أن الترك لا يشمل الامتناع. ويقصد بالترك في معجم (2) Larousse هو إهمال قول أو فعل ما كان يستوجب قوله أو فعله أما الامتناع فهو الرضا الإرادي المقصود للمساهمة في حادث ما. ويبدو أن خطأ اللافعل Faute D'inaction ينجم عن نوعين من المواقف.

ففي الأول يعاب على الشخص قيامه بعمل غير تام Acte Incomplet أو بعبارة أخرى قيامه بعمل سيء Mal Action بدلا من لا فعل ويطلق على سوء الفعل أو العيب في القيام به مصطلح : الإهمال أو الترك أو الامتناع بمناسبة عمل وخلافا لذلك وفي الموقف الثاني فالشخص لم يقم بأي عمل بل ظل سلبيا بحتا، ونكون هنا بصدد امتناع بسيط ومجرد فالترك إذن يعني أو يوقظ فكرة المبادرة المتخذة في حين أن الامتناع قد يصدر دون ذلك (3).

ويذهب بعض الفقه إلى القول أن التمييز بين الامتناع المجرد والترك ليس واضحا كل الوضوح فإلى أي صنف ينتمي موقف الطبيب الذي يمتنع عن معالجة المريض، والسائق الذي يستمر في سيره ولا يتوقف لمساعدة شخص مصاب في الطريق ؟ .

وهل يصنف الامتناع عن ممارسة المهنة الطبية ضمن الامتناع بمناسبة عمل أو ضمن الامتناع المجرد كما أن إحجام السائق عن التوقف ألا يعني ذلك قيامه بعمل طالما أنه استمر و تابع سيره ؟ .

Revue Critique 1934 . 714

(1) — أنظر ديموج : المرجع السابق ، رقم 259 .

(2) — D'après Le Larousse « L'omission est le Fait de Négliger de Dire ou Faire, Tandis que, L'abstention est le Refus Volontaire de Participer à Un événement » .

(3) — L'omission Eveille Toujours l'idée d'une Initiative Prise Alors Que L'abstention Peut se Concevoir Sans

وقد أعابت محكمة النقض الفرنسية في قرارها كل تمييز على مستوى خطأ الامتناع لا سيما مجرد والامتناع بمناسبة عمل.

اولا : الامتناع بمناسبة عمل

أن غالبية الفقه والاجتهاد القضائي يميز كما سلف الذكر بين الامتناع بمناسبة عمل والامتناع البسيط أو مجرد.

فالفقيه "سافتييه" يذهب الى القول بأن من يقوم سلفا بعمل إيجابي يستوجب عليه أخذ الإحتياطات الضرورية حتى لا يلحق هذا العمل الأذى بالغير⁽¹⁾.

وحسب الفقيه "ديموج"⁽²⁾ يستحسن في مجال الامتناع التمييز بين الامتناع المجرد والامتناع بمناسبة عمل، أي الامتناع المقترن بنشاط معين كاستعمال الآلات وعدم إتخاذ الإحتياطات التي يملها العرف.

وما تجدر الإشارة إليه أن الامتناع بمناسبة عمل هو مسألة من مسائل الحياة اليومية ولذا اعتبر القضاء الامتناع خاطئا في حالات عديدة نورد عنها بعض الأمثلة.

إكتشاف الطبيب أثناء علاج أحد المرضى داء سريع العدوى ويهمل في إخبار أهله المقيمين معه حتى يتقوا مخاطر الداء.

عدم إتخاذ الصيادون للتدابير التي تستوجبها ممارسة الصيد في منطقة معينة، أن يوقف أحد السائقين سيارته ليلا دون أن يترك الضوء اللازم منارا وكان ظرف إيقافها في الطريق يقتضي التنبيه إلى ذلك.

ترميم سطح البيت أو تقليم الأشجار دون إتخاذ الإحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون سقوط القرميد أو الأغصان على المارة.

ونلاحظ من خلال هذه الأمثلة المستقاة من الفقه والاجتهاد القضائي مدى إتساع مجال المسؤولية عن خطأ الامتناع المقترن بنشاط.

فقد إعتبر الفقه وكذا الإجتهد القضائي غير مشروعاً أو خاطئاً كل إمتناع من شأن صاحبه أن يضع نفسه وإرادته في وضعية تقتضي منه ضرورة التدخل لمنع إلحاق الأذى بمصالح الغير.

(1) — أنظر رسالة سافتييه Traité N° 4955 .

(2) — أنظر ديموج : المرجع السابق ، رقم 259 .

فيتحقق إذن الامتناع بمناسبة عمل كلما قام محدث الضرر بنشاط وأغفل إتخاذ الإحتياطات والتدابير الضرورية للحيلولة دون أن يلحق هذا النشاط ضرراً بالغير⁽¹⁾.

فنحن إذن بصدد مجال خاص يدعى " الإهمال Négligence فثمة إهمال كلما كان مرتكب الفعل لا يقصد تحقق النتيجة غير المشروعة و إنما حدث ذلك بفعل عدم إتخاذ الإحتياطات الضرورية التي تقتضيها أو تمليها الظروف المحيطة بالشخص⁽²⁾.

إن المسؤولية عن خطأ الامتناع المقترن بنشاط لاجدال حولها لا سيما إذا كانت الإحتياطات المغفلة واجبة الرعاية بمقتضى القانون أو التنظيم إلا أنه ليس من الضروري أن تكون الإحتياطات المرتبطة بمباشرة نشاط ما مفروضة بموجب نص تشريعي.

ويذهب بعض الفقه في فرنسا إلى التسليم بأن القاضي يسترشد في تقدير توافر الخطأ التصيري بمقارنة سلوك المدعى عليه بسلوك شخص وجد في نفس الظروف الخارجية (وهل سيتخلى عن إتخاذ الإحتياطات كذلك⁽³⁾ كما فعل المدعى عليه؟.

أما البعض الآخر من الفقه⁽⁴⁾ فيرى أن الممتنع عن فعل لا يكون ملزماً به قانوناً أو إتفاقاً، لا يكون مخطئاً بشأنه حينما يمارس نشاطاً داخلاً في إطار إستعمال الحقوق. وما تجدر ملاحظته أن الامتناعات المشروعة في حد ذاتها قد تشكل أخطاءً في حالة إقترانها بظروف توحى بالإهمال وعدم التبصر وتثبت المسؤولية عن خطأ الامتناع بالنسبة "لكولين" و"كابيتين" Colin et Capitant في حالة عدم إتخاذ التدابير المفروضة لمجرد الوقاية أو الإحتياط وإن لم تكن ثمة لوائح أو تنظيم يفرض ذلك على المدعى عليه.

وقد قررت المحاكم الفرنسية من جهتها عدم كفاية إتخاذ الإحتياطات المستوجبة بمقتضى القوانين والأنظمة (اللوائح) من قبل المدعى عليه للتحرر من المسؤولية إن هو أغفل الإحتياطات الإضافية التي يتضح أنها ضرورية لتفادي الخطر وأمثلة يزودنا بها الإجتهد القضائي تتعلق بالحوادث المنسوبة لمؤسسات السكك الحديدية أو الكهرباء ومنظمي المباريات الرياضية.

(1) — أنظر طه غاني : المرجع السابق ، ص 34 .

(2) — أنظر سورد : المرجع السابق ، ص 667 . وأيضاً مازو وتبك : المرجع السابق ، ص 535 .

(3) — أنظر : مازووتنك : ص 536 .

(4) — أنظر : Gardenat et Ricci , de la Responsabilité Civile , Paris 1927 , P 10 .

ثانياً : الامتناع المجرد

تفترض هذه المسؤولية لقيامها تحديد معنى الامتناع المجرد ويقصد به عدم القيام بفعل ما، فهو موقف المشاهد السلبي *C èst La Situation Du Spectateur Passif* وهذا السكون أو السلبية التامة قد تنجم بغض النظر عن مطالبة الغير بالتدخل، وقد تترتب بعد تحقق هذه الأخيرة *Sollicitation Exterine* وفي هذه الحالة يتخذ الامتناع صفة الرفض *Le Refus* وبما أن الرفض أو عدم الإستجابة ليس إلا مظهراً من مظاهر الامتناع فينبغي عدم التمييز بين الفرضين⁽¹⁾.

كما يفترض هذا النوع من الامتناع وجود واجب يفرض على الإنسان القيام بعمل معين، فيمتنع عن أدائه فيأتي إمتناعاً مستقلاً أو غير مقترناً بأي نشاط سبقه، أو لازمه مما يسمح للحادث أن يتابع مجراه فيحدث بالتالي ضرره.

وقد عرفنا فيما سبق أن الإجتهد الفقهي والقضائي يسلمان بالمسؤولية عن خطأ الامتناع بمناسبة عمل والمتمثل في إهمال إتخاذ الإحتياطات التي تستوجبها ممارسة أي نشاط.

غير أنه قد لا يرتبط خطأ الامتناع بأي نشاط ولا يعاب في هذه الحالة على المدعى عليه عدم إتخاذ التدابير والإحتياطات الضرورية أثناء قيامه بنشاط معين، وإنما يعاب عليه سلبيته وسكونه، ولا فعله أي تركه الحادثة تتحقق دون أي تدخل من جانبه فنقول حينئذ أن ثمة إمتناع مجرد⁽²⁾ فالامتناع المجرد هو إذن الامتناع القائم بذاته أي المستقبل عن أي نشاط يصاحبه أو يزامنه.

والمثال الشائع في هذا المجال هو مشاهدة أو رؤية شخص على وشك الغرق والإحجام على إنقاذه مع القدرة على ذلك.

(1) — فرفض القيام بفعل ما، ليس إلا تجسيد لعدم القيام بهذا الفعل مع إقترائه بهذا الظرف الخاص، ألا وهو أن الممتنع قد طلب منه أو إلتمس منه القيام به وهذا الظرف قد يؤثر على الواجب الأخلاقي بالقيام بالفعل أو يشدد من وطأته ولكنه لا يحول اللافعل إلى فعل، وليس له من أثر سوى الإخطار بأن الضرر الذي يلحقه الممتنع بالغير من شأنه تبيان النية السيئة التي تحركه. وقد تشمل الرفض حالات للامتناع بمناسبة عمل كرفض التعاقد كما يتسع لحالات الامتناع المجرد.

(2) — أنظر روسل : المرجع السابق، ص 71 .

وإذا كان الجميع متفقاً حول لا مشروعية الامتناع بمناسبة عمل فالاختلاف قائم فيما يتعلق بالظروف التي تضي طابع اللامشروعية على الامتناع المجرد حيث غالباً ما يتعذر التسليم بالمسؤولية في هذه الحالة لاستعصاء إثبات سببية الامتناع في هذا الصدد.

ونلاحظ أن الإجتهد الفقهي والقضائي لا يأخذ بخطأ الامتناع المجرد من وجهة نظر القانون المدني إلا إذا وجد نص تشريعي يوجب على المدعى عليه القيام بالفعل موضع الامتناع. ويبدو من الصعب الإعتراض حالياً على وجود واجبات قانونية خارج النطاق التشريعي فالواجبات القانونية التي تفرض على الشخص القيام بعمل ما، أو باتخاذ موقف إيجابي متنوعة المصادر فمنها ما ينجم عن أحكام قانونية ملزمة وأنظمة إدارية أمرة، ومنها ما يعود بمصدره الملزم إلى علاقة عقدية أو إلتزام مهني.

وفي مجال هذه الواجبات يكفي أن يتحقق القاضي من المصدر الذي نشأ عنه الواجب ليضفي على الامتناع عن القيام بهذا الواجب المفروض، وصف الخطأ ويرتب بالتالي النتائج التي تقوم على هذا الوصف.

وقد ينشأ الواجب على مصدر واقعي يتجسد في عمل يأتي في ظرفه وأثره الأول منبئاً بخطأ ينجر عنه ويستتبعه، وأن تقاعص الفاعل عن إتخاذ تدابير سريعة يحول بها دون تحقق خطره فتكون إذن هذه المبادرة من قبله واجبة عليه إستناداً إلى إرتكابه ذلك العمل الذي أنشأ به احتمال وقوع الخطر، وعليه ليس له بعد ذلك أن يتخذ موقفاً سلبياً كمن يرمي بقايا سيجارة غير منطفئة على أعشاب يابسة أشعلتها الأمر الذي يترتب عليه الإنذار بامتداد اللهب إلى ملك الغير ولم يسارع إلى إطفاء النار مع رؤيته لها وقدرته على إطفائها، فإن إحجامه هذا يكون بمثابة إخلال بواجب لم يكن الشخص العادي ليخرج عنه وبالتالي تتحقق مسؤوليته عن النتائج الناجمة عن موقفه السليبي.

وخلاصة يسعنا القول أن هذه الواجبات قد تنشأ عن القانون والأنظمة أو عن الأعراف والعادات والتقاليد وقد يملها المنطق والعقل أو مجرد الممارسة التزيهة لأفراد المجتمع La Pratique Des Honnêtes Gens.

غير أنه بجانب الإلتجاه الذي يفرق بين الامتناع المجرد والامتناع بمناسبة عمل، ذهب غالبية الشراح في فرنسا إلى عدم التمييز بين هذين النوعين من الامتناع ويقررون مسؤولية المتنع طالما قد إنحرف في سلوكه عن سلوك الرجل العادي سواء كان الأمر يتعلق بامتناع مقترن بنشاط أو

إمتناع قائم بذاته أي مجرد، وقد رجح القضاء الفرنسي هذا الرأي⁽¹⁾ هذا وقد حسم القانون الفرنسي الصادر في 25 جوان 1945 هذا الخلاف بنص خاص، واعتبر مجرد الامتناع عن مد يد المعونة الى شخص معرض للخطر دون التعرض لخطر شخصي ما جريمة (المادة 63) من قانون العقوبات الفرنسي وكذا فعل المشرع الجزائري حيث قنن ذلك المبدأ بالمادة 182 ق ع ج ، ويمثل هذين النصين مرحلة من مراحل إرتقاء القواعد الأخلاقية إلى مرتبة القواعد القانونية.

أما في مصر يذهب البعض إلى القول بعدم جدوى هذا الخلاف لعدم وجود قانون يلزم من بوسعه إغائة من هو في خطر كالقانون الصادر في الجزائر وفرنسا، وعليه فالامتناع عن المساعدة يعد إخلالا بواجب أخلاقي لا تنجم عنه المسؤولية⁽²⁾.

ومع ذلك توجد حالات يعد فيها الامتناع خطأ تنجر عنه المسؤولية رغم عدم وجود نص قانوني محدد إذا أدى هذا الامتناع إلى الإخلال بواجب عام كإهمال مصلحة التنظيم في وضع إشارة لكل حفرياتهما في الطريق لتنبيه المارة وكما تقضي تقاليد مهنة الطب وتلزم الطبيب إذا وجد في الطريق شخصا مصابا من جراء حادث وفي حاجة إلى مساعدة وإنقاذ عاجل أن يسارع إلى إسعافه وإلا أعتبر مخطئا وبالتالي مسؤولا.

ثالثا : الامتناع غير المشروع

يسلم كافة الفقهاء بأن خطأ الامتناع يمكن أن يكون غير مشروع وفقا للمعنى الواسع للكلمة إلا أن عدم التفاهم يتجلى داخل هذا الإتجاه الفقهي حول متى يعد الامتناع غير مشروع، فبالنسبة لبعض رجال القانون لا يؤدي الامتناع إلى مسؤولية صاحبه إلا إذا كان معاقب عليه بمقتضى نص خاص. وهذا الفريق من الفقه ينفي إمكانية قيام المسؤولية عن خطأ الامتناع بناء على نص المادة 1382 ق.م. فرنسي، المطابق لنص المادة 124 المعدلة بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 من ق. م جزائري، ومرد ذلك أن حق الامتناع لا يكون مصدره إلا تشريعا، ومما يجدر التنويه إليه أن مؤيدي فكرة أن خطأ الامتناع لا يكون إلا بمخالفة نص تشريعي قد

(1) — أنور سلطان : مصادر التزام ، ف 405 ، ص 37 .

(2) — أنظر الدكتور حشمت أبوستيت : نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد ، ط 1954 ، ص 405 و 406 ف 429 .

— أنظر بلا نيول :

Traité Elementaire de Droit Civil T.2 , Paris, L.G.D.J. 1943 , Par G. Ripert et J. Boulanger N° 950 adde Revur Critique. P 282 - 283 . .

أما الإتجاه الآخر فيذهب إلى القول بأن الخطأ هو عبارة عن سلوك منحرف .

أدركوا نقص الحل المتمسك به وما يعتره من عيوب، ويرجع أصل هذا الإشكال إلى الاختلاف الفقهي حول مفهوم الخطأ بوجه عام .

وقد ظهرت في هذا الصدد مدرستان، الأولى يرأسها الأستاذ بلانيول الذي يعتبر أن الخطأ هو الإخلال بالتزام سابق⁽¹⁾ وتأييد وجهة نظر هذا الإتجاه يعني أنه يستوجب البحث عن إلتزام سابق ثم التأكد من خرقه والإخلال به لإستخلاص وجود الخطأ .

أما الإتجاه الآخر فيذهب إلى القول بأن الخطأ هو عبارة عن سلوك منحرف Comportement Incorrect ولا أهمية لمعرفة ما إذا كان ثمة إلتزام موجود مسبقا في هذا المنحنى⁽²⁾ وما تجدر ملاحظته أن هذين الإتجاهين قد يكونا متشابهين أو مختلفين إختلافا كليا وذلك تبعا للمعنى المعطى لكلمة إلتزام الواردة في عبارة الإلتزام السابق Obligation Prècedente فإذا أخذنا هذا اللفظ بمعناه الواسع وإذا كان بوسع القاضي تقدير متى يتوافر إلتزام سابق بالعمل وفقا لمشيئته فهاتان النظرتان متشابهتان⁽³⁾ وذلك مايقصده الأستاذ بلانيول حيث ذهب إلى القول أن على الشخص عموما، إنتهاج السلوك الحسن وأي خرق لهذا الإلتزام يجعله مخطئا فالقول بما سبق أو القول بأنه لم يتصرف تصرف الرجل المعتاد لا يغير شيئا لأن الخطأ سيكون نفسه في كافة الحالات وعلى عكس ذلك فإذا اعتبرنا أن الإلتزام السابق يجب أن يكون تشريعا أو تنظيميا Legale ou Réglementaire فنكون إزاء نظريتين مختلفتين تماما، وإذا إعتدنا هذا الموقف فهذا يعني الإعتراف بعدم قابلية المادة 1382 ق م ف و 124 المعدلة بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 من ق. م جزائري ، لفرض الجزاء على خطأ الامتناع، ويبدو هذا الموقف منطقياً نوعاً ما فمتى نكون إزاء الخطأ ؟ الجواب هو حينما يكون هناك خرق للإلتزام سابق، ومتى يكون ثمة التزام سابق؟. حينما يميله القانون أو النص.

ويذهب معظم فقه القرن 19 وبداية القرن 20 إلى إتباع هذا النهج، حيث يؤكد الأستاذ "Arntz" بأنه لاتعويض عن الضرر الناتج عن الفعل السلبي، إلا إذا كان مرتكبه ملزماً بمقتضى القانون أو بموجب إلتزام بالسهر أو الحفاظ على أموال الغير وحمايتها من الضرر، أما "أوبري ورو" فيقولان أن من تسبب بامتناعه في إصابة الغير بالضرر لا يكون مسؤولاً، إلا إذا كان ثمة

(1) — أنظر بوسك : المرجع السابق ص ، 18 .

(2) — حيث يذكر أن الخطأ هو :

- C'est le Manquement au devoir Juridique ou Constaté Par L'usage des Honnêtes Gens.

(3) — أنظر كابتان حيث لخص رأي بلانيول .

نص قانوني يلزمه بالقيام بالفعل الممتنع عنه، ويذهب الأستاذ لوران إلى القول : " علينا إفتراض أن القانون يضع واجبا بمنع الفعل الضار لكي يصبح الامتناع خطأ يلزم مرتكبه بجبر الضرر، ويجب أن يكون هذا الواجب إلزاما قانونيا، أما عدم مراعاة واجب الإحسان والإنسانية فلا يعد واجبا مدنيا، لأنه كان بالوسع إطفاء الحريق وتم الإحجام عن ذلك فالإدانة المعنوية ثابتة في حق الشخص دون أن يرتكب جريمة أو شبه جريمة وذلك لعدم وجود التكليف والإلتزام القانوني بإطفاء الحريق، وقد أشار إلى هذا الموضوع الفقيه "كوربيسكو"، حيث يذهب إلى القول : لا يوجد في القانون الفرنسي جريمة مدنية بالامتناع لخلو القانون من إلتزام تشريعي مقابل ، والأمر يتعلق بضمير كل شخص إزاء مساعدة غيره في حالة الخطر والحيلولة دون إصابته بالضرر، ويذهب الأساتذة : "موران"، "سالي"، "بورشورو"، "بودري لاكاتينوري"، و"بارد غارو"، "كولان وكابيتان"، "جاردينه وريكسي"، و"أستروك"، و"الوبال ولالو" في نفس هذا الإتجاه .

غير أن هذه النظرية هجرت ولم يعد أحد يدعمها الآن، وتم التسليم اليوم بأن الامتناع يؤدي إلى المسؤولية بناء على نص المادة 1382 مدي فرنسي، والمادة 124 المعدلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ق.م. جزائري، أي أنه تم الإكتفاء بالامتناع حينما يضمن عليه وصف الخطأ ، وهذا ما سنعالجه فيما يلي :

رابعا : الامتناع الخاطئ

سبق القول أن الإتجاه الذي حاول إبعاد الامتناع الضار من المجال الذي يشملته نص المادة 1382 ق.م.ف والمادة 124 المعدلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ق.م. جزائري، لا يمكن قبوله.

حيث يتضح من نص المادة 1382 ق.م.ف والمادة 124 المعدلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ق.م. جزائري ، الذي ورد فيه كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه أنه لم يكن في نية المشرع إقصاء خطأ الامتناع لترتيب المسؤولية التقصيرية في أي حال من الأحوال. فالقول إذا بإمكانية أن يكون الامتناع خاطئا لايشكل كما يزعم بعض الفقه⁽¹⁾ خلطا بين الأخلاق والقانون.

(1) — DELIYANNIS (J) : P 245 , LAURENT : OP CIT , N° 388. CROUZEL : OP CIT. P 257.
RABUT (A) : De la Notion de Faute , P 132 et 133 N° 107 et 108 .

فقد أكد هذا الفقه بأن الواجبات القانونية إن كانت تجد تعريفها والجزاء المقرر لها في القانون المدني فإن الواجبات الأخلاقية تظل في مجال وحيز الضمير الذي يملك وحده تحديد مداها وكفالة إحترامها له إلا أن هذا البعد أو التفرقة بين الواجبات القانونية والأخلاقية لا يمكن الأخذ به.

فالتمييز بين الأخلاق والقانون ليس واضحاً، فيكفي فرض الجزاء على واجب أخلاقي حتى يصبح مراعاة الإلتزام المفروض إزاء الغير واجبا قانونياً⁽¹⁾ والإشكال المطروح في هذا المجال هو إذا كان الإعتراف بأن الامتناع يكن خاطئاً دون ريب وبلامنازع، علينا أن نتساؤل هل نكتفي بالامتناع البسيط المخالف لسلوك الرجل المعتاد أم بحجة حماية الحرية واللافعال، لانفرض الجزاء إلا على الامتناع الجسيم الذي يشكل خطورة على المجتمع.

وهذا ما سنعالجه فيما يلي :

1 - خطأ الامتناع البسيط

غالبية الفقه يذهب إلى القول بأن خطأ الامتناع يمكن أن يكون خطأ بسيطاً ومن بين هؤلاء⁽²⁾ Bufnoir ، Cohin ،⁽³⁾ Demogue ،⁽⁴⁾ Bosc ، وبالنسبة لسالي دولا مارنيير Sallé de la Marnière فلا يوجد بالنسبة لخطأ الامتناع شأنه شأن الخطأ الإيجابي معيار آخر غير معيار الرجل اليقظ الحريص المهتم بتأدية Prudent Intélligent الواجبات التي تملئها الأخلاق والعادات⁽⁶⁾ . وقد أيد هذا الإتجاه بعض الفقهاء حيث⁽⁷⁾ La Borde Lacoste Dubois Ripert Mihura Dabin Mazeaud et tunc ذهبوا إلى القول " إذا كان المؤلفون يشترطون لقيام المسؤولية عن خطأ الامتناع وجوب حرق نص قانوني فذلك يعود لتأثرهم بالقانون الجزائي وبالقاعدة الشهيرة التي تقضي بأن (لاجريمة ولاعقوبة بغير نص) " ، غير أن هذه القاعدة لاتسري بالنسبة للقانون المدني، كما أن القانون الجزائي نفسه أصبح اليوم يدين ويفرض الجزاء على خطأ الامتناع، المادة 63 من قانون العقوبات الفرنسي، والمادة 182 من قانون العقوبات

(1) — Ripert la Règle Morale N° 152 . P 276 . Bettremieux.j , Essai Historique et Critique Sur le Fondement de la Responsabilité Civile en Droit Français Thèse L ille. 1921 Camille Robbe Editeur Lille 1921. 206 , N° 41 , P 72 .

(2) — Bufnoir : Propriété et Contrat Rousseau , 1900 . P 802 – 803 .

(3) — Bosc : Essai Sur les Elements Constitutifs du Délit Civil , These Montpellier , 1901 , P 19 .

(4) — DEMOGUE : Traité des Obligations en Général , T.3 , PARIS , Rousseau , 1923, N° 250 , P 435.

(5) — Cohin : OP CIT , P 43 .

(6) — Note Au DP 36. 2. 25 .

(7) — Obligation Librairies Techniques , 1972 , N° 278 , P 118 .

الجزائري، وعليه فلا يوجد مبرر لتقليص ميدان المسؤولية عن خطأ الامتناع لأنه مماثل لغيره من الأخطاء الأخرى، وأيد هذا الإتجاه كل من الفقيه Lacombe، Hubrecht، Lambert، Malinvaud، Laroumet وقد لخص "ستارك" هذا الرأي بالعبارات التالية " إذا كان لا يسعنا فرض يقظة وحيوية عامة تجعل من كل واحد منا منقذا دائما فتوجد هناك إمتناعات مدانة عادة لأنه ومما لا شك فيه أن الرجل المعتاد الحريص واليقظ سيبادر بالنشاط والفعل بدلا من الامتناع" (*).

ولكن ما هي المبررات التي تعتمدها هذه الآراء؟. إن المبرر الأساسي لهذا الإتجاه أن فرض الجزاء عن خطأ الامتناع لا يبدو بالنسبة لمؤيدي هذا الرأي ماسا بالحرية الفردية للأشخاص بل على العكس من ذلك فهو يسهل ويدفع إلى نوع من التضامن الاجتماعي.

وقد قيل في هذا الصدد إذا كان لا يوجد خلاف إزاء مسألة من يسبب ضررا بفعل إيجابي دون خشية المساس بالحرية فكيف يكون المساس أخطر حينما يتعلق الأمر بفرض القيام بعمل أو الامتناع عن عمل؟.

ففي كلتا الحالتين لا يترك المرء سيذا للقيام بما يشاء وبطبيعة الحال فتشكل المسؤولية عن اللافعل أو الامتناع حدا للحرية الفردية ولكن الأمر ذاته بالنسبة للإلتزام بالفعل، إلا أنه لا أحد يجراً على التفكير في إقصاء وإبعاد المسؤولية عن الفعل الإيجابي، ويشير مؤيدو هذا الإتجاه أن الأمر لا يتعلق بإجبار الشخص على التصرف رغما وكرها عنه إنما بإلزامه ومساءلته عن كل سلوك ضار أو عن كل فعل يلحق الأذى بالغير أيا كانت طبيعته.

ويذكر مؤيدو هذا الإتجاه أن المفاهيم ذات التزعة الفردية التي تعود جذورها وأصولها إلى الثورة الفرنسية يجب أن تحل محلها اليوم معطيات قائمة على أساس التضامن فالرأي العام أصبح اليوم متشددا إزاء الامتناع الخاطيء وأقل إكتراث بالحرية(2).

وعليه فالإلتزامات الإيجابية تثقل كاهلنا من كل جانب إبتداء من دفع الضرائب التي ستقدم لصالح كافة المواطنين أو فئة منهم، إلى التضحية بالحياة أثناء الحروب وهذا التضامن الذي تفرض علينا باسمه إلتزامات متعددة ألا يتضمن إلتزاما أوليا ومبدئيا بالمساعدة؟. فإن كانت الإجابة بالنفي فذلك أمر غير معقول.

(*) — Stark Droit Civil .

(2) — Carbonnier , OP CIT, N° 96 .

ويضيف هؤلاء بأن ما كان مسلماً به سنة 1804 لا يمكن قبوله اليوم فمن المؤكد أن بعض المفاهيم القانونية حول الحقوق و الإلتزامات قد تطورت في نفس الوقت الذي تطورت فيه العادات والآداب العامة والتقاليد والضرورات الاجتماعية(1).

وفي هذا الصدد يشير الأستاذ ديموج أن القانون يتبع تطور الأفكار حتى بالنسبة للمسائل التي لم تفصل فيها النصوص بعد، وأن الإلتزام باليقظة سيتضح أكثر كلما حل محل التصور الفردي للحرية تصور آخر يتمثل في الموقف الاجتماعي (أو المنصب الاجتماعي) الذي يجوزه كل واحد منا بنوع من الإستقلالية .

وبناء على ما تقدم يخلص مؤيدو هذا الإتجاه إلى أن خطأ الامتناع قد يكون كما هو الحال بالنسبة للخطأ الإيجابي خطأ بسيط.

على أن ثمة رأي يذهب إلى القول بأن الامتناع لا يكفي أن يكون خطأ بسيط ليرتب المسؤولية بل يجب أن يكون على قدر من الجسامه وهذا مانبينه فيما يلي:

2- خطأ الامتناع خطأ جسيم

يرى بعض الفقه أن الإعتراف بالطابع أو بوصف الخطأ لبعض الامتناعات يتعارض ويصطدم بالمبدأ الذي يخول للمرء قدرة على الامتناع حسب مشيئته.

وقد عبر الأستاذ ساقاتييه عن ذلك حيث قال : " في مجال المسؤولية أن القاعدة المتعلقة بالامتناع الضار مخالفة لتلك التي تحكم الفعل الضار حيث أنها مبدئياً غير مشروعة ما عدا الإستثناءات الناجمة عن حق إلحاق الأذى بالغير، أما الامتناع الضار فهو مبدئياً مشروع ما عدا الحالات الإستثنائية التي علينا واجب مساعدة الغير(2).

لقد كتب الأستاذ(3) Carbonnier يقول : يبدو أن إحدى شرائط الحرية تتعارض مع مساءلة المرء عن لا فعله .

« UN POSTULAT DE LIBERTE SEMBLE S'OPPOSER A CE QUE L'HOMME SOIT RENDU RESPONSABLE POUR N'AVOIR RIEN FAIT ».

(1) — LABROCHT (CH) : la Place du Normal et de L'anormal dans le Droit G.P.66 DX 65 et 5.
Le Normal Implique Meme Plus Aujourd'hui, Il Comporte L'assistance le Secours aux Victimes D'accidents Sur les Routes L'assistance Familiale (Obligation Alimentaire) .

(2) — SAVATIER (R) : Des Effets et de la Sanction du Droit Moral Thèse PARIS, 1916 , P 115 med

(3) — أنظر المرجع السابق . CARBONNIER : OP CIT , N° 93 .

فالفكرة العامة في بنية القانون الخاص الفرنسي أن الفرد يعلم بصفة عامة أنه غير ملزم بأي تدخل لصالح الغير، وعليه فهو متيقن بأنه لا ينتظر أي شيء في المقابل من طرف ذلك الغير.

ويتضمن القانون المدني الفرنسي مبدئين الأول يتمثل في الحرية الفردية أما الثاني فيتلخص في السلطة Principe D'autorité الذي يقضي بأن التدخلات المفيدة إجتماعيا تتولاها النيابة العامة.

وقد كتب الأستاذ⁽¹⁾ Marco Cohin يقول " إذا تصرف الفرد اليوم بصفة يغلب عليها طابع الأنانية مرده إنتهاج الغير ذات السلوك إزاءه، وعليه فهو لا يتدخل إلا لمصلحة ذاتية له إذا أنه لا ينتظر في مواجته تدخل خال من المصلحة من قبل الغير " .

ويشترط في هذه الحالة لإدانة سلوك ما، أن يخل صاحبه إخلالا جسيما بواجباته، وعليه يستوجب أن يكون خطأ الامتناع موصوفا لكي تترتب مسؤولية مرتكبه، ويكون كذلك حينما يكشف مباشرة عن نية الأضرار بالغير، فالامتناع المقترن بسوء النية يعتبر دون شك خطأ.

والأمر نفسه حينما يكون خطأ الامتناع خطأ جسيما يوحي بنية الإضرار على الرغم من تعذر الإثبات المباشر لهذا الأخرية⁽²⁾ وهذا ما ذكره الأستاذ سافاتييه.

وقد كتب الأستاذ "سافاتييه"⁽³⁾ يقول : وفقا للقاعدة العامة فإن الامتناع الخاطئ الذي يمثل حقا غير مقننا يصبح خطأ إذا تبع أو نجم عن نية الإضرار، وتعتبر هذه الأخرية من القرائن التي تنشئها الظروف المحيطة وكلما كان بذل جهد بسيط هو الوسيلة الوحيدة التي تحول دون إلحاق أذى جسيم بالغير فمن يتعمد إغفاله، ويترك الخطأ يتحقق عن قصد، مع إمكانية تجنيب ذلك ينبغي أن يكون مسؤولا مدنيا⁽⁴⁾.

(1) — أنظر cohin المرجع السابق ص 7 حيث كتب :

si l'individu Agit Aujourd'hui d'une Façon égoïste, C'est Parce Que les Autres Agissent de Meme Façon Envés lui je N'intervient Pas Sans Intérêt Par Ce Qu' Il N'attend Pas D'intervention de la Part des Autres.

(2) — ALAIN FRANCANS DELVILANI : La Responsabilite Civile delictuelle Pour Faut D'omission ou D'absteuhou , P 217 .

(3) — CARDAHI (CH) : OP CIT , P 127 . et SAVATIER : N° 74 . P.71 .

(4) — PLANIOL RIPERT et EISMEN : P 538 .

DEMOGUE : OP CIT , N°261 . DELYANNIS : N°161 , P 214 . et N° 183 , P 252 - 253 .

DESBOIS (H) : N°44 , P 46 . LEGAL (CH) : OP CIT , P.50 .

وقد وضع هذا الفقيه حدوداً لخطأ الامتناع حيث تترتب مسؤولية مرتكبه حينما يشكل خطأ عمدياً⁽¹⁾. كما تنجر عنه المسؤولية حينما يكون خطأً جسيماً يكشف نية الأضرار وإن تعذر إثباتها مباشرة⁽²⁾، وتأسيساً على نية الإضرار رتب الإجهاد القضائي مسؤولية أشخاص إمتنعوا عما تستوجبه اللياقة وحسن المعاملة والعادات والتقاليد، حيث أن الرفض تجسد في صورة مخلة باللياقة والآداب⁽³⁾. Refus Révétant Un Caractère Inju rieux et Diffamatoire . على أن بعض الفقه إعتد على أن الامتناع المقترن بسوء النية يؤدي إلى المسؤولية وذلك بناء على المبدأ العام الذي يقضي بأن الامتناع غير مبرر وذلك بالإستناد إلى نظرية التعسف في إستعمال الحق.

حيث كتب ديموج يقول : من يستعمل حقه في الامتناع بغية إلحاق الأذى بالغير أو مع العلم بالإضرار به يعد متعسفاً في إستعمال حقه، ويتجلى من خلال الرغبة في إلحاق المصائب بالضحية وفي إنعدام المبرر المعقول للإمتناع.

وخالصة لما سبق يمكن القول أن الامتناع لا يطلق عليه وصف الخطأ إلا إذا إقترن بسوء النية بمعناه العام ، أو إذا دلت على توافرها ظروف، كما لو كان الخطأ فادحاً أو إذا كان الخطأ جسيماً ولكن الجهود المطلوب بذله ضئيلاً وأن عدم التعادل صارخاً واضحاً بالنسبة للمصالح الموجودة.

إلا أنه على الرغم من تصنيف خطأ الامتناع إلى أنواع شتى وعلى رأسها التقسيم والتمييز بين الامتناع بمناسبة عمل والامتناع المجرد والامتناع البسيط والجسيم أو المقترن بسوء نية غير أنه النصوص ولا المبادئ توحى بالإختلاف بينهما لترتيب المسؤولية.

وبعد أن فرغنا من معالجة تفسير الامتناع و تصنيفه علينا الآن التعرض إلى مدى صلاحية خطأ الامتناع لأن يكون سبباً للضرر وبالتالي تنجم عنه المسؤولية وهذا ما سيكون محور دراستنا في المبحث الثالث.

(1) — LARROUMET: P 923 . LUGAL (CH) : OP CIT , P.50 .

(2) — RABUT : N° 33 , OP CITE P. 44.

(3) — Perreau Courtoisie Complaisance et 43 ages Non Obligatoires Devant la Jurisprudence , R. T. D. C. 1914. P 481 et suit ..

المبحث الثالث الاتجاهات الفقهية حول مدى الصلاحية السببية لخطأ الامتناع

أثارت مشكلة الامتناع العديد من الخلافات الفقهية والقضائية نظرا لتداخل الامتناع مع غيره من المسائل التي لا تعد ضمن الأفعال غير المشروعة، وأحيانا يختلط خطأ الامتناع والأخلاق بحيث يصعب الفصل بينهما ومن هنا كانت صعوبة دراسة خطأ الامتناع.

وبناء على ذلك نتناول دراسة هذا المبحث ميرزين من خلاله الإتجاهات الفقهية الرئيسية حول مدى الصلاحية السببية لخطأ الامتناع في المطالب التالية :

المطلب الأول الإتجاه الفقهى المنكر للصلاحية السببية للإمتناع

إن مسألة السببية مسألة هامة جدا لأنه لا يكفي لترتيب المسؤولية إرتكاب خطأ، أو عمل غير مشروع، وتحقق الضرر بل ينبغي توافر علاقة بين الضرر والخطأ أو العمل غير المشروع(1). والسؤال المطروح هل لخطأ الامتناع صلاحية وقدرة على ترتيب المسؤولية أم لا ؟.

إنقسم الفقه في فرنسا، فيرى البعض أن الامتناع وإن كان يشكل خطأ فهو لا يؤدي في بعض الحالات إلى مسؤولية مرتكبه لإنعدام السببية بين الخطأ والضرر(2).

وينكر الفقه الفردي وعلى رأسهم "Teisseire" قدرة الامتناع على أن يسبب الضرر، فمن يشاهد شخصا على وشك الغرق ويحجم عن إنقاذه لا يعد سببا للضرر، وإنما يرجع السبب لعدم إحتياط من وقع في المياه(3) وبعبارة أخرى فإن سبب الضرر الذي وقع لا ينسب لعدم تدخل الشخص المتفرج و إنما يرجع للعناصر التي تعتبر مصدرا للحادث أو الكارثة(4) فوفقا

(1) — أنظر جوسران : المرجع السابق ، ج 2 رقم 448 .

— بلانيول : المرجع السسابق ، رقم 169 .

- EISMEIN : Revue , Trimestrielle , 1934 , P 321 .

La Relation de Cause à effet Comme Condition de la Responsabilité Civile Revue Trim 1939 , P 685 .

- MAZEAUD et TUNC : traité II , N°1414 et Suite , jcl , Responsabilité Civile , T.1 , P 2 .

(2) — أنظر تيسير : المرجع السابق ، ص 191 وما بعدها .

(3) — أنظر مازووتنك N°527 .

(4) — أنظر سالية : المرجع السابق . Les Accidents Du Travail , PARIS 1949

لرأي بعض الفقه فإن الامتناع لا يسعه أن يكون مصدرا للضرر، حيث أن المشاهد المتنع لم يرتكب أي فعل لكي تترتب مسؤوليته.

وبناء على ما تقدم توصل هذا الفقه إلى إيجاد عائق أمام المسؤولية عن خطأ الامتناع يتمثل في إنعدام علاقة السببية بين الامتناع والضرر.

وما يجدر التنويه إليه أن هذا العائق يمكن دحضه، لأن الضرر وإن كان فعلا لم يحدث لو لم يسقط المار في المثال السالف الذكر، غير أنه وفقا للظروف لن يحدث الضرر أيضا لو قدم المتفرج يد المساعدة لمن كان على و شك الغرق(1).

فقد ينجم الضرر الواحد عن أسباب عديدة مردها أخطاء تنسب لأشخاص شتى من بينها خطأ الضحية أحيانا، وقد تعزى للإنسان أو لمجرد حادث فجائي أو قوة قاهرة.

إن إنكار الصلاحية السببية للإمتناع والقول بأن المشاهد في المثال السابق لم يكن سببا في حدوث الضرر بالرغم من قدرته على الحيلولة دون حدوثه، يعني كما أشار إليه الأستاذين "مازو"، "وتنك"(2) تشبيه الشخص بالجماد الذي لا يكون سببا لظاهرة إلا عند التدخل المادي في سلسلة الحوادث التي أدت إلى وقوعها.

وهذا يفيد أيضا تجاهل الحرية الفردية للإنسان أي قدرته على الإختيار، وبالتالي على إتخاذ المبادرة وهذا ما يبرز سر وعظمة الإنسان الذي يستحيل تشبيهه بالجماد(3).

كما يعني ذلك أيضا إستبعاد المبادئ الجامدة التي من شأنها أن توحى لنا بأن الشخص غير مسؤول عن عدم تدخله، كالشجرة أو المتزل أو أي جماد آخر تماما.

وما يمكن ملاحظته هو أن هذا الإتجاه وأن كان يعتمد على المنطق ومشيع بروح الأنانية غير أنه يستدعي التوقف للتفكير مليا فيه، فحرية الفرد لا شأن لها هنا بمفهوم السببية فالحقيقة أن الجماد لا يتأتى له الامتناع وفقا للمعنى الدقيق إذ توجد دوما إرادة إنسان تحرك الشيء أو توجهه أو تراقبه(4).

(1) — أنظر مازووتنك Traité N°627

(2) — نفس المرجع .

(3) — نفس المرجع .

(4) — أنظر طه غاني : المرجع السابق ص ، 56 .

ولا يتعلق الأمر هنا بالبحث عما إذا كان بالإمكان نسبة الامتناع لمحدثه أم لا ، وإنما المسألة تتعلق بالصلاحيية السببية المحضة، فالمشكل نفسه سواء إتصل الأمر بالشخص أو بالأشياء غير الحية (الجماد) (1).

وأيا كان الأمر نعتقد إمكانية إستخلاص من الفقه و الإجتهد القضائي سندا قويا للفكرة التي ندافع عنها ونؤيدها والتي تؤكد قدرة خطأ الامتناع على أن يكون سببا للضرر. وذلك ما سنعالجه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني الاتجاه المؤيد للصلاحيية السببية للإمتناع

يوجد جانب من الفقه يسلم بالصلاحيية السببية للإمتناع حيث يذهب الأستاذ ديموج إلى القول " لن أبالي بأن يبدو الامتناع مفتقدا للصلاحيية السببية" (2).

إن عدم التدخل أو الامتناع يمكن أن يظهر كسبب للضرر، وذلك ما يؤكد الأستاذ "Rutsaert" ، كما يضيف قائلاً يكفي في نظر الإجتهد القضائي أن تضع إحدى شروط الضرر ليكون سببا له (3).

فعدم توافر العوائق يشكل أحد عناصر تعريف السبب و عليه فإن إحجام الشخص عن التدخل يعد ضروريا لإحداث الضرر شأنه شأن التدخل المباشر للعناصر الأخرى.

وقد أكد الإجتهد القضائي الفرنسي توافر علاقة السببية بين خطأ الامتناع والضرر وذلك من خلال الأمثلة المستقاة من الأحكام القضائية منها قرار محكمة إستئناف مونبولييه المؤرخ في 18 نوفمبر 1936 (4) القاضي بتعويض ضحية خطأ قضائي إثر ترك الفاعلون الأصليون توجيه تهمة السرقة إليه، ولا يترك الإجتهد القضائي المعاصر لمحكمة النقض الفرنسية أي مجال للشك في الصلاحيية السببية لخطأ الامتناع حيث أكدت المحكمة في قرارها المؤرخ في 18 ماي 1955 (5)،

(1) — أنظر طه غاني : المرجع السابق ص ، 56 ..

(2) — أنظر ديموج : المرجع السابق .

- Je Ne Tiendrai Pas D'avantage Compte de Ce que L'omission Ne Semble Pas Causale, OP CIT , P 261.

(3) — أنظر Rustsaert أساس المسؤولية المدنية للاتعاقدية، بروكسل 1930 ، traité I N° 527 ، وفي نفس المعنى مازوونتك

(4) — Crisafulli , D.H, 1937, P 92.

(5) — أنظر : D 1955 , J 520 , JCP 1955 , II , 8793.

دون لبس أو شك أن الامتناع يكون خطأ عند عدم تنفيذ الإلتزام بعمل و ينبغي عدم القول بإنعدام علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر إذا كانت الإحتياطات المغفلة من طبيعتها إبعاد الخطر.

ومما يجب التنبيه إليه هو إتجاه الإجتهد القضائي الفرنسي حاليا نحو إعتناق نظرية السبب المنتج بعد تبنيه ولزمن طويل نظرية تكافؤ الأسباب .

وما يمكن التأكيد عليه في هذا الصدد أن الأخذ بنظرية السبب المنتج يسمح للإجتهد القضائي في جميع الفرضيات بالمساءلة عن خطأ الامتناع .

أما في التشريع الجزائري فيسعدنا القول أنه في مجال المسؤولية التصيرية فالنظرية المسيطرة هي نظرية السبب المباشر Causalité Immédiate والتي بناء عليها يجب أن يكون الضرر في علاقة مباشرة مع الفعل غير المشروع وألا يكون ثمرة سبب آخر (حادث فجائي، قوة قاهرة، فعل الغير أو فعل الضحية) يتدخل لقطع علاقة السببية و ذلك ما تؤكده المادة 127 ق م ج بقولها " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لايد له فيه كحادث مفاجيء أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك، فمرتكب الخطأ لايسأل إلا عن الأضرار المباشرة التي يحدثها بفعله، فما المقصود إذن بالضرر المباشر ؟ (1).

يجيب عن ذلك التشريع الجزائري وكذا المصري بأنه يندرج في هذا الإطار كل ما من شأنه أن يعد نتيجة طبيعية للفعل الخاطئ الذي تسبب في ذلك الضرر Une Suite Normale De L'acte Fautif Qui L'a provoqué وتشير المادة 131 المعدلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 من ق م جزائري، والمادة 169 ق م مصري إلى هذه المبادئ إذا يجدد القاضي مقدار التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 282 مكرر من ق م ج مع مراعاة الظروف الملازمة.

وما يجب التنويه إليه أن هذه المادة 182 ق م ج ، قد وردت بشأن المسؤولية العقدية ومع ذلك فإن حكمها يشمل المسؤولية التصيرية وهو ما رآه الأكثرية الغالبة، فمعيار التفرقة بين

(1) — أنظر القانون الفرنسي، أن المادة 1151 المقابلة للمادة 182 ق م ج ، والمادة 169 ق م مصري، لا تطبق على المسؤولية التصيرية للتمييز بين الضرر المباشر وغير المباشر لأنها مقصورة وخاصة بالمسؤولية العقدية.
— أنظر في ذلك الأستاذ عبد الحفي حجازي : النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، ص 70 ، ف 694 .

الضرر المباشر وغير المباشر تبينه الفقرة الأولى من المادة 182 ق م ج، إذ " يعتبر الضرر مباشراً إذا كان نتيجة طبيعياً للخطأ ويكون كذلك على الأخص إذا لم يكن في وسع الدائن تجنبه واتقاءه ببذل جهد معقول ".⁽¹⁾

وفي هذا الإتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في 9 أبريل 1936⁽¹⁾ حيث حكمت بمسؤولية فرع الأثرية وألزمتها بدفع تعويض لمؤسسة بيع الأثرية نتيجة لسحبها الترخيص لها خطأً وحكمها مخالف للقانون حيث أن الضرر مباشر إذا لم يكن في وسع صاحب مؤسسة بيع الأثرية إتقاءه ببذل جهد معقول وقد إستخلص هذا المعيار من الإجتهد القضائي للمحكمة المصرية المختلطة العليا⁽²⁾ وقد أخذ به التقنين المدني الجديد وهو يتميز بالدقة والمرونة⁽³⁾ ونؤيد ماذهب إليه الأستاذ السنهوري⁽⁴⁾ إذ أنه من الوجهة القانونية لا يؤخذ بعين الإعتبار إلا الضرر المباشر أو بعبارة أخرى نعتد بالضرر عند كونه نتيجة طبيعية للخطأ وليس بوسع الدائن إتقاءه إلا ببذل جهد معقول.

فهل يسعنا مع ذلك التردد من التسليم المتنع بدعوى أن الضرر ناجم عن مجرد الالافعل أو الامتناع، فلنورد مثال المتحول الذي يرمي بعود الثقاب فتقع على أوراق الأشجار اليابسة وكان بمقدوره دونما بذل جهد كبير إطفائها ولكنه أحجم عن ذلك، والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد، ألا يعد إمتداد الحريق إلى المنازل المجاورة تبعا للسير المألوف للأشياء وتجارب الحياة نتيجة طبيعية لموقف المتحول السلبي؟. مما لا شك فيه أن المنطق وحسن التدبير la Raison, Le bon Sens يفرضان أن تكون الإجابة بنعم.

هذا علاوة على وجود إعتبرات إنسانية تعلو على أساليب المنطق الضيقة فالحياة البشرية ذاتها ترفض أن تقاس بمعايير لا تعترف إلا بالعلاقات بين السبب والنتيجة. وقد طرأت تطورات على تفسير صلاحية السببية بفعل الإجتهد المستمر للفقهاء، وهذا ما سنعالجه في المبحث الرابع.

(1) — أنظر عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، ص 913.

(2) — قررت هذه المحكمة في قرارها المؤرخ في 7 جوان 1928 أن الضرر المباشر هو ما لم يكن في وسع الدائن تجنبه ببذل جهد معقول ، أنظر السنهوري : نفس المرجع ، ص 912 .

(3) — السنهوري : نفس المرجع ، ص 911.

(4) — السنهوري : نفس المرجع ، ص 915.

المبحث الرابع تطورات تفسير الصلاحية السببية لخطأ الامتناع

مما تقدم يمكن القول أن النشاط الإنساني في مجمله يهدف نحو تحقيق غاية تتمثل في عدم ترك الأشياء في الاتجاه الذي يبدو أن القدر قد إختاره لها⁽¹⁾ وهذا ما يؤكد دون شك إمكانية توفر الصلاحية السببية لخطأ الامتناع في كل الفرضيات التي تصادفنا في الحياة، ومن ضمن النظريات التي سيقت لتفسير الصلاحية السببية لخطأ الامتناع، النظرية الذاتية والنظرية المادية، وهذا ما سنعالجه في المطالب التالية :

المطلب الأول النظرية الذاتية والصلاحية السببية لخطأ الامتناع

تستمد هذه النظرية جذورها من الفقه القانوني الألماني لنهاية القرن التاسع عشر (19) وتتخلص فكرتها الرئيسية فيما يعرف بـ Compression de L'instinct D'agir كبت فطرة التصرف و الذي يقصد من خلاله أن الفرد جبل على فطرة التصرف، ويأحججه فهو يزيل أحد أسباب إبعاد الضرر وبالتالي يكون مصدرا له⁽²⁾ وقد حاول أنصار هذه النظرية تحويل الامتناع إلى نشاط إيجابي من أجل إثبات علاقة السببية التي كانت تعوزهم.

ويذهب مؤيدو هذه النظرية إلى القول بأن مفهوم السببية لا يمكن أن يكون مفهوما ماديا محضاً، ذلك لأن إرادة الشخص تسعى دوما نحو تحقيق أهدافه، فالمرء يتصرف سواء بالقيام بنشاط أو الامتناع، ويمكن أن يحقق غاياته سواء بنشاط إيجابي أو بمجرد الإحجام واللافعال⁽³⁾ فعدم التصدي للقوي الطبيعية أول حادث خارجي يعني التصرف عن طريق اللافعال ويعتبر هذا الامتناع بالنسبة للضرر الذي وقع، ويعتد به، حتى تتوافر رابطة السببية فيكفي أن القوة التي تصرفت والسلسلة السببية التي أحدثت النتيجة كانت بيد الشخص أي يملكها وله السيطرة عليها بمعنى أنه بوسعه تحويلها أو تغيير مجراها.

(1) — أنظر طه غاني : المرجع السابق ، ص 62 .

(2) — أنظر GAND المرجع السابق ، ص 55 — 56 .

- Que Se Passe T- I' Quand Une Omission Vobontaire Se Produit L'Homme Voit La Série Causale En Mouvement .

(3) — أنظر نفس المرجع، NOTE 1 , P. 32 .

غير أن هذه النظرية لم تعد تحض بنفس المكانة التي كانت لها سابقا إذا أنها تصدق بالنسبة للإمتناع العمدي فقط وهذا ما أدى إلى ظهور النظرية المادية وذلك ما سيكون محل دراسة في المطلب الثاني.

المطلب الثاني النظرية المادية

ظهرت هذه النظرية على إثر إدراك الفقهاء الألمان بأنه ليس ضروريا لإثبات الصلاحية السببية للإمتناع تشبيهه أو إدماجه بالنشاط الإيجابي.

ومن ضمن الحجج المقدمة أن للفظ " السبب " معاني مختلفة فعلاقة السببية أو رابطة السببية لا يوجد بينها وبين سبب الإلتزام أي عنصر مشترك فينبغي تفسير كلمة سبب وفقا لنص المادة 1382 ق م ف ، 124 ق م ج. بمعناه الشائع في الحديث العادي وهو ما يجعل الشيء موجودا.

وما تجدر ملاحظته أن كل حادث يحدد بمجموعة من الملابسات والظروف التي لولاها لما تحقق والتي تكون إن صح التعبير سببا له ومن بين هذه الظروف يوجد ما هو إيجابي وما يوصف بأنه سلبى ولا يمكننا أن نراعي الأولى فقط حيث بوسعنا أن نجتمع بأنهما لن تحدث أي نتيجة وذلك لأن حائلا أو عائقا حال دون تحققها.

فانعدام العائق يعد أحد العناصر للتعريف الشامل للسبب⁽¹⁾ وعليه يجب الإعتداد كسبب للضرر بكل خطأ سمح أو سهل حدوث هذا الأخير فمن يسعه مساعدة غريق ويحجم يكون سببا للضرر شأنه في ذلك شأن من ألقى الغريق بالمياه.

فكل من ينكر الصلاحية السببية لخطأ الامتناع إنما ينفي عنه إمكانية وواجب إتخاذ المبادرة وكذا حريته وتأقلمه مع العالم الخارجي وهذا ما يجسد سره وعظمته فمن لا يعترف للإنسان بذلك إنما يجعله ماثلا للجما⁽²⁾.

وقد رأى بعض الفقه بأن الصلاحية السببية لخطأ الإمتناع لا تتحقق إلا إذا كان الخطأ جسيما، وقد سايره القضاء في ذلك، وسنعالج هذا الأمر في المطلب الثالث .

(1) — أنظر سقائيه : الرسالة السابقة ، ص 109 .

— ابلاتون : المرجع السابق ، ص 602 — 603 ، وكوهان : المرجع السابق ، ص 218 ، و بوروينيه : المرجع السابق ،

ص 1 . ديفورا .. G (BIGOT) Juris Classeur Resp Civile , Fasc III , a .

(2) — أنظر مازووتنك : المرجع السابق ، ص 610 . (H) et (I) .

المطلب الثالث

الدور السببي للإمتناع والخطأ الجسيم

إن القرار الأكثر شيوعاً في المجال المدني هو قرار محكمة بواتيه المؤرخ في 12 نوفمبر 1935⁽¹⁾ حيث نفقت بقرة من جراء الحمى الفحمية واستدعى صاحبها جزارا لتقطيعها وذكر بأن سبب تفوقها يعود للسعة أفعى، وكان ذلك بحضور الشهود الذين لم يكذبوه وترتب عن ذلك إصابة الجزار بالعدوى ووفاته مما أدى إلى رفع دعوى قضائية من قبل أرملته ضد الشهود لإرتكابهم خطأ بالامتناع وقد حكمت محكمة بواتيه بالتعويض لصالح الأرملة لتوافر علاقة السببية.

يبدو أن المحكمة في هذه القضية لم يكن هدفها الفصل في مسألة السببية وإنما أرادت فرض الجزاء بمنح تعويض مدني عن فعل ذو طابع جنائي لأنه يعتبر خطأ جسيم.

وكذا الحال بالنسبة لقرار محكمة الجناح Tribunal Correctionnel D'aix في 27 مارس 1947⁽²⁾ حيث سقط رجل في قناة وكانت حالته تستدعي التدخل المستعجل، بدلا من تقديم الجحاف لإسعافه، تركه حماه من أجل البحث عن المساعدين، وقد أدانت المحكمة هذا السلوك إذا أنه خطير جدا إذا أنه يكشف عن عدم الإكثار بحياة شخص على وشك الهلاك ولذا حكمت بالتعويض للطرف المدني.

وما تجدر ملاحظته أن القضاة لم يسببوا قراراتهم إذ كان هدفهم إدانة وفرض الجزاء على أخطاء جسيمة عن طريق منح التعويضات للأطراف المدنية. وقد ربط بعض الفقه بين الصلاحية أو الدور السببي للإمتناع ومدى الضرر الذي يصيب الضحية، وسيكون ذلك موضع دراسة في المطلب الرابع.

المطلب الرابع

الدور السببي للإمتناع والضرر

حاول بعض الفقه الذي يرى بأن الامتناع ليس سببا للضرر الأصلي أو النهائي أن يربطه بضرر مغاير أو ثانوي.

Poitiers 12/11/1935 , Note Sallé de la Marnière 36. 2. 29 . mi

(1) — أنظر قرار

(2) — أنظر :

وقد إنبثقت عن هذا الإتجاه نظريتان : فالأولى تذهب إلى القول بأن الامتناع قد ساهم في تفاقم حالة الضحية Cause Du Desarroi De La Victime وأما الثانية فتؤكد على أن الامتناع سببا في حالة الإضطراب التي ظلت فيها الضحية L'état De D'etresse Dans Lequel Est Resté La Victime وهذا ما عبرت عنه محكمة باريس⁽¹⁾ وستعرض لهاتين النظريتين في الآتي :

- الدور السببي للإمتناع وتفاقم وزيادة خطورة حالة الضحية

Aggravation De L'état De La Victime

يذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن عدم تدخل المتنع يعد عاملا في تفاقم حالة الضحية وهذا الرأي لم يبق دون تأثير على الإجتهد القضائي حيث حكمت محكمة الجنح لمانس Tribunal Correctionnel De Mans . بأن الشخص الذي سقط من دراجته وأصيب إثر ذلك بجروح وتوجيهه إلى ضيعة للحصول على مساعدة، غير أن إعتقاد الفلاحين بأنه مشبه Bandit جعلهم يمتنعون ليس فقط عن إسعافه بل حجزوه مهددين إياه بالسلاح ، وقد إعتبر هذا السلوك قد ساهم في تفاقم وضعيته.

إلا أن هذا الرأي لم يلق تأييدا فقد كتب الفقيه "Chambon"⁽²⁾ يقول : " إنه لمن دواعي التعارض إستخدام فعل إيجابي لوصف نتائج اللافعل فالمتفرج الذي إلتزم بالسكوت أو الفعل السلبي لم يساهم في تفاقم أو إزدياد الخطورة حيث أنه لم يقوم بأي شيء ، فالحقيقة أن المتفرج غير المكترث يترك الأحداث تأخذ مجراها، فالطبيب الذي يرفض التدخل يترك المرض يتبع مجراه، ولا يمكننا لومه إلا على عدم محاولته التدخل لتغيير أو قطع التسلسل الطبيعي وبالتالي تحسين وضع الضحية.

(1) — La Cour De Paris à Enoncé Ces Deux Points De Vue " Que Bien Que L'existence Du Préjudice Ne Soit Pas L'un Des éléments Constitutifs De Cette Infraction , Sa Commission Peut Cependant Justifier Une Demande En dommage Et Intérret , Qu'il En Est Ainsi Quand La Preuve Est Raportée D'une Réaction De Cause à Effet Entre La Défaillance des Prévenus Et L'aggravation De L'état De La Victime Du Fait De Cette Abstention .

— أنظر :

- Tortat : L'obligation de Porter Secours et la Résponsabilite Du Médecin , ED de la Renaissance Troyes 1967, P 64 a 73 et 121 .

- Notes (A) : Dejan de la Batie , JCP , 69 , II , 16027 et (JT) Costa , D 72 , 392.

(2) — CHAMBON : JCP 70 , II , 16

فالمشاهد السلبي سببا إذن ليس في تفاقم الوضع أو إزدياد خطورته وإنما في عدم تحسينه. "و كما ذكر "Chambon" يجب حتى يكون للإمتناع صلاحية سببية ربطه بضرر سلبي يتمثل في عدم تحسين حالة الضحية.

ولكن يعترض طريقنا في هذه الحالة عائقا، فالأول يضعنا أمام ضرر محتمل وغير محقق، والسؤال المطروح هل أن تقديم المساعدة سيغير من مجرى الأشياء والأمور؟. وهل كانت الضحية ستتحسن؟. تلك هي الأسئلة التي يتعذر على الجميع الإجابة عنها وحتى في حالة إفتراض مواجهة وإجتياز هذه العقبة يصادفنا عائق آخر، فمن المنطق ألا يسأل الممتنع إلا عما إرتكبه أي عن عدم تحسينه لوضعية الضحية، وبما أنه يستعصي وقت رفع الدعوى معرفة مدى عدم تحسن الضرر الفعلي فمما لا شك فيه أن ذلك سيؤدي إلى مساءلة الممتنع عن كل الضرر، ولا ريب أنه يترتب على إعتناق هذه النظرية نتائج خطيرة، أما بعض الفقه فقد إقترح تفكير مماثل مع إختلاف المظهر القانوني فالضرر الذي لحق الضحية التي لم تسعف لا يعد النتيجة المباشرة للإمتناع الخاطيء وأن الضرر الناتج عن الخطأ يتمثل في تفويت فرص تعتبر نوعا ما جدية حسب الحالة المعروضة مع إمكانية أن يكون التدخل مجديا.

وعليه فإن محكمة الرباط حكمت بمسؤولية طبيب تأخر في تقديم العلاج ضد "مرض الكلب" لأحد أفراد عائلة والذي توفي إثر ذلك وبالرغم من أن الطب عاجز عن تأكيد بأن تقديم الدواء للضحية من شأنه الحيلولة دون الوفاة، فمن المسلم به أن علاج داء الكلب المقدم في الوقت المناسب ناجع وأن الغير مخطيء، إذ أنه فوت على الضحية فرصة الشفاء في حالة تقديم العلاج دون تأخير، وقد أشار بعض الفقه أن مفهوم تفويت الفرصة في المجال الطبي يتجسد في الامتناع عن تقديم مساعدة، وهو مفهوم نشأ من أجل الحلول محل فكرة السببية غير المتوافرة أصلا.

ويذهب إجتاه فقهي آخر إلى القول أن الامتناع قد يسبب إحساس بالقلق والإضطراب لدى الضحية، وهذا ما سنتعرض له فيما يلي :

المطلب الخامس

الدور السببي للإمتناع وحالة القلق والإضطراب للضحية

يذهب جانب من الإجتهاد القضائي إلى الربط بين خطأ الامتناع وحالة القلق والإضطراب التي ظلت فيها الضحية. وقد جاء حكم محكمة "بورردو" في هذا المعنى .

حيث أن رضية ظهرت عليها أعراض تدل على خطورة المرض مما أدى بالأمر إلى إستدعاء الطبيب المعالج بواسطة إبنها وجارتها لإسعافها، إلا أنه رفض لكون الوالدة إستعاضت عنه بطبيب آخر وهذا ما ترك أثراً سيئاً في نفسه، وإثر ذلك الرفض توفيت الطفلة وقد أدانت المحكمة الطبيب لرفضه تقديم المساعدة، أما بالنسبة للطرف المدني فقد حكمت المحكمة بما يلي :

" ATTENDU EN CE QUI CONCERNE L'INTERVENTION DE LA PARTIE CIVILE, LES PARENTS NON NIN ET QUE LE PREJUDICE SE MESURE ICI NON PAS A LA DOULEUR DE LA PERTE DE L'ENFANT MAIS SEULEMENT A L'ETAT DE DETRESSE OU DUNAN , PAR SON REFUS D'ASSISTANCE A LAISSE SE DEBATTRE LES PARENTS " .

كما أن محكمة كولمار تذهب في نفس هذا الإتجاه ، حيث تم الحكم في إحدى القضايا التي تتلخص وقائعها فيما يلي : " حيث أن رضية عرض على الطبيب (س) الذي كشف عليه وأكد إصابته بمرض في الأمعاء والجهاز التنفسي، ووصف له الدواء، ورغم ذلك لم تتحسن حالته مما أدى بالوالد إلى التوجه إلى عيادة الطبيب مرة أخرى لإستدعائه للكشف على المريض ، إلا أن هذا الأخير رفض مكتفياً بوصفة الدواء، وليلاً توفي الرضيع، لهذه الأسباب قضت المحكمة بمسؤولية الطبيب لعدم تقديم المساعدة، أما الطرف المدني فقد عوض عن الضرر الأدبي نتيجة حالة القلق والإضطراب التي ظل فيها الزوجان، ويبدو أن هذا الإجتهد القضائي الذي يربط الامتناع بضرر مغاير للضرر النهائي يبرز بأنه في مجال خطأ الامتناع فإن الأمر يتعلق بعدم التدخل في التسلسل السببي وليس بصلاحية سببية حقيقية(1).

وبناء على ما تقدم يمكن القول أنه بالرغم من الإختلاف في وجهات النظر في كل من الفقه والإجتهد القضائي، إلا أنه لا يراودنا الشك بأن لخطأ الامتناع قدرة وصلاحية سببية شأنه في ذلك شأن الخطأ الإيجابي.

وبعد أن فرغنا من الباب الثاني من الرسالة نتقل إلى الباب الثالث الذي يتمثل مضمونه في تطبيقات خطأ الإمتناع .

(1) — NOEL : Dejan de la Batie Note au , J C P 69 , II , 16027 , 444 , N° 389 .

الباب الثالث

تطبيقات الامتحان

الباب الثالث تطبيقات لخطأ الإمتناع

تهديد وتقسيم

وصف الإمتناع بالخطأ يفترض بداءة أن يكون ناتجا عن عمل غير مشروع وذلك في حالتين:

- أ — صدور الفعل أو الإمتناع بدون وجه حق .
- ب — إذا كان العمل مخالفا لواجب حدده القانون ويعني ذلك القول أن المخالفة لواجب قانوني يستند لنص القانون لأن القاعدة العامة هي الإباحة، وما يفيد التقييد يكون بنص حتى يمكن وصف الإمتناع بالخطأ(1).

ويعني ذلك القول قيام الواجب بالنسبة للمراكز القانونية الخاصة، أما الحقوق العامة فلا يمكن أن ينشأ بمناسبة خطأ إذا إمتنع الشخص عن القيام بها.

وهذا الواجب يستمد قوته مباشرة من نص القاعدة القانونية وعلى ذلك يوصف بسماها فهو واجب يتميز بالعمومية والتجريد ويرقى إلى مرتبة القاعدة القانونية، بمعنى أن المشرع في حال تخصيص حق معين وإعطائه قوة القاعدة القانونية يتوازى معها ويستمد قوة إلزامية مباشرة من القاعدة القانونية ويصبح ملزما وبالتالي عدم القيام به يؤدي إلى إرتكاب الفاعل أو المخالف خطأ قانوني يوصف بخطأ الإمتناع .

مما سبق نتناول موضوع دراستنا في الفصول التالية :

- الفصل الأول : أوجه الإمتناع
- الفصل الثاني : الإمتناع الخاص
- الفصل الثالث : الخيرة الفضالة
- الفصل الرابع : الوقائع القانونية

(1) — يميز غالبية الفقه بين الإمتناع البسيط Abstention Pure et Simple والإمتناع الذي يقوم أثناء الفعل المخالف أو بمناسبة عمل ، 102 .

الفصل الأول أوجه الامتناع

من أهم المبررات المقدمة لرفض تعويض الضرر الناجم عن خطأ الامتناع إنعدام الواجب العام بالقيام بعمل " ما " لصالح الغير حيث يسلم الفقه والاجتهاد القضائي بحق الشخص في اللافعل للحيلولة دون تحقق إصابة الغير بالأذى، أي أن يظل سلبيا، فالمرء حر مبدئيا في عدم التدخل لحماية نفس أو مال الغير.

إلا أن الفقه الفرنسي غير مجتمع حول هذه المسألة حيث يذهب الأستاذ "سافاتييه"⁽¹⁾ وفريق آخر من الفقهاء⁽²⁾ إلى القول أن للشخص الحق في إتخاذ موقف سلبى والركون إلى السكون ولا إجبار عليه في القيام بأعمال نافعة إزاء الغير و ذلك بمنع إصابة الآخرين بالأذى.

على أن البعض الآخر يقترح أن يجعل من خطأ الامتناع شبه جرم وذلك كلما كان الفعل الذي يحول دون إلحاق الأذى بالغير لا ينطوي ولا يشكل خطرا على الشخص نفسه⁽³⁾. ويعتقد الأستاذ "لالو"⁽⁴⁾ أن هذه النظرية صالحة من الوجهة الأخلاقية والدينية ولكنها مرفوضة من الوجهة القانونية⁽⁵⁾ فخطأ الامتناع إذن يقتضي وفقا لغالبية الفقه وجود إلتزام بعمل وإلا فلا مجال للمساس بحق الغير⁽⁶⁾.

وقد أكد الإجتهد الفرنسي هذا الرأي مرارا فحتى يوصف الإمتناع بالخاطئ يستوجب أن يكون صاحبه ملزما بالقيام به، و هذا ما أيده حكم محكمة Chaumont. فيظل الفرد في جميع الحالات حرا في عدم القيام بعمل "ما" أما إذا تصرف فذلك لتحقيق غاية تعبر عن أنانيته.

وعليه فحقه في الإمتناع مؤكد ليس بسعة أحد جبره على القيام بما فيه صالح لغيره. وذلك ما يجسده حكم الغرفة الجنائية المؤرخ في 17 جوان 1853⁽⁷⁾ حيث قضى بأن لصاحب التزل الحق

(1) — SAVATIER : Revue Critique , 1934 , P 417 .

(2) — Traité de Droit Commercial , T.VI , ED 1932 , N° 1065 .

(3) — APP LETON : OP CIT , P 59 et Suit .

(4) — LALOU : Traité , N° 661 .

(5) — DEMOGUE : OP CIT , N° 258 et 261 .

(6) — DEMOGUE : OP CIT , N° 258 . SAVATIER : Traité , N° 42 . PLANIOL : OP CIT , N° 866 .

PLANIOL RIPERT et ESMEIN : OP CIT , N° 507 . MARCADE : OP CIT , P 281 .

LAURENT : OP CIT , N° 388 . DELIYANNIS : OP CIT , P 206 . RABUT : OP CIT , P 26 .

RUTSAERT : OP CIT , P 184 . MAZEAUD et TUNC : OP CIT , N° 539 .

(7) — AUBRY et RAU : OP CIT , P 413 .

في رفض إيواء شخص وجده رجال الدرك ليلا على وشك الهلاك نتيجة البرد القارس وذلك بالرغم من التدخلات العديدة من قبل رئيس البلدية ومع ذلك أصر على رفضه، ولم يوصف عمله هذا بالخطأ وإن كان منافيا للأخلاق والروح الإنسانية، ولم يسأل عن وفاة ذلك الشخص مدنيا لإنعدام المسؤولية الجنائية.

ونلاحظ أن الفقه والقضاء، وطيلة سنوات ترددنا في التسليم بالمسؤولية المدنية للشخص الممتنع عن مساعدة غيره المهدد بالخطر نتيجة التأثير بإنعدام المسؤولية الجنائية في هذا المجال طبقا لمبدأ الشرعية.

ويبدو أن بعض إعتبرات العدالة أدت بالمشرع الفرنسي إلى النص في المادة 63 من قانون العقوبات المعدل بأمر 25 جوان 1945 على واجب محدد المعالم يقضي بضرورة تقديم المساعدة.

ووفقا لرأي "أبري"، "ورو"⁽¹⁾ ينبغي تفسير أحكام أمر 1945 تفسيرا ضيقا ودقيقا فيما يتعلق بالجزاء الجنائي وكذلك يمكن الإستناد عليها لترتيب المسؤولية المدنية في حالات أخرى للإمتناع مستقلة عن نشاط سابق لا سيما الإمتناع عن تقديم المساعدة لحماية الأموال كحالة رفض جلب المياه أو وسائل أخرى لإطفاء الحريق..

ويستوجب عدم الإفراط والغلو في تقدير دور هذا النص في مجال المسؤولية المدنية، فواجب المساعدة كان موجودا في القانون الفرنسي حتى صدور أمر 1945 وتدخل المشرع في هذه الحالة كان مجرد تدعيم الإمتناع عن المساعدة بجزاء جنائي، وذلك في حالة كون الممتنع قادرا على القيام بالنشاط دونما خطر يلحقه هو أو غيره⁽²⁾.

نستخلص مما تقدم بأنه لا شك في ثبوت المسؤولية عن الخطأ الإمتناع حينما يكون الممتنع ملزما بمقتضى القانون بالقيام بالعمل.

وما ينبغي الإشارة إليه هو أن مفهوم اللامشروعية والإلتزام القانوني بالعمل ما لبث في التوسع ففي القديم كان مقتصرا على الحالة المفروضة بمقتضى التشريع والأنظمة. أما في الوقت الراهن فالإلتزام مستمد ليس من النصوص القانونية فحسب وإنما أيضا من مبادئ القانون العرفي والتقاليد، وقواعد حسن النية، والعادات والواجبات الأخلاقية.

(1) — AUBRY et RAU : OP CIT , P 413.

(2) — DELYANNIS : OP CIT , P 248 .

وإستنادا إلى ما تقدم نلاحظ أن الإمتناع يأخذ أحد الشكليين الإمتناع المخالف لنص التشريع والإمتناع المخالف بالإستناد للمصادر القانونية الأخرى غير المكتوبة، ونعالج تلك الوجوه من الإمتناع، خاصة عندما يثار عند السكوت أو عدم الإفصاح ومدى مسؤولية الممتنع في هذه الحالة وذلك في المباحث التالية :

المبحث الأول

الإمتناع المخالف (غير المشروع)

قد يكون الإمتناع غير المشروع مخالفا لنص قانوني، وهذا الأمر لا يثير إشكالا أما في الحالة الأخرى عندما لا يكون هناك نص تشريعي يثار إشكال إمكانية وجود واجب قانوني يسأل صاحبه عن مخالفته وعلى ذلك نتناول في هذا المبحث موضوعين هما :

— حالة الإمتناع المخالف للتشريع.

— حالة الإمتناع المخالف دون الإستناد لنص التشريع.

وذلك من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول

الإمتناع المخالف لنص تشريعي (القانون المدني)

(أوجود التزام بالقيام بعمل بمقتضى نص تشريعي)

يوافق الجميع ويسلم بأن الإمتناع يعد بلا منازع عمل غير مشروع وبالتالي يشكل خطأ حينما يكون ثمة إلتزام قانوني يفرضه التشريع أو اللوائح، ونظرا لأن طابع اللامشروعية مؤكد في حالة كون الفعل الممتنع عنه مفروضا بمقتضى نص تشريعي فنكتفي هنا بعرض بعض الحالات :

1 - مسؤولية حارس الأشياء غير الحية : تنص المادة 1386 ق م فرنسي المتعلقة

بالأضرار الناجمة عن الأشياء على ما يلي : " يكون مالك البناء مسؤولا عن الضرر الناتج عن تدمره إذا وقع نتيجة لعدم الصيانة أو عيب في البناء " .

فالحالة التي يقضي فيها نص المادة 1386 ق م فرنسي بمسؤولية مالك البناء⁽¹⁾ هي حالة تهدم البناء سواء جزئياً أو كلياً أو المنشآت الكبرى ولا يكفي أن يكون الضرر الذي يلحق الغير ناتج عن تهدم البناء فحسب بل ووفقاً للنص ذاته يستوجب أن يعود التهدم للسببين التاليين :

— عدم الصيانة .

— العيب في البناء⁽²⁾.

ونلاحظ أن أساس المادة 1386 ق م فرنسي كان محل نقاش حيث أن الفقه والإجتهد القضائي يعترض على المبدأ الذي تضمنته، أما بعض الفقه فيرجع أساس المادة 1386 ق م فرنسي إلى فكرة المخاطر⁽³⁾ أو تحمل التبعة إلا أنه بالنسبة لغالبية الفقه وكذا قرار غرفة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية ترى أن أساس المادة 1386 هو ذات أساس المادتين 1382، 1383 فهو يرتكز على فكرة خطأ مالك البناء الذي تهدم.

إن المادة 1386 تخرج عن قواعد الإثبات العادية فقط حيث أن الخطأ إذا كان يقع إثباته على مدعي التعويض فهي تقييم قرينة على الخطأ في ذمة المالك و ما على المضرور إلا إثبات عدم الصيانة أو العيب في البناء⁽⁴⁾.

وحتى تقوم المسؤولية دونما حاجة إلى إثبات أن سبب الضرر خطأ ينسب إلى المدعى عليه⁽⁵⁾ ودون الغوص في مثل هذا النقاش علينا أن نذكر بأن الأفعال المؤدية للمسؤولية المنصوص عنها في المادة 1386 م. فرنسي الخاصة بمالك البناء تتمثل في غالب الأحيان في الإمتناع أو غياب المراقبة Défaut De Surveillance فقرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 28 جانفي 1936⁽⁶⁾ يذهب إلى القول : " أن مالك البناء يقع عليه واجب المراقبة العادية لبنائته وذلك حتى وإن وجد المستأجر⁽⁷⁾.

(1) — Le Batiment est Selon **AUBRY** et **RAU** « Toute Construction Faite Avec des Matériaux Quelconques Assemblés et Reliés Artificiellement de Façon a Procurer Une Union Durable , Et A Condition Qu Elle Soit Incorporé Au Sol Ou A Un Autre Immeuble Par Nature (**AUBRY** et **RAU** , T. VI , P 448 .

ومن أجل تعريفات أخرى للبناء أنظر : **MAZEAUD** et **TUNC** , T. II , N° 1039 . **LALOU** : Traité , N° 1144 .

(2) — أنظر مازووتنك : T. II , N° 1020 . **SAVATIER** : Responsabilité , N° 417 .

(3) — **DEMOGUE** : Obligations , T. IV , N° 1079

(4) — **LAURENT** : Traité , OP CIT , N° 588 . Cass Rep , 14/12/1897 , 1 , P 153 .

(5) — **LALOU** : Traité , N° 1147 . **BEUDANT** : OP cit , N° 1225 .

(6) — D. H 1936 , P 148 .

(7) — L'arret du 15/07/1943 , D.A. 1943 , J. Somm , 16

وعليه فمالك البناء الذي تسبب إتهياره أو تهدمه في إلهاق الأضرار بالغير إما نتيجة لعيب في البناء أو إنعدام الصيانة لا تعفي من المسؤولية المنسوبة إليه بقوة القانون، إلا إذا أثبت أن الضرر يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه (كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور) .

و إذا كان نص المادة 1386 م. فرنسي يشير إلى الضرر الناجم عن إتهيار تهدم البناء فهذا لإيعني أن مسؤولية المالك لا تقوم إلا في هذه الحالة الوحيدة.

فتهدم البناء ليس إلا حالة خاصة لمسؤولية حارس الشئ المنقول أو غير المنقول، ولذا فإنه تطبيقا للحكم العام الوارد في المادة 1384 م فرنسي المتعلق بالشئ المنقول وغير المنقول الذي هو في الحراسة فإن المالك وبعبارة أعم حارس الأشياء غير الحية ملزم بتعويض الأضرار الناجمة عنها إلا إذا أثبت الإستحالة المطلقة لإجتنا ب حدوث الضرر الناتج عن سبب أجنبي لا يد فيه .

ولا يطبق نص المادة 1384 م. فرنسي على الشئ الذي لم يلعب سوى دور سلبى (1) في الحادث ويكون المالك أو المستأجر بمقتضى المادة 1382 السابقة الذكر مسؤولان حينما يترتب على الشئ ضرر كان عليه تفاديه أو تداركه.

فمالك الشئ إذن يقع عليه واجب ممارسة رقابة عليه، من شأنها منعه من الإضرار بالغير (2) وفي هذه الحالة أو الأخرى فإن مسؤولية المالك غالبا ما ترجع إلى الإمتناع أي عدم المراقبة أوالصيانة العادية، أما القانون المدني الجزائري فينص في المادتين 138 و 140 (3) على المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء غير الحية وما يهمنها في المادة 2/140 وف3 التي تقضي بالمسؤولية عن الأضرار المترتبة عن تهدم البناء، فمالك البناء يكون مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بالغير نتيجة تهدمه، والراجع إلى عيب في البناء أو إلى قدمه أو إنعدام الصيانة لا سيما إذا تم إخطاره بذلك، أي كان عالما أو من المفروض حتما أن يعلم بوضعية البناء.

(1) — المادة 138 : " كل من تولى حراسة شئى ، وكانت له قدرة الإستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشئى " .

يعني من هذه المسؤولية الحارس للشئى إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة " .

(2) — المادة 140 ف 2 : " مالك البناء مسؤولا عما يحدثه إتهدام البناء من ضررو لو كان إتهداما جزئيا ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء أو عيب فيه " .

(3) — ويجوز لمن كان مههددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك بإتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر فإن لم يقم المالك بذلك فيمكن الحصول على إذن من المحكمة في إتخاذ هذه التدابير على حسابه " .

ويحق لمن يهدده خطر ناجم عن بناء، مطالبة مالكة بإتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر، فإن أغفل القيام بذلك جاز للغير أن يطلب من المحكمة الترخيص له بالقيام بها على نفقة المالك.

وحتى ينطبق حكم المادة 140 لا بد من توافر بعض الشروط :

1 — أن ينتج الضرر عن التهدم الجزئي أو الكلي للبناء.

2 — أن يكون سبب تهدم البناء عيبا فيه أو لقدمه.

3 — إهمال المالك صيانة البناء.

فمالك البناء الذي أصبح خطيرا حسب حكم هذه المادة لا يكون مسؤولا إذا كان عالما أو من المفروض حتما أن يعلم بالعيب الذي يوجد، أما إذا لم يكن يعلم فإنه قد أخطر بضرورة الترميم أو الهدم ولم يكثر بذلك وليس أمام المالك حتى يعفى من المسؤولية إلا إثبات السبب الأجنبي (كرمي القنابل أو الزلازل أو خطأ الضحية إلخ) .

ويلاحظ أن نص المادة 140 يشير إلى الإمتناع المتمثل في عدم الصيانة أو عدم إتخاذ الإحتياطات الضرورية لحماية الغير من الضرر الناجم عن تهدم البناء.

ونلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع الفرنسي حيث قصر المسؤولية على مالك البناء دون غيره من الناس بخلاف ما ذهب إليه التشريع المصري، حيث ألقى عبء المسؤولية عن تهدم البناء على عاتق الحارس وقت تهدم البناء دون مالكة.

فالمسؤولية الناشئة عن تهدم البناء كما تشير إليه المادة 140 ق م ج، السالفة الذكر تقع على عاتق المالك، سواء أكان يشغل البناء بنفسه أم كان يشغله الغير، كأن يكون مؤجرا له، فالمستأجر لا يجل محل المالك، إذا وقع تهدم للبناء أحدث ضررا ولو لم يخطر المستأجر المالك عما يحتاجه البناء من صيانة وترميم، حتى لو كان المستأجر مكلفا باتفاق خاص مع المالك أن يقوم بهذا الإصلاح.

فالمالك مسؤول ولو لم تكن له حراسة المبنى، وهذا لا يعني أن المالك يتحمل في النهاية كل أعباء المسؤولية إذا كان المبنى الذي تهدم في حراسة شخص آخر، بل بالعكس فإنه نجد في القواعد العامة للمسؤولية إمكانية الرجوع على من يثبت تقصيره في صيانة البناء أو إحداث عيب فيه طبقا للمادة 124 ق م ج. وكذلك يكون مسؤولا من إشتري بناء لهدمه، وإعادة بناءه عن الأضرار التي تنشأ عن هذا التهدم.

يفترض هذا النوع من المسؤولية أن بناء ما تهدم جزئيا أو كليا ، وسبب هذا التهدم ضررا للغير، في هذه الحالة يكون مالك البناء طبقا للنص الجزائري ، ولو لم يكن حارسا له مسؤولا عن تعويض الضرر الذي أصاب الغير من تهدم البناء، ولايستطيع مالك البناء التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أن التهدم لايرجع سببه إلى الإهمال في الصناية أو قدم في البناء أو عيب فيه. ولكي تتقرر مسؤولية مالك البناء يجب أن يتوافر شرطان: الأول أن يكون هناك بناء، والثاني أن يترتب ضررا على تهدم هذا البناء :

أ — البناء⁽¹⁾ : يقصد بالبناء الشيء المتماسك الذي يصنعه الإنسان ويتصل بالأرض اتصالا قاررا، ولايهم نوع المادة التي يصنع منها البناء فيستوي أن يكون من الإسمنت أو الحجارة أو الخشب أو الحديد، فالمهم أن تكون هذه المواد متماسكة ويجب أن يكون الشيء متصلا بالأرض إتصالا قاررا، وبمعنى آخر لايمكن نقله من مكانه دون تلف.

وتطبيقا لما تقدم، تعتبر المنازل والأعمدة، والتماثيل والسدود والجسور والأنفاق، والمصانع مباني وليس حتما أن يكون البناء قد تم تشييده، فيمكن حدوث تهدم خلال إقامة البناء والعقارات بالتخصيص، كالمصاعد وآلات الحرث والري غير المثبتة بالأرض، لاتعتبر بناء، كما تخرج عن مفهوم البناء أسلاك الكهرباء وأسلاك الهاتف المعلقة، فتطبق عليها أحكام المسؤولية عن الأشياء غير الحية، المادة 138 ق م ج.

ب — تهدم البناء : يجب أن ينتج الضرر من إهدام البناء، فإذا نتج الضرر من غير طريق الإهدام فإن نص المادة 140 ق م ج لايطبق ، فلو أن شخصا إصطدم بالمبنى لاينطبق النص هنا.

والمقصود بالانهدام حدوث انفصال في أجزاء البناء وسقوطها، سواء كان هذا الانفصال كليا أو جزئيا، كبر هذا الجزء أو صغر . ويعتبر إهيار البناء كله تهدما، كما أن سقوط السلم والحائط أو الشرفة أو السقف يعتبر تهدما، أو أحد عناصر البناء، مثل مسند السلم أو سور البناء متى كانا مندمجين في البناء بصفة دائمة .

ويجب أن يكون التهدم هو السبب في إحداث الضرر، والفقهاء مستقر على أن الحريق، لايعتبر تهدما حتى ولو سقط جزء من البناء عقب إطفاء الحريق⁽²⁾.

(1) — أنظر السنهوري : بند 714، ص 1506 ، 1507 . أنور سلطان : بند 525، ص 393 . علي علي سليمان : بند 36، ص 178 ، 179.

(2) — أنظر السنهوري: ص 1509 . أنور سلطان: ص 394 . علي علي سليمان: ص 180. أحمد سلامة: ص 336.

وتقوم مسؤولية مالك البناء على خطأ مفترض في جانب المالك ولا يكلف المضرور بإثباته، ولايستطيع المالك نفي الخطأ المفترض، وعدم صيانة البناء وقدمه أو وجود عيب فيه إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لايد له فيه أو نفي علاقة السببية بين التهدم والضرر.

وقد قرر المشرع الجزائري دعوى وقائية لصالح من يهدده البناء بضرر بسبب تهدمه المتوقع كلياً أو جزئياً، وهي لا تتضمن معنى التعويض، إذ يطالب المالك بوجوب إتخاذ التدابير الوقائية اللازمة والإصلاحات الضرورية للحيلولة دون وقوع الخطر، فإذا لم يستجب مالك البناء، جاز للمحكمة الإذن لمن يتهدده الضرر باتخاذ هذه التدابير الوقائية على نفقة المالك، ويعتبر هذا موقفاً إيجابياً من قبل المشرع الجزائري لتلافي الضرر وحماية المضرور، سواء كان الأمر يتعلق بالوقاية من الضرر المتوقع أو علاج ضرر وقع فعلاً⁽¹⁾.

2- مضار الجوار: إن مسألة مسؤولية مالك العقار إزاء جيرانه تقتضي منا فحصاً خاصاً نظراً لأهميتها العملية والصعوبات النظرية التي تثيرها، فسوء علاقات الجوار تعد مصدراً لامتناعها للدعوى، كما تؤكد المراجع المختلفة للإجتهد القضائي.

ولا يمكننا هنا معالجة الموضوع برمته وإنما نقتصر فقط على دراسة ما إذا كان التجاوز أو التعسف في إستعمال حق الملكية⁽²⁾ يتمثل في إمتناع أو في فعل إيجابي يستوجب مساءلة المالك، ولا يوجد في القانون الفرنسي أحكام خاصة بهذا المجال إنما الفقه والإجتهد القضائي الفرنسي يسلمان بأن المخاطر غير العادية الناجمة عن الجوار تمثل دون شك إستعمال غير عادي لحق الملكية أو بعبارة أخرى تعسفاً في إستعمال حق الملكية، فمخاطر الجوار تشكل إحدى العناصر للمسؤولية المدنية العامة وفقاً للمادة 1382 ق م فرنسي⁽³⁾. والمادة 124 مدي جزائري، المعدلة بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها مؤرخ في 05 مارس 1900⁽⁴⁾ بأن مالك أومستأجر الغابة مسؤول عن الضرر الذي لحق البساتين المجاورة نظراً للتكاثر غير العادي للأرانب التي لم يقض عليها صاحب الغابة مما يجعل عددها غير معقول.

VIALARD : La Responsabilité, P 111 et 112.

(1) — أنظر :

(2) — Traité, N° 942 , MAZEAUD et TUNC , N° 594

(3) — أنظر : . Cass civ 20/01/1964 , JCP , 1965 , II , 14035 .

(4) — حيث يتضح أن القضاء الفرنسي يطبق نص المادة 1382 في مضار الجوار .

كما ذهبت إلى الحكم بمسؤولية مالك مصنع الإسمنت على إنتشار الغبار وبالتالي إلحاق الضرر بالأشخاص وأثاث البيت المجاور نتيجة عدم كفاية آلات الوقاية مما يؤدي إلى تجاوز في الإلتزامات العادية الناجمة عن الجوار، ويتحقق معه خطأ صاحب المصنع إلا أنه بوسعه التقليل أو منع هذه المضايقات بإستعمال الوسائل الناجعة والفعالة(1) .

وقد قضت محكمة باريس في حكم لها بتاريخ 27 فيفري 1961(2) بمسؤولية مؤسسة النقل وثبتت الخطأ في حقها وفقا للمادة 1382 السالفة الذكر، لتعرض امرأة لإهيار عصبي نتيجة ضجيج وأصوات المحركات وعدم إتخاذ التدابير اللازمة لإنقاص أو التقليل من ذلك.

فالإجتهد القضاة الحديث لمحكمة النقض الفرنسية يبرز أن الإمتناع عن إتخاذ الإحتياطات الضرورية لتجنب مخاطر الجوار يعتبر دوما خاطئا حينما يجاوز الضرر حدود الإلتزامات المفروضة بمقتضى علاقات الجوار(3) ويوجد رأي آخر يرأسه كروزال(4) يذهب إلى القول أن عدم تنفيذ هذه الإلتزامات لا يؤدي إلى مساءلة المدين وإنما يفتح أمام الدائن حق التنفيذ الجبري وأن خرقها لا يعد مصدرا للجريمة أو شبه جريمة.

إن مشكلة علاقات الجوار والمسؤولية المترتبة على الإلتزامات التي تنتج عنها ينظر إليها المشرع الجزائري على أنها حالة لتطبيق نظرية عدم التعسف في إستعمال الحقوق فهي إحدى المظاهر التي تتجلى فيها نظرية عدم التعسف في إستعمال الحق بصورة واضحة و أصيلة.

فإذا كانت مقولة *Neminem Loedi Qui Suo Jure Utitur* ومعناها أن من يستعمل حقه إستعمالا قانونيا لا يكون مسؤولا مهما ترتب عليه ضرر للغير أي تحمي من يستعمل حقه فهذه الحماية يرفضها القانون وكذا القضاء كلما إتضح له أن إستعمال هذا الحق مقترن بسوء النية أي لا يحقق أي فائدة، وتجسد المادة 124 مكرر المعدلة بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 من القانون المدني الجزائري هذا المبدأ المخصص لعدم التعسف في إستعمال الحق، ويعد إستعمال الحق تعسفيا في الحالات التالية :

1 — إذا كان الهدف منه الأضرار بالغير.

(1) — أنظر : DP 1900 , 1 , 442 .

(2) — أنظر : Cass civ 13/12/1932 , DH , 1933 , 37 .

(3) — أنظر : Cass Civ 22/10/1964 , D.SH 1965 , J 344 . Cass Civ 29/04/1961 , L 283 .

(4) — أنظر : CROUZEL : OP CIT , P 179 .

2 — إذا كان يرمي إلى تحقيق فائدة أقل أهمية بالنظر إلى الضرر الذي يلحق الغير.

3 — إذا كان يهدف إلى تحقيق فائدة غير مشروعة.

فمن أجل حل مشكلة علاقات الجوار يلجأ إلى نظرية عدم التعسف في إستعمال الحق فكلما أدى إستعمال حق الملكية إلى ضرر غير مألوف فثمة بعض المضار التي لا يمكن قبولها، وبالتالي تترتب المسؤولية.

فالمضايقات التي يسببها المالك لجاره، والتي تتجاوز الحد المألوف المسموح به يجب إنقاصها أو القضاء عليها في حدود الإمكان مع التعويض عن الإضرار الناتجة عنها. كالمالك الذي لم يبادر إلى تدعيم الأسس وإتخاذ الوسائل الواقية ومع ذلك يقوم بعملية التنقيب في عقاره متسببا في إهتيار الأراضي المجاورة. أو صاحب المصنع الذي تنبعث من مصنعه روائح مضرّة ولا يتخذ الوسائل اللازمة لتجنّب غيره الأضرار الناتجة عن ذلك .

فإستعمال حق الملكية المشروع في حد ذاته قد يؤدي إلى مسؤولية صاحبه إذا كانت المخاطر أو المضايقات والأضرار المترتبة عنه تفوق وتجاوز حدود المضار المألوفة والعادية للجوار لأنه يعد تعسفا في إستعمال الحق وبالتالي يشكل خطأ كل تجاوز لدائرة النشاط الحر المخول بمقتضى حق الملكية.

فالتعويض مفروض إذا حينما يفوق الضرر حدود الإلتزامات العادية للجوار وحتى في حالة إنعدام سوء النية فإن المالك الذي يغفل إتخاذ الإحتياطات الضرورية التي تحول دون إيقاع الأذى بالجيران يعد مسؤولا عن إمتناعه الخاطيء.

وهكذا حسم المشرع الجزائري الخلاف المثار حول أساس المسؤولية عن مضار الجوار وجعل مبنها التعسف في إستعمال الحق. فإذا تجاوز المالك مضايقات الجوار المألوفة عد متعسفا في إستعمال حق الملكية، وذلك وفقا للشرح المفصل فيما تقدم عند تعريفنا لنظرية التعسف في إستعمال الحق، حيث تنص المادة 691 ق م ج على ما يلي : " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار .

وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي ان يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له "

غير أن جانباً آخر من الفقه⁽¹⁾ يرى أن المسؤولية المبنية على أساس المضايقات أو المضار غير المألوفة في علاقات الجوار، قد ترسخت قاعدة قائمة بذاتها في نظم المسؤولية ، فكان تكريسها إجتهداً بدون نص، وكان إقرارها منفصلة وغير مرتبطة بالتبعية عن الفعل الشخصي أو المسؤولية عن فعل الشيء، فهي تتجسد إذا وقع الضرر للجار متجاوزاً الحد المألوف في ضوء الأعراف التي ترعى التعامل بين الجيران.

فإن كان للمالك أن يمارس حقه في عقاره بلا منازع ولا نزاع على حقه فإن للجار الحق في الإستقرار، لاتحد منه تلك الممارسة بالشكل الذي يؤدي إلى مضايقات لاتسامح فيها عرفياً وإجتماعياً .

وتفترض نظرية مضار الجوار إلتزامين متقابلين أحدهما هو الذي يلزم الجار بتقبل الإزعاج في حده المألوف، ومثل هذا الإلتزام تقتضيه قاعدة إجتماعية، والإلتزام الثاني يتضمنه حق الملكية في إطاره الطبيعي، فلا يكون للمالك في ممارسة هذا الحق أن يرهق جاره بمضايقة يتعذر قبولها تسامحاً أو إعتيادياً وإلا تحمل التبعية عن هذا الإزعاج المرهق ، وتوجب التعويض للجار تغطية للإختلال وعدم التوازن الناجم عن المضايقة ذاتها.

ولاينفع المالك أن يحتج بأنه مارس حقه في حدوده المشروعة ليعفي نفسه من التبعة عن مضار الجوار غير المألوفة، لأن هذه التبعة لاتتحقق إلا في الحالة التي تحصل فيها مثل هذه الممارسة المشروعة فتستتبع مضاراً لم يكن من المألوف أن يتحملها الجار، فهي بذلك تفترق عن المسؤولية الشخصية القائمة على الخطأ، إذ أنه تستلزم إثبات الخطأ في جانب المالك، كما أنها لاتختلط مع المسؤولية المبنية على سوء إستعمال الحق، وهي المسؤولية التي تشترط خروجاً من المالك في إستعمال حقه عن حدود حسن النية والغرض الذي منح من أجله هذا الحق، دون ضرورة لأن يكون الضرر الناتج عن هذا التجاوز غير مألوف، ومن هنا أضحت التبعة عن مضار الجوار تتصف بالطابع الموضوعي⁽²⁾.

وقد كان الفقه الإسلامي سباقاً في تطبيق إساءة إستعمال الحق في علاقات الجوار، وقد تفتن الفقه الغربي إلى الصلة بين علاقات الجوار والتعسف في إستعمال الحق بعد أن كثرت المضار التي

(1) — أنظر ملاحظات ليندن Lindan في الأسبوع القانوني 1971، 2، 16781، وملاحظات ديري Dury في المجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1971، ص 857 لسنة 1972، ص 785.

(2) — أنظر تعليق بوبلي "Boubli" في الأسبوع القانوني، 2، 17070، وفيه اعتراض لنظرية المسؤولية الموضوعية بالنسبة إلى مضار الجوار.

تنشأ من علاقات الجوار بسبب إنتشار المصانع، بحيث أضحي حق الملكية الذي كان يعتبر أكثر الحقوق إطلاقاً مقيدا حتى لا يترتب على إستعماله ضررا للجيران.

3- مسؤولية متولي الرقابة : مبدئيا لا يسأل المرء إلا عن فعله الشخصي ولكن قد يحدث أن يسأل بصفة إستثنائية عن فعل الغير كمسؤولية عن أعمال المشمولين برقابته وسوف يتجلى لنا بوضوح أن أساس هذه المسؤولية يبرز دوما في صورة خطأ الإمتناع .

إن المادة 134⁽¹⁾ من القانون المدني الجزائري المعدلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 هي التي تتولى تنظيم قواعد مسؤولية متولي الرقابة في الجزائر، وروح المادة 134 إستقاه المشرع من نص المادة 173ف/ مدني مصري حيث جاء فيها " كل من يجب عليه قانونا أو إتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار " .

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية، إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لأبد من حدوثه، ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية " .

ونلاحظ أن كلا من التشريع الجزائري والمصري قد قررا مبدأ عاما لمسؤولية متولي الرقابة في حين أن التشريع الفرنسي لا يتضمن ذلك. وهذا ما أكدته المادة 134 في فقرتها الرابعة من ق م د. كما أنهما حددا فكرة الرقابة وبيننا علته ومصدره حيث كل من كان بحاجة إلى الرقابة بسبب قصره، أو حالته العقلية، أو الجسمية يكون متولي الرقابة مسؤولا عن أعماله التي تلحق الأذى بالغير.

وأساس مسؤولية متولي الرقابة هو الإلتزام القانوني والإتفاقي بالرقابة، وغالبا ما تتجلى في إنعدام هذه الرقابة فالقانون يعيب عليهم إذن الإحجام عن التصرف La Loi Lour Reproche de N'avoir Pas Agi⁽²⁾ ويعد ذلك إحدى الحالات الخاصة التي أقام فيها واضعي القانون المدني الفرنسي والجزائري وكذا المصري المسؤولية عن خطأ الإمتناع أو اللافعل Inaction والمتمثل في خرق واجب رقابة القاصر، أو من هو بحاجة لرقابة بسبب حالته العقلية أو الجسمية والحيلولة دون أن يلحق الأذى بالغير⁽³⁾.

(1) — المادة 134 ق م ج المعدلة بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

(2) — أنظر : MAZEAUD et TUNC I, N° 530 .

(3) — أنظر نفس المرجع .

فتمة قرار بتاريخ 25 مارس 1964 Cour de Douai قضى بالمسؤولية المدنية لأب ترك ابنه يلعب ببندقية Carabine a Air Comprimé تسببت في إلحاق الأذى بطفل آخر حيث تبين من الظروف المحيطة بالحادث أن الإصابة كانت نتيجة عدم رقابة الوالد لإبنه(1). ومهما يكن الأمر فمما لا شك فيه أن الأمر متعلق بمسؤولية عن لا فعل أي خطأ إمتناع.

وهكذا نلاحظ أن المادة 1384 ق م ف والمادة 134 ق م ج، المقابلة للمادة 172 ق م مصري، تتيح لمتولي الرقابة نفي المسؤولية عنه بإثبات بأن القوة القاهرة هي السبب الحقيقي لعدم تنفيذه وقيامه بواجباته، أو أن المجهودات المبذولة من قبله لتقوم عيوب الإبن القاصر والحيلولة دون تحقق الفعل الذي أدى إلى المسؤولية كانت غير مجدية(2).

وقد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بما يلي : " أنه إذا كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي حمل المستشفى مسؤولية وفاة الضحية نتيجة إعتداء وقع عليها من أحد المرضى المصابين عقليا، واعتبر ذلك إخلالا بواجب الرقابة الملقى على عاتقها مما يشكل خطأ مرفقي، يستوجب التعويض، طبقا للمادة 134 من القانون، وبقضائه، كما فعل طبق القانون تطبيقا سليما، ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن "(3).

4 - مسؤولية حارس الحيوان : إن مسؤولية حارس الحيوان موضع حكم خاص في القانون الفرنسي حيث تنص المادة 1385 ق م ف على ما يلي :

« LA PROPRIETAIRE D'UN ANIMAL OU CELUI QUI S'EN SERT , PENDANT QU'IL EST A SON USAGE EST RESPONSABLE DU DOMMAGE QUE L'ANIMAL A CAUSE SOIT QUE L'ANIMAL FUT EGARE OU ECHAPPE » .

فهذه المادة تربط المسؤولية بالحراسة غير أن الحارس ليس شخص المنتفع بالحيوان أو من يعرف عيوبه ولا حائره وإنما هو من يملك عليه سلطة التسيير أو التوجيه التي تميز الحارس(4).

غير أن أساس هذه المسؤولية مختلف حوله فيرى أنصار النظرية التقليدية أن المسؤولية المشار إليها في حكم المادة 1385 قائمة على الخطأ، فالخطأ يظل أساس المسؤولية عن الأشياء الحية أو غير الحية كما هو أساس المسؤولية عن الفعل الشخصي أو فعل الغير أو عن البناء.

(1) — CHEVEAU : Examen Synthetique des Questions de Responsabilité Civile , Revue Crit 1933, P 321 .
MAZEAUD et TUNC : Traité , T. II , N° 1326 .

(2) — أنظر : JCP , 1965 , II , 14174 .

(3) — أنظر القرار رقم 52862 المؤرخ في 16 جويلية 1988 / م ق .

(4) — أنظر : LALOU : Traité , N° 1113 , MAZEAUD et TUNC : II , N° 1078 .

فالحارس مسؤول إما لإفترض عدم قيامه بالرقابة على الوجه المطلوب ويتجسد عدم الرقابة إما في صورة إهمال أو عدم احتياط⁽¹⁾.

وذلك هو التفسير الذي أخذ به واضعوا القانون الفرنسي ، وكذا محكمة النقض الفرنسية، والمحاكم ومحاكم الاستئناف، فالحارس يكون مسؤولاً، لأنه ارتكب خطأ عدم المراقبة أو نقص في الحداقة ، والحارس وفقاً لأنصار نظرية المخاطر مجبر على تعويض الضرر الذي سببه الحيوان لأنه ينتفع بهذا الأخير دون الإهتمام بارتكابه الخطأ أو عدمه، أما بالنسبة للأستاذين " مازو وتنك " فالحارس يكون مسؤولاً لإرتكابه الخطأ، إلا أن الخطأ لا يتمثل في عدم المراقبة (إفترض الخطأ) كما هو الحال في النظرية التقليدية، وإنما أساس المسؤولية يجب البحث عنه فيما يسمى بالخطأ في الحراسة، " فثمة خطأ كلما فلت الشيء عن المراقبة المادية للشخص الملزم بالحراسة "، ومهما يكن من أمر فإنه عند الأخذ بهذه النظرية أو الأخرى من النظريات السالفة الذكر، نجد بأن الإمتناع أو اللافعل يشكل دوما القاعدة للمسؤولية المنصوص عليها في المادة 1385 ق م فرنسي ، فعدم المراقبة وفقاً للنظرية التقليدية أو الخطأ في الحراسة وفقاً لما ذهب إليه " مازو وتنك " والمتمثل في عدم القيام بالإلتزام المنصوص عنه قانوناً على الوجه المطلوب ، أو إلتزام الحارس بعدم ترك الشيء يفلت من رقابته المادية لا يعني إلا عدم الفعل أو الإمتناع .

ونفس القول يصدق بالنسبة لأنصار نظرية تحمل التبعة، حيث يسلم مؤيدي هذا الإتجاه بأن الحارس مسؤولاً لإنتفاعة بالحيوان ، وما المخاطر سوى مقابل للمنافع المحنية، ويمكن الجزم بأن التسبب في المخاطر يفترض حتما إمتناعاً، لاسيما عند إغفال المتسبب في نشوئها إتخاذ الإحتياطات التي تملئها الظروف، ومن جهة أخرى فإن المسؤولية عن الإمتناع لا يفترض دائماً إقامة الدليل على الخطأ، فيكفي أن يجعل القانون الحارس مسؤولاً عن الضرر الذي يسببه الحيوان حتى تترتب مسؤوليته، وإن لم يعز إليه أي خطأ، فالأمر متعلق بانتقال عبء الإثبات فحسب وفقاً لأنصار النظرية التقليدية .

وما تجدر ملاحظته أن نظرية تحمل التبعة وإن حققت بعض التطور، إلا أنها لم تفلح في إبعاد المفهوم التقليدي للخطأ، وهو العنصر والدعامة الأساسية في الصناعة التقنية للقانون الفرنسي.

ولم يستحدث التقنين المدني الجزائري ولا المصري حكماً جديداً فيما يتعلق بالمسؤولية عن الحيوان، ولم يكن ثمة أي إختلاف عن التقنين المدني الفرنسي، فحارس الحيوان وفقاً للمادة

(1) — أنظر مازووتنك : نفس المرجع ، 3 . 13 . II

139 ق م ج (1) هو من يملك زمام الحيوان بتمتعه بسلطات الإستعمال والتوجيه والرقابة عليه، أي هو المتصرف في شأن الحيوان بطريقة شرعية أو غيرها بحق أو بغير حق ، وليس بالضرورة أن يكون الحارس هو المالك .

وقد كان القضاء في فرنسا يسمح لحارس الحيوان نفي المسؤولية عن نفسه بإثبات عدم إرتكابه الخطأ، أي أنه لم يقصر فيما يتعلق بحراسة الحيوان ، ولا في مراقبته أو إقتنائه، وأنه منعه من إلحاق الأذى بالغير ، أي أنه لم يمتنع .

غير أن الفقه و القضاء إستقر على أن نفي هذه المسؤولية لا يكون إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه وقد قنن المشرع الجزائري وكذا المصري هذا المبدأ في المادتين 139 ق م ج والمادة 172 ق م مصري.

المطلب الثاني الإمتناع المخالف لنص جزائي

توجد بعض الحالات التي تثير المسؤولية الجزائية عن الإمتناع و تنص عليها بعض القوانين الخاصة و سنحاول التعرض لأهم هذه الحالات فيما يلي :

1- المساعدة البحرية : إن الحياة الوثيقة الصلة بالبحار فرضت على الرجال ورسخت فيهم أفكارا تستوجب التضامن لأن المخاطر والكوارث الطبيعية الناجمة عن الوسط البحري لا يمكن مواجهتها إلا ببذل المزيد من الجهود والتضامن بين البحارة ليتأتى لهم مساعدة بعضهم بعضا(2).

فالمساعدة البحرية ليست وليدة اليوم، بل تعود وفقا للتاريخ البحري إلى الأصول القديمة(3) فالبابا Pie V أمر بمقتضى دستور Cum Nabis سنة 1566 ، البحارة والصيادين بتقديم المساعدة للسفن المهتدة بالخطر وكذلك فعل ملك فرنسا حيث كلف شعبه بمقتضى الأمر المتعلق بالملاحة بمساعدة الأشخاص المعرضين لخطر الغرق Naufrage(4) إلا أن التزعة الفردية لتشريع

(1) — تنص المادة 139 ق م ج على ما يلي : " حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسؤولا عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ظل الحيوان أو تسرب ما لم يثبت الحارس عكس ذلك " .

(2) — WERNER : Traite de Droit Maritime General , Geneve , 1964 , N° 33 .

(3) — WERNER : OP CIT , N° 552 . et COHIN : OP CIT , P 231 .

(4) — RIPERT : Droit Maritime , 3eme ED , 1930 , N° 2137 .

نابليون جعلت هذا التكاليف لا يحضى بالرعاية والإهتمام وقد مر أمد طويل حتى عاد من جديد إلى الواجهة⁽¹⁾.

وما تجدر ملاحظته أنه تحت تأثير النظام الفردي للقرن XIX لم تكن ثمة نية لفرض الإلتزام بالمساعدة .مقتضى نصوص خاصة إلا أن الرأي العام تغير بالنسبة لهذه المسألة، وفي العديد من البلاد يلاحظ بأن الإلتزام بالمساعدة البحرية منصوص عليه صراحة.

وفي سنة 1910 إجتمعت غالبية دول العالم بروكسل بغية خلق وترسيخ مبدأ المساعدة الإلزامية لكل من يهدده خطر. فاتفاقية بروكسل لسنة 1910 حول تحديد بعض القواعد المتعلقة بالإبحار Abordage أو الرسو، قد فرضت في مادتها الثامنة الإلتزام بالمساعدة في هذا المجال على كل السفن الراسية بميناء إحدى الدول المنظمة للإتفاقية⁽²⁾. أما إتفاقية بروكسل الثانية فقد فرضت في غير حالة الرسو على كل قبطان (ربان) الإلتزام بمساعدة كل شخص وإن كان عدوا يوجد بالبحر ومهددا بالتيه⁽³⁾. فهاتان الإتفاقيتان قد نظمتا دوليا المساعدة والإنقاذ البحريين. بمقتضى إتفاقية بروكسل لسنة 1910 .

وفي فرنسا فإن قانون 10 أبريل 1891 حول الرسو البحري Abordage Maritime قد فرض لأول مرة واجب المساعدة فقد ألزم السفن المتصادمة بإستعمال كافة الوسائل المخولة لها لإنقاذ السفينة الأخرى المعرضة للخطر⁽⁴⁾.

أما قانون 29 أبريل 1916 الصادر بعد إتفاقية بروكسل فقد أدخل أحكام هذه الأخيرة في التشريع الفرنسي الداخلي كما فرض في ذات الوقت الإلتزام بالمساعدة حتى في غير حالة الرسو⁽⁵⁾ فالمادة 85 من القانون العقابي Dicipinaire والجنائي للتجارة البحرية Marine Marchande لـ 17 ديسمبر 1926 الذي حل محل المادة 11 من قانون 1916⁽⁶⁾ يعاقب : " كل قبطان أو ربان يهمل بعد الإرساء دونما خطر يلحق طاقمه أو الركاب إستعمال الوسائل المخولة له لإنقاذه من خطر الإرساء سفينة أخرى أو طاقمها أو ركابها " .

(1) — RIPERT : La Règle Morale , N° 151 .

(2) — WERNER : OP CIT , N° 576 . RIPERT : Droit Maritime , N° 2136 .

(3) — WERNER : OP CIT , N° 645 . RIPERT : La Règle Morale , N° 152.

(4) — RIPERT : Droit Maritime , N° 2136 , P 233

(5) — RIPERT : OP CIT.

(6) — RIPERT : OP CIT..

إضافة إلى ذلك فإن قانون 1916 يجعل ربان السفينة الذي يخرق أو يخل بالإلتزام بالمساعدة مسؤولاً، فهو مسؤول إزاء الأشخاص الذين أحجم عن مساعدتهم أو إتجاه ذويهم (1).

وما تجب ملاحظته أنه قبل تبني والأخذ باتفاقية بروكسل لم يكن في فرنسا فيما عدا حالة الإرساء إلتزام بالمساعدة، ولم يكن أمام ربان السفينة سوى التحمل بواجب أدبي لمساعدة السفن أو الأشخاص المهددين بالخطر، وأصبح الآن الإلتزام بالمساعدة مقترنا بجرائم جنائي ومدني (2).

وبعد إنضمام الجزائر إلى الإتفاقية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المطبقة في ميدان المساعدة والانتقاد البحريين، وبموجب المرسوم رقم 70/64 المؤرخ في 2 مارس 1964، وبعد إنضمام الجزائر إلى الإتفاقية الدولية لسنة 1979 حول البحث والانتقاد في البحر المبرمة في 27 أبريل 1979 أصبحت الدولة الجزائرية ملزمة بواجب المساعدة والانتقاد في البحر، وأي إمتناع يرتب مسؤوليتها في هذا المجال، كما أن المرسوم رقم 51/88 المؤرخ في 15 مارس 1988 المتضمن تنظيم البحث والمساعدة البحرية ينظم كفاءات القيام بهذه المهام، والأطراف المنوط بها واجب البحث والانتقاد والمساعدة في البحر.

2 - المساعدة في حالة حوادث المرور : كان تنظيم المرور في فرنسا سابقا لصنع

السيارات، فقد قرر " نابليون " وفرض واجبا بالإلتزام بأقصى اليمين في السير أو المرور سنة 1806، في حين لجأ الرومان في السير على اليسار، وقد ظهر مفهوم قانون المرور ابتداء من سنة 1828، ويعود الإلتزام بالحصول على رخصة قيادة مركبة إلى أمر أوت 1893 المفروض من قبل مقاطعة " السين Seine " الذي قرر السماح بالحصول على الشهادة لإقتناء مركبة.

وأنشئت رخصة السياقة ابتداء من سنة 1896، وترجع صلاحية المعاينة لمهندس المناجم بالنسبة للسيافة وحالة المركبة ومن هنا جاءت تسمية Plaques Ménérologiques للدلالة على لوحة التقييم للسيارات، وأول مرسوم ينظم مرور السيارات في فرنسا تعود جذوره إلى مارس 1819، غير أنه وابتداء من سنة 1921 تمت المصادقة على أول قانون فرنسي للمرور، ثم لحقه قانون 17 جويلية 1908، ونص قانون 17 جويلية 1908 (3) على جنحة الهروب Délit de Fuite بالنسبة لسائقي السيارات، إلا أن تطور التشريع والقضاء الفرنسيين يذهب إلى التشدد المستمر في هذا المجال.

(1) — RIPERT : Droit Maritime , OP CIT .

(2) — DEMOGUE : OP CIT, N° 158 , RIPERT : Droit Maritime , 4ème ED , 1953 , N° 2144 , P 190.

(3) — AUBRY et RAU : T. VI , 444 , P 430 .

وقد أعطى قانون 25 أكتوبر 1941 المعدل بمقتضى أمر 25 جوان 1945 حلا لمشكلة تقديم المساعدة للأشخاص المصابين من جراء حوادث المرور وذلك بالنص على جنحة عدم الإبلاغ والإمتناع الخاطئ Abstention Délictueuse وتعاقب المادة 63 من قانون الجنائي الفرنسي المعدل بأمر 1945 ف2، والمادة 6/223 المعدلة بالأمر 2000/916 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000: " كل من يتمتع عمدا عن مساعدة شخص مهدد بالخطر دون أن يتعرض شخصا أو يعرض غيره للخطر سواء بصفة فردية أو بواسطة غيره "

فالإمتناع العمدي عن تقديم المساعدة لشخص معرض للخطر يشكل جنحة في المجال الجزائي وكذلك خطأ مدنيا(1).

وقد حكمت إحدى المحاكم بتوافر جنحة الإمتناع في حالة ترك سائق سيارة، الضحية التي دهسها دون مساعدة وإن كان ذلك غير مجد نظرا لحالتها(2).

وغالبا ما ينسب لمرتكبي حوادث المرور أخطاء إمتناع تكون سببا للأضرار الناجمة ويتعلق الأمر هنا بإمتناع مقترن بنشاط ومحدثوها قد يكونوا سائقي السيارات، أو الركاب أو سائقي الدراجات وحتى المشاة.

ويبدو أن قانون 5 جويلية 1985 قد قلص نوعا ما دور الخطأ غير أنه يظل قائما ومهما حينما يتعلق الأمر بخطأ الضحية وقد أصبح حزام الأمن إجباريا بمقتضى مرسوم 28 جوان 1973، وعليه يعتبر خطأ بالإمتناع مجرد عدم ربط حزام الأمن(3).

غير أنه وحتى قبل يصبح ربط حزام الأمن إجباريا فإن حالة الإحجام عدت مكونة للخطأ في بعض أحكام المحاكم(4) كما أن سريان قانون 5 جويلية 1985 لم يحول دون الحكم بتوافر الخطأ في حالة عدم ربط حزام الأمن من قبل سائق كان ضحية نتيجة لإصابته(5).

وقد تعاقبت قوانين المرور في فرنسا، وأحدثها قانون المرور الصادر بموجب الأمر رقم 2000/930 الساري المفعول، إبتداء من سنة 2001، ثم تعديل سنة 2011، وتلاه تعديل آخر

(1) — D , 1953 , J 371 .

(2) — Cass Crim 16/03/1977 , DS , 1977 . 469 , Note **G. MORANGE** : PARIS , 17/12/1980.

(3) — **GAZ PAL** : 1980 , 2 Somm 2.

(4) — Note A , **TUNC BOURGES** : 28/11/1974, JCP , 1975, II , 18024 . Note A TUNC, ROUE: 21/01/1975. DS 637 , TRIB , Grenoble, JCP , 1973, II , 17553 , 13/06/1973 , Note , PH , Le Tourneau .

(5) — Trib Grand Instance , C.P.R , I , N° 152 . Trib Grins Nantes , C.P.R , I , N° 152 .

بموجب قانون 19 أفريل 2014، لاسيما المادة 1/231 منه التي عاقبت على جنحة الهروب من المسؤولية الجزائرية والمدنية، وأكثر الأخطاء المعاقب عليها في قانون المرور الفرنسي أخطاء بالامتناع ، وهي تفوق في خطورتها الأخطاء الإيجابية.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، ونظرا لأن الجزائر تعاني من مشكلة حوادث المرور وازدياد عدد القتلى والجرحى، مما جعل السلامة المرورية على رأس إهتمامات السلطة الجزائرية، وهذا ما حثها ببذل المزيد من المبادرات لفرض النصوص وتوقيع العقوبات المشددة على من تسول له نفسه خرق تلك الأوامر والنواهي المنصوص عنها في قانون المرور، وتحمل مقترفيها المسؤولية الجزائرية والمدنية في آن واحد حتى يساهم ذلك في الحد من الحوادث المأساوية الناجمة عن خرق قانون المرور رقم 14/01 المؤرخ في 19 أوت 2001، والمعدل بموجب الأمر المؤرخ في 22 جويلية 2009 الساري المفعول ابتداء من 10 فيفري 2010، وكذا النصوص اللاحقة والمعدلة له. والتي تؤكد على فرض الجزاء على الانتهاكات في مجال المرور ، لاسيما ما كان نتيجة الامتناع عما تمليه الواجبات المقررة، كالامتناع عن تسليم رخصة السياقة في حالة وقفها أو إبطالها، الإمتناع عن ربط حزام الأمان ، الإمتناع عن التوقف للتملص من المسؤولية الجنائية والمدنية.

ويتضح من النصوص الواردة في قانون المرور لسنة 2001 والنصوص المعدلة له بأنها تعاقب على الأخطاء بالامتناع، لاسيما وأن حوادث المرور أغلبها مميتة أو تجعل المصابين مقعدين وعاجزين عن العمل مدى الحياة، ودون مبالغة بالإمكان الجزم بأن جلها ناجم عن أخطاء بالامتناع أو عدم إتخاذ الحيطة والتقيد بالأوامر المنصوص عنها، ومما لشك فيه فإن فرض رخصة السياقة المصحوبة بالتنقيط وفقا للتعديلات الأخيرة لقانون المرور سيؤدي حتما إلى خفض نسبة حوادث المرور في الطرقات، وكذا في عدد الوفيات الناجمة عنها، لأن هذه العملية ستؤدي إلى السحب النهائي لرخصة السياقة، مما قد يدفع سائقي السيارات إلى توخي أقصى الحيطة والحذر لتفادي توقيع مثل هذا الجزاء(1).

ومن الأمثلة البارزة لخطأ الإمتناع في قانون المرور الجزائري رقم 14/01 المؤرخ في 19 أوت 2001 ، المادة 2/69 التي تنص على تطبيق عقوبة الحبس من 6 أشهر إلى خمس سنوات وغرامة من 50.000 إلى 150.000 دج على التهرب من المسؤولية الجنائية أو المدنية إثر قتل أو جرح خطأ.

(1) — أنظر قانون المرور الجزائري رقم 14/01 المؤرخ في 19/08/2001 والنصوص المعدلة له بقانون 27 جويلية 2009 والتعديلات التالية له سنة 2011.

كما أن قانون العقوبات لسنة 2006 نص في المادة 290 منه على مضاعفة العقوبات المنصوص عليها في المادتين 288 و 289 ق ع ج في حالي السياقة في حالة سكر، وتهرب الجاني من المسؤولية الجنائية والمدنية، بعد ارتكاب الجريمة أو محاولة التهرب من هذه المسؤولية.

ويلاحظ أن ثمة إختلاف بين قانون العقوبات وقانون المرور من حيث العقوبات المقررة، فالفعل الواحد إذن ينطبق عليه نصان يتضمنان عقوبات مختلفة، وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون الجزائي للفصل في النص الواجب التطبيق مما لاشك فيه أن يكون تبعاً لثلاثة معايير هي النص الأحدث أو الأشد أو الأخص.

فوفقاً للمعيار الأول فإن النص الأحدث هو قانون المرور لسنة 2001 من قانون العقوبات لسنة 1966. وبالنسبة للمعيار الثاني أي النص الأخص يكون قانون المرور هو المرشح أيضاً. أما إذا إتبعنا المعيار الثالث أي النص الأشد تارة نجد قانون العقوبات هو الأشد وتارة أخرى قانون المرور.

وعليه فيكون قانون العقوبات أشد من قانون المرور في جنحة القتل الخطأ في حالي السياقة في حالة سكر والتهرب من المسؤولية الجزائية والمدنية، إذ تكون العقوبة في الحالة الأولى أي السياقة في حالة سكر من سنة إلى خمس سنوات في قانون المرور حسب المادة 66 ، والحبس من أربعة أشهر إلى أربع سنوات في قانون العقوبات.

وفي حالة التهرب من المسؤولية الجزائية والمدنية مثلاً فالعقوبة المقررة هي الحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات في قانون المرور حسب المادة 69، والحبس من أربعة أشهر إلى أربع سنوات في قانون العقوبات حسب المادة 290.

نستخلص مما سبق أن كل الحالات الواردة في قانون المرور والتي يتم خرقها فإن الترجيح وفقاً للمعايير السالف الإشارة إليها يكون بتطبيق قانون المرور بشأنها، باستثناء حالة واحدة وهي جنحة القتل الخطأ إذا ارتكبها جاني يقود مركبة وهو في حالة سكر أو تهرب من المسؤولية الجزائية أو المدنية، أو حاول التهرب منها حيث تميل الكفة لتطبيق قانون العقوبات بشأنها⁽¹⁾، ويظل قانون العقوبات هو النص الواجب التطبيق، إذا تعلق الأمر بالجرح الخطأ الذي لا يمت بصلة لحوادث المرور، واستعمال المركبات، وينبغي معالجة هذا الإختلاف بالإرادة التشريعية. حتى يتجلى الأمر ويطبق قانون المرور على أساس القاعدة القائلة بأن الخاص يقيد العام.

(1) — أنظر د. حسن بوسقيعة : الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، الجزء الأول 2009 ، ط10 ، ص 86.

3- المساعدة الجوية : لم يعد نشاط الإنسان مقتصرًا على البر والبحر، بل إمتد ليشمل أيضا الفضاء وعليه يعتبر الطيران نشاط إنساني، ويتميز بالعالمية، فالطائرة أساسا تعد أداة للنقل الدولي فهي تحلق في الفضاء الجوي الذي يعلو أقاليم الدول الأخرى، وهذا ما يتجلى من خلاله سيادة الدولة على الفضاء الجوي، وما مدى هذه السيادة وما يرد عليها من قيود.

وبما أن النشاط الإنساني وحيثما يتم هذا النشاط يحتاج إلى قاعدة تحكمه وتنظم ما ينجم عنه من علاقات بين البشر، ولهذا السبب نجد أن الوسيلة التي تكفل ذلك هي وضع قواعد قانونية تحكم العلاقات المتولدة عن استعمال الفضاء الجوي، ولذا وعلى غرار وجود قانون للبر والبحر فأضحى للفضاء قانونه أيضا.

وقد أثار القانون الجوي جدالات عديدة لا شأن لعرضها حول إستقلاليتها وذاتيتها، فيري المساندون لإستقلال القانون الجوي أن الطيران يعد ظاهرة جديدة تتميز وتمخض عنها مخاطر تقتضي قانونا جديدا في كل عناصره بحيث يتحرر من القواعد القانونية التقليدية، كما أن القانون الجوي يتسم بطابع دولي بإعتبار أن الطائرة وسيلة نقل دولي وقلما توجد دول لها مساحات شاسعة تسمح بإستخدام الطائرة كأداة نقل محلي، ولذا يستحسن إبتعاد القانون الجوي عما يميز التشريع الوطني الداخلي وإلا أدى ذلك إلى إعاقه حركة التدويل⁽¹⁾ وأغلبية قواعد القانون يعود مصدرها للإتفاقيات والمعاهدات الدولية كمعاهدة هافانا 1928 واتفاقية وارسو عام 1929 بشأن النقل الجوي وإجبارية التأمين ومعاهدة روما 1923 ، ومعاهدة شيكاغو 1944⁽²⁾ ومعاهدة روما الثانية عام 1952 ومعاهدة طوكيو 1963 ومعاهدة لاهاي 1970 .

ولم تصدر الجزائر تشريعا جويا، وعليه فاللجوء إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني أو التجاري أو البحري تبعا للأحوال ضروري تطبيقه على تلك العلاقات مع مراعاة نص المادة 591 إ. ج ج . أما في مصر فلم يصدر كذلك تشريع موحد يعالج مشاكل الملاحة الجوية وإنما هناك بعض التشريعات تعالج جزئيات مختلفة.

(1) — أنظر كافثال :

- La Réparation des Dommages Causés Aux Voyageurs Dans Les Transports Aériens , Revue Trim de Droit Civil , 1929 , P 995 et Suit.

(2) — تناولت المادة 25 من إتفاقية شيكاغو :

« Chaque état Contractant S'engage a Prendre Les Mesures Qu'il Jugera ».

وقد تم إعداد مشروع إتفاقية أو مؤتمر Conférence de Bruxelles لسنة 1938⁽¹⁾ ومن جهة أخرى نلاحظ أن المادة 72 من قانون 1924 قد وضعت Délit de Fuite وقررت جنحة الهروب في حالة الأضرار التي تسبب فيها طائرة نتيجة رمي أشياء محظورة على أشخاص أو الأموال ويقع على عاتق القائد واجب النزول فيما عدا الحالة التي يثبت فيها أن توقف الطائرة يعرض سلامتها للخطر⁽²⁾.

وقد إنتقد جانب من الفقه تقرير جنحة الهروب من قبل المشرع ويرى بعض الفقهاء بأن المادة 72 الناجمة عن تشبيهها تشبيها سطحيا وإدماجها بجنحة الهروب التي يقترفها سائقو السيارات لا يمكن إعتبارها إلا غير قابلة للتطبيق وكنص ميت نظرا للشروط الصعبة الواجب توافرها وضرورات الملاحة الجوية كالعلو المفروض على الطائرة ، والسرعة ، المسافة المقطوعة ، صعوبة تقدير الضرر من قبل القائد ومدى شغور أرضية النزول (الهبوط) على مسافة ضئيلة... إلخ⁽³⁾.

غير أنه يبدو أن تقرير جنحة الهروب من قبل المشرع الفرنسي يبرز مدى الإهتمام المتزايد في فرض الجزاءات في الميادين المختلفة ، حيث أن جنحة الهروب ليست متعذرة التحقيق ويعرض ذلك حيث تكون الطائرة تحلق فوق السطح على علو غير مرتفع بحيث يسهل على القائد تقدير الضرر وتواجد أرضية النزول أي مهبط على مقربة ورغم هذه الظروف يحجم عمدا عن الهبوط .

ويوجد على المستوى الدولي إتفاقية خاصة بالمساعدة والإنقاذ الجويين ويتعلق الأمر بإتفاقية بروكسل المبرمة بتاريخ 29 سبتمبر 1938 و الخاصة بتوحيد بعض القواعد المرتبطة بالمساعدة وإنقاذ الطائرات أو من قبل الطائرات وذلك بالبحر، وقد أمضى الإتفاقية ستة عشر دولة منها سويسرا غير أن المصادقة عليها تأخرت بسبب الحرب العالمية الأولى وقد فرضت المادة الثانية منها واجب المساعدة في البحر على عاتق الطائرات والسفن لصالح كل شخص معرض لخطر التيه :

ARTICLE 2 : « Le Devoir D'assistance en Mer des Avions et des Navires en Faveur de Toute Personne en Danger de se Perdre ».

وعليه ينشأ من هذه الإتفاقية واجب المساعدة المتبادلة بين الملاحة البحرية والجوية. وقد إنضمت وصادقت الجزائر على الإتفاقيات الدولية الخاصة بالإنقاذ البحري .

(1) — أنظر المرجع السابق : RIPERT : La Regle Morale , N° 152 .

(2) — Le Goff : N° 1578 .

(3) — Le Goff : A Pasitt , N° 1578 .

أما على الصعيد الوطني فلا تتوافر في غالب الأحيان تشريعات خاصة بتنظيم المساعدة والإنقاذ الذي يكون لصالح الطائرة أو تقوم به الطائرة لصالح الأشخاص أو الأموال المعرضة للخطر برا وبحرا، ويكون الرجوع للقواعد العامة هو في هذه الحالة السبيل، إذ أن العلاقات الناشئة عن المساعدة والإنقاذ قد تساعد قاعدة الإثراء بلا سبب في حلها ولكنها غير كافية لتأكيد وجود إلتزام بالمساعدة والإنقاذ.

مما لاشك فيه أنه حينما يوجد نص يقضي بالقيام بعمل ما، فإن الإحجام عن أداءه يشكل بلا منازع خطأ بالإمتناع، والتساؤل المطروح، هو مدى إمكانية وجود واجب قانوني بالعمل دون حكم تشريعي وذلك ما سنعالجه في الفرع الثالث .

المطلب الثالث

حالة الإمتناع المخالف دون الإستناد لنص تشريعي

الأصل وفقا لرأي غالبية الفقه التقليدي بأن الشخص لايسأل عن إمتناعه طالما ليس هناك نص من لدن المشرع، وبما أن الشخص لم يخرق إلتزام بالعمل الإيجابي منصوص عنه في التشريع فلا مجال لتحقق مسؤوليته، إذا ألحق بالغير ضرر ، فهل هذا يعني أن مصدر الإلتزام بالعمل لا يكون إلا نص تشريعي؟ أم أن هذا الإلتزام بالعمل يكون مصدره غير التشريع، وذلك ما نتناوله فيما يلي :

1- إمكانية وجود واجب قانوني بالعمل دون نص تشريعي :

تعرف مثل هذا النوع من المسؤولية فالشخص لايسأل عن أفعاله الإيجابية فقط بل غالبا ما يسأل عن مواقفه السلبية وقد لاحظنا أن بعض التشريعات الجزائية تنص صراحة على حالات الإمتناع التي تؤدي إلى مساءلة محدث الضرر، ولكن ما الموقف بالنسبة للحالات التي لا يوجد أي نص تشريعي يفرض العمل، فهل ثمة واجب بالقيام بالعمل خارج حدود التشريع، وبمقتضى أي مبدأ يصح ذلك؟. ذلك هو السؤال المطروح؟.

يذهب الفقيه "سافيتيه"⁽¹⁾ إلى القول بأن الإمتناع الخاطئ ينتج أولا عن خرق الواجبات التشريعية، الواجب المخترق قد يكون واجبا تعاقديا وقد يكون مجرد واجب أدبي أو نتيجة لأفعال إيجابية سبق القيام بها حينما تكون النتائج المترتبة عن هذه الأفعال من شأنها أن تضر بالغير.

(1) — أنظر سافاتييه . Traité N° 42 , et Revue Critique , 1334 , P 417 .

أما ديموج (1) فيقول: " إن الإلتزام بالعمل قد يفرضه النص أو العقد بحيث يرى القضاة أنه من الضروري أن نجعل منه إلتزاما قانونيا " .

ويرى البعض (2) أنه من النادر أن يكون الإلتزام بالعمل مفروضا بمقتضى القانون أو الأنظمة وإن وجدت بعض الأمثلة، وإنما ينتج عن الواجب الأدبي (الأخلاقي) الذي يملئ على كل فرد منا إحترام القواعد الأساسية للحياة الإجتماعية " .

وقد لاحظ الأستاذان : " أبري ورو " أثناء دراسة الإجتهد القضائي أن جل الأحكام تستجوب لرفض الطلبات وحتى يصدق وصف الخطأ على الفعل، أن يكون العمل الممتنع عنه مفروض بمقتضى القانون، وأن القيام به يشكل إلتزاما مدنيا غير أنه قد إعترف بوجود خطأ الإمتناع حتى في الحالات التي لا يتوافر فيها نص تشريعي يفرض القيام بالعمل، ويذهب الأستاذ Bosc (3) إلى القول أنه : " ليس من الضروري أن يكون الإلتزام بالعمل الذي يعتبر الإحجام عن أدائه خطأ يستوجب القانون الوضعي، وإنما يكفي أن تمليه العادات والممارسة الحسنة، التقاليد والعادات الحسنة المرعية في المجتمع L'état de Moeurs et la Pratique des Honnêtes Gens .

وبعد توضيح صعوبة معرفة متى يوجد الإلتزام القانوني فقد لجأ كل من " ريبير وبولنجيه" (4) إلى قرار حديث لمحكمة النقض الفرنسية تؤكد فيه هذه الأخيرة على أن : "الإمتناع يربط مسؤولية محدثه إذا كان الفعل الممتنع عنه من الواجب القيام به بمقتضى إلتزام قانوني أو إتفاقي أو واجب مهني لاسيما إذا تعلق الأمر بالمؤرخ وذلك لما تقتضيه متطلبات الإعلام الموضوعي Exigence d'une Information Objective وقد قرر الفقه الراغب في تسوية الإمتناع بالفعل الإيجابي كمصدر للمسؤولية، بأن تطبيق مفهوم الخطأ هو وحده الكفيل بحل المشكلة، ونظرا لمرونته فبوسعه التكيف مع الحالات المختلفة (5)، ووفقا لهذا الإتجاه يستوجب على القاضي مقارنة سلوك محدث الضرر بسلوك الرجل العادي الذي وجد في ذات الظروف التي أحاطت بالممتنع، وتطبق هذه القاعدة سواء تعلق الأمر بفعل إيجابي أو فعل سلبي أي إمتناع (6) .

(1) — DEMOGUE : OP CIT, N° 152 .

(2) — PLANIOL RIPERT et ESMEIN : OP CIT , N° 508 .

(3) — BOSC : OP CIT , 19 et 20 .

(4) — RIBERT et BOULANGER : OP CIT , N° 935 .

(5) — MAZEAUD et TUNC : Traite , I , N° 540 .

(6) — I BID .

2- النظرية القضائية المسلمة بوجود واجب قانوني بالعمل بمقتضى مصدر

قانوني غير مكتوب (عرفي) : يذهب الإجتهد القضائي الفرنسي إلى التأكيد على هذا المبدأ وذلك في مرات عديدة، حيث أن من يتسبب في خلق وضع خطير يعد مخطئا إن إمتنع عن إتخاذ الإحتياطات الضرورية لتجنب إصابة الغير بالضرر(1).

فمثلا ينبغي على منظمي المباريات الرياضية إتخاذ كافة الإحتياطات التي من شأنها توفير الأمن للعدائين وكذا المشاهدين(2)، وقضى حكم محكمة باريس(3) المؤرخ في 29 مارس 1960 بمسؤولية اللجنة البلدية المشرفة على المباراة عن الحادث الذي أدى إلى غرق أحد السباحين حيث إتضح أن التعليمات العامة وكذا الخاصة المتعلقة بالأمن لم تحترم(4).

وما تجدر ملاحظته أن المحاكم الفرنسية من خلال التقدير الموسع لخطأ الإهمال وعدم الحيطة تفرض الجزاء على خطأ الإمتناع وذلك كلما إكتشفت إغفال الإحتياطات اللازمة .
مما سبق يمكننا دراسة النقاط التالية(5):

أ- رفض المسؤولية في حالة خطأ الإمتناع المخالف لواجب أخلاقي : إن غالبية

الفقه والإجتهد القضائي التقليديين ترفض ترتيب مسؤولية الممتنع في حالة حرق واجب أخلاقي بوجوب القيام بعمل " ما " والذي لا يعد واجبا قانونيا.

وما تجدر الإشارة إليه أن بعض الفقه المعاصر أيضا يحاول تحرير القانون من كل تأثير أخلاقي ويؤكد بأن إستقلالية أكبر للفرعين دليلا ورمزا للتقدم والرقي(6).

فإدانة الشخص عن مجرد حرق واجب أخلاقي تظل إدانة أخلاقية ولا يمكن أن تترتب عنها مسؤولية مدنية إلا نتيجة للخلط بين القانون والأخلاق.

ويذهب الأستاذ Young (7) إلى القول بأن القانون والأخلاق اللذان كانا مرتبطين أصلا إفترقا تدريجيا عبر تاريخ الشعوب، ويشير بعض رجال القانون (8) أنه من الأفضل أن يظل المجالان

(1) — GARDENAT et RICCI : OP CIT , N° 34 , et la Jurisprudence , Y , Citée .

(2) — L'arret du Tribunal de Nice , du 20/03/1959 , D 1959 , j 391 .

(3) — D , 1960 Somm 82

(4) — Pour D'autres Arets voy , J CL , Res Civil , T, I , Fasc III , A Fiche 1962 , P 1 .

(5) — J.C.L. Resp Civil , T. I Fasc , III , P 20 .

(6) — RABUT , OP CIT , P 7 .

(7) — YUNG : La Vérité et le Monsonge Dans le Droit Privé , 1946 , P 6

(8) — GORPHE : Cité Par GRAVEN : Le Médecin Devant le Droit Penal , P 15 .

المجالان القانوني والأخلاقي متميزين، وهذا الفصل بين الأخلاق والقانون أدى ببعض الفقهاء إلى الإحجام عن فرض الجزاء المدني إذا لم ينسب للشخص سوى خطأ أخلاقي. وحتى تقوم مسؤولية محدث الضرر نتيجة لإمتناعه، فمن الضروري أن يخرق واجبا قانونيا أو إتفاقيا أو تعاقديا. ولا يسع الواجب الأخلاقي أن يكون قاعدة أو أساسا للمسؤولية، وكما ذكر " كرنولتي " أنه يرفض الإعتراف بالواجب الأخلاقي ، فليس ثمة واجب حيث توجد المحبة " il n'a Pas de Devoir Ou il ya L'amour "، وما تجدر الإشارة إليه أنه لا يوجد في الحقيقة أي فرق في المجال أو الطبيعة، والهدف بين القاعدة الأخلاقية والقاعدة القانونية، ولا يمكن أن يكون، لأن على القانون تحقيق العدالة وفكرة العدل إنما هي فكرة أخلاقية .

وتتميز القاعدة الأخلاقية عن القاعدة القانونية بأن هذه الأخيرة مقرونة بجزاء مادي بمعنى ان المرء يجد نفسه إزاء إلتزام قانوني بإتباع سلوك معين ومحدد، والسؤال المطروح في هذا الصدد هل بإمكان القانون البقاء والإستمرار معتمدا على قوة تقنياته المحضة فحسب دون الإستناد إلى جذوره⁽¹⁾ Si Le Droit Peut Vivre Coupé De Sa Racine Par La Force De Sa Technique وبالإضافة إلى ذلك نلاحظ أن المشرع والمحاكم غالبا ما تحركها إعتبرات أخلاقية لفرض إلتزامات معينة لمكافحة تدهور الآداب العامة .

ونلاحظ بوضوح أن المادة 63 من ق.ع. فرنسي المعدل بأمر 25 جوان 1945 والمادة 6/223 و 5/223 من قانون العقوبات الفرنسي المعدل بالأمر رقم 916/2000 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000 الساري المفعول بتاريخ جانفي 2001 والمعدل بتاريخ 12 جويلية 2014، وكذلك المادة 182 ق.ع.ج. المعدلة بقانون 20 ديسمبر 2001 رقم 23/20 ، تتضمن مفهوم الإلتزام الأخلاقي حيث جعلت من عدم تقديم الشخص المساعدة لغيره مع قدرته على ذلك دونما خطر عليه يقع تحت طائلة العقاب بإعتباره مكونا لجرمة إمتناع والقانون يزخر بالقواعد الأخلاقية ولايسعنا ذكرها ونكتفي بالإشارة للواجب الأخلاقي بعدم الإضرار بالغير، وواجب عدم الاثراء بدون سبب على حساب الغير، وواجب مساعدة الغير ... إلخ ، وما يجب تأكيده هو أن الحدود بين هاذين المجالين لا يمكن رسمهما بصورة قاطعة ونهائية لأنها مرآة لآداب وعادات المجتمع في فترة معينة .

(1) — GORPHE : OP CIT .

وعليه فالخشية من إنصهار الأخلاق بالقانون ليست دائما مبررة، وفي كل الحالات لا يفقد القانون أي شئ باقتحام مبدأ أخلاقي ثابت لمجمله.

وما يجب التنبيه إليه كذلك هو أن الخطأ في حد ذاته بإعتباره ركنا أساسيا في المسؤولية التقصيرية يتضمن وفقا للمعنى الموسع خرقا لإلتزام أخلاقي لأن الأخلاق تقتضي الوفاء بالعقود المبرمة والإمتثال للقانون وحسن الأداب وعدم الإضرار بالغير(1).

ويذهب بعض الفقه إلى القول أن كل خطأ أخلاقي من شأنه إلحاق الأذى بالغير يشكل خطأ قانونيا(2) ولكن يجب تحاشي الغلو والمبالغة والإكتفاء بالقول أن للأخلاق مكانة مرموقة في حالة الخطأ ويبدو أن القانون الجزائري خال من حكم تشريعي يطبق في هذه الحالة، غير أنه يستخلص من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري إحالة القاضي إلى العرف وفي حالة إنعدامه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وفي حالة عدم توافر الحل فيها إلى قواعد العدالة.

وبما أن العرف ومبدأ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة إعتبرها التشريع الجزائري مصادر رسمية إحتياطية للقانون المدني، فإن هذا يبرز بجلاء أن المشرع الجزائري قد أعطى وبلا منازع للأخلاق مكانة هامة ومعتبرة.

وبالتفسير والتحليل السليم للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري فإن حكمها يعني أنه في حالة إنعدام نص تشريعي صريح بالقيام بعمل فما على القاضي إلا أن يستلهم ويسترشد وبقدر واف من القواعد الأخلاقية للفصل في القضايا المعروضة عليه، باعتبار أن العرف مصدرا إحتياطيا.

وختاما لايسعنا إلا القول بأنه بالنظر للعلاقات الوطيدة والضرورية بين القانون والأخلاق فإن لكل منها نفس القيمة ، وبما أن الأخلاق تظل إحدى العناصر الأساسية للقانون والمؤثرة فيه بصفة مباشرة وفعالة(3) ، فإن الفصل الكلي بين الفرعين لايمكن الأخذ به .

ب-الإعتراف بالمسؤولية في حالة الإمتناع عن أداء واجب أخلاقي : كانت في

الماضي إدانة الإمتناع عن القيام بواجب أخلاقي إدانة شديدة(4) والسؤال المطروح تمثل فيما إذا كان القانون المعاصر يقر ويعترف بالمسؤولية لإمتناع شخصا عن أداء مجرد واجب أخلاقي؟.

(1) — SAVATIER : Traité , N° 27 .

(2) — Traité , N° 28 .

(3) — RIPERT : La Règle Morale , N° 15.

(4) — CARDAHI : OP CIT , P 130

مما لا ريب فيه أنه يقع على عاتق كل شخص بلا منازع الواجب الأخلاقي بمساعدة الغير المهتد بالإصابة بالأذى وقد رأينا آنفاً أنه بتأثير الرأي القائل بضرورة الفصل بين القانون والأخلاق يذهب بعض الفقه إلى القول بأن الإمتناع عن القيام بواجب أخلاقي لا يسعه ترتيب المسؤولية.

غير أن هناك موقف مغاير لذلك الإتجاه من قبل الفقه والقضاء . فثمة بعض الفقه يسلم بالمسؤولية عن خطأ الإمتناع، وإن تعلق الأمر بخرق إلتزام أدبي، فالواجب الأدبي أو الأخلاقي يرقى في نظره إلى واجب قانوني حقيقي بالتدخل لصالح الغير .

ويرى الفقيه سافاتييه⁽¹⁾ بأن الإمتناع الخاطئ قد ينجم عن خرق واجبات قانونية (تشريعية) تعاقدية وكذا أخلاقية، ولترتيب المسؤولية المدنية عن عدم أداء واجب أخلاقي ينبغي أن يتعلق الأمر بواجب أخلاقي محدد، معين المحل، وأن يرد هذا الواجب الأخلاقي على فعل أو إمتناع ، وأن يكون عدم تنفيذ الواجب الأخلاقي مضراً بالمدعي⁽²⁾.

وبالنسبة " لبلانيول، وريبير، وايسمان "⁽³⁾ يكون الإمتناع خاطئاً حينما يكون الشخص ملزماً بالعمل، وقد يفرض هذا الإلتزام بمقتضى القانون أو اللوائح، وقد ينتج عن واجب أخلاقي يفرض على كل شخص إحترام القواعد الأساسية للحياة الإجتماعية.

ويقرر " ساليه ديلامرنيير "⁽⁴⁾ أنه لا يوجد في الحقيقة سواء بالنسبة لخطأ الإمتناع أو الخطأ الإيجابي معيار آخر غير معيار الرجل اليقظ الحريص على القيام بالواجبات التي تملئها عليه الأخلاق والعادات.

أما الأستاذ " Rau "⁽⁵⁾ فيرى أنه طالما تعلق الأمر بالوقوف عند وجود الإلتزام بالعمل أو عدم وجوده، فعلى المحاكم عند حكمها بالتعويض عن ذلك أن تجعل هذا الإلتزام الأخلاقي يرقى إلى مصاف الإلتزام القانوني.

وقد سلمت المحاكم في بعض الأحيان بأن مصدر أو أصل الإلتزام بالعمل واجب أخلاقي. وقد قرر حكم محكمة شومون المؤرخ في 13 ماي 1946⁽⁶⁾ بأن الإمتناع لا يكون خاطئاً إلا إذا

(1) — SAVATIER : Traité , N° 42 .

(2) — SAVATIER : Traité , N° 42 .

(3) — PLANIOL RIPERT : Esmein , OP CIT , N° 508

(4) — Salle de la Mariniere : Note sous L'arret de la Cour de Poitiers du 12/11/1935 , DP 1936. 2. 25 .

(5) — AUBRY et RAU : OP CIT , 4444 , P 427 .

(6) — D 1947 , J 53 .

كان الشخص ملزماً بالعمل ليس فقط بمقتضى القوانين أو اللوائح فحسب، بل بموجب واجب أخلاقي يفرض على كل فرد إحترام القواعد الأساسية، القيم والعادات السائدة في المجتمع .

وإضافة إلى ذلك قد تترتب المسؤولية عن خطأ الإمتناع في حالة خرق الإلتزامات المتولدة عن العلاقات الإجتماعية، وقواعد اللياقة والمجاملات، ويمكن الإستناد إلى أحكام عديدة تؤكد الحكم بالتعويض عن الإمتناع عن القيام بهذه الإلتزامات⁽¹⁾. وينبغي التذكير بأمر 25 أكتوبر 1945 المعدل لقانون العقوبات والتعديلات اللاحقة والمادة 63 من القانون الجنائي الفرنسي، وكذا المادة 182 من قانون العقوبات الجزائري المعدل، اللذان يعاقبان عن الإمتناع الإرادي عن مساعدة شخص معرض للخطر، وهذا له دلالة خاصة سمحت بالإستدلال إلى أي مدى وصل إحترام الواجب الأخلاقي في مرحلة لازالت قريبة. وقد سبق تبيان المكانة الخاصة التي تحظى بها الأخلاق في التشريع الجزائري.

وعليه فلا يمكن تأييد ما ذهب إليه بعض الفقه، حيث يعتبر أن عدم القيام بواجب أخلاقي لا يرتب في حق المخالف غير مسؤولية أخلاقية ، وفي حالة سكوت القانون أو غموضه أو نقصه فإن القاضي الجزائري باسترشاده بالسبل العديدة التي تساعده على النطق بالحكم ملزم بتطبيق قواعد الأخلاق إلى أبعد مدى.

لقد آن الأوان للإجابة عن السؤال المطروح آنفا، حيث لا يمكن القول بأن خرق الواجب الأخلاقي بالعمل لا يعد في جميع الحالات مصدراً للمسؤولية .

وخلافاً لذلك علينا التأكيد دونما خشية، أو تردد بأن الإمتناع عن القيام بواجب أخلاقي بالعمل بإمكانه تبعاً لبعض الظروف أن يرتب مسؤولية صاحبه، أو كما قال "سافاتييه" : "أنه ضرب من الخيال غير المحبذ، أو غير المرغوب فيه لاسيما في مجال المسؤولية التقصيرية غلق الحدود بين الأخلاق والقانون"⁽²⁾.

(1) — LALOU : Traité , N° 692 et les Arrêts-cités , MAZEAUD et TUNC : Traité , N° 1 , N° 541 .

(2) — SAVATIER : Traité , N°28 « C'est une utopie , D'ailleurs Indésirable de Vouloir Particulièrement en Matière de Responsabilité , Fermer les Frontières Entre le Morale et le Droit » .

المطلب الرابع الإمتناع المخالف للواجبات المهنية

يمكن القول في إطار الواجبات المهنية بأن كل إمتناع من شأنه مبدئياً أن يؤدي إلى مسؤولية صاحبه . وسنكتفي هنا بدراسة مسؤولية الطبيب والمؤرخ، التي تبدو من أهم المسؤوليات حيث كانت محل أحكام مختلفة.

I - مسؤولية الطبيب : يلاحظ أنه حتى صدور أمر سنة 1945 الذي فرض الجزاء عن جنحة الإمتناع فإن الإجتهد القضائي المدني الفرنسي تردد في التسليم بالمسؤولية المدنية للطبيب نتيجة لرفض تقديم العلاج في حالة كونه ملزماً بذلك، إما بمقتضى عقد سابق أو بسبب وظيفته كطبيب في مرفق إجتماعي(1).

ونرى أن بعض الأحكام إنتهت إلى التسليم بوجود واجب المساعدة(2) وهذا التردد لم يعد له مبرر اليوم فالمادة 63 ف2 قديماً من القانون الجنائي الفرنسي المعدل بالأمر رقم 916/2000 المؤرخ في 19 ديسمبر 2000 والساري المفعول في جانفي 2002، ومذا المادة 223 ف5 من ذات القانون المعدل بتاريخ 12 جويلية 2014 تنص على أنه : " يعاقب كل من يمتنع إرادياً عن مساعدة شخصاً معرضاً للخطر إما شخصياً، أو بواسطة غيره"، فمحكمة النقض الفرنسية قد قررت في قرار مبدئي بتاريخ 31 ماي 1949(3) بأن هذا النص يطبق بالنسبة للطبيب أيضاً.

كما أن المادة (5) من قانون أخلاقيات مهنة الطب(4) (مرسوم 28 نوفمبر 1955) تؤكد من جهتها على: أيا كانت وظيفته أو تخصصه، وفيما عدا حالة القوة القاهرة يجب على كل طبيب تقديم المساعدة حالاً للمريض مهدد بخطر، إذا لم يكن في الوسع تقديم مساعدة طبية أخرى له(5).

(1) — CF , Trib Civil de la Seine 04/01/1938 , GAZ Trib 24/02/1958 .

(2) — MAZEAUD et TUNC , I , N° 542., CF , Trib Civil Marseille 10/02/1938 , S 1938. 2. 52

(3) — SAVATIER : Traité de Droit Médical , JCP 1949 , II, 494 , Note Magnol , Voy Aussi , 1956, N° 254
Jurisprudense Française 1953 , 1957 , P5 .

(4) — أنظر مرسوم 27 جوان 1947 المتضمن قانون ممارسة المهنة الطبية . Code de Déontologie .

(5) — MAZEAUD et TUNC , I , N° 542., et N° 2, Droit Médical , N°254 .

- GUILLOU : L'omission de Porter Secours et la Profession Médicale , JC , P 1956 .

وقد أضافت المادة 35 من نفس القانون " أن ذلك مسألة واجب إنساني " (1) ، فيفرض الإلتزام بالمساعدة بمقتضى المادة 63 ف2 القديم و 6/223 من قانون العقوبات الفرنسي. والمشرع الفرنسي قد فكر في الحالات التي يوجد فيها الشخص معرض للخطر في حين أن شخصا آخر متواجد ولكنه يتخذ موقفا سلبيا ينم عن الأنانية والخيانة غير المقبولة إطلاقا(2).

ويجب الإعتراف وفقا لهذا الحكم أن الإمتناع عن المساعدة من جانب الشخص العادي غير مقبولة ويشتد الأمر حينما يصدر ذلك عن شخص أكثر قدرة وكفاءة بحكم مهنته ومع ذلك يمتنع عن تقديم العلاج الضروري(3) فيرتكب جنحة الإمتناع الطبيب الذي يتعرف على حالة خطيرة لمريض إستدعي لعلاجه ومع علمه بخطورة الموقف يمتنع لإعتبارات سياسية محضة(4).

وفي ديسمبر 1964 تمت ملاحقة طبيب بمقتضى المادة 63 ف 2 من قانون العقوبات الفرنسي القديم والمادة 6/223 حاليا، بتهمة عدم مساعدة شخص في خطر. وقد حكم عليه بأربعة أشهر حبس مع إيقاف التنفيذ وبـ 1000 فرنك غرامة لرفضه معالجة شاب تمت إصابته بجروح أثناء مشاجرة(5).

ونلاحظ بأنه يوجد في القانون الفرنسي فرضيتين بإمكانهما أن يظهر عمليا :

✓ — مسؤولية الطبيب حينما يعلم مباشرة بالخطر.

✓ — مسؤولية الطبيب حينما يعلم بالخطر بواسطة الغير وذلك في النقاط التالية :

أ - مسؤولية الطبيب حينما يعلم بالخطر مباشرة : قد يجد الطبيب نفسه صدفة أمام شخص معرض للخطر ونظرا لعلمه المباشر بالخطر فهو ملزم في هذه الحالة بنفس إلتزامات الأشخاص العاديين(6) وقد تترتب بعض النتائج على كفاءته الخاصة .

1 - من حيث تقدير الخطر : يعتبر الخطر الذي يهدد الشخص في بعض الظروف ذا طبيعة تجعل من صفة الطبيب صفة غير مجدية كمن يشرف على الغرق، ويطلب النجدة، في حين

(1) — نفس الأحكام التي تضمنها مرسوم 27 جوان 1947 . أنظر : سافاتييه : 1294 . I .

(2) — GUILLOU : I BID

(3) — GUILLOU : I BID.

(4) — Arrêt du Tribunal Correctionnel de Charleville du 06/02/1952 , N° 1952 , J 481 . Affaire du Dr Colin : Presse Francaise du Début Decembre 1964 .

(5) — أنظر قضية الدكتور كولان le Monde du 02/06/1965 .

(6) — GUILLOU : I BID

أن صفة الطيبة في ظروف أخرى تسهل تقدير الخطر بصورة جلية نوعا ما⁽¹⁾ فنظرا لكونه الأقدر على كشف وجود الخطر وسرعة التدخل فإن رفضه سينظر إليه بقسوة⁽²⁾ .

2- من حيث المساعدة التي ينبغي تقديمها للضحية : تذهب المادة 63 ف 2 من

قانون العقوبات الفرنسي القديم، والمادة 6/223 المعدلة بأمر 916/2000 المؤرخ في 10 سبتمبر 2000، وقانون 12 جويلية 2014 إلى : أن المساعدة قد تقدم مباشرة بفعل شخصي أو بصفة غير مباشرة من الغير، وإذا كان الشخص العادي له الخيار بين هذين السبيلين فإن موقف الطبيب الذي يجد نفسه إزاء شخص معرض للخطر مختلف تماما لأنه في غالب الأحيان يكون بوسعه التدخل بنفسه مباشرة⁽³⁾ ولا يمكنه التذرع بعدم توافر صفة المختص لرفض التدخل حيث نصت المادة(5) من قانون أخلاقيات المهنة الطبية بأنه " كلما أمكنه ذلك فهو ملزم بتقديم المساعدة "

وما تجدر ملاحظته هنا هو أن بعض الأحكام قد أدانت رفض تقديم المساعدة من قبل الطبيب في مثل هذه الظروف حتى قبل صدور القانون سالف الذكر.

فالمحكمة المدنية لمرسيليا في حكم لها بتاريخ 10 فيفري 1938⁽⁴⁾ قد إعتبرت الطبيب الموجود الموجود على متن الباخرة مخطئا لرفضه مساعدة امرأة على وشك الوضع لأنه يعتبر قادرا على تقديم العلاج الضروري لها وإن لم يكن مختصا " .

ب- مسؤولية الطبيب حينما يعلم بالخطر عن طريق واسطة : إذا كان الطبيب

يجد نفسه صدفة أمام شخص مهدد بالخطر فهو الذي يتم اللجوء إليه عادة عند تعرض أي فرد للضرر وهذه الفرضية الغالبة، وهي التي تثير تخوف الأطباء وحشيتهم .

فبحجة أنهم ملزمين بالإستجابة لنداءات المساعدة فهل يقع على عاتقهم الخضوع لكافة إحتياجات المريض وإن كانت تعسفية ومفرطة وذلك لإجتناح الملاحظات الجزائية والتأديبية وحتى لا تترتب أيضا مسؤوليتهم المدنية⁽⁵⁾ . فهناك مسألتان تثيران صعوبات خاصة، كتقدير الخطر .
Appréciation du Péril وإختيار المساعدة. Choix du Secours .

(1) — GUILLOU : OP CIT

(2) — GUILLOU : OP CIT

(3) — Jurisprudence Francaise , 1953 - 1957 , P 5 .

(4) — GUILLOU : IBID .

(5) — GUILLOU : IBID

1 - تقدير الخطر: فوفقا للإجتهد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية فإن نداء المساعدة

الصادر عن شخص عادي يعتبر قرينة على الخطر (1) Equivaut a une Présomption du Péril والخطر وفقا للمادة 63 قديم، والمادة 6/223 المعدلة بأمر 916/2000 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000 من ق ج الفرنسي، ليس فقط خطر الموت وإنما كل خطر جسدي جسيم (2).

ويبدو أن الشخص العادي غير قادر إطلاقا على تقدير جسامته الخطر وإنما يلاحظ مظهر الخطر الذي لا يتفق في غالب الأحيان مع الحقيقة، ويؤكد الأطباء إستنادا إلى تجاربهم الشخصية أن النداءات التي يطلق عليها وصف الحالة الإستعجالية Appels Urgents غالبا ما يبين الفحص عدم صحة ذلك الإدعاء (3).

إضافة إلى ما سبق يجب الأخذ بعين الإعتبار العنصر النفسي، فالعديد من الأولياء خشية إصابة أبناءهم بأي مكروه يتوجهون بسرعة إلى الطبيب في حين أن الواقع لا يستدعي مثل تلك الخشية المبالغ فيها.

2- إختيار المساعدة: نظرا لأن الخطر يتجسد في أغلب الأحيان في المساس الجسيم بحياة

أو صحة الشخص فمن الطبيعي أن يلجأ بصفة عامة إلى طلب مساعدة الطبيب وعندما يقدر الطبيب الخطر ويدرك مدى ضرورة تقديم العلاج، فلا يمكنه التملص من التدخل أو رفضه دون أن يؤدي ذلك إلى مساءلته.

ولكن غالبا ما يكون الخطر حالا Imminent ولن تتفاقم حالة المريض إن قدم له العلاج بشئ من التأخير فإذا ما إستدعى الطبيب في هذه الحالة لكونه الأقرب فهل بوسع الرضا؟.

يبدو أن قانون أخلاقيات مهنة الطب في الجزائر، المرسوم رقم 2012/694 المؤرخ في 7 ماي 2012 (4)، وكذا قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي لا تترك له مجالا لذلك لأنها تخضع وترتبط تدخله بتوافر الشرط الآتي: إذا لم يكن في الإمكان تقديم علاجات طبية أخرى له. " . فالطبيب الذي تم اللجوء إليه لا يسعه في هذه الحالة الإفلات من هذا الواجب وفقا لهذا القانون إما بنصحه للمريض بالتوجه إلى الطبيب المعالج له سلفا أو التنبيه بوجود مصلحة الإستعجالات.

(1) — GUILLOU : I BID .

(2) — SAVATIER : Droit Médical , N° 254 .

(3) — GUILLOU : OP CIT

(4) — Code de Déonfologie Algerien Introdut Par Décret N° 694 – 2012, du 07 Mai 2012

إلا أن الإجتهد القضائي الفرنسي قد أدان مع ذلك الأطباء الذين تم إستدعائهم لتقديم المساعدة ورفضها بحجة ضرورة اللجوء إلى الطبيب الذي سبق له القيام بالعلاج (1).

فيكفي وفقا للقانون الفرنسي والجزائري السالفا الإشارة إليهما العلم بالخطر الذي يتعرض له الشخص حتى يكون الطبيب ملزما بتقديم المساعدة، فمن غير المعقول أن يطلب من الغير القيام بما يسعنا القيام به شخصا ومباشرة (2).

وهذا المبدأ أكده مرة ثانية قرار الغرفة الجنائية بتاريخ 26 جويلية 1954. أن قرار الغرفة الجنائية المؤرخ في 31 ماي 1949 قرر أن الطبيب الذي أستدعي لتقديم المساعدة يملك وحده تقدير جدوى وسرعة تدخله وذلك بما يملكه عليه ضميره و قواعد مهنته (3).

إلا أن حكم مؤرخ في 21 جانفي 1954 ذهب إلى أن الإمتناع الخاطئ يتحقق بمجرد أن الطبيب الذي إستدعى هاتفيا لتقديم المساعدة لصالح شخص معرض للخطر برفض الإستجابة، وكان هو وحده القادر على تقدير مدى جسامته الخطر دون أن يتحقق مسبقا بأن ذلك الخطر لا يتطلب تدخله الفوري .

إن تطور الإجتهد القضائي الفرنسي يسير نحو تكليف الطبيب بالإلتزام بالحصول على المعلومات وهو إلتزام يثقل كاهل الطبيب لا سيما إذا تعلق الأمر بمعلومات غير دقيقة أو خاطئة والتجربة تدل على إستحالة الحصول على معلومات صالحة لكونها صادرة عن أشخاص عاديين فغالبا ما تكون خاطئة.

إلا أنه في بعض الحالات يمكن تقدير الخطر بصورة سليمة، إما لأن المعلومات المستقاة صالحة وإما لأن المرض والمريض معروفان سلفا من قبل الطبيب، وذلك ما ذهبت إليه محكمة الجنح Saint Claude "لسان كلود" بتاريخ 11 فيفري 1949 (4) فقد أدانت الطبيب الذي لم يكن يجهد الخطر المعرضة له طفلة صغيرة مصابة بمرض فتاك.

ج - رفض علاج المريض : يرى بعض الفقه خاصة بالنسبة للطبيب أنه يعد مخطئا إن أحجم عن تقديم خدماته لا سيما إذا إتضح للقاضي أنه بذلك قد خالف سلوك المهنة

(1) — L'arret de la Chambre Criminelle du 26/07/1954, J 666 , Pour L'appréciation de Cette Théorie jurisprudentielle , Voir Guillou , OP CIT , N° 32 .

(2) — J.C.P , 1949 , II , 4945 .

(3) — J.C.P , 1954 , II , 8050. D. 1954 , J 224

(4) — GUILLOU : OP CIT , C. P , 1949 , II , 1945

المعتاد(1) أو ما يقضي به العرف المهني(2) أو ما تفرضه قواعد المهنة و تقاليدها(3) أو إذا تعسف في إمتناعه هذا(4).

إن إمتناع الطبيب عن إنقاذ شخص وقعت له حادثة في الطريق وبحيث تستوجب التدخل السريع له يعد خطأ ينسب إليه(5).

ويعلق بعض المؤلفين على ذلك بأن تحميل الطبيب بهذا الواجب القانوني قبل ضحايا حوادث الطريق التي لا يمكن إحصائها، وذلك بمجرد خروجه من بيته نحو عمله لا يعد منطقيًا ولا متفقًا مع العدالة إذ في ذلك إئثار لكاهله مما يدفعه إلى الأحجام عن الخروج إطلاقًا، كذلك في حالة رفض الطبيب معالجة مريض في منطقة نائية يحتاج إلى إسعاف(6) ويعلق البعض على هذا الرأي بأنه قام على تجاهل للدور الأساسي المنوط بالواجب الإخلاقي فهو يؤسس نظريته على عالم متجرد من الأخلاق والمروءة وهذا بعيدا عن الواقع، ومن هنا وجب عدم الإعتماد على القانون وهو متميز بعدم مرونته وتحكمه في حالات يصعب فيها تقدير الظروف ويكفي الإرتكاز على الواجب الإخلاقي فهو أهل لمعالجة هذه الحالات دون تعنت.

وبناء عليه فالإتجاه السائد وفقا للمذهب الفردي في الفقه والقضاء الفرنسيين يعتبر أن الطبيب كسائر المواطنين له حرية القبول أو رفض العلاج حيث أن العلاقة بينهما عقدية ولا يوجد نص يلزم الطبيب بتقديم العلاج للمريض طالب المساعدة ولا يعد الطبيب مرتكبًا لخطأ إلا في حالة الإخلال بواجب يفرضه عليه القانون أو الإتفاق. وبظهور الإتجاهات الحديثة التي تذهب إلى القول بنسبية الحقوق ووظيفتها الإجتماعية كان له الأثر الكبير في تقييد حرية الطبيب حيث قيدها في حدود الغرض الإجتماعي الذي من أجله إعتترف له بها وإلا كان متسعفا في إستعمال حقه(7).

حقه(7).

(1) — محمد فائق الجوهري : المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه 1951 ، ص 379 .

— أنظر أيضا الإبراشي : المرجع السابق ، ص 246 .

(2) — الخليلي : المرجع السابق، فقرة 25 ، إذ يقول : " يصعب التسلم بنضوج عرف مهني يلزم الطبيب بذلك " .

(3) — عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الإلتزام ، فقرة 422 .

(4) — العدوي : المرجع السابق ، ص 439

(5) — أنظر الصده : المرجع نفسه، نفس الفقرة .

(6) — أنظر محمد كامل مرسي : المرجع السابق ، ف 34 مكرر .

(7) — أنظر محمد حسين منصور : " المسؤولية الطبية " ، حقوق الإسكندرية ، منشأة المعارف ، دون تاريخ .

وإلتزام الطبيب بعلاج إما يتحدد بنطاق وظروف معينة، ويبدو واضحاً إذا كان في مركز المحتكر. بمعنى أنه في الظروف القائمة لا يوجد سواه لإسعاف وعلاج المريض سواء كان ذلك راجع لمكان أو زمان العمل أم للظروف الملحة التي وجد فيها المريض أم لطبيعة عمل الطبيب وذلك كوجوده في مكان ما ولم يكن هناك غيره لعلاج المريض في ساعة معينة لا يتوافر خلالها طبيب آخر(1).

وأيضاً فإن وجود المريض في حالة خطيرة تستدعي تدخل عاجل ومع ذلك يمتنع الطبيب عن أداء الواجب إذا كان محتصاً أو حاصراً للحالة المرضية ويشكل إمتناع الطبيب الإرادي عن إسعاف شخص في حالة خطرة جريمة في القانونين الفرنسي والجزائري(2).

د - صور الإمتناع الطبي :

قاضي الموضوع الذي يقدر حسب وقائع الدعوى وهو يهتدي في ذلك بالمعايير العامة مثال :

- 1 — ماجرى عليه العمل الطبي في المسألة موضوع البحث.
 - 2 — مدى التقدم العلمي في هذا المجال و هل هناك خلافات حول طرق العلاج.
 - 3 — مقارنة مسلك الطبيب بطبيب آخر من نفس المستوى.
 - 4 — الظروف التي أحاطت بخطأ الإمتناع من حيث الزمان و المكان.
 - 5 — إغفال الطبيب طرق تطهير معينة مع عدم مسؤولية الطبيب إذا لم يقم الطبيب بمسائل لم يجر عليها العمل في المسألة محل الخطأ، وقد إستقر القضاء المصري على أن وصف الفعل أو الترك بأنه خطأ و غيره من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض(3).
- فاستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مادام مستمداً من عناصر تؤدي إليه في الواقع(4).
- أما قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر فهو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب و إلا شاب حكمها عيب في التسبيب(5).

(1) — PAU , 30/06/1913 , D 1951 . 2 . 49 Marseille , Février 1938 S , 1938 . 2 . 52 Bordeaux , 28 Oct 1953 D , 1945/13 .

(2) — القانون الجنائي الفرنسي ، المادة 63 ف2 ، قانون العقوبات الجزائري ، المادة 182 ق ع ج .

(3) — Montpellier 1935 . 2 . 143 , 01/02/1935 , Grasse 27/05/1935 , 1935 . 2 . 341 .

(4) — نقض 1965/05/20 ، س 26 ، ص 614 .

(5) — نقض 1973/06/12 ، س 24 ، ص 894 .

فيجب أن تستخلص المحكمة الخطأ من و قائع ثابتة منتجة تذكّر في الحكم وإلا كان حكمها باطلا لقصور الأسباب(1).

هـ - المسؤولية الطبية عن رفض المساعدة :

إلى مسؤولية ثلاثية للطبيب مسؤولية تأديبية مستقاة من المادة 5 و 35 من قانون أخلاقيات مهنة الطب، مسؤولية جزائية نابعة عن المادة 63 ف2 من قانون العقوبات الفرنسي القديم والمادة 6/223 المعدلة بالأمر رقم 916/2000 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000 والمعدلة بتاريخ 12 جويلية 2014، بإعتبار الإمتياز جنحة مؤدية أيضا إلى مسؤولية مدنية خاضعة مبدئيا للمواد 1382، 1383، ق م فرنسي(2) إذا تبين من الظروف أن تدخل الطبيب من شأنه أن يكون مجديا(3).

ونضيف أنه على المستوى المدني البحث فإن الأطباء كغيرهم من الأشخاص العاديين مسؤولين وفقا للمواد 1382 وما تليها وكذا المادة 124 و 125 ق م الجزائري المعدلتين. بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، عن إهمالهم وعدم إحترازهم وفي هذا المجال فقد زعم البعض أنه لا يمكن إدانة الطبيب عن الضرر الذي أحدثه إلا إذا ارتكب خطأ جسيما(4) وهذا لا يصح حسب غالبية الفقه الفرنسي، لأن كل خطأ أيا كان يلزم مرتكبه بالتعويض، ولم تسلم محكمة النقض الفرنسية بأن الطبيب لا يسأل بحجة أنه لم يرتكب سوى خطأ تافه أو بسيط. فالطبيب يسأل عن خطئه المهني وفقا لمعيار الرجل العادي، لافرق بين الخطأ العادي والمعني، ولا بين خطأ جسيم وخطأ يسير(5).

فالطبيب يسأل حينما يتمثل إمتناعه في عدم تنفيذ الإلتزامات المهنية ووفقا لإجتهااد قضائي مرجح يكون الطبيب أو الجراح الذي يجري العملية للمريض أو يقدم له علاجا ينجم عنه خطر مسؤول، إذا إمتنع عن الحصول على رضاء المريض سلفا أو إخطاره بذلك(6).

(1) — نقض 1967/01/03 ، س 18 ، ض 11 .

(2) — نقض 1972/04/25 ، س 23 ، ص 768 .

(3) — أنظر بورنييه : المرجع السابق ، ص 90 .

- SAVATIER : Droit Médical , N° 254 , et N° 89 , P 235 , LALOU et MAZEAUD :

JuhisPrudence en Matière de Droit Civil , Revue , Trim , 1951 , N° 2 .

(4) — BEUDAND : OP CIT , P 57 , SOURDAT , I, N° 677 . RIPERT et BOULANGER : OP CIT , P 351 .

(5) — المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية بتاريخ 30 جوان 1990 ، رقم 65648 م ق 1992 ، 1 ، ص 132 .

(6) — RIPERT et BOULANGER : OP CIT , P 351 .

ويسأل أيضا الطبيب في حالة التأخير عن الحضور أو التدخل لإنقاذ مريضه و يقدر التأخير قاضي الموضوع على ضوء ملابسات الحالة المعروضة، وبصفة خاصة مدى سوء أو حسن نية الطبيب .

وتثور مسؤولية الطبيب أيضا في حالة الإنقطاع عن معالجة المريض، وطبقا للقواعد العامة في المسؤولية تقوم مسؤولية الطبيب في تلك الحالات، بإستثناء توافر دليل على وجود قوة قاهرة أو حادث فجائي، كإستحالة الزيارة أو التأخير بسبب عطل مواصلات أو ظرف صحي(1). وبناء عليه رفض القضاء الفرنسي إقامة مسؤولية الطبيب لإخراجه طفل بسبب عدم وجود سرير عقب عملية جراحية رغم حاجته لذلك، نظرا لأن الأم تستطيع أن تقوم بنفس العمل أو على الأقل تصطحبه إلى مستشفى قصد القيام بالإجراءات الصحية اللازمة(2). ولكنه أقر مسؤولية الطبيب في حالة الإمتناع عن التدخل بمناسبة حالة ميلاد رغم إبلاغه بخطورة وجسامة الظروف المحيطة بحالة الولادة(3).

وختاما لمسؤولية الطبيب يمكن القول أنه غالبا ما ينظر إلى هذه المسؤولية على أساس أنها تثقل كاهل الطبيب وتجعل ممارسة المهنة أمرا صعبا، وكما يقول : Guillou (4) يجب ألا ننسى أن الطبيب شخص كغيره من الأشخاص من دم و لحم معرض للتعب، وإن يبدو أحيانا أنه يسيطر على المرض".

وما يستوجب عدم إغفاله هو أن ممارسة الطب ليس في الحقيقة سوى سلسلة من الأخطار فمهنة الطب من بين المهن الأكثر خطورة كما ذهب إليه الأستاذ Juillard وقد قال الأستاذ Graven(5) منذ اللحظة التي نهدف فيها إلى هذه الغاية العامة لحماية الصحة والسلامة الجسدية فعلينا النظر إلى الطب كمرفق إجتماعي لديه وظائف ضرورية ومحددة، ونظرا لأن التصريح بالممارسة يرجع إلى الدولة فعليها أن تجعل الإلتزامات مناسبة للحماية العامة التي تهدف إلى تحقيقها.

(1) — Scine , Janvier 1938 , D = 1938

(2) — Req 2 , Aout 1940 D, 1908. I . 574 .

(3) — 17 Fevrier 1972 D , 1972 . 395 .

(4) — GUILLOU : OP CIT , N° 32 .

(5) — Le Medecin Devant le Droit Penal , P 13 .

وقد أصبح مسلماً بمساءلة الطبيب عن كل خطأ يصدر عنه، وأن تقدير خطئه أو تعيين مدى واجباته يتأتى عن طريق مقارنة سلوكه بسلوك الطبيب العادي، إذا وجد في مثل ظروفه الظاهرة، والصعوبة الجديدة التي بررت تتعلق بمسؤولية الطبيب الأخصائي، فهل تحدد واجباته ويقدر خطئه بالنظر إلى طبيب أخصائي مثله أم بالنظر إلى طبيب عادي؟ بالرجوع إلى المعيار " الظروف الخارجية" الذي وضعه الأستاذان مازو، فلا يستشف بأن التخصص واحدا منها، مما يؤدي إلى تعيين واجبات الطبيب الأخصائي بمعيار طبيب عادي، وهذا يجافي قصد المرضى الذين فضلوا الإستعانة بالطبيب الأخصائي، ويخل بالثقة الموضوعية في ذلك الأخصائي من قبلهم نظراً لتخصصه، وقد إنتهت محكمة إستئناف مصر لذلك، إذ قررت في 2 جانفي 1936 ما يلي: " أنه بالنسبة إلى الأطباء الأخصائيين يجب إستعمال منتهى الشدة في تقدير أخطائهم، لأن واجبه الدقة في التشخيص، والإعتناء وعدم الإهمال في المعالجة(1).

وقد علق بعض الفقه على ذلك الحكم بأن المحكمة قصدت بذلك تعيين واجبات الطبيب الأخصائي، لا بمسلك طبيب عادي بل بالمقارنة بمسلك طبيب أخصائي مثله، وذلك ما ذهب إليه الأستاذ وديع فرج بقوله: " بأنه يجب في تقدير خطأ الطبيب أن يضاف المستوى المهني للطبيب إلى الظروف الخارجية التي يقيم لها وزن في مقارنة مسلكه بمسلك طبيب يقظ. فيقاس عمل الأخصائي بعمل أخصائي من درجته"(2).

وتجدر بنا الإشارة إلى ما يعرف في المجال الطبي بـ Orthothanasie ويتمثل في ترك الطبيب المريض يموت بالإمتناع Le Medecin Laisse le Malade Mourir Par Omission وقد إستقر القضاء على أنه لا يتحقق القتل العمدي في هذه الحالة، ومع ذلك تثبت جنحة عدم مساعدة شخص في خطر بالنسبة للطبيب، كما يجب التمييز في هذا المجال أيضا بينها وبين ما يعرف بـ "La Dysthanasie" والمتمثلة في قطع جهاز الإنعاش Systeme de Reanimation Artificiel الذي يساعد على بقاء المريض على قيد الحياة، وفقا لما يعرف طبيا بـ Etat de Vie Vegetative، وجرى القضاء في هذه الحالة على الإدانة على أساس القتل العمدي لتوافر فعل إيجابي على مريض لازال حيا بقطع آلة الإنعاش عنه، غير أن حالة الضرورة قد تتوافر إذا وجد عدد آلات الإنعاش ضئيل جدا، وكانت هناك حالة إستعجالية قصوى، فما الموقف بالنسبة للشخص الموجود في حالة غيبوبة منذ أمد؟ مما لاشك في أن الكفة ترجح لصالح الحالة المستعجلة،

(1) — المحاماة 16 - 713 - 334، المجموعة 37 - 260 - 193.

(2) — د. وديع فرج: في مسؤولية الأطباء والجرحين المدنيين، مجلة القانون والإقتصاد 12، ص 399.

والتضحية بمن هو في غيبوبة منذ فترة طويلة، ويرفع العقاب عن مرتكب ذلك الفعل (القطع) بالموازنة بين المصلحة المضحية بها (من هو في غيبوبة)، ومصلحة من هو في حالة إضطرارية مستعجلة واجب حمايتها.

II - واجب الإفصاح و سكوت المؤرخ : قبل دراسة مسؤولية المؤرخ عن سكوته

يستوجب التعرض بوجه عام لمدى الإلتزام بالتعبير والإفصاح عن الحقيقة؟.

نحن نعلم أن السكوت أحد مظاهر الإمتناع حيث يتجسد في الأحكام عن الكلام وعدم الإفصاح فهل يفرض القانون واجب الإفصاح عن الحقيقة وتقديم المعلومات للغير؟ وهل يعد بالتالي السكوت غير مشروع؟ وفي أية ظروف؟.

يسلم بعض الفقه بأن السكوت لا يكون خاطئا إلا إذا وجد نص أو إتفاق يلزم الساكت بالكلام وإعطاء المعلومات للغير، والحال كذلك إذا كان عدم إعلام الغير يلحق ضررا بالنسبة للشخص غير المخطر، وكذا الشخص المعني بالمعلومات التي لم تعط عنه(1).

ويتعلق الأمر دوما بنفس الفكرة حيث ينبغي أن يكون الإمتناع خرقا لواجب قانوني بالإفصاح وليس إخلالا بمجرد إلتزام أخلاقي.

وما تجدر ملاحظته أن الفقه الذي يقرر مبدئيا عدم فرض واجب الإفصاح وإعطاء المعلومات للغير يؤكد مع ذلك أن ثمة حدودا للحق في السكوت إذا أنه ليس حقا مطلقا.

ويذهب الأستاذ "سفاتييه" إلى القول أنه يستوجب تطبيق القاعدة العامة التي تجعل الإمتناع خاطئا حينما يصبح مضرا وذلك قياسا بالفعل الإيجابي لنفس الشخص، ويسيق مثلا عن ذلك كمن يدلي بمعلومات ويسكت عما هو أهم بالنسبة لطالبها، ويقول أن الإلتزام بالإدلاء بالمعلومات أما أن يكون قانونيا أو إتفاقيا أو مهنيا(2) وما تجدر ملاحظته أن لفيفا من الفقه يعتبر أن المشكل يحل وفقا للحاجيات العملية التي تبناها العرف. .

أما ديموج الذي يعبر عن ذات الإتجاه فيقول(3) : " يقع في بعض الحالات على عاتق الشخص بحكم عيشه في المجتمع واجب الإفصاح وفي حالة الإحجام ينسب إليه خطأ يستوجب التعويض والتعويض يكون بالنظر إلى توافر نوع من الإرادة لديه.

(1) — LALOU : Traité, N°662 , SAVATIER : Traité, I, N° 46 . AURY et RAU : OP CIT. 444, P 431.

(2) — SAVATIER : Traité, N° 46 .

(3) — DEMOGUE : Obligations, T. 1, N° 187 .

كما أكد الأستاذ(1) Valery على إلتزام الموجب له بالرد على العرض الموجه إليه فالإلتزام بالرد لا تفرضه اللياقة الإجتماعية فحسب وإنما يستخلص من إعتبار عدم الرد من شأنه أن يلحق الضرر بالموجب وذلك بالنظر للشك الذي يراوضه طيلة تلك المدة.

وما تجدر الإشارة إليه أنه بإستثناء الأستاذين ديموح وفلري المؤيدين لفكرة الإلتزام العام (الواجب العام) بالرد فإن غالبية الفقه الفرنسي يحدد هذا الإلتزام في حالات نادرة ويعترف بهذا الإلتزام حينما يتعلق الأمر بعلاقات عمل أو يخص بنود تضمنتها صفقة معينة(2).

ففي هذه الحالات النادرة يعد السكوت تعبيرا عن الإرادة ، ويعترف ضمنيا للإمتناع بأثر مماثل للأثر الناتج عن الفعل(3).

غير أن القضاء الفرنسي لم يكن معاديا دوما لفرض الجزاء عن السكوت الضار وإذا كان يبدو متعارضا نوعا ما في هذا المجال.

وفي إحدى قرارات محكمة النقض(4) جاء أنه مجرد سكوت أحد الموثقين على إعسار أحد مساعديه الذي يتردد منذ مدة على نزل ليتناول الطعام مع الأول، لا يشكل خطأ ولا يرتب مسؤولية الموثق إزاء صاحب المنزل .

في حين أن حكم لمحكمة Dijon قضى بمسؤولية طبيب عن سكوته باعتباره كان مكلفا من قبل عائلة بمراقبة صحة الطفل المعهود به لمرضعة، وأغفل الطبيب إخطار المرضعة بإصابة الرضيع بمرض معدي، حيث عقب عملية الإرضاع أصيبت هذه الأخيرة إصابة أدت إلى وفاتها(5).

وقد فرضت المحاكم الفرنسية الجزاء على الإمتناع عن الإفصاح أو إعلام الغير Renseigner لاسيما إذا إقترن الإمتناع بفعل إيجابي من قبل من إلتزم بالسكوت ولو كان ذلك في غياب أي إلتزام قانوني خاص.

ويتبين لنا في هذه الحالة إختلاف الحلول لهذا المشكل بالنسبة للفقه أو القضاء ، فهل يجب إعتبار السكوت الضار تارة مشروعا وتارة أخرى غير مشروع ؟. وبالتالي فما هو معيار التمييز في هذا المجال ؟.

(1) — Cité Par COHIN : OP CIT, P 85

(2) — COHIN : I BID . P 86 .

(3) — COHIN : OP CIT . P 86

(4) — Cass Civil , 10 DP 1909 , DP 1911 . 1 . 439 .

(5) — Dijon 14 Mars 1868 , DP , 1869 . 97 .

ولنأخذ المثال الذي يضره الأستاذ Yung⁽¹⁾ ولنطرح المشكل بشكل مختلف، أصادف في طريقي شخصا شب حريق في منزله وهو جاهل لذلك تماما، فهل يقع علي واجب إخطاره؟ بالطبع ستكون الإجابة بالنفي وفقا للأستاذ Yung والاتجاه السائد، غير أنه قد تكون الإجابة بنعم لاسيما في الحالات الخطيرة، إن لم تكن هناك نية التعميم و التسليم بواجب الإفصاح في كافة الحالات.

وإذا كان هذا الرأي يثير الدهشة والتعجب لدى البعض منا، فينبغي التفكير في النتائج المترتبة على الرأي المخالف، فالقول بأنه غير ملزم بالإخطار في المثال السالف الذكر يعني منح نفسي حقا مطلقا في السكوت، وبالتالي إلغاء روابط التضامن الإجتماعي بين أفراد يعيشون في مجتمع متحضر. ومن جهة أخرى ما هي النتائج الخطيرة المترتبة عن فرض واجب بالإفصاح والإعلام التلقائي للغير؟.

لاشك أنه لا يوجد أية خطورة، بل بالعكس فذلك أبسط وأيسر واجب يمكن أن يمليه النظام القانوني فيكفي حركة بسيطة، أو كلمة لا تكلف شيئا لإنقاذ الأموال والأرواح البشرية المهددة بالهلاك، في حين أنه ليس ثمة أي خطر يهدد الشخص أو غيره، ولا يعد هذا موقفا مشجعا للتدخل في شؤون الغير، وحتى إذا كان كذلك فهذا تدخل محبذ. إذ أنه يقي الغير من أضرار قد تكون في غاية الجسامة وما يجدر التنبيه إليه أن القانون يشجع على تدخلات خطيرة في شؤون الغير كالجيران مثلا؟ إذ يجيز المساس بأموال الغير وإتلاف أموالهم في حالة الضرورة كما يحث على التبليغ عن وقائع قد تعرض لعقوبة الإعدام وغيرها من الحالات.

فهل يعقل إذن عدم السماح بالتدخل في شؤون هذا الغير لا سيما إذا كان هذا التدخل لصالحه؟. يبدو أن حل مثل هذا الإشكال يسير إذا أخذنا بعين الاعتبار المصالح المشروعة وخطر التدخل.

وعليه إذا كان كتمان بعض الوقائع من قبل شخص ما وإذا كان السكوت من شأنه أن يصبح مصدرا لأضرار جسيمة تلحق الغير في حين أن مصلحة الشخص في السكوت أقل أهمية ولا يهدده أي خطر كما لا يعرض الغير للخطر فمما لا شك فيه أن هذا الأخير ملزم قانونا بالإفصاح، وأنه بسكوته هذا يرتكب عملا غير مشروعاً، أما إذا كانت الحالة عكسية فمن كان عالما بالوقائع المتعلقة بالغير يقع عليه واجب السكوت.

(1) — YUNG : La Vérité et le Mensonge , P 22 .

- الإمتناع عن الإعلام : يعتبر خرق واجب الإعلام خارج إطار الإلتزام الإيجابي التعاقدى أو التشريعي أحد مميزات خطأ الإمتناع فالأمر لا يتعلق في هذه الحالة بعدم تنفيذ إلتزام تعاقدى بالإعلام أو التنبيه أو النصح الذي تنجر عنه مسؤولية تعاقدية وإنما الأمر يرتبط بالإخلال بواجب غير تعاقدى بإعلام الغير ويقع على عاتق كل شخص يملك معلومة ذات أهمية وشأن بالنسبة للغير لا سيما إذا ترتب عنها الحيلولة دون إلحاق الأذى بهذا الغير.

وغالبا ما يتحدد مجاله في إطار نشاط محدد (إبرام عقد، ممارسة مهنة) وعليه فإن الإمتناع الخاطئ عن الإعلام عادة ما يتجسد في صورة إمتناع بمناسبة عمل .

وبناء على ما تقدم حكم بمسؤولية غرفة نقابية Chambre Syndicale أغفلت إخطار وإعلام الجمهور عن إقصاء أحد أعضائها الذي ألحق ضررا بالغير مستندا إلى عضويته في النقابة(1).

كما نسب خطأ تقصيرا لأحد المهندسين إزاء أحد المقاولين لإحجامه عن إعطائه المعلومات الخاصة بالأرضية Sous Sol عند تشييد عمارة معهود أمر بناءها إليه(2).

ويعتبر مرتكبا لخطأ الإمتناع الطبيب الذي يسلم لإحدى مريضاته علبة تحتوي Ampoule على أنابيب بقيت لديه مدة إثني عشرة سنة وأغفل إخطارها عما قد يترتب عنها من أضرار، إذ عند فتحها إصيبت في عينها نتيجة لإنفجار الأنبوبة(3).

III - سكوت المؤرخ

1- حرية المؤرخ التقليدية : يبدو أنه فيما عدا التحفظ بتدخل القانون الجنائي الذي يحظر بعض المقالات التحريضية التي تعد خطيرة بالنسبة للنظام العام فإن التعبير عن الفكر ومناقشة المبادئ الإجتماعية والسياسية والأخلاقية تتعلق بحرية الرأي المعترف به والتي تضمنتها دساتير البلاد الديمقراطية وبعض التصريحات العالمية(4).

وتقتضي حرية الرأي بالضرورة حرية الكلمة وكذا الكتابة غير أن كل ملف سواء أكان ذو طابع فلسفي أو فني أو ديني وحتى علمي لا يمكنه تفادي الإصطدام بمقتضى النظريات التي

(1) — Cass Civil , II , 17/03/1971 , Bull Civil , N° 125 , JCP 71 ED, G, IV , 115

(2) — Cass Civil , III, 03//10/1984 , JCP 84 ED, G, IV , 338

(3) — Cass Civil , II, 30//06/1976 , JCP 79 ED, G, II , 19038 .

(4) — أنظر مثلا المادة 19 من التصريح العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1946 .

يعالجها السكوت أو النقائص التي تعتري المبادئ المهيمنة لدى بعض الخواص أو مجموعة من الخواص ؟.

وقد أصبح رجل الدين Le Jesuite Père Loriguet مشهورا لإغفاله إسم نابوليون بونابارت⁽¹⁾ في إحدى مؤلفاته التاريخية التي أبرز فيها الحوادث الممتدة ما بين سنة 1800 إلى 1819.

وقد علق على ذلك بأنها طريقة غريبة لكتابة التاريخ فقد يكون المؤرخ معاديا لبونابارت ولكنه لا يسعه تجاهل إسمه في مؤلف تاريخي⁽²⁾.

غير أنه لا أحد سمع بأن عائلة بونابارت قد طالبت بالتعويض⁽³⁾ كما أن موقف المحاكم الفرنسية قد تحدد بمقتضى قرار محكمة باريس المؤرخ في 26 أبريل 1865 الذي صدر لصالح الكسندر دوماس الأب Alexandre Dumas Père ، ويبرز من خلال هذا القرار :

« ... L'HISTOIRE EST PAS TENU LORSQU'ELLE RENCONTRE UN POINT OBSCUR, OU DIVERSEMENT RACONTE PAR LES RELATIONS DU TEMPS DE RAPPORTER LES DIFFERENTES VERSIONS AUXQUELLES IL A DONNE LIEU MAIS SEULEMENT DE CHOISIR AVEC IMPARTIALITE CELE QUI LUI PARAIT LA PLUS SURE CET QUE SI CE POINT VIENT A SOULEVER UNE CONTREVERSE, CE N'EST PAS DEVANT LES TRIBUNAUX QU'ELLE PEU TROUVER SES JUGES ».

بأنه لا يقع على عاتق المؤرخ عند مصادفة مسألة غامضة أو مختلفا حول روايتها عبر الزمن سرد مختلف التفسيرات والتعليقات لها، بل لإختيار ما يبدو له أقرب إلى الحقيقة والموضوعية وأبعد عن التحيز، وإن أثارت هذه المسألة تباينا واختلافا فلن يجد حلها لدى الأجهزة القضائية " .

وقد حكمت المحكمة المدنية لسين Seine سنة 1937 : " بأنه ليس على المحاكم الفصل في مسائل التاريخ وأنه يقع على القراء إبداء الرأي حول الموضوع. " .

فحرية الكتابة والسكوت ستكون مهددة لا محالة إذا كان المؤلف وعلى وجه الخصوص المؤرخ ينسب إليه خطأ من وجهة نظر القانون المدني في حالة عدم ذكره هذا الإسم أو ذاك أو سكوته عن هذا الحادث أو ذاك.

(1) — CARBONNIER : Le Silence et La Gloire, D 1951, C H R , 119 ..

(2) — MAZEAUD H et J : Jurisprudence en Matière de Droit Civil , Revue Trim ., 1951 , P 247

(3) — BOURRINET : L'absteution Source de Resbonsabilité Civile et Delictuelle, Thèse Moutpellier, 1959.

ذلك هو الموقف التقليدي للقانون الفرنسي غير أنه وبمناسبة قضية Turpain Branly والتحويلات التي طرأت على الإجتهااد القضائي فرضت على المؤرخ إلتزامات جديدة.

2- قرار " تربان برانلي" والإلتزامات الجديدة للمؤرخ في فرنسا : لقد حكمت

محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية بتاريخ 27 فيفري 1951⁽¹⁾ في قضية Turpain Branly وتتخلص وقائعها فيما يلي : " حيث أنه في إحدى المقالات المتعلقة بتاريخ الإعلام الإذاعي Radio Diffusion أغفل البروفيسور Turpain ذكر أعمال Branly وبذلك أبدى رأياً بعدم مشاركة Branly في الإختراع الخاص بـ T. S. F .

وقد حكمت محكمة بواتيه على صاحب المقال بالتعويض عن الضرر المعنوي إزاء ورثة Branly وذلك بإسناد خطأ إمتناع إلى تربان بناء على نية الإضرار.

غير أن قرار محكمة إستئناف Poitiers لم يؤيد حكم المحكمة بسبب أن الإمتناع لا يؤدي إلى التعويض إلا إذا كان يشكل جنحة Délit أما الإمتناع الذي يؤلف شبه جريمة فلا يكفي لترتيب مسؤولية صاحبه غير أن محكمة النقض الفرنسية⁽²⁾ أكدت أن الإمتناع يخضع لذات القواعد التي تنظم الفعل الإيجابي فكل خطأ وإن كان عبارة عن شبه جرم فقط كاف لمساءلة محدث الضرر.

ويعترف قرار المحكمة بمسؤولية الممتنع الذي أحجم عن ذكر إسم وأعمال برانلي وكان على محكمة الإستئناف وفقاً لمحكمة النقض البحث عما إذا كان صاحب المقال قد إتبع سلوك المؤلف أو المؤرخ الحريص الواعي بواجب التحلي بالموضوعية الملقاة على عاتقه، ومما لا ريب فيه أنه يجب على المؤرخ الحريص المهتم بواجب الموضوعية أن يراعي حين إبداء الرأي الشخصي مدى صدق بعض الإكتشافات ولا يمكنه السكوت عنها على الإطلاق.

وقد جاءت قرارات أخرى تدعم تطور الإجتهااد القضائي في هذا المجال حيث حكمت المحكمة المدنية لنتان Nantes على أحد المؤرخين نتيجة لإغفاله ذكر بطولات المقاومة بمنطقة Nantes وسان نزار Saint Nazaire وإدعائه التحلي بالموضوعية وإن لم تكن لديه نية سيئة⁽³⁾.

فالإجتهااد القضائي المعاصر لا يحصر مسؤولية المؤرخ عن خطأ الإمتناع في حالة سوء النية فحسب، إذا أن الواجبات المهنية تملي عليه الجدية في التحري والتأكد من المعلومات. حتى لا

(1) — S 1937 , II 1917 , Avril 1937 .

(2) — D 1951 , J 329 .

(3) — L'arret du Tribunal Civil de Nantes du 23 Octobre 1953 . D 1953 J 656

يقدم معطيات خاطئة على أنها حقائق ، ثم يبرز بعد ذلك الآراء التي يميل إليها شخصيا ، والتي لها صدى كاف يجعل عدم السكوت عنها⁽¹⁾ من مقتضيات الإعلام الموضوعي والصحيح.

وعليه فبغض النظر عن المسؤولية عن الخطأ العمدي فقد تترتب مسؤولية المؤرخ عن مجرد الإهمال الذي يتخذ شكلا خطأ إيجابي في حالة تأكيد أو نفي وقائع دون أدلة كافية وخطأ سلبي في حالة السكوت عن وقائع كان من الواجب الإشارة إليها، ولذا لم يعد يسمح للمؤرخ الركون إلى السكوت والسلبية.

غير أن الإجتهد القضائي الفرنسي غير مجمع حول هذه المسألة⁽²⁾ حيث رفضت بعض الأحكام القضائية فرض الجزاء على سكوت المؤلف، كقرار محكمة النقض الفرنسية في 17 جويلية 1953. وكذا قرار محكمة باريس المؤرخ في 24 جانفي 1965 . ولكن هل يمكن القول أنه فيما عدا حالة المؤرخ أنه لا تترتب مسؤولية المؤلف بحجة أن عمله ذلك ليس مؤلفا تاريخيا؟.

لا شك أن الإجابة بنعم منافية ومتعارضة مع قرار " تران " ، والمبادئ التي وضعها. ومهما يكن من أمر فإن قرار محكمة النقض المؤرخ في 27 فيفري 1951 في قضية تران برانلي، يعد بمثابة قرار أرسى قواعد إجتهد قضائي حديث⁽³⁾ حيث أعطى للإلتزام القانوني أساسا موسعا بحيث لم يعد شائعا القول بنظام خاص لخطأ الإمتناع.

ويعتبر هذا القرار الذي إستعملت فيه عبارات عامة قرار مبدئيا أساسيا⁽⁴⁾ Arret de Principe ويمكن تلخيص ما جاء به في أربعة نقاط أساسية.

1 — أن خطأ الإمتناع غير المقترن بسوء النية أو قصد إحداث الأذى بالغير، يرتب مسؤولية صاحبه ويعد ذلك زعزعة للفقہ التقليدي الذي إعتمدت عليه محكمة بواتيه التي قصرت المسؤولية عن خطأ الإمتناع على حالة إقترانها بسوء النية، وفيما عدا حالة خرق الإلتزام القانوني بالعمل،

(1) — أنظر بعض الأحكام والقرارات التي لم ترتب المسؤولية عن سكوت المؤلف، قرار محكمة النقض الفرنسية في 1953/07/17 ، قرار محكمة باريس .

(2) — LALOU : Traité , JCL , Resp Civile , T. 1 , Fasc , III, A , P 20 , D 1954 , J 533 et Note Jean Carbonnier 1965 . 06. 23 , N° 662 , MAZEAUD et TUNC : Traité , I , N° 518 , 519 .

(3) — MAZEAUD et TUNC : Traité , N° 544 .

(4) — BOURRINET : OP CIT , P 103

كما نلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد إعتبرت خطأ الإمتناع غير العمدي مصدرا للمسؤولية شأنه في ذلك شأن خطأ الإمتناع العمدي(1).

2 — ويتبين من عموم لفظ القرار سالف الذكر أن خطأ الإمتناع المجرد يرتب مسؤولية صاحبه شأنه شأن خطأ الإمتناع بمناسبة عمل، وذلك حتى في غير حالة كون الإلتزام بالعمل مفروض بمقتضى القانون أو العقد، إذ يعد ضربة موجهة للفقهاء الرافض الإعتراف بالمسؤولية عن خطأ الإمتناع المجرد(2).

تماشياً مع مقتضيات الموضوعية و الواجبات المهنية تترتب المسؤولية عن خطأ الإمتناع خارج دائرة الأحكام التشريعية إذ يصبح هذا الخطأ مصدراً للمسؤولية في الإطار المهني وحالة مسؤولية المؤرخ ليست واردة على سبيل الحصر(3).

وختاماً يمكن القول أن قرار محكمة النقض الفرنسية لا يمنع من الأخذ بعين الإعتبار خطأ الإمتناع خارج إطار النشاط المهني .

3- الإلتقادات الموجهة لقرار تربان برنلي : تعرضت الإلتزامات الجديدة التي فرضها

قرار "تربان" برنلي على كاهل المؤرخ لإنتقادات سواء من قبل رجال القانون وحتى من قبل المؤرخين.

يعاب على هذا القرار عموميته إذ قد يؤدي بالإجتهاد القضائي في بعض الحالات نحو إتجاه خطير إذ يشكل سابقة خطيرة وذلك بإلزام المؤرخ بواجب القيام بالعمل غير محدد المعالم بصفة دقيقة.

حيث يذهب الأستاذ سفاتييه(4) إلى القول " أن الحدود التي ينطلق منها لإعتبار خطأ المؤرخ غير معترف بها عسيرة التحديد" ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فهل للقاضي دراية بالتاريخ تفوق دراية المؤرخ؟.

فالمخاطر المترتبة ستكون وفقاً لرأيه، ليس فقط بالنسبة للحرية وإنما أيضاً بالنسبة للتاريخ ذاته " إذ بحجة الموضوعية سيحل القاضي نظره الخاصة محل وجهة نظر المؤرخ، وبالتالي سيضع

(1) — MAZEAUD H et L : Revue Trim , 1951 , P 246

(2) — MAZEAUD H et L : Revue Trim , 1951 , P 146

(3) — DES BOIS : Note Sous L'arrêt Turpain, Branly , P 1951 , J 329

(4) — SAVATIER : Le Droit de L'art et 1953 , N°236

نفسه كمراقب للنقد التاريخي لهذا الأخير ...، ولكونه حارسا وحاميا للموضوعية التي ستحدد بلا منازع، إما بمقتضى رأي الأغلبية أو من قبل الدولة التي ستحتكر ميزة الصدق التاريخي⁽¹⁾. فإن هذا سيجعل القاضي نفسه حارسا وحاميا لها.

ويذهب الأستاذ ريبير وبولونجيه⁽²⁾ إلى القول أن " محكمة النقض حين حددت واجبات المؤلف والمؤرخ فقد أكدت على وجوب أن يكون محتاطا وحريصا وواعيا بواجب الموضوعية الملقى على عاتقه.

وقد إعتنقت مفهوما يدعو للتخوف والقلق إذ الموضوعية المنادى بها أقرب إلى التاريخ الرسمي. ويمكن تلخيص هذه الإنتقادات فيما يلي :

- أ — تعتبر الإلتزامات الجديدة الملقاة على عاتق المؤرخ مساسا غير مقبول بالحرية.
- ب — سيحل القاضي بحجة الموضوعية نظرتة الذاتية للتاريخ محل نظرة المؤرخ وبعبارة أخرى فإن هذا القرار السالف سيجعل بيد القضاة ما يجب أن يذكره المؤرخ وما ينبغي الإحجام عن ذكره، أي إتخاذ موفق إزاء الحقيقة التاريخية، وذلك بوضع نظرية رسمية للتاريخ .
- ج — أنه من غير الممكن بل من المستحيل (تحديد) ووضع حدود يسع القول من خلالها بأن المؤلف قد أحل بإلتزاماته.
- د — عدم كفاءة القاضي في مجال التاريخ .

وعلينا الآن فحص وبحث مدى صواب هذه الإنتقادات الموجهة للقرار من قبل رجال القانون والوقوف والتأكد هل أن خشيتهم هذه مبررة؟.

نتساءل أين يكمن هذا المساس غير المقبول بحرية المؤلف أو المؤرخ لأن ما فرضه قرار برانلي على المؤرخ هو مجرد الحرص على أن يكون موضوعيا، يقظا وحريصا على أداء واجباته لاسيما أن المحاكم لا ترتب دائما المسؤولية على عاتق المؤلف، فثمة ظروف تحول دون إعتبار سكوته خطأ.

وعلاوة على ذلك وكما أسلفنا الذكر فالأمر هنا ينطوي على حماية الأناية أكثر من الحفاظ على الحرية.

(1) — SAVATIER : OP CIT , N°237.

(2) — ريبير وبولونجيه : المرجع السابق ، رقم 940 .

وهل يمكن مشاطرة رأي الأساتذة "سفاتييه" "ريبير" وبولونجيه" حيث قيل بأنه بحجة الموضوعية سيحل القاضي وجهة نظره حول التاريخ محل نظرة المؤرخ. يبدو من تقصي أحكام المحاكم أن هذه الأخيرة لم تحاول قط وضع نظرية رسمية للتاريخ.

أما فيما يتعلق باستحالة وضع الحدود للواجب المفروض على عاتق المؤرخ فبالإمكان تبيان المبالغة في هذا المجال، إذ يسمح المعيار الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية بإبراز أن المدعي عليه لم يسلك "مسلك المؤرخ الحريص واليقظ الواعي بالواجبات الموضوعية الملقاة على عاتقه"، وذلك بتطبيق مفهوم الخطأ وفقا لما وصل إليه الأستاذان مازووتنك، إذ أن مفهوم الخطأ يستخدم كمعيار لوضع الحدود لهذه الواجبات، كما أن ذات المفهوم يوظف لتقدير السلوك الإيجابي من قبل محدث الضرر.

أما ما قيل حول عدم كفاءة القاضي في مجال التاريخ فيمكن الرد أنه إذا كان البعض يعيب عدم الكفاءة على القاضي لتقدير مدى تحلي المؤرخ بالموضوعية أو عدم تحليه، فإن فحص جدي يجب أن يخاض من قبل من يدعي كونه "مؤرخ مختص" كما ثمة وقائع تاريخية معروفة لدى الجميع ولا يمكن حتى للمؤرخ غير المختص جهلها وعليه الإشارة إليها.

نستخلص أخيرا أن خشية رجال القانون ليست دائما مبررة وأن الإنتقادات الموجهة للقرار السالف الذكر ليست دوما مؤسسة.

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن المؤرخ الجزائري يظل معرضا للجزاء إذ أحل بالالتزامات الملقاة على عاتقه والمستخلصة من خلال القرار السالف الذكر، إذ تبقى صالحة لإحتضانها وتكريسها وجعلها أداة يسترشد بها القاضي في مجال المسؤولية في حالة الإمتناع.

IV- مسؤولية المؤرخ : ينتمي التاريخ إلى العلوم الإنسانية غير أنه يهتم بدراسة الإنسان في ماضيه ومدى تأثير هذا الماضي فيه، إذن فهو يهتم بدراسة الإنسان من خلال مواقف تاريخية كما يدرس المواقف التاريخية من خلال الإنسان.

ويطلق على الحادثة الإنسانية بإعتبارها موضوع التاريخ مصطلح الحادثة التاريخية، وهي حادثة مضت وولت وتتميز بأنها حادثة إنسانية واجتماعية وذات معنى ومفردة لا تتكرر.

وسبيل المؤرخ للإهتداء للحادثة التاريخية المختبئة في الباطن وبعثها من جديد، يتم عن طريق خطوات عديدة منها، جمع المصادر ثم تحليلها ونقدها وإنشاء التاريخ وتركيبه، وأما بالنسبة للوثائق

التي يجمعها المؤرخ فهي ليست دائما سليمة من حيث الشكل أو المحتوى. والوثيقة سواء أكانت مادة مصنوعة أو مكتوبة ليست بمنتهى عن التلف أو البلى أو التشويه المقصود أو غير المقصود، ومن هنا يتضح لنا مدى الحذر والشك والذكاء والفتنة التي يجب أن تطبع سلوك المؤرخ، فكثير هي الأخبار الكاذبة وكثير هي الآثار المزيفة فإذا أحجم عن تجميع هذه الوثائق فإن المؤرخ يكون قد إرتكب خطأ بالإمتناع.

ولذا يقع على المؤرخ إلتزام تحليل الوثائق التي في حوزته ويصب عليها نوعين من النقد، نقد مادي ونقد باطني. أما النقد المادي فيتمثل في فحص الوثيقة من حيث مادتها ومظهرها الخارجي قبل أن تنسب للعصر الذي يراد أن تنسب إليه، فعلى المؤرخ أن يتحرى عن الورق أو الحبر نوع الخط وأسلوب الكتابة والتوقيع المستعمل في كل عصر.

وتترتب المسؤولية في حالة الإحجام عن التحري وقد تنسب المخطوطات والآثار إلى غير أصحابها ومن الأمثلة عن ذلك في التاريخ أن رمسيس الثاني كان يترع عن الآثار أسماء أصحابها وينسبها إلى نفسه، وعلى المؤرخ أن يتوخى الحيلة والحذر ويستعين بكل الأساليب العلمية التي قد تساعده على كشف الحقائق كلجوء المؤرخ إلى التحليل الكيميائي وغيره.

ولا يكتفي المؤرخ بسلامة مظهر الوثيقة ومادتها بل عليه أن يوجه له نقدا يتناولها من الداخل وعليه عدم تزيه الراوي بل يبحث عن هويته وانتمائه وسلوكه ليثبت مدى كفاءته الفكرية وقوة ملاحظته.

فبينما القضاء الجنائي يذهب إلى القول أن كل متهم بريء إلى حين إثبات إدانته، فنرى أن المؤرخ إزاء الوثائق يقضي بأن كل أثر مدان إلى غاية إثبات براءته.

وقد أشار ابن خلدون 1332-1496 إلى هذا الموضوع في مقدمته قائلا: " فقد يكون الرأي متحيزا لحزب أو طائفة وبالتالي لا يروي الخبر إلا من الجهة التي تؤيد أفكاره ومعتقداته وقد يكون خائفا لا يقدر على الإفصاح ببعض الحقائق وقد يكون مأجورا من قبل السلطة فلا ينطق في حقهم إلا بالمحاسن".

ولما كان الكذب متطرقا إلى الخبر بالطبيعة، وله أسباب تقتضيه فمنها التشيعات للآراء والمذاهب، فإن النفس إذا كانت على حال إعتدال في قبول الخبر أعطته حقه من التمحيص والنظر، حتى تتبين صدقه من كذبه، فإذا ظامرها تشيع للرأي أو لكلمة قبلت ما يوافقها من

الأخبار لأول وهلة، وكان ذلك الميل والتشيع غطاء على عين بصيرة عن الإنتقاد والتمحيص فتقع في قبول الكذب ونقله من الأسباب المقتضية للكذب في الأخبار أيضا الثقة بالناقلين وتمحيص ذلك يرجع إلى التعديل والترجيح، ومنها الذهول عن المقاصد فكثير من الناقلين لا يعرف القصد مما عاين أو سمع وينقل الخبر على ما في باطنه وتخمينه فيقع في الكذب ومنها توهم الصدق وهو كثير وربما يجيء في الأكثر من جهة الثقة بالناقلين ومن الجهل بتطبيق الأحوال على الوقائع لأجل ما بداخلها من التلبس والتصنيع فينقلها المخبر، كما يراها وهي بالتصنيع على غير الحق نفسه ومنها تقرب الناس في الأكثر لأصحاب التجارة والمراتب بالثناء والمدح .

وتحسيس الأحوال وإشاعة الذكر بذلك فيستفيض الأخبار بها على غير حقيقة، فالنفوس مولعة بحب الثناء والناس متطلعون إلى الدنيا وأسبابها من جاه و نزوة و ليسوا في الأكثر براغبين في الفضائل و لا متنافسين في أهلها(1).

وبناء عليه يقع على المؤرخ أن يصب نقده على كافة هذه الأوجه و إلا كان مرتكبا لخطأ إمتناع بمناسبة عمل.

ومن الأمثلة على عدم إلتزام المؤرخ بالموضوعية ورحجان الذاتية على الكتابة ما ورد في كتاب محمد الصالح بن عنترى " فريدة منسية في حال دخول الترك بلد قسنطينة وإستلائهم على أوطانها أو تاريخ قسنطينة "، مراجعة و تقديم و تعليق د. يحي بوعزيز ومن جملة الإنتقادات الموجهة إلى هذا المؤرخ تركز على ما يفرضه واجب النقد الباطني على المؤرخ من عدم التحيز والتشيع وإلا عد مقصرا، إذ تحامل محمد الصالح العنتري على الحاج أحمد باي بصفة خاصة والأتراك بصفة عامة وذلك لإعتبارات معينة منها :

1 — الحاج أحمد باي قتل أباه أو تسبب في قتله لمجرد وشاية غالب الظن أنها كاذبة من طرف الباش حاميته على بن عيسى مفادها أن محمد العنتري ذهب رسولا إلى الدرك " دونمور" والماريشال "دامريمون" من طرف الحاج أحمد باي وهذان الأخيران قائدان للقوات الفرنسية بالذرعان وذلك في أكتوبر 1837 وروج إشاعة بعد تلقيه بكثرة عدد وعدة القوات الفرنسية، لحث قوات أحمد باي على الإستسلام.

(1) — أنظر مقدمة ابن خلدون ، الكتاب الأول من طبيعة العمران في الخليفة وما يعرض فيها من البدو والحضر، طبعة ورثة الشيخ عبد الخالق المهدي سنة 1931، ص 28 .

2 — باعتباره رئيسه الضابط " بواسوني " ولي نعمته هو الذي أملى عليه هذا الموقف، فلم يكن ليعصي له أمرا.

3 — أنه تطوع تقربا من سيده فاتخذ ذلك الموقف للحفاظ على وظيفته.

ويتبين من خلال فحص ما ورد في كتاب العنتري من قبل المؤرخ د. يحي بوعزيز (1) أن العنتري عند إستعراضه محاسن الفرنسيين كانت خاتمة كتابه كاشفة عن الغلو والمبالغة في التحيز، والتجني حيث جاء في كتابه : " وهذا فرق كبير بين الدولتين فإن ظلم الترك ليس مخصوصا بمحل بل هو عام في أرضهم الأصلية، وفي غيرها مما تحت أيديهم كما يعلم ذلك من سافر إليهم وشاهد أحكامهم بخلاف الفرنسيين فإن أرضهم الأصلية أهلها في غاية العافية بسبب العدل وعدم الظلم فسار هذا في كل محل في أيديهم ومن لم يعلم ذلك يسأل العارفين. " .

ولا يكفي أن يحقق المؤرخ الواقعة التاريخية ويزيل عنها غبار الشك وإنما يقع عليه أن ينشئ التاريخ وذلك ببناؤه بناء كاملا من خلال الوقائع التي حققها، إذ أن الواقعة لا تكون لها مكانتها في التاريخ إلا إذا أدمجت في سياقها الزمني والمكاني وتألقت مع مجموع الحوادث العامة التي كانت تشكل حاضر مجتمع بشري في وقت من الأوقات، حاضرا له سماته ومعالمه وإهتماماته ونوازعه التي تحول في ضميره وتحركه نحو أهدافه.

وكثيرا ما ظهرت في الأسواق خطابات نسبت لكتاب بارزين ومشهورين، وبها أخطاء غير متقنة وواضحة لدرجة أنه أمكن البرهان على زيفها بسهولة، ففي إحدى هذه الخطابات التي عرضت للبيع على أساس أنها كتبت بقلم " أبرهام لينكون " الرئيس الأمريكي أكتشفت بلادة المزور لوجود إشارة إلى ولاية كانساس في فترة لم تعرف فيها هذه الولاية و إنضمامها إلى الولايات المتحدة لفترة تزيد على عشرين عاما(2) وعليه يمكن القول كما ذهب إليه الدكتور حسان الحلاق " بأنه يقع على المؤرخ إلتراما يتمثل في أن يكون مؤرخا علميا بعيدا عن تزوير الحقائق وبعيدا عن الاهواء والعواطف ومتقيدا وملتزم بقضايا أمة و شعبه والإلتزام لا يعني الإنحياز إنما هو في حقيقته مؤشر علمي لباحث ملتزم "(3).

(1) — أنظر يحي بوعزيز : المرجع السابق ، ص 10 .

(2) — أنظر محمد زيان عمر : البحث العلمي ، مناهجة وتقنياته ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص 168 .

(3) — أنظر د. حسان حلاق : في كتابة مقدمة في مناهج البحث العلمي التاريخي والعلوم المساعدة وتحقيق المخطوطات بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت 1986 .

الفصل الثاني الامتناع الخاص

هو الامتناع المخالف للواجب القانوني الخاص، وهو لا يتعارض مع الواجب القانوني العام المجرد ولكن الإخلال بالواجب الخاص يستغرق الإخلال بالواجب العام المجرد إذا ترتب عليهما أثر واحد.

والواجب القانوني الخاص أثر قانوني يرتبه القانون على واقعه خاصة فينشئ الحق أو الإلتزام أو يعدلها أو ينقلهما إلى غيره من الآثار.

وإذا كانت هناك كثير من الوقائع الخاصة نظمها التشريع في نظريات عامة كالإثراء بلاسبب والبعض الآخر لم تنظمه نظريات عامة كالتقدم، ولذا يثور تساؤل هام في هذا المجال : هل يمكن حصر الوقائع الخاصة التي جاء بها التشريع ؟.

نستطيع القول بصعوبة ذلك لأن الوقائع لا يمكن حصرها لأن القانون غير محدد على وجه الحصر فمبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة مصدرا دائما لا ينتهي ويؤصل دائما إجتهد القاضي لسد الثغرات التشريعية مما يجنبه ارتكاب جريمة إنكار العدالة.

وعلى ذلك لا يقتصر دور مصادر القانون غير التشريعية على سد النقص بشأن واقعه خاصة وإنما تكمل أيضا سكوت المشرع كلية، والنتيجة التي نستطيع الوصول إليها هي إمكان الارتقاء بالوقائع الى مرتبة الواقعة القانونية حيث تلعب الإرادة التشريعية دورا كبيرا في إحداث أو إيجاد الواقعة الخاصة مع الإعتبار لمبدأ الخيرة في إكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات إلا ما إستثنى بنص المشرع.

وإذا كانت هناك صعوبة في حصر الوقائع، إلا أننا سنحاول إلقاء الضوء على أهم الوقائع ونرى إلى أي مدى في ضوء أحكامها يمكن أن يوجد الواجب الخاص بعمل معين بحيث يشكل الامتناع عنه في هذه الحالة خطأ قانونيا وليس فقط خطأ أخلاقي، لأن التداخل بين الدائرة الأخلاقية والقانونية كبير وتتدخل من خلالها إرادة المشرع لتحديد الوقائع التي يترتب عليها خطأ الامتناع وذلك على النحو التالي:

- الوقائع الخاصة المجردة : وهي تشمل حقوقا وحرريات متعارضة أو مصالح متداخلة وأهم تطبيقاتها :

1 — استعمال الحق أو الحرية .

2 — الفعل الضار .

3 — المديونية .

4 — خصومة الإثبات

وسنحاول دراسة تلك التطبيقات في المباحث التالية :

المبحث الأول

إستعمال الحق أو الحرية

يشير إستعمال الحق أو حريات الأشخاص مصالح متعارضة مع الغير فصاحب الحق يذهب إلى تحقيق أكبر منافع ممكنة، ولو تعارضت مع الغير ويعني ذلك إختلال في ميزان الأمن الإجتماعي والنظام العام لذلك لا يكفي الواجب القانوني العام المجرد و إنما يضاف إليه واجبات خاصة .

فصاحب الحق العيني يقع عليه إلتزاما بإحترام حقوق الجيران كما يقع عليه واجبا خاصا بإحترام حقوق الغير المتفرعة عن حقه سواء كانت حقوقا عينية أو حقوق شخصية.

و فضلا عن ذلك يتحمل واجبا عاما يفرضه القانون بجميع مصادره لمصلحة كل من يتضرر من جراء إستعمال الحق أو الحرية وهذا القول لو صح على إطلاقه لأصبح عبئا على صاحبه مما يقيد الحريات والحقوق، ولذلك إتفق على أن الواجب القانوني العام المجرد الذي يتحملة الغير اتجاه صاحب الحق أو الحرية بيتعارض مع تحمله بعض الأضرار التي تترتب على إستعمال صاحب الحق أو الحرية(1).

ولاصعوبة في تقرير المسؤولية في حالة تحديد مصدر الخطأ فهنا تكون المسؤولية في حالة تحقق الخطأ. ولكننا نجد أن القضاء الفرنسي حمل الأشخاص المسؤولية دون تحديد مصدر الخطأ وبالنظر إلى الأضرار فحسب كما في حالة مضار الجوار غير المألوفة(2).

(1) — أنظر الجارحي : المرجع السابق ، ص

(2) — دالوز 1923 ، 62 ، مختصر مدني 1953 ، 673 .

بمجموعة أحكام مدني فرنسي في : 1969/01/3 ، 1969/12/28 ، 1952/07/11 .

ولا يقبل دحض المسؤولية حتى لو أثبت المدعى أنه قام بكافة الإحتياطات اللازمة
أوحصل على الاذن الإداري لمباشرة نشاط معين مثال إنبعاث روائح مؤذية من مصانع مرخصة
رسمياً(1).

وقد سار القضاء المصري في نفس الإتجاه حيث قرر في حكم له : أن الجار ملزم بتعويض
جاره عما يصيبه من الضرر ولو لم يخالف في عمله نصاً من نصوص القانون واللوائح. وذلك متى
كان مقدار الضرر فاحشاً ومتجاوزاً الحد المألوف بين الجيران فإذا أنشأت الحكومة محطة من
محطات الجاري على قطعة أرض من أملاكها أقلقت إدارتها راحة السكان في حي مخصص للسكن
كان لهؤلاء الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم و أصاب أملاكهم من
أضرار(2).

وواضح من أحكام القضاء المصري أو الفرنسي أن الضرر المطلوب لتحديد المسؤولية هو
الذي يتجاوز الحد المعقول ويترك تقدير ذلك للقاضي لأنها مسؤولية موضوعية يأخذ القاضي فيها
بعين الإعتبار المكان والعادات والتقاليد.

وفي كافة الأحوال فإن تأسيس المسؤولية في المثال السابق سواء تمثل في إنحراف الشخص عن
السلوك المعتاد أو في التعسف في إستعمال حقوقه، وهذا التفسير الأخير هو ما نؤيده لأن الشخص
له الحرية الكاملة ولكن بشرط ألا يتعسف لإحداث الضرر بأشخاص آخرين في هذه الحالة يسأل
على أساس التعسف في إستعمال الحق(3).

وعلى ذلك نعارض الرأي الذي يفسر ذلك على أساس وجود واجب خاص يتحمله
صاحب الحق أو الحرية تجاه الغير يستخلص من بعض القيود من فكرة النظام العام أو الآداب(4).

(1) — يؤيد الإتجاه القضائي بالقانون f 1912/12/19 ، الذي نص على أن الترخيص أو الإذن الإداري لا يؤثر في حق
الغير في التعويض عن الضرر الناشئ عن المحلات الخطرة المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة.

— راجع المادة 22 من القانون المشار إليه ، وعرائض فرنسي في 1929/2/26 ، سيرى 1930/01/19 .

(2) — حكم إستئناف أهلي 1940/10/17 المحاماة المصرية، السنة 21 ، رقم 376 ، ص 891 . وأنظر أيضا : أحكام
إستئناف مختلط في 1940/5/2 م ، 52 ، ص 246 ، 1941/1/23 م ، 52 ، ص 32 ، المجموعة الرسمية للأحكام
29، رقم 41، ص 89 . وفي ضوء ذلك نص المشرع المصري في المادة 2/ 807 مدني على : " لا يغلو المالك في
إستعمال حقه إلى حد يضر يملك الجار وإلا كان للجار أن يطلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف..

(3) — يرى أغلبية الفقه أن هذه المسؤولية تقام بعيداً عن الخطأ وإن اختلفوا على تبرير إستبعاد الخطأ فالبعض يسندها إلى
فكرة المخاطر ومنهم من حددها على أساس قواعد المسؤولية عن الأشياء، وأخيراً إستند البعض إلى فكرة الضمان.

(4) — راجع الجارحي : المرجع السابق ، ص

ويفسر المسؤولية على أساس التعسف في إستعمال الحق الحكم التالي : " وإن كانت النظرية المعروفة بسوء إستعمال الحق من النظريات التي أخذ بها علماء الشريعة الإسلامية وأقروها عملاً بالحديث الشريف : { لا ضرر ولا ضرار في الإسلام } إلا أنه يتبين من أقوال الفقهاء أن تطبيق هذا الحديث في الفقه الإسلامي وضع شروط مخصوصة سواء في التطبيقات القضائية أو التشريعية فشروطه في التطبيقات القضائية أن يكون موضوع المنازعة بين الخصمين التعارض الحاصل بين الحقوق المقررة لكل منهما شرعاً، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يقيد هذه الحقوق بالقيود الذي يرفع الضرر عن كلا الخصمين أما الحقوق التي لا تتعارض معها حقوق معينة عند تمتع أصحابها بها فلا يملك القاضي تقييدها بأي وجه من الوجوه مهما نجم عنها من المضار على الأفراد والجماعات إذ أنها من المباحات التي لا يترتب على فعلها أو تركها إستحقاق أي عقاب عملاً بالقاعدة الشرعية التي تقول : " الجواز ينافي الضمان " ، ولم يخرج الفقه الفرنسي في تطبيقه لهذه النظرية عن المبادئ الشرعية وظاهر من أقوال الشراح وأحكام المحاكم أن القضاء ممنوع من تقييد المباحات العامة كيفما كان الغرض من إستعمالها وكيفما كانت المضار الناجمة عن التمتع بها لنفس الحكمة التي إسترشد بها الشرع في تقرير هذا المنع والتقييد الجائز له إنما هو قاصر على الأحوال التي تتعارض فيها الحقوق مع حقوق أخرى مقررة لا بموجب القوانين الأخلاقية أو الأدبية بل بموجب القوانين الوضعية النافذة المفعول كما يظهر من الكيفية التي طبقت بها هذه النظرية في مختلف المسائل التي تناولها بحث الشراح أو قضاء المحاكم كاستحقاق العامل لحق التعويض على رب العمل عند طرده بغير مقتضى، وحق التعويض المقرر للعمال عند الإضراب والتعويض في حالة إساءة إستعمال حق التقاضي أو حق الملكية وغيرها (1)". وبانتهاينا من المبحث الأول نشرع في دراسة الفعل الضار في مبحث ثاني .

المبحث الثاني الفعل الضار

يرتب القانون إلزاماً بدفع تعويض نتيجة للعمل غير المشروع بإعتباره واقعة خاصة تسبب الضرر للغير وبذلك يبدو التعارض واضحاً بين المخطئ والمضرور.

ونستعرض فيما يلي أهم أوجه التعارض في تلك الواقعة كما يلي: تنص المادة 124 م ج المعدل بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 : " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطئه

(1) — إستئناف مصرى في 14/2/1929 ، الحاماة ، الجدول العشري الأول ، ص 1021 .

يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض". وتفسير تلك الحالة يعني حصر الضرر الموجب للتعويض في الضرر المرتبط بالخطأ بعلاقة السببية ويفهم من تلك المادة أن الضرر هو نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام.

وتضيف المادة 127 مدني جزائري : " إذ 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 إتفاق يخالف ذلك. " .

ومن هنا يمكن أن نستخلص واجبا خاصا يقع على الشخص أو من تسبب في الضرر للغير في أن يبذل عناية الرجل المعتاد لتفادي الضرر فإذا ثبت تقصيره أو عدم إتخاذ احتياطاته الواجبة لدفع الضرر، معنى ذلك أنه يسأل عن عمله غير مشروع .

ومن ناحية أخرى لا يسأل الشخص في الظروف العادية إلا عن مقدار الخطأ الذي إرتكبه وفي هذا تنص المادة 131 مدني جزائري : " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 ، مع مراعاة الظروف الملائمة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة النظر من جديد في التقدير "(1).

ومن تفسير تلك المواد يتبين لنا بجلاء أن الأضرار الزائدة لا يعوض عنها حيث لا توجد سببية بين الخطأ والضرر وتحملها المضرور نفسه دون تعويض لأنها تنسب إلى خطئه وإخلاله بالواجب الخاص الواقع عليه وتأكيدا لهذا القول جاء نص المادة 176 : " إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه " .

وتفسير ذلك كله يرجع إلى الواجب الخاص حيث أن كل ضرر لا بد أن ينسب إلى خطأ لأنه لولا الخطأ ما كانت هذه الأضرار، وعلى ذلك من يحدق به خطر ولا يتعد عنه في الظروف العادية يرتكب خطأ يسأل عنه ولا يجوز له المطالبة بالتعويض، كما إذا كان في مقدور الشخص

(1) — تنص المادة 182 مدني جزائري على ما يلي : " إذا لم يكن التعويض مقدار في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل تعويض ما لحق الدائن من خسارة ومفاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخير في الوفاء ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوخاه ببذل جهد معقول".

العادي القضاء على مصدر الخطأ فعليه القيام بذلك وبذل عناية الرجل المعتاد وإلا عد مسؤولاً بخطأ الإمتناع.

أيضا إذا أصيب الإنسان بمرض عليه أن يدعن للعلاج ولا يكون مبررا أن يطالب بتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة ذلك المرض بحجة تأخير العلاج إلا إذا كان إمتناعه عن العلاج لأسباب أخرى مثال :

✓ — عدم تحمل علاج غير مؤكد في مثل حالته .

✓ — أو علاج يسبب له آلاما مبرحة في غير الظروف العادية(1).

وهكذا نكون قد أتمينا المبحث الثاني، وستعرض للمديونية في مبحث ثالث.

المبحث الثالث

المديونية

تجمع علاقة المديونية مصالح متعارضة بين الدائن في حقه في إلتزام المدين بتنفيذ الإلتزام الشخصي وبين المدين وواجبه في أداء الإلتزامات التي ترتبها علاقة المديونية.

وقد نظم المشرع الجزائري تلك العلاقة على النحو التالي : تنص المادة 176 مدني جزائري: "إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لايد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه"(2).

يستخلص من نص المادة السابقة أن المصالح المتعارضة تبدو خلال خصومة المديونية التي تتضح معالمها من حالة إستحالة تنفيذ إلتزام المدين.

(1) — و في هذا السياق نصت المادة 451 ق ع ج المعدلة بقانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20 على تجريم الإمتناع عن تقديم المساعدة بالنص التالي : " كل من رفض له القيام بأعمال بأداء خدمات أو بتقديم مساعدة طلبت منه قانونا أو أهمل ذلك وكان بالإمكان القيام بها وذلك في ظروف وقعت فيها حوادث أو ضياع أو غرق أو حريق أو كوارث أخرى فيضان أو جريمة أو أية كوارث أخرى، وكذلك في حالات النهب والسلب أو التلبس أو صياح الجمهور أو تنفيذ قضائي " .

(2) — يجب أن تكون إستحالة التنفيذ راجعة لسبب أجني عن المدين حتى يحكم عليه بالتعويض عن إستحالة التنفيذ نظرا لتعذرالتنفيذ العيني.

— أنظر صبري المعدي : شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الإلتزام، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية 1986 ، ص 394 .

أولاً : أوجه التعارض : وتبدو المصالح المتعارضة من حيث :

1 — مصلحة الدائن الذي يرغب في أن يكون المدين مسؤولاً في كافة الأحوال وإن إقتضى الحال أن يكون ذلك التنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض.

2 — مصلحة المدين في الإستعانة من الإعفاء من المسؤولية بسبب هذه الإستحالة ولا يقع على عاتقه حتى تنفيذ بطريق التعويض.

وقد تدخل المشرع الجزائري لحسم هذا التعارض وذلك للتوفيق بين تلك المصالح وذلك بالرجوع إلى معيار التمييز بين الإستحالة بسبب أجنبي وبين الإستحالة لسبب لآخر، وفي الحالة الأولى يعفى المدين من الدين ومن التنفيذ بطريق التعويض كلية⁽¹⁾.

أما في الصورة الثانية تظل مسؤولية عن التنفيذ بطريق التعويض قائمة.

ثانياً : السبب الأجنبي : تفتن المشرع الجزائري إلى مسألة تعارض المصالح فيما يتعلق بتحديد المقصود بالسبب الأجنبي فإذا كانت مصلحة المدين تقتضي التوسع فيه فإن مصلحة الدائن تقتضي التضييق من ذلك المفهوم.

وقد إستطاع المشرع وضع حد لهذا الخلاف و لذلك إستلزم توافر شروط معينة في السبب الأجنبي. فالحادثة لا يضيف عليها وصف السبب الأجنبي إلا إذا كانت غير متوقعة (مفاجئة) ومن غير الممكن تفاديها.

وعليه نخلص مما سبق أن المدين يتحمل واجب خاص ينهي عن الإمتناع عن تنفيذ الإلتزام إذا كان بوسعه تفادي ذلك وفقاً لمعيار سلوك الرجل العادي فإذا إمتنع في هذه الحالة يعد مخطئاً ومخالفاً لواجب خاص يفرض عليه القيام بتنفيذ الإلتزام وبالتالي يكون مسؤولاً قانوناً عن مخالفة ذلك.

ثالثاً : روح التضامن : تظهر بوضوح مظاهر روح التضامن بين أطراف خصومة المديونية في العلاقة بين طرفي الخصومة في الحالات الآتية :

(1) — تنص المادة 307 مدي جزائري على أنه : " ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً عليه بسبب أجنبي عن إرادته " .

فالإلتزام بنص وفقاً لذلك إذا كان السبب أجنبياً عن المدين كالقوة القاهرة أو فعل الغير ويسمى في هذه الحالة بفسح العقد ويقصد بالإستحالة هنا الإستحالة المطلقة لأن العقد في هذه الحالة يفسخ بقوة القانون " .
راجع : صبري السعدي : المرجع السابق ، ص 395 .

أ- الدائن

1 — إذا كانت هناك فرصة للمدين للوفاء بالإلتزام في حالة منحه مهلة، على الدائن المبادرة في منح أجل جديد وألا يطالب بفسخ العقد، فالأجدر أن يتفق مع المدين على أجل جديد من أجل عدم الإخلال بالإلتزام، وفي حالة إمتناعه يجوز للقاضي مراعاة منح أجلا آخر للمدين مع مراعاة الظروف المناسبة والتي تحقق الوفاء بهذا الإلتزام.

2 — يفضل أن لا يطالب الدائن بالفسخ في حالة ما إذا كان ما بقي من التزام المدين يسيرا بالمقارنة مع مجموع الإلتزام بوجه عام، وبالرغم من ذلك يجوز للقاضي أن لا يحكم بما طلبه الدائن من فسخ العقد⁽¹⁾.

3 — يجب على الدائن طالب الفسخ إعدار المدين، وعدم إتخاذ موقف سلبي بل يلزم قبل طلب التنفيذ العيني الجبري أيضا بالإعذار⁽²⁾.

وحتى يمكنه المطالبة بالتعويض عن تأخير المدين في تنفيذ إلتزامه عليه أن يعذره ولا يعد متأخرا وفقا للقانون إلا من تاريخ الإعذار⁽³⁾.

وتفسير ذلك أن المشرع الجزائري يأبى إتخاذ الدائن موقفا سلبي تجاه المدين و لهذا يحمله النتائج القانونية حال ذلك الموقف السلبي .

4 — إذا أصبح إلتزام المدين مرهقا بسبب حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الحسبان توقعها، يلتزم الدائن بتعويض المدين، وللقاضي في حالة الخلاف سلطة رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول مراعيًا في ذلك الظروف والموازنة بين مصلحة الطرفين.

(1) — يجب أن تكون الإستحالة في تنفيذ الإلتزام غير جزئية ولا يقع فسخ العقد في هذه الحالة للدائن الخيار بين الفسخ أو التنفيذ العيني بغية الإلتزام .

— أنظر المادة 119 مدني جزائري التي تنص على : " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك . ويجوز للقاضي أن يمنح أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذ كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بانسبة إلى كامل الإلتزامات " .

(2) — 120 مدني جزائري تنص على : " يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي وهذا الشرط لا يعفى من الإعذار الذي يحدد حسب العرض عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين .

(3) — راجع المادة 179 التي تنص على أنه : " لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك " .

ومن جهة أخرى على المدين توقع الحوادث التي من شأنها أن تجعل تنفيذ إلتزامه مرهقا لاسيما إذا طرأت بعض الظروف الإستثنائية، ولا يجوز له إتخاذ موقفا سلبيا فإذا لم يدخل في حسبانته حالة عدم التوقع رغم ذلك وطبقا لمعيار الرجل العادي، للدائن حق المطالبة بتنفيذ الإلتزام كاملا قبل المدين دون حق الأخير في التعويض .

ب - المدين : حرص القانون المدني الجزائري في المادة 107 على مبدأ يعد من أهم المبادئ القانونية في مجال تنفيذ العقود وهو مبدأ حسن النية(1).

وفقا لمبدأ حسن النية يلتزم المدين بتنفيذ الإلتزام الذي يعد من أهم واجباته في العقد رعاية لمصالح الدائن المشروعة.

ومقتضى هذا المبدأ مراعاة ما يتطلبه التشريع والعرف وسلوك الرجل المعتاد فإذا خالف ذلك أو امتنع يعد مخطئا وتجب مسألتة(2).

وبعدما إنتهينا من المبحث الثالث ينبغي علينا معالجة خصومة الإثبات لما لها من تأثير على وجوب التعويض أو عدمه، وهذا ما سيكون محل دراسة في المبحث الرابع .

(1) — منح القانون المدني الجزائري القاضي سلطة رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة (م3/107). وعلى ذلك إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك.

(2) — وتنص المادة 107 على : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن النية ". وعلى ذلك يشترط أن لا يكون الجزء الذي تبقى من الإلتزام قليل الأهمية ولا يجوز للمدين الإمتناع عن تنفيذ الإلتزام أعمالا . " لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود " ويلاحظ أن القانون الحديث يقوم على مبدأ حسن النية في التنفيذ فإذا تعهد مقاول بنقل بضاعة عليه إختيار الطريق الأصح ". نقد فرنسي في : 1887/1/31 ، سيرية ، 420/2 .

معيار الخطأ هنا هو معيار مادي فيقاس الخطأ بمعيار عناية الشخص المعتاد (م 1137 مدني فرنسي) و أيضا (م 1147 مدني فرنسي) فأوجب القانون الفرنسي والمصري في المادتين 225 ، 211 مدني في كافة العقود أن تكون العناية هي عناية الرجل المعتاد ونص القانون في بعض الحالات على عناية تزيد أو تقل على عناية الرجل المعتاد.

أنظر — عبد الرزاق السنهوري : الموجز في الإلتزامات ، المرجع السابق ، ص 278 .

— سليمان مرقس : الأسباب القانونية للإعفاء من المسؤولية، ص ، 107 .

— حسن عكوش : مرجع سابق ص 474 .

المبحث الرابع خصومة الإثبات

الإثبات واقعة خاصة تضم المدعى والمدعى عليه، وتتعارض فيها المصالح، فالمدعى يرغب في إثبات إدعائه، والمدعى عليه يريد إنكار ذلك الإدعاء.

ولكن لم يستطع المشرع الجزائري سواء في القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يترك هذه المصالح خاضعة لمحض الصدفة الفردية، ونتيجة لذلك رفض الموقف السلبي للمدعى عليه تجاه المدعى في إثبات دعواه.

ويتجلى ذلك في مواضع شتى، أي أنه فرض واجبا خاصا بناء على تلك الواقعة يقع على المدعى والمدعى عليه نعرض لأهم ما يقضي به الواجب :

1 — يقع على المدعى خلاف الظاهر أصلا أن يثبت إدعائه، فإذا أثبت ذلك لا يلزم بإثبات عدم حدوث ما يلغي أو يقضي على هذه الظاهرة عرضا، فمثلا إذا أثبت من يدعي أن شخصا آخر مدين، له علاقة الدائنية وقام ظاهر عرضي بأن ذلك الآخر مدين له فإنه لا يقع على الدائن إثبات عدم حدوث الوفاء، إنما يقع على المدعى عليه، أي المدين إثبات عكس الظاهر عرضا إذا ادعى ذلك ، فيقع على المدين إثبات الوفاء ، وهكذا يتناوب المدعي والمدعى عليه عبء الإثبات.

2 — يجوز للمدعى طبقا للمادة 343 ق م ج ، أن يطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى المدعى عليه، ولا يملك هذا الأخير الإمتناع عن الإجابة على ذلك العرض إما بحلف اليمين أو برده أو بالنكول عنه، مع عدم رده فإن نكل يعتبر حق المدعي ثابتا، وبالتالي أخذه المشرع بامتناعه ولا يمكن تبرير ذلك إلا بموجب فكرة الواجب الخاص السابق الإشارة إليه.

3 — يجوز للقاضي طبقا للمادة 349 أن يوجه للمدعى عليه ودون حاجة إلى طلب من المدعي اليمين المتممة، ويمين الإستيثاق ، ولا يجوز رد هذا اليمين، ولكن إذا إمتنع المدعى عليه عن أداء اليمين فللقاضي أن يتخذ من موقفه السلبي هذا قرينة قضائية ضده.

4 — لا يجوز للمدعى عليه إذا أنكر توقيعه على ورقة عرفية عرضت عليه أن يمتنع عن الإستجابة لطلب القاضي بأخذ نموذج لخطه، فالإمتناع في هذه الحالة مخالف لواجب قانوني

خاص، لأن ذلك طريق من طرق المضاهاة التي لا تتوقف على رضا الخصوم أو إتفاقهم، وجزاء هذا الإمتناع هو إعتبار المحرر صحيح.

5 — حق الإثبات حق مشترك في الأدلة التي تعد مقديما، ويقع على ذوي الشأن تجاه بعضهم واجبا بالمشاركة في إستكمال الدليل الكتابي، فالورقة الرسمية لا تكتمل إلا بتوقيع ذوي الشأن ، أما الورقة العرفية فتحمل توقيع الملتزم بها.

6 — يلزم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في المادة 70 من قانون إج م إ، الخصم بتقديم الأوراق التي في حوزته ، ومن ناحية أخرى يقرر أنه لا يجوز للخصم أن يسحب أوراقا سبق أن قدمها في القضية، إلا برضاء خصمه مع الإحتفاظ منها بصورة مطابقة للأصل تحفظ في ملف القضية ، ويجب أن يتركها تحت تصرف خصمه حتى يتمكن أن يستخلص منها ما يفيد.

خلاصة القول يمكن أن نستنتج أن خصومة الإثبات كواقعة خاصة تظهر في جميع فروع القانون الخاص، وقد رتب عليها القانون واجبات خاصة تقع على أطرافها فيما بينهم، وبوجه خاص تقع على المدعى عليه لصالح المدعي. أما الأجنبي عن تلك الخصومة وليس طرفا فيها فإنه لا يتحمل إلا بالواجب القانوني العام المحرد تجاه أحدهما، وهذا الواجب لا يفرض قيام الغير بفعل لصالح أحدهما، كشهادة أو تبليغ إلا على سبيل الإستثناء، ولا يكون الإستثناء إلا بموجب نص تشريعي فحسب.

وبعدما فرغنا من الفصل الثاني وما تثيره من خلافات فقها وقضاء، وذلك ما سيكون موضع دراسة في الفصل الثالث.

الفصل الثالث الخبرة في الفضالة

القاعدة في الفضالة هي الخبرة فللشخص أن يمتنع عن التدخل للقيام بشؤون غيره التي ينجم عنها أضراراً، كما أنه يبادر إلى التفضل للحيلولة دون تحقق الضرر لصالح الغير، وذلك ما يطلق عليه قانوناً مصطلح الفضالة، وما تجدر ملاحظته هو أن تدخل الفضولي لصالح رب العمل إنما تتم بإرادة الفضولي دون أن يكون ملزماً بذلك، ومع ذلك فإن هذه الإرادة ليست هي مصدر إلتزام الفضولي ببدء العمل أو الإستمرار فيه.

فالفضالة لا تكون تنفيذا للإلتزام، ولا تكون إستعمالاً له، فالإدعاء بوجود حق التفضل يشكل خطورة إجتماعية كبيرة على حريات الآخرين ويفسح المجال للتدخل في شؤون الغير، كما يذهب إليه بعض الفقه، لذا يجب عدم التوسع فيه، ويكفي إذن القول بمشروعية التفضل في الأعمال النافعة بأنه غير مخالف لأي واجب قانوني يفرض الإمتناع عن التفضل لفائدة الغير.

فإذا كان الأصل هو الخير في الفضالة، وعندما يقرر المشرع أصلاً أو مبدأ معيناً فهو لا يغيب عنه الصالح العام المجرد الموجود، وبالتالي ينتفي التعارض بين ذلك الأصل وبين ذلك الواجب.

غير أنه إذا بدأت الفضالة، فإن علاقات خاصة تنشأ بين المتفضل ورب العمل مما يجعل الفضالة ترقى إلى مرتبة الواقعة الخاصة التي يمكن أن يرتب القانون عليها بعض الإلتزامات الإيجابية كالإلتزام بالإستمرار في الفضالة إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرة شأنه بنفسه، وحتى نوضع الواجب القانوني بصدد أعمال الفضالة، نستعرض نصوص القانون المدني الجزائري، ولتجلية مسألة الفضالة ثم التعويض عليها نتطرق إليها في القانون المدني والعقوبات، وذلك من خلال المباحث التالية .

المبحث الأول الفضالة في القانون المدني الجزائري

تعريف الفضالة: تنص المادة 150 من القانون المدني الجزائري " هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك ". ويعتبر هذا النص القاعدة العامة في الفضالة، فما هي أحكام الفضالة ياترى؟.

أحكام الفضالة : طبقا لذلك يجب توافر عدة شروط للتعرف على قصد المشرع الحقيقي ولأن الأصل هو واجب الإمتناع عن التفضل لصالح الغير، إحتراما للحرية الشخصية وإلا عد ذلك من قبيل التدخل في شؤون الغير.

وتضيف المادة 153 مدني جزائري : " يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى إستطاع ذلك " .

ومن هنا تتضح شروط الفضالة وهي :

- 1 — لا تجوز الفضالة إلا في حالة الإستعجال .
- 2 — عدم قدرة رب العمل على القيام بالعمل .
- 3 — إلتزام الفضولي بالإستمرار في العمل حتى يتمكن رب العمل من مباشرة أعماله .
- 4 — إخطار رب العمل بالفضالة في الظروف العادية .

فالفضالة إذن لا تحقق إلا بالنسبة لشأن أو أمرا عاجلا ، وليس فقط بشأن أو عمل نافع، إن لم ينص المشرع الجزائري عليه، كما أن الفضالة لا تجوز إن كان بإمكان رب العمل أن يباشر شأنه بنفسه، كما لا يسمح بالإستمرار في الفضالة دون إخطار رب العمل أو في غفلة عنه، بل يجب إعلام رب العمل بالتدخل لصالحه، وله أن يعترض فيكون على الفضولي واجب التوقف والإمتناع عن المضي في شأن رب العمل، أما إذا لم يعترض فيعد ذلك منه قبولا ضمنيا بالفضالة، غير أن هذا القبول لا ينشئ عقدا بالفضالة لأن الفضالة بدأت قبل ذلك، وإذا تعذر إخطار رب العمل فيجب أن تصور ظروف الحال للفضولي بمعيار الرجل العادي بأن رب العمل ما كان ليتأخر أو يمتنع عن تولى شأنه .

فالفضالة تفترض إذن أن شخصا غير ملزما قانونا ولا قضاء ولا إتفاقا بالقيام بعمل ما لفائدة آخر مع علمه بذلك، وعليه فهو يقوم بعمل إنساني إيثاري Altruiste ونيته في ذلك هي تقديم مساعدة لشخص بسبب بعده أو غيابه، أو تعذر عليه القيام بالعمل، وإذا كان العمل الذي قام به مشتركا بين مصلحته الذاتية ومصلحة الغير ، ويكون الإرتباط بين المصلحتين غير قابل للتجزئة توافرت الفضالة .

وتشتمل الفضالة على الأعمال المادية والقانونية معا، وإذا إرتكب الفضولي خطأ في تأدية شؤون غيره فيتحمل المسؤولية، وهي مسؤولية تقصيرية، ويراعي فيها القاضي الظروف لإنقاص التعويض الممنوح للمضرور وهو رب العمل.

بالقائنا الضوء على معنى الفضالة وشروطها في المبحث الأول لمسألة التعويض عن الفضالة في مبحث ثان.

المبحث الثاني التعويض عن الفضالة

تنص المادة 157 مدني جزائري على أنه : " يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه وبتعويضه عن التعهدات التي إلتزم بها ويرد النفقات الضرورية أو النافعة التي صوغتها الظروف بتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ولا يستحق الفضولي أجرا على عمله إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته " .

ووفقا لنص تلك المادة التي تميز الفضالة بالمساعدة لدفع الضرر إذا قام الفضولي بأعمال الفضالة على النحو الذي بينه القانون ففي هذه الحالة يكفي لالتزام رب العمل أن يكون الفضولي بذل عناية الرجل المعتاد حتى ينشأ له الحق في مطالبة رب العمل بكافة الإلتزامات المالية والآثار القانونية المترتبة عليها(1).

وللفضالة مع توافر شروطها وفقا للمادة 150 مدني ج، تطبيقات عديدة نشير إلى أهمها.:

1 — حالة شخص ما يحدث ضررا بآخر فيتدخل الفضولي ليدفع ضررا أكبر يحدق به.

2 — يجوز إستنادا إلى ذلك النص أن يحدث أحدهما بنفسه ضررا ليدفع عن الآخر ضررا .

وفي هذا التطبيق بالذات لا ضرورة لإشتراط أن يكون الضرر المراد دفعه أكبر من الضرر الذي يصيب المتدخل في نفسه أو ماله فإن أصاب المتدخل رجوع عليه بدعوى الإثراء وإن لم يصبه يكفيه تحمله بالضرر.

ومن التطبيقات الهامة أيضا تدخل شخصا ليمنع ضررا عن آخر بفعله الشخصي كالتدخل لوقف شروع في الإنتحار.

(1) — يستثنى من ذلك حالة الأجر الذي لا يجوز المطالبة به إلا إذا كان داخلا في أعماله ومهنته المعتادة.

ومن ناحية أخرى يعد الفضولي نائبا عن رب العمل دون إشتراط تحقق نتيجة، وفي هذه الحالة يلتزم رب العمل بتنفيذ كل الإلتزامات التي تعهد بها الفضولي.

ومن البديهي عدم إجازة الفضالة إذا كانت مخالفة لواجب قانوني محدد مثال : التدخل والتفضل لدفع الضرر على الإبن أو الزوجة في حالة ممارسة حق التأديب الشرعي إلا إذا كان هناك خطر على النفس أو المال يجيز التدخل لدفع الضرر المحذوق بهما.

حالة أخرى أيضا تجيز التدخل لدفع الضرر الناجم عن أعمال السلطة العمومية إذا كانت بناء على واجبات الوظيفة وتطبيقا لذلك تنص المادة 129 مدني ج : " لا يكون الموظفون والعمال العامون مسؤولين شخصيا عن أعمالهم التي أضرت بالغير إذ قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم." .

ومعني ذلك أن الموظف والعامل العمومي يعفى من المساءلة ولو ترتب عن أعماله ضررا بالغير وذلك متى كانت أعماله بناء على أوامر صادرة إليه من رئيس تجب طاعته.

ويقتضي ذلك مشروعية الأوامر حتى تنتفي المسؤولية وعلى فرض عدم مشروعية العمل توجد طرق أخرى للتعويض عن التعسف في أعمال السلطة أو إساءة إستخدامها(1).

وإذا نجح الشخص في التدخل ومنع الضرر عن آخر يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب إذا أصيب بضرر وإذا وجد شخص ثالث تسبب بخطئه في الضرر يرجع عليه بدعوى المسؤولية التي يوجهها ضد المخطئ..

ويثور هنا تساؤلا حول ما إذا كان المتدخل متهورا أيستحق التعويض أم يخفض ؟ يجيب على هذا التساؤل الأستاذ مرقس : " نظرا لوقوع هذا التهور منه تحت تأثير ضرورة وقاية غيره من خطر داهم يقام وزن للباعث الذي دفعه للتدخل، وبصرف النظر عما قد يعتري تدخله من تهور ويثبت له الحق في التعويض الكامل(2).

(1) — مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، جزء ، 373.

(2) — سليمان مرقس : المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، القسم الأول ، محاضرات بكلية الحقوق — جامعة القاهرة 1958 ، ص 95 .

ويرى الأستاذ جندي عبد الملك : " أنه يجب لتطبيق نص المادة 23 عقوبات أن يقع الفعل من موظف أميري فليس لغيره الإستناد لهذا النص لتبرير ما يرتكبونه من أخطاء. " .

والحقيقة أن تدخل الشخص في الحدود المعقولة لدرء خطر عن آخر هو موقف نبيل ولذلك تترك له القدرة على تقدير الموقف الذي يثير الإنفعال وهي مسألة طبيعية في الإنسان، ومن هنا نؤيد الرأي الذي يثبت للشخص ولو تهور بعض الشيء حقه في المطالبة بالتعويض الكامل عما لحقه من أضرار كان في الإمكان لو إستخدم حقه في الإمتناع عن واجب لم يفرضه عليه القانون وإنما بوازع أخلاقي تدخل لدرء الضرر.

وقد نص القانون المصري في المادة 167 على : " لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به بتنفيذ أمر صدر إليه من رئيس متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبه عليه وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان إعتقاده مبنيًا على أسباب معقولة وأنه راعي في عمله جانب الحيطة.

ومعنى ذلك يعفى من المسؤولية في حالة تطبيق القانون إحتراماً لأوامر رئيسية طالما لم يقدم على العمل إلا بعد التحري وما لم يثبت وقوع إنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي.

كما نص قانون العقوبات المصري في المادة 23 على أنه : " لا جريمة إذا وقع الفعل عن موظف أميري في الأحوال التالية :

1 — إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو إعتقد أنها واجبة .

2 — إذا حسنت نيته، وارتكبت فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين، أو ما إعتقد أن إجراءه من إختصاصه.

وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري وأنه يعتقد بمشروعيته وأن إعتقاده كان مبنيًا على أسباب معقولة(1).

وبانتهاء المبحث الثاني، سنتناول الدفاع عن النفس والأموال لما لها من أهمية في مبحث ثالث.

(1) — مجموعة المبادئ الجنائية ، ص93 . والموسوعة الجنائية ، الجزء الأول ، فقرة 29 . وانظر أيضاً : مصطفى مرعي : المسؤولية المدنية في القانون المصري ، الطبعة الثانية " مكتبة عبد الله وهبة ، 1944 ، ص 42 .

المبحث الثالث الدفاع عن النفس أو الأموال

يثير الدفاع عن النفس أو المال مسألة الفضالة وهل تعد واجبا قانونيا ملزما للغير بالتدخل للدفاع عن نفس أو مال شخص معرض للخطر أم لا ؟.

إن بحث الإشكالية يقتضي منا التعرض لها في أحكام كل من القانونين العقوبات والمدني على النحو التالي :

أولا ، الفضالة في قانون العقوبات : حق الدفاع الشرعي عن النفس أو مال الغير لا يثير إشكالية قانونية لأن إصطلاح حق الدفاع الشرعي لا يوجب الدفاع إلا إذا توافرت الشروط القانونية التي ينص عليها قانون العقوبات في هذه الحالة يجوز التدخل لدفع الضرر عن النفس أو مال الغير⁽¹⁾.

والأمر هنا جوازي أي لا يفرض أي واجب قانوني يلزم الغير بتقديم المساعدة ومعنى ذلك أنه في حالة الإمتناع عن التدخل لا يشكل ذلك إخلال بالواجب القانوني العام المجرد الذي يقتضي باحترام حق الغير في الحياة أو المحافظة على أمواله ، إلا إذا كان الاحجام عن التدخل للدفاع عن الغير في نفسه أو ماله ما كان يتخلى عن القيام به الشخص العادي.

وهذا ما نصت عليه المادتين 39 و 40 من قانون العقوبات الجزائري⁽²⁾.

ثانيا ، حق الدفاع في القانون المدني : تنص المادة 128 مدني.ج على: " من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله، أو عن نفس الغير أو عن ماله كان غير مسؤول على تصرفاته على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وعند الإقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي " .

ويستخلص من نص المادة السابقة أن التدخل والتفضل لدرء الضرر عن نفس أو مال الغير، يعد سببا للإعفاء من المسؤولية بشرط أن يكون التدخل في حدود الدفاع عن نفس أو مال الغير بالقدر اللازم لتفادي الضرر وإن أفرط في استعماله لتلك الحدود ألزمه القاضي بالتعويض.

(1) — أنظر قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2001/11/23 ملف رقم 21.6809 مجلة ق .ع خاص ، ص 485.
(2) — صدر قانون العقوبات الجزائري بالأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يوليو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالأمرين رقم 69-74 المؤرخ في 5 رجب عام 1389 الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 1969 رقم 75-47 المؤرخ في 7 جمادى الثانية عام 1395 الموافق لـ 17 يوليو سنة 1975 . والمعدل بقانون 23/06 المؤرخ في 2006/12/20.

وتقدير التعويض يكون على أساس القواعد العامة وهي مسألة موضوعية تترك لرقابة قاضي الموضوع .

أما في حالة الإمتناع عن التدخل للدفاع عن نفس أو مال الغير فلا تتحقق المسؤولية إلا إذا أثبت ان الشخص العادي ما كان ليتخذ موقفا سلبيا منافيا بذلك ما تمليه الأخلاق وقواعد المروءة.

وبانتهائنا من المبحث الثالث بقي علينا التساؤل ما الموقف في حالة إرتباط الفضالة بعملين ؟ وهذا ما سنعالجه في المبحث الرابع.

المبحث الرابع الفضالة في حالة الإرتباط بعملين

تنص المادة 151 مدي ج : " تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي أثناء توليه شأننا لنفسه قد يتولى شأن غيره لما بين الأمرين من إرتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر " .

وعلى ذلك لا تمثل الفضالة في هذه الحالة واجبا قانونيا، ولكن إذا تولى شأن الغير في حالة الإرتباط بالعمل فهي مسألة جوازية لا يترتب على الإمتناع عنها خطأ قانوني ودليل ذلك يتضح من الأمثلة التالية :

أولا : تعليية الحائط المشترك : تنص المادة 705 مدي ج : " للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعليية الحائط المشترك أن يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضررا بليغا، وعليه أن يتحمل وحده نفقة التعليية وصيانة الجزء المعلى وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادرا على حمل زيادة العبء عن التعليية دون أن يفقد شيئا من متانته " .

فإذا لم يكن الحائط مشتركا صالحا لتحمل التعليية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع مازاد سمكه في ناحية هو بقدر الإستطاعة ويظل الحائط المحدد في غير الجزء المعلى مشتركا دون أن يكون للحجار الذي أحدث التعليية حق في التعويض. ويعني مضمون النص واجب العمل بما يلزم حتى يصير الحائط المشترك قادرا على حمل أعباء التعليية وتوجد في هذه الحالة فضالة لأن الترميمات تعود بالفائدة على الشريك الآخر دون المساس بحصته الشائعة ودون أن يلزم بالتعويض عنها إلا إذا أراد في وقت لاحق الإشتراك في ملكية الجزء التي تمت تعلييته.

ثانياً ، الملكية الشائعة : نظم القانون المدني الجزائري قواعد الملكية الشائعة وجعلها مشتركة في المادة 715 ق م ج التي تنص على أن : " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك ."

وعلى ذلك يمكن إستخلاص الأحكام التالية :

1 — إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك .

2 — توجد نوعان من الإدارة وهما :

أ- أعمال الادارة المعتادة : ويكفي فيها قرار من الأغلبية بحسب الأنصبة، فإذا لم توجد أغلبية تعين المحكمة بناء على طلب أحد الشركاء من يدير المال الشائع(1).

ب- أعمال الادارة غير المعتادة : يكفي فيها أن يكون القرار صادرا عن الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع(2).

والأصل أن الشريك لا يتولى أي عمل إلا بصفة الوكيل عن الشركاء وهنا تسري قواعد الوكالة لا قواعد الفضالة. إلا أن المشرع الجزائري أجاز للشريك التفضل لصالح الشريك أو نفسه باتخاذ ما يلزم لحفظ الشيء ولو تم ذلك بغير موافقة الشركاء(3).

(1) — تنص المادة 716 مدني ج : " 1 — يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة فإن لم توجد أغلبية للمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ التدابير اللازمة ولها، تعيين عند الحاجة من يدير المال الشائع .

2 — والأغلبية أيضا أن تختار مديرا ، كما أن لها أن تضع لإدارة ولحسن الإنتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء — الشركاء جميعا سواء كان الخلف عاما أو خاصا.

3 — وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض من الباقيين عدّ وكيلا عنهم ."

(2) — نصت المادة 717 على أن تقرير أي أمر خاص بالشركاء يلزمه قرار الأغلبية بثلاثة أرباع مالكي المال كما ورد بالنص التالي : " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الإنتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعدله ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهر من وقت الاعلان، وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

(3) — وقد منح القانون الجزائري حق لشريك في القيام بأي عمل من الأعمال التي تهدف إلى مصلحة وصيانة الملكية الشائعة دوان إشتراط الموافقة أو شرط الأغلبية من الشركاء إذا كان ذلك لازما لحفظ الشيء ولذلك نصت المادة 718 على أن: لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء .

وبناء على ما سبق يتضح أن التفضل هنا مسألة جوازية ولا يشكل الإمتناع عنه إخلالاً بالواجب القانوني إزاء إحترام حقوق الشركاء .

وبانتهائنا من الفصل الثالث سنشرع في معالجة أهم الوقائع القانونية التي يبرز خطأ الإمتناع من خلالها بصورة جلية ، وهذا ما سيكون موضع دراسة في الفصل الرابع.

الفصل الرابع الوقائع القانونية

نتناول في هذا الفصل دراسة أهم الوقائع القانونية على أساس إيجاد مفهوم لخطأ الإمتناع من الناحية العملية ولهذا إقتصرنا على بعض الوقائع القانونية الخاصة، وأبرزها هو الإحتكار والعلاقات المهنية والإجتماعية والإحتراف المهني، وسنعالج الوقائع القانونية الخاصة في مبحث أول، والتساؤل المطروح هل أن المسؤولية عن خطأ الإمتناع مطلقة، أم ترد عليها قيودا أو ما يعرف بحدود المسؤولية عن خطأ الإمتناع، وذلك ما سيكون موضع دراسة في مبحث ثان.

المبحث الأول الوقائع القانونية الخاصة

نتناول دراسة بعض الوقائع القانونية الخاصة والمحددة على سبيل المثال لا الحصر نظرا لما لها من أهمية عملية، وذلك من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول الإحتكار

ينطوي الإحتكار على واجب قانوني خاص وليس واجبا قانونيا عاما يتمثل في تقديم الخدمة وهي الصلة التي تربط بين المخترع وطالب الخدمة(1).

وتبرير هذا الواجب ليس سهلا ويسيرا في حالة الإحتكار القانوني نظرا لما يتمتع به المخترع بمقتضى القانون وبسبب أيضا المركز الذي يتمتع به واجب خاص بتقديم الخدمة لمن يطلبها بشرط أن يضع القواعد القانونية الخاصة بهذا الطلب فإذا توافرت كان الواجب الخاص واجب التنفيذ.

وقد إنقسم الفقه فيما يتعلق بحالة الإحتكار الفعلي الذي لا يترتب عليه أي الزام قانوني ولكن يتحدد مصدر الواجب في حالة الضرورة(2).

(1) — جرى الفقه على تقسيم الإحتكار إلى نوعين : إحتكار قانوني وإحتكار فعلي ويصح هذا التقسيم من حيث البحث عن مصدر واقع الإحتكار، فبالنسبة للإحتكار القانوني نلاحظ أن القانون يتولى إنشاء هذا الإحتكار وكفالة رعايته ضد المنافسة ومنعها. أما بالنسبة للإحتكار الفعلي يرجع إلى جهود المخترع وما يمر به المجتمع من ظروف أو أزمات إقتصادية يستفيد منها المخترع لتثبيت إحتكاره .

— أنظر مصطفى الجارحي : المرجع السابق ، ص

(2) — جلال العدوي : المرجع السابق ، فقرة : 330 .

ويبدو عدم صواب هذا الرأي فإذا إرتقى الإحتكار القانوني في نظر التشريع إلى مستوى الواقعة القانونية التي تنتج عنها حقوقا والتزامات للمحتكر يلاحظ أن الإحتكار الفعلي أيضا واقعة من شأنها أن ترقى في نظر القانون بمعناه الشامل⁽¹⁾ إلى مستوى الواقعة القانونية التي يرتب عليها القانون إلتزام بتقديم الخدمة⁽²⁾. وحق الإحتكار حق نسبي وليس حقا مطلقا ولذا يشترط الواقعة الخاصة مصدر له⁽³⁾.

إن الإكتفاء بالواجب العام المجرد ينطوي على خطورة، ذلك أن هذا الواجب لا يفرض تقديم الخدمات لمن يطلبها من قبل المحتكر، فإذا كان قيام الواجب الخاص قد استقل وانفصل عن حالة الضرورة في الإحتكار القانوني فينبغي كذلك أن يستقل عنها بالنسبة للإحتكار الفعلي ففي الحالتين نجد أن الأساس هو في كون الإحتكار واقعة قانونية .

وبعد إنتهائنا من المطلب الأول ، نتناول المطلب الثاني بالدراسة .

المطلب الثاني الاحتراف المهني

الحياة الإجتماعية كواقعة عامة تزخر بالوقائع الخاصة ومنها الإحتراف المهني الذي يدخل ضمن نظام القانون من حيث ما يلي :

1 — تنظيم المهنة والاحتراف .

2 — الاثار الناجمة عن الإحتراف، كالرابطة التي تربط بين المحترف ومن يحتاج الى خدماته.

وبناء على ما سبق يطرح التساؤل التالي : هل يرتب القانون على واقعة الإحتراف واجبا خاصا يتمثل في تقديم الخدمة لمن يطلبها؟ وبمجال الإعتماد على واقعة الإحتراف المهني في تأصيل ذلك الواجب هو حيث لا يوجد واجب خاص محدد ناشئ من إتفاق أو مركز وظيفي؟.

والسؤال المطروح في هذا الصدد يتمثل في أنه متى يفرض القانون في غياب الإلتزام العقدي أو الوظيفي واجب تقديم الخدمة على المهني المحترف؟.

وسنحاول الإجابة عن هذا التساؤل من خلال ما يلي :

(1) — التشريع والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

(2) — راجع مقال الاستاذ : " Alain Sayaeg " . منشور بالمجلة العامة للتأمين البري 1970 .

(3) — مصطفى الجارحي : المرجع السابق .

أ- الامتناع عن تقديم الخدمة في مكان وزمان مباشرتها : تقتضي غالبية المهن أن يزاولها المحترف في مكان معين وزمان معين وقد تتطلب طبيعة المهنة الانتقال من مكان لآخر كما هو الشأن في إلتزام المقاول بالبناء، لذا يكون للقاضي سلطة تقدير إعتبرات المكان والزمان.

وعليه يتحمل المحترف واجبا خاصا يكلف بمقتضاه بأداء الخدمة لمن يطلبها في الوقت والمكان الذي يزاول فيه مهنته ومصدر هذا الواجب القانوني هو القانون في حالــــة الإحتراف القانوني⁽¹⁾ وقواعد العدالة في حالة الإحتراف الفعلي لأن الغرض الذي من أجله وضع الإحتراف هو تقديم الخدمة ولهذا يثبت الخطأ في حالة الإمتناع إسترشادا بقواعد العدالة⁽²⁾.

والإحتراف يفرض على صاحبه واجبا إجتماعيا لأنه باحترافه لا يقصد تحقيق المصلحة الخاصة بحصوله على المقابل النقدي وإنما يهدف به إلى تلبية إحتياجات المجتمع وعليه لا يكون واجبه من باب دائرة الاخلاق، وإنما يدخل في نطاق الإلتزام القانوني⁽³⁾.

وليس للواجب القانوني الذي يتحمله المحترف أية صلة بحالة الإحتكار ذلك أن قواعد العدالة لا تسمح برفض علاج مريض، وعليه يمكن إضافة المسؤولية الجنائية لتدعيم المسؤولية المدنية في حالة الامتناع. ومما تجدر الإشارة إليه أن الواجب القانوني الذي يتحمله المهني المحترف ليس مطلقا وإنما يرد عليه بعض التحفظات كأن يكون الإلتزام معقولا في حدود قدرة الرجل العادي والأليكون مستحيلا أو مرهقا إلى الحد غير المعقول.

ب- الامتناع عن تقديم الخدمة في غير وقت ومكان المهنة : إذا لم يوجد هناك واجبا خاصا يتولد عن الإلتفاق أو مركز وظيفي أمكن اللجوء الى واقعة الإحتراف لتأصيل ذلك، فعقد العلاج الذي يربط بين الطبيب والمريض ينشئ واجبا خاصا بمقتضاه يتحمل الطبيب بناء على

(1) — الإحتراف القانوني يعني الاحتراف المنظم من قبل القانون ويكون بمنح ترخيص لمباشرة المهنة أو القيد في السجلات العامة، مثاله مهنة المحاماة، أو الطب، لذا يفرض عليهم قانون ممارسة المهنة الإلتزام بتقديم خدماتهم لمن يطلبها . وبخصوص قواعد العدالة صدرت عدة أحكام قضائية منها حكم استئناف مصري في 1932/12/03 ، منشورة بمجلة المحاماة السنة 14 ، ص 495 .

(2) — في الفترة ما بين الحربين العالميتين وجد إجماع في ألمانيا على أن الواجب لا يكون إلا في حالة الإحتكار أما في فرنسا يوجد إتجاه في أحكام المحاكم يقصر ذلك على حالي قيام الإحتكار وأن تكون التجارة متعلقة بالأولويات .

(3) — يتضح من هنا عدم صواب رأي الإتجاه الذي يقول أن الواجب القانوني الذي يتحمل به المهني المحترف ليس مصدره واقعة الإحتراف وإنما واقعة الضرورة .

— أنظر الأستاذ جلال العدوي : المرجع السابق .

واجبه الوظيفي جزاء الإخلال بهذا الواجب. وهنا يثور التسائل : هل يلتزم المهني بتقديم الخدمة في غير الوقت أو المكان المحدد لممارسة ذلك الواجب؟.

يلاحظ أنه في حالة المهن الحرفية لا يتحمل المحترف سوى الواجب القانوني العام والذي لا يلزمه بأداء عمل معين ولا يبقى سوى الواجب الأخلاقي وعلينا عدم الخلط بين إحتراف المهنة والعلم بها، فالإحتراف واقع قانونية أما العلم بالمهنة فلا يترتب أية آثار قانونية ملزمة .

ولكن إذا نظرنا للمهني المحترف على أساس الواجب القانوني في غير أوقات العمل أو المكان الذي يباشر حرفته من خلالها يعني ذلك القول أنه يؤدي مهنة تدخل في إطار المنفعة أو بالأحرى القيام بخدمة الجمهور في إطار أخلاقي يقوم على أساس ديني وقومي (1).

وقد يرى بعض الفقهاء بأن الطبيب يعد مخطئاً إن أحجم عن تقديم خدماته في الحالات التالية (2):

- 1 — مخالفة سلوك المهنة المعتاد.
 - 2 — مخالفة ما يقضي به عرف المهنة.
 - 3 — إذا خرج عن قواعد وأخلاقيات المهنة .
 - 4 — التعسف في استعمال حقه مما يترتب عنه ضرر، مثال الإمتناع عن إسعاف شخص في حالة ماسة لتدخل طبيب في الوقت المناسب، مما يعد خطأ ينسب إليه.
- ويمكن تكييف هذه المسؤولية على أساس الخطأ لأن مهمة الطبيب لاتقدر بمال ويمكن أن نعتبره متبرعا في إطار فنه والمتبرع لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم.
- وإذا كان البعض يرى أن مسؤولية الطبيب حسب الواجب القانوني قبل ضحايا حوادث الطرق يعد منطقيا ويتفق مع قواعد العدالة، إلا أنه يبنى على تجاهل كبير لدور الطبيب في القيام بالواجب الأخلاقي بعيدا عن واقع القانون وتطبيقا لذلك يعد خطأ إمتناع عدم مساعدة امرأة تلد على ظهر باخرة ولو بحجة عدم تخصص الطبيب.

(1) — أنظر حسن زكي الأبراشي : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ص 243 .
(2) — يذهب حبيب الخليلي إلى صعوبة القول بوجود عرف مهني يلزم الطبيب بالتدخل في غير أوقات ومكان العمل . مرجع سابق ، فقرة 65 ، عبدالمعتم فرج الصده : مصادر الإلتزام ، فقرة 422 ، جلال العدوى : المرجع السابق، ص 438.

وقد حكم بمسؤولية الطبيب إذا لم يتم باتخاذ الإجراءات التي يوجبها فنه المهني إذا ترتب عليه ضررا للغير .
— أنظر حكم إستئناف مصري في 1927/05/02 ، مرجع القضاء ، ج 1 ، ص 1394 .

وإذا كان هناك قصور في التأصيل القانوني للواجب، حيث يقع على الطبيب واجب قانوني لايعود إلى واقعة الإحتراف، لأنه بمجرد وصول الباخرة ينتهي إلتزامه، والعلم المهني لأنه ليس واقعة قانونية. وإنما يفسر ذلك بالتلاحم والترابط الذي يجمع بين الطبيب ومهمته الإنسانية والمرأة في القضية السابقة.

وينقسم الفقه الذي يلقي المسؤولية على الطبيب في حالة إمتناعه إلى قسمين:

— قسم يرى توافر واجب مساعدة الغير، ولا فرق في ذلك بين المهن.

— وقسم يرى توافر واجب مساعدة الغير، كأصل عام مع وجود قيود على هذا المبدأ كما

ترد في المهن .

ويرى البعض أن المهن لا تلزم بواجب قانوني خارج مكان وزمان العمل والتزام المهني بواجب تقديم الخدمة يقتصر على حالات يعينها المشرع .

وقد حسم المشرع في فرنسا هذا النزاع بإصداره المرسوم في 1955/11/28، والمعدل بموجب المرسوم الخاص بأخلاقيات المهنة الطبية الفرنسي، حيث يقضي بإلزام الطبيب مهما كانت وظيفته أو تخصصه بواجب تقديم المساعدة على جناح السرعة لمريض محقق به خطر حال، في حالة عدم توفر عناية طبية أخرى إلا إذا حال دون ذلك قوة القاهرة تمنع من تنفيذ هذا الواجب.

ومعنى ذلك أنه في حال عدم وجود تشريع كما في مصر بكون الواجب مصدره الأخلاق ولا تؤيد ذلك الرأي حيث أن ذلك الطبيب أو صاحب المهنة يعد متعسفا في استعمال حقه في حالة الخطر الذي يلزم تدخل الشخص بالمساعدة أو العمل على إنقاذ مريض ولو كان من غير أصحاب المهنة(1).

وبالقياس على خطأ الطبيب تسري نفس القواعد على سائر الأخطاء المهنية الأخرى كالصيدلي والمهندس والمحامي والمقاول وغيره من أصحاب الحرف، حيث يلتزمون ببذل عناية الرجل المعتاد لدرء خطر، فالمحامي مثلا تتطلب منه عناية الرجل المعتاد في حالة طلب تدخله ويسأل عن التقصير اليسير كذا يغتفر له التقصير الجسيم(2).

(1) — Quelle Que Soit sa Fonction ou sa Spécialité, hors Le Seul Cas de Force Majeure, Tout Médecin Doit Porter Secours D'extrême Urgence à un Malade en Danger Immédiat, si D'autres Soins Médicaux ne Peuvent Lui être Assurés

(2) — محمد كامل مرسي : العقود المسماة ج1 ، ط 2 ، ص 314 .
— وانظر : أيضا حكم إستئناف مصري ، المجموعة 24 رقم 18 ، ص 26 .
— وحسن عكوش : المرجع السابق ، ص 64 ، 73 .

وبعد أن إنتهينا من معالجة الإحتراف المهني في مطلب ثان، نتعرض للوقائع أو الترابطات الإجتماعية في مطلب ثالث.

المطلب الثالث الوقائع أو الترابطات الاجتماعية

الحياة الإجتماعية العامة لاتصلح لأن يرتب القانون عليها آثارا إجتماعية خاصة إلا في أضيق الحدود وإلا عدت قيادا على حرية الفرد. والوقائع الاجتماعية تشمل مجموع العلاقات التي تستمد من حياتنا اليومية(1).

ومثال العلاقات الاجتماعية العلاقة الأسرية التي تربط أفراد الأسرة وتفرض عليهم نوع من الإلتزامات الاجتماعية التي يمكن أن تشكل واجبات قانونية ومن هذه الترابطات الاجتماعية جماعة المستأجرين وجماعة الأصدقاء، وأفراد رحلة واحدة... إلخ.

وشروط تحقق الترابط الاجتماعي كواقعة قانونية، أن يكون مقصودا من الأطراف المعنية شرعا، وليس كل تجمع أو تواجد لعدة أشخاص بمحض الصدفة في مكان وزمان معين يخلف ترابطا .

وقد اختلف حول تفسير مضمون هذه العلاقات فالبعض يرجعها إلى فكرة الخطأ والآخرين إلى فكرة العدالة واتجاه يؤسسها على فكرة الضمان وهي الأرجح حيث أن مسؤول الأسرة يضمن تصرفات أفراد أسرته(2).

والواجب القانوني الناشئ عن الترابطات الاجتماعية لايمكن فرضه من قبل القانون بصفة مطلقة، إنما يجب في تطبيقاته التساؤل عن مسلك الرجل العادي، وللتمسك بهذا المسلك ينبغي التأكد من وجود واجب قانوني مترتب عن هذه الواقعة الخاصة.

وبعد أن عالجت الترابطات الاجتماعية في مطلب ثالث نتعرض للحقوق والحريات العامة في مطلب رابع.

(1) — من قبل الوقائع الاجتماعية واجب الشهادة والمساعدة وغيرها مما تفرضه ضرورات الحياة الاجتماعية.

— أنظر الجارحي : المرجع السابق

(2) — ستارك : القانون المدني ، 1972 ، من رقم 353 ، ص 137 الى رقم : 363 ، ص 152 .

المطلب الرابع الحقوق والحريات العامة

نعالج في هذا المطلب مسألة الإمتناع في الحقوق والحريات العامة، وهل يشكل ذلك خطأً أو خروجاً عن الواجب القانوني؟ (1). يتطلب الأمر طرح عدة نقاط نتناولها في الفروع التالية :

الفرع الأول غاية الحقوق والحريات العامة

إن الغاية من وجود الحقوق والحريات هو تحقيق الشرعية القانونية وحصول الأفراد على المنافع العامة دون الإضرار بالغير وتبعاً لإستئثار الفرد بحقوق معينة فإنه الوحيد الذي له حق إستخدامها في إطار المشروعية وله في سبيل تحقيق ذلك السلطة التقديرية في تحديد زمن إستعمال الحق والحصول على منافع إستثنائية خاصة به .

وعلى ذلك لا يجوز للغير الإعتراض على حقوق الأفراد في هذا المجال أو التمسك بنظرية إساءة الحق في حالة معينة.

وبناء عليه كقاعدة عامة في الأحوال العامة يتصرف الإنسان في حدود سلوك الرجل المعتاد بحيث لو وجد نفسه في أي ظرف لن يتصرف إلا هذا التصرف وعلى ذلك لا يعد إستعمالاً للحق الإمتناع عنه (المظهر السلبي) حيث أن له ضوابط عامة معينة فإذا إمتنع أحد عن إستعمال سيارته لا يشكل ذلك أي مظهر لمخالفة واجب قانوني كما لا تنطبق نظرية التعسف في هذا المجال ومثال ذلك: يملك المؤلف حقوقاً قانونية فيما يتعلق بحقوقه في نشر مؤلفاته أو عدم نشرها حيث قرر له القانون وحده سلطة النشر، كما يستأثر بالإيرادات المالية الناتجة عن حقه في الإستغلال .

فالحيرة في مجال حق المؤلف تستند إلى الحق الأدبي الذي قرره القانون للمؤلف حيث يأصل هذا الحق الحيرة، هذا بالإضافة إلى الأصل العام الذي يحكم سائر الحقوق (2).

ومن ناحية أخرى إذا كان استعمال السيارة من حق المالك وحده ونحن لا نعترض على ذلك إلا أن طلب السيارة للإسراع بنقل المريض على وشك الموت أو في حالة إستعجال بصفة

(1) — يرى الجارحي أن الإمتناع عن إستعمال الحقوق والحريات العامة لا يشكل أدنى خطأً أو خروج على الواجب القانوني. أنظر الجارحي : المرجع السابق ، ص 20 ، 24 .

(2) — فالمالك له وحده حق الإستعمال والتصرف والإستغلال ، ولا يجوز الإعتراض على سلطة المالك .

عامة ولم يوجد غير صاحب تلك السيارة هنا تقوم المسؤولية ليس على أساس الخطأ أو الإهمال وإنما المسؤولية مطلقة أساسها إساءة استعمال الحقوق، فكل فرد في المجتمع مسؤولاً تضامناً عما يحدث من أضرار يكون في قدرة الشخص دفعها لولا إساءة استعمال الحق .

وقد قضى بمسائلة المدعى عليه بسقوط مصباح ثقيل معلقاً على متزله المثل على الطريق العام مما ترتب عليه إصابة المدعي الذي كان يسير بمقربة المتزل مستعملاً الطريق العام فعلى الرغم من عدم ثبوت الخطأ في جانب المدعى عليه حيث كان عهد إلى مختص لإصلاح ذلك المصباح قبل سقوطه إلا أن ذلك لم يعفه من المسؤولية(1).

وبصفة عامة فإن تقدير تلك المسائل يرجع لقاضي الموضوع الذي يأخذ في الاعتبار الكثير من العوامل يعود بعضها إلى المدعي والآخر إلى المدعى عليه، والحكمة من النص كما سبق وأن ذكرنا هو تحقيق المصالح العامة سواء كان الإمتناع متعلقاً بفرد أو بمصالح خاصة بالدولة طالما أن في قدرة الشخص التدخل بوسائل الرجل المعتاد لدفع الأضرار التي تلحق الغير نتيجة الإمتناع فالأساس في وضع القانون ليس في الإستثناء المطلق وإنما بما يحقق صالح المجتمع .

وعلى ذلك الإستثناء والخيرة في الحق والحرية لا يثور حولها إشكال في الأحوال العادية أما إذا كان الحق أو الحرية يلزم إستعماله من أجل دفع الضرر هنا يستوجب العمل بحكمة النص ولا نقف عند شكلية القانون وإنما يحمل النص في مضمونه الغاية الشرعية من تطبيق القانون وهو توازن بين الحقوق والحرية العامة(2).

الفرع الثاني الخيرة في الحرية العامة

إذا نظرنا بمعياري للحرية والحق نجد أن كلا منهما مقيد بالمصلحة العامة ويعلق على ذلك أحد الفقهاء بقوله : " ويبدو الحق كأنه ناتج عن الحرية والمنفعة في الحرية والحق من طبيعة

(1) — ونفس المبدأ تقرر أيضاً في العديد من الأحكام .

(2) — والمبدأ أن لكل قاعدة إستثناء ، بمعنى مبدأ العموم والشكليات يجب ألا يفسر على نحو خاطئ بحيث يرتب الإضرار للغير، ويفقد بذلك القانون معناه، ولذا كما سبق القول نؤيد نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس للمسؤولية عن خطأ الإمتناع، وقد تقرر في القانون الإداري نظريات عديدة تبرر خروج الإدارة على الأصول العامة، كنظرية أعمال السيادة والظروف الإستثنائية ، وفي القانون المدني السبب الأجنبي ، ونظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة، بحيث نقول أن المسألة تعود إلى الأخلاق العامة في سلطة تنفيذ القانون أو استعمال الحقوق والحرية العامة بما لا يتعارض والغاية الشرعية من وضع القوانين .

واحدة ولكنها مختلفة في صفاتها فهي مجردة في الحرية، ومحددة في الحق، وقد لا يبدو الأمر واضحاً في بعض الحالات حول ما إذا كانت المنفعة مجردة أو محددة والنظام القانوني الصحيح لا يستغني في نظرنا عن الحرية وعن الحق فبدون حرية تصير الحقوق تكاليف ووظائف وواجبات وبدون حق تصير الحرية غوغاء وفوضى .

فحرية التملك تصير غوغاء وفوضى إذا إقتصرت الأمر عليها ولكن تجد تنظيمها يرقى بالمجتمع ويرعى الحقوق إذا وجد بجانبها حق الملكية، فحرية التملك مصير لحق الملكية وإذا كنت أريد أن أكون مالكا لشيء على أن أسعى لسبب إكتسابه. وحرية تكوين أسرة وحرية الزواج تصير غوغاء وفوضى إذا لم يوجد بجانبها حقوق الزوج إتجاه زوجة معينة والتي تستند إلى عقد الزواج" (1).

وقضى بأنه على المالك أن يراعي في البناء أو الهدم قواعد الفن فإذا بنى دون إتباع هذه القواعد لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق العقار المجاور إذا ثبت أن هذه القواعد لو رعيت فإن نفس الضرر كان يلحق العقار لعدم متانة أساساته، أو لسوء بنائه أو عدم إعتداله (2).

وقضى أيضا بأنه : " لملك الأرض الحق في إستخدام الطرق الحديثة للبناء ولكن عليه أن يتخذ الوسائل التي تكفل منع الضرر عن الجيران غير أن هذا الإلتزام لا يمكن أن يمتد إلى حد إلزامه بتضحيات كإطالة المدة اللازمة للبناء إلى ضعفها إذ قد يترتب عليه زيادة النفقات زيادة جسيمة".

وقضى أيضا بأن المالك الذي يقيم بناء في أرضه إذا إستعمل لوضع الأسس طريقة سمبلكس Simplex رفع كتلة من الحديد يبلغ وزنها ألفي كلغ إلى إرتفاع معين ثم تترك فتتهوى من إرتفاع عال فتدك الأرض دكا بدون أن يدرس ويفحص حالة المباني المجاورة وبدون أن يتخذ الإحتياطات الهندسية اللازمة لمنع الضرر الحاصل للمنازل المجاورة من الرجات الشديدة التي تحدثها آلة سمبلكس يجب أن يكون مسؤولاً عن جميع الضرر الذي يصيب المنازل المجاورة من هذه الرجات الشديدة وكون المباني المجاورة التي تأثرت من الرجات قديمة أو غير قديمة لا ينفي مسؤوليته ما دام الضرر واقعا ومحققا.

ولا يكفي في ذلك أن ينذر جيرانه بالأعمال التي سيجريها تاركا لهم أن يقيموا بأنفسهم أعمال الوقاية الضرورية بل يجب عليه هو أن يقيمها على نفقته أو يتفق عليها عند اللزوم مع

(1) — أنظر الجارحي : المرجع السابق ، ص 23

(2) — إستئناف مختلط 10 يونيو 1915، جازيت 5، رقم 460، ص 115 .

واستئناف مختلط 10 فبراير 1912 ، 24 ، ص 126 .

ذوي الشأن على أن يسعى هو إلى ذلك وإلا كان ملزماً بتعويض الضرر الناشئ عن هذه الأعمال على أن الجار يجب عليه عندما يتخرب ملكه أن يحتمل المخاطر الناشئة عن ضعف عمارته، وهذه الحرية كأصل عام مسألة تتعلق بنظام المجتمع وآدابه وهي من القيم الأساسية التي يمتلكها الفرد ولا يجوز الإعتداء عليها أو منعه من ممارستها وهي تجد مصدرها من التشريع كأصل عام والمصادر الإحتياطية لتفسيرها لأن التشريع هو الأصل فإذا ما نص المشرع على حريات معينة تجد تأصيلها القانوني المستمد من قوة التشريع.

والحرية من أهم مقومات الشخصية الإنسانية ولا يجوز لغير التشريع أن يدخل عليها أي قيود أو أي إستثناءات وإنما ينظم إستعمالها القانون على الوجه المشروع .

فالحرية أو الإباحات أو الرخص، كما يرى إتجاه من الفقه ليست بحاجة إلى فكرة التعسف لتأمين الغير ما ينجم من ضرر عن إستعمال الناس لها، لأن أحكام المسؤولية المدنية تتكفل بذلك(1).

وعلى ذلك لا يمكن أن نقول بواجب قانوني خاص في مجال الحريات العامة لأنها من الأمور التي تتعلق بشخصية الإنسان وهي مكفولة من الدستور.

الفرع الثالث

الإمتناع عن الحقوق العامة

والأصل في المسؤولية المدنية أنها تقوم على ثلاثة أركان : الخطأ والضرر وعلاقة السببية وأن الخطأ لا يتكون إلا عن فعل يقع مخالفاً للقانون أو اللوائح أو يقع بسبب الإهمال أو عدم الإلتباه غير أنه عندما بدأ العهد الذي كثر فيه إستعمال الآلات البخارية في المنشآت الصناعية والعمرانية وصار ما ينبعث منها من دوي يصم الأذان ودخان يفسد الجو سبباً في حرمان الجيران من الإنتفاع بمساكنهم على الوجه المقصود من بنائها تغير الموقف واتجه الرأي إلى أن الجار ملزم بتعويض جاره عما يصيبه من ضرر ولو لم يخالف في عمله نصاً من نصوص القانون واللوائح وذلك متى كان هذا الضرر فاحشاً ومتجاوزاً الحد المألوف بين الجيران فإذا أنشأت الحكومة محطة من محطات الجاري على قطعة من أملاكها أقلقت إدارتها راحة السكان في حي مخصص

(1) — H. CAPITANT : L'abus des Droits , R.T.D.C, 1928, P 372.

للسكان كان لهؤلاء السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار⁽¹⁾.

وقد يقع التعسف من استعمال السلطة عن طريق قرار إداري يصدر من الموظف فيكون باطلاً يوجب التعويض وكل من دعوى الإلغاء ودعوى التعويض في هذه الحالة يكون من إختصاص محكمة القضاء الإداري. بمجلس الدولة ويشترك القضاء العادي مع القضاء الإداري في الإختصاص بنظر دعوى التعويض دون دعوى الإلغاء وقد وقع التعسف في استعمال السلطة عن طريق عمل مادي فيوجب مسؤولية كل من الموظف والحكومة مسؤولية تقصيرية ودعوى المسؤولية هنا من إختصاص القضاء العادي وحده⁽²⁾.

ويذهب بعض الفقه إلى القول بأن المقصود بالحقوق في نطاق التعسف هي الحقوق المعينة أو المحددة، وهي تلك السلطات المخولة للشخص على سبيل الإستثمار والإفراد وتحويل لهم الحصول على ميزات معينة على الأشياء، كحق الملكية على عين معينة، أو حق الزوج في طلاق زوجته، أما بالنسبة للحقوق المطلقة التي تحول صاحب الحق سلطة مطلقة في استعمال حقه، ومثال ذلك الحقوق التقديرية، كحق الموصى له في رد الوصية، وحق الشريك على الشيوع في طلب قسمة المال الشائع، فجميع هذه الحقوق لا يرد عليها التعسف لخضوعها لدوافع ينفرد بتقديرها صاحبها، وليس للقاضي مناقشة هذا التقدير⁽³⁾.

وبعد أن إنتهينا من المبحث الأول علينا أن نجيب عن تساؤلنا سالف الإشارة إليه، وذلك ما سيكون موضع دراسة في المبحث الثاني.

المبحث الثاني حدود المسؤولية عن خطأ الإمتناع

لقد سلف القول بأنه لا يوجد مبرر للتمييز بين الخطأين السلبي أو الإمتناع، والخطأ الإيجابي كمصدر للمسؤولية التقصيرية، غير أن هذه المساواة في النظر للخطئين يجب ألا يؤدي إلى نسيان

(1) — إستئناف مصري في القضية رقم 712، ص 56، ق 2710، ص 57، ق 517، س 21، عدد 8، ص 891، بتاريخ 1940/10/17.

(2) — محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، حكم صدر في 1942/11/19، منشور في مجموعة عمر 4، رقم 3، ص 3.
(3) — CF. ROUASTE : Le Droits Discretionnaires , R.T.D.C. 1944 , P 1 et s.

وضع بعض الحدود أو القيود للمسؤولية عن خطأ الإمتناع، وقد يجتج البعض على ذلك بأن الأمر يحمل في طياته تناقضا وتعارضاً لفكرة عدم التفرقة بين الخطأين الإيجابي والسلبي.

مما لا شك فيه أنه لا يوجد أي تنافر أو تعارض مع الفكرة السالفة، إذ ليس ثمة واجبات دون حدود، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الصعوبات التي تعترى فرض الجزاء على خطأ الإمتناع في بعض المجالات لا سيما في إطار النشاط المهني تبرر مدى ضرورة توافر الحد المعقول لإحترام الحرية الفردية.

وما تجدر الإشارة إليه أنه حتى بالنسبة للفعل الإيجابي يصدق التحديد ووضع القيود للمسؤولية مرتكبه، حيث توجد أسباب للتخفيف وحتى للإعفاء من المسؤولية المدنية والجنائية .

ويستمد المعيار الكفيل بوضع حدود للمسؤولية عن خطأ الإمتناع من الإتجاه القائل بدمج الخطأ السلبي بالخطأ الإيجابي ذاته، حيث يلاحظ عند حظر المشرع القيام ببعض الأفعال وضعه في الإعتبار هيمنة بعض المصالح والأضرار الناجمة عن أداء بعض التصرفات والتي من شأنها أن تلحق الضرر بالمجتمع وأفراده.

وقد إقترح القضاء وبعض الفقه حدود للمسؤولية عن خطأ الإمتناع ، وستعرض لهذه الحدود في مطلب أول، أما المعيار الذي سيسمح بتحديد الطابع غير المشروع للإمتناع في حالة إنعدام نص تشريعي بالقيام بالعمل فسيكون محل دراسة في مطلب ثان .

المطلب الأول

الحدود المقترحة من قبل الفقه والإجتهد القضائي

لقد سلم الفقه والإجتهد القضائي ببعض الحدود للمسؤولية عن خطأ الإمتناع نذكرها بصورة موجزة جدا.

هناك محاولة للتحديد تتمثل في كون الإمتناع لا يعد خاطئا إلا إذا نبع عن نية أو قصد الإضرار، وقد لاحظنا سلفا أن هذا الشرط لا يستقيم، وما تقضي به المادة 1383 من القانون المدني الفرنسي، والتي جاء المشرع الجزائري بمثلتها في المادة 125 من ق م ج، المعدلة بموجب أمر 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

وثمة تحديد آخر يسلم به الفقه والإجتهد القضائي، فبالرغم من عدم إشرطه أن يكون الإمتناع عمديا، غير أنه يستلزم حتى تترتب المسؤولية عن خطأ الإمتناع أن يكون ناتجا عن عدم تنفيذ إلتزام قانوني بالعمل.

وإذا كان الجميع يتفق على أن المسؤولية قد تترتب على فعل إيجابي وكذلك على فعل سلبي، كلما وجد واجب قانوني يفرض القيام بالعمل ، غير أن ثمة إنقسام في الرأي حول مسألة متى يوجد هذا الواجب ؟. فيذهب بعض الفقه إلى الإشارة إلى أن المسؤولية عن خطأ الإمتناع لا تترتب إلا حيث يخرق الإلتزام القانوني بالعمل، غير أن ذلك يعني حل السؤال بالسؤال ، إذ يتعذر معرفة متى يوجد مثل هذا الإلتزام .

ويتفق الجميع بأن الإمتناع عن القيام بعمل في حالة وجود إلتزام قانوني يعد عملا غير مشروع، أي خطأ ، ولكن ما هو الموقف بالنسبة للحالات التي ينعدم فيها نص قانوني يلزم القيام بالعمل ؟ وما هو موقف الفقه والإجتهد القضائي في هذا الصدد ؟.

تحيل المحكمة وكذا الفقه للإجابة على هذا السؤال ، إما لنموذج الرجل الحريص اليقظ ، أو إلى مصادر القانون غير المكتوب (العرف) أو الآداب العامة Bonnes Moeurs ، ولكن متى يعد الشخص الحريص اليقظ ذاته ملزما بالقيام بعمل أو بالتدخل لصالح الغير ومتى يفرض العرف والآداب العامة الإلتزام بالقيام بالعمل .

إن الحلول المقترحة لامتدنا بمعيار دقيق يسمح بمعرفة في كل حالة ما إذا كان الإمتناع عملا غير مشروعا أي خطأ أم لا ؟.

كما أن إعتقاد الفقه والقضاء على مفاهيم غير دقيقة يزيد في صعوبة الموقف، إذ ما المقصود بالآداب العامة ؟ وكيف نستخلص الحدود بين ما هو مطابق أو مخالف لها، في حين أن مفهوم الآداب العامة مفهوم مرن ويختلف باختلاف المكان والزمان والفئات الإجتماعية، وعليه فالحل يكون في إتجاه آخر .

فالمعيار يستخلص ودون التوضيح بالحرية الفردية ، وبغير تبنى الإشتراكية القانونية التي أضحي الجميع يخشاها ، من الموازنة بين المصالح المشروعة ، وجسامة الخطر الذي يهدد المتدخل لوضع الحدود المعقولة للمسؤولية عن خطأ الإمتناع، وهو معيار مستمد من الفقه والقضاء ،

ومن هدف القانون ذاته الذي ينفرد بمهمة تحقيق العدالة وتأكيد هيمنة بعض المصالح الأساسية والحيوية على غيرها .

المطلب الثاني المعيار المعتمد لوضع الحدود للمسؤولية عن خطأ الإمتناع

ذكرنا سابقا أن معيار الموازنة بين المصالح المشروعة وخطر التدخل يستخلص من تقدير المصالح المشروعة الموجودة، وخطر التدخل لصالح الغير، حيث يلاحظ أنه في مجال الإمتناع غالبا ما تميل الكفة لصالح الممتنع، غير أن ثمة حالات ترجح الكفة لصالح الضحية ، إذ أن الظروف تلغي أحيانا حق الفرد في الإمتناع الذي يمنحه إياه جانب من الفقه والقضاء .

ويلاحظ أنه في الحالات التي ينعدم فيها النص الذي يوجب القيام بالعمل يصبح الإمتناع وفقا للمعيار السالف غير مشروع، مؤديا لمسؤولية صاحبه كلما كانت إعتبارات العدالة المستقاة من الموازنة بين المصالح المشروعة وجسامة الخطر المهدد لها، وجسامة الخطر المحدق بالتدخل تؤيد هيمنة الأولى بالمقارنة مع مصلحة هذا الأخير في الإمتناع، ونورد مثلا في النطاق التشريعي يلقي الأضواء على هيمنة وسمو بعض المصالح التي تعد حيوية وأساسية بالمقارنة مع البعض الآخر، وهي حالة الضرورة التي دفعت بعض المشرعين إلى النص وإلزام تحمل المالك الأضرار الناجمة عن المساس بأملكه إذا كان ذلك هو السبيل الوحيد لدرء خطر أكبر محقدا بالغير، وذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 130 ، وكذا المشرع الفرنسي والمصري .

ويعد الخطر الناجم عن التدخل أحد العناصر الأساسية لهذا المعيار، فليس ثمة ما يفرض على الشخص حسب المجرى العادي للامور التضحية بنفسه لدرء ضرر عن الغير لا يتناسب وتلك التضحية، فلا تفرض الشهامة والبطولة على الفرد عشوائيا ، فالمسؤولية عن خطأ الإمتناع لا تترتب وبالتالي لا تلزم الممتنع بالتعويض عن الضرر الناتج عن إمتناعه وإحجامه، إذا إقتضى الحال التضحية بالنفس لتجنب الغير الإصابة بضرر أقل أهمية، إذ يتعارض هذا مع المنطق والإنسانية.

غير أن المسؤولية تتحقق على من كان بوسعه الحيلولة دون إصابة الغير بالأذى، ببذل تضحية ضئيلة أو بإلحاق أخف الضرر بنفسه. ولذا تذهب معظم التشريعات التي تفرض الإلتزام بالمساعدة، إلى الأخذ بعين الإعتبار الخطر الذي يتعرض له من يقدم المساعدة لمن هم بحاجة إليها.

وقد سلك المشرع الجزائري ، وكذا المشرع الفرنسي ذات المنهج إذ إعتد بمخاطر التدخل واستلزما في المادة 182 ق ع ج، المعدلة بالقانون 23/06 المؤرخ في 20/12/2006. والمادة 63 ق ع ف قديم ، والمادة 06/223 المعدلة بأمر 916/2000 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000 نص 3 (V) الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 22 سبتمبر 2000، والساري المفعول في جانفي 2001. لفرض الجزاء عن خطأ الإمتناع أن يكون بوسع الشخص التدخل دونما أن يتعرض شخصا أو يعرض غيره للمخاطر.

وختاما يمكن القول أنه يقع على عاتق قضاة الموضوع الموازنة بين المصالح المشروعة المهتدة والتي تقتضي التدخل والمساعدة ومدى جسامة المخاطر التي يتعرض لها الممتنع للفصل في مشروعية أو عدم مشروعية الإمتناع، لاسيما حينما لا يكون الإلتزام بالعمل، أو التدخل منصوص عنه بمقتضى حكم تشريعي أو لائحي .

وقد يعترض البعض بأن هذا الموقف سيترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة جدا تثير القلق والتخوف، غير أنه يمكن الرد على ذلك أن هذا أمر لايسع التهرب ولا التملص منه، بل هو محبذ في مجال يتطلب ويقتضي يوميا توسعا في سلطة القاضي التقديرية .

الختام

الخاتمة

يجدر بنا بعد أن إنتهينا من دراسة موضوع المسؤولية التقصيرية عن خطأ الإمتناع في القانون الجزائري أن نستخلص بعض النتائج المستقاة من هذه الدراسة، وهي أن خطأ الإمتناع لازال يحظى بالإهتمام، لاسيما أن الان الإمتناع كصورة من صور السلوك الانساني، لايسعنا تجاهله بل أن الأخطاء بالإمتناع تفوق بخطورتها وجسامتها الأخطاء الإيجابية، وبالرغم من قدم ظهور خطأ الإمتناع، حيث ترجع جذوره إلى شريعة حمو رابي، إلا أنه ساير التطور الذي حدث في المجتمعات في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية عبر العصور المتعاقبة، وأضحى خطأ الإمتناع ليس عدما وإنما يرتب المسؤولية شأنه شأن الخطأ الإيجابي، ويتمتع خطأ الإمتناع بأهمية عملية في عالم القانون، حيث يثير الكثير من القضايا، بل لعله يثير من دقيق هذه القضايا أكثر مما يثيره الخطأ الإيجابي لكون الإمتناع يشمل كافة مجالات الحياة الإجتماعية، مما يجعله يبرز في جميع فروع القانون.

كما علينا أيضا إستخلاص بعض الإستنتاجات على مستوى القانونين المدني، وكذا القانون الجنائي، فعلى مستوى القانون المدني ينبغي التنبيه إلى وجوب إبراز الاختلاف بين الإمتناع والترك، إذ إكتفينا بالإشارة إليه فقط تاركين المجال للبحث في هذا الإتجاه لغيرنا من المشتغلين في الحقل القانوني لتبيان الفرق بينهما وما ينجم عن ذلك من نتائج، كما أن ما يواجه الباحث في هذا الشأن هو تعلق الموضوع بحضارة الشعوب ومدى رقيها، إذ الحلول المعطاة له توحى إبقاء مباشرة بنمط الأنظمة المتبعة داخل المجتمعات ، وهل هي ليبرالية فردية ، أم إشتراكية تضامنية ؟. ويتجلى ذلك من خلال الإختلاف الفقهي حول مصطلح الإمتناع ذاته ، فمنهم من يتجه إلى إطلاق تسمية حق الإمتناع عليه وهو الفقه المتشعب بالترعة الفردية، ومنهم من يضيف عليه تسمية خطأ الإمتناع وهو الفقه المتأثر بالترعة الجماعية، وهذا إن دل على شئ إنما يدل ويجسد مظهرا من مظاهر الصراع القائم بين التيارين على مدى العصور.

فبينما يرفع الأول لواء الدفاع عن الحرية الفردية ومنها حق الفرد في المجتمع في اللافعل والركون إلى السلبية، يذهب الثاني إلى إعتبار الفرد في المجتمع أداة لتحقيق التضامن الإجتماعي، وبحكم وظيفته الإجتماعية هذه لاينبغي عليه إتخاذ الموقف السلبي ، إذ قد يكون هو ذاته ضحية للإمتناع في يوم من الأيام.

كما أن ما تم إستخلاصه من هذه الدراسة هو قدرة خطأ الإمتناع على أن يكون مصدرا للمسؤولية التقصيرية شأنه في ذلك شأن الخطأ الإيجابي، هذا الدور الذي يحاول البعض من الفقه

تجاهله ونكرانه تارة بال تفسير الضيق لأحكام وقرارات المحاكم أو بتفسيرها تفسيراً مغايراً للتفسير الحقيقي تارة أخرى.

كما تتجلى هذه القدرة على ترتيب المسؤولية من خلال توسع الفقه والقضاء في مفهوم العمل غير المشروع والإلتزام بالعمل ، حيث كان الفقه التقليدي يحرصهما في مجال ضيق جداً ، وكان من نتائج تبني المعنى الموسع لمفهوم الخطأ والإلتزام بالعمل دمج وتسوية خطأ الإمتناع بالخطأ الإيجابي، إذ لا يوجد أي مبرر من شأنه فرض إختلاف في معالجة كلا الخطأين، ومن ناحية أخرى فإن الصلاحية السببية للإمتناع لم تعد محل شك، إذ أن خطأ الإمتناع يكون سبباً للضرر شأنه شأن الفعل الإيجابي.

وإذا أضحت اليوم المسؤولية عن خطأ الإمتناع مسلماً بما فإن الأساس القانوني لهذه المسؤولية لازال مختلفاً حوله بين خطأ الإمتناع المجرد كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع وبين نظرية التعسف في إستعمال حق الإمتناع كأساس قانوني لهذه المسؤولية .

وإذا كان الأساس الأول يتجلى ويتحقق عند وجود إلتزام بالتدخل يفرضه التشريع أو العرف، وهذه تمثل نقطة إلتقاء بين المسؤوليتين المدنية والجنائية . ففري الأساس الثاني لا يبرز إلا حيث يكون ثمة إخلال بالالتزام أدبي بالتدخل أو القيام بعمل ما، غير أن خرق هذا الإلتزام لا يشكل الأساس القانوني لمسؤولية الممتنع، وإنما هذا الأساس ينحصر في الإخلال بالالتزام قانوني يتمثل في الواجب المستخلص من نظرية التعسف وهو واجب إستعمال حق الإمتناع وفقاً لمقتضيات حسن النية تماشياً مع المعيار الوارد في القانون المدني الجزائري.

ومما لا شك فيه أن هذا الأساس يعد أساساً مرناً كفيلاً في مجال المسؤولية التقصيرية بتغطية وسد النقص أو القصور الذي يعتري التشريع في حالة إنعدام الإلتزام الإيجابي بالعمل والتدخل أو عدم نضوج العرف المهني وقدرته على وضع مثل هذا الإلتزام ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن التسليم بالمسؤولية عن خطأ الإمتناع ينبغي أن لا ينسبنا وضع بعض الحدود لهذه المسؤولية ، لأن التوسع في ترتيب المسؤولية تؤدي إلى الإجحاف والمساس بحقوق الافراد، وعليه فإن عدم الغلو والمبالغة يتجلى كضرورة ملحة في هذا المجال.

نستخلص هذه الحدود إذن من الموازنة بين المصالح المشروعة للأفراد في المجتمع والمخاطر المترتبة عن التدخل، ويعتبر الإمتناع مبرراً كلما وجد عائقاً أو حائلاً نلتمس من خلاله عذراً لصاحبه ، فالقانون يظل في هذه الحالة بعيداً عما تفرضه الأخلاق في هذا الشأن ، وبناءً على ذلك

فإن القاضي في مجال حق الإمتناع يجد مجالا خصبا للبحث في التوفيق بين المصالح المشروعة وخطر التدخل ، وتعقب هذا الصراع هو المهمة المنوطة بالقاضي ليوليها كل رعايته.

أما على مستوى قانون العقوبات فالنتيجة المستخلصة من دراسة المسؤولية عن خطأ الإمتناع هو أن المشرع الفرنسي وكذا الجزائري وخلافا للمشرع المصري قد فرضا إلتزاما بالمساعدة وقررا عقابا عن الإمتناع، والإخلال به ووضع له حدودا واضحة تتمثل في الموازنة بين جسامه الخطر والضرر الذي يلحق من يقدم يد العون أو المساعدة للغير، وعند تقييم المراحل السابقة على وضع و سن نصوص خاصة في هذا المجال والتعديلات التي شهدتها مختلف التشريعات إلى يومنا هذا ، فلا يمكن السماح باستصغار وتقزيم واحتقار النتائج المحصل عليها، لأن ذلك لاينم إلا عن روح اللامبالاة والتجاهل بالصعوبات التي إعترضت طريق المشرعين في مختلف البلدان لسن القوانين في مجالات عديدة حكمت عليها عهود طويلة من الأنظمة المشبعة بروح الفردية المغالي فيها بالسكون والجمود.

وختاما نعتقد أن الجهود المبذولة لإنجاز هذه الرسالة لن تضيع في حالة التمكن من لفت إنتباه واهتمام الباحثين للتوسع في معالجة هذا الموضوع الذي تمتد رقعته يوما بعد آخر، والتي لم تحض دراسته بالعناية الكافية في التشريع الجزائري، لاسيما في مجال مسؤولية الإدارة عن خطأ الإمتناع الذي يعرف بـ *Inertie des Pouvoirs Publics* وكذا في مجال القانون الدولي العام الذي يعرف أيضا حالات للإمتناع، فيما يطلق عليه تسمية الحياد *Neutralite* وتطور هذا المفهوم عبر التاريخ، حيث لم يعد يسمح في عالمنا المعاصر باتخاذ موقف الحياد، أي الإمتناع في قضايا السلم العالمي، وغيرها ... ، وعليه تبقى هذه المجالات في حاجة إلى البحث لاسيما في التشريع الجزائري، لأنها تقتضي التكيف المستمر مع التغيرات اللامتناهية للحياة .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية

أ- المراجع العامة

- 01 _ أحمد حشمت أبو ستست : مصادر الإلتزام، الطبعة 1963 .
- 02 _ أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد، الطبعة الثانية، 1954 .
- 03 _ أحمد فتحي سرور : قانون العقوبات ، القسم الخاص ، طبعة 1961 — 1962 .
- 04 _ أحمد فتحي سرور : نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي .
- 05 _ أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون، طبعة 1963 .
- 06 _ أحسن بوسقيعة : الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الأول، 2009، الطبعة العاشرة.
- 07 _ العربي بلحاج : المدخل لدراسة التشريع الإسلامي في الجزائر، 1992.
- 08 _ العربي بلحاج : النظرية العامة للإلتزامات والقانون المدني الجزائري، الجزء2، 2007.
- 09 _ أنور سلطان : النظرية العامة للإلتزام، ، طبعة 1963 .
- 10 _ أنور سلطان : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.
- 11 _ توفيق الشاوي : المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية .
- 12 _ جمال الدين زكي : الوجيز في نظرية الإلتزام .
- 13 _ جميل الشراقوي : النظرية العامة في الإلتزامات، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، 1981.
- 14 _ جندي عبدالمالك : الموسوعة الجنائية ، طبعة 1948 .
- 15 _ حسن البغال : موسوعة التعليقات على قانون العقوبات، القوانين المكملة، طبعة 1965 .
- 16 _ حسن كيرة : أصول القانون، الطبعة الثالثة .
- 17 _ حسن حلاق : مقدمة في مناهج البحث العلمي التاريخي والعلوم المساعدة وتحقيق المخطوطات بين النظرية والتطبيق.
- 18 _ حسن عكوش : المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، الطبعة الأولى ، القاهرة 1927.
- 19 _ حسين محمد أبو السعود : قانون العقوبات المصري، القسم الخاص، طبعة 1951.
- 20 _ حسين عامر : المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، طبعة 1956.
- 21 _ حسين عامر : التعسف في إستعمال الحقوق والغاء العقود، طبعة 1960 .
- 22 _ حسين عامر : القوة الملزمة للعقد.
- 23 _ حلمي بهجت بدوي : أصول الإلتزامات ، الكتاب الأول في نظرية العقود، طبعة 1943 .
- 24 _ سليمان الطماوي : نظرية التعسف في إستعمال السلطة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، 1966.
- 25 _ سليمان مرقس : الفعل الضار : طبعة 1956 .
- 26 _ سليمان مرقس : أصول الإلتزامات ، طبعة 1960 .

- 27 – سليمان مرقس : النظرية العامة للإلتزام ومصادر الإلتزام .
- 28 – شفيق شحاتة : النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية .
- 29 – عبدالحق حجازي : النظرية العامة للإلتزام ، طبعة 1962 .
- 30 – عبدالحق حجازي : النظرية العامة للإلتزام ، المصادر غير الإرادية .
- 31 – عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني .
- 32 – عبدالرزاق السنهوري : الموجز في النظرية العامة للإلتزامات ، طبعة 1938 .
- 33 – عبدالرزاق السنهوري : نظرية العقد ، طبعة 1943 .
- 34 – عبدالسلام ذهني : المسؤولية - النظرية العامة - .
- 35 – عبدالقادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي ، مقارنة بالقانون الوضعي ، طبعة 1960 .
- 36 – عبدالمنعم الصده : مصادر الإلتزام .
- 37 – علي أحمد راشدي : مبادئ القانون الجنائي، طبعة 1948 .
- 38 – علي بدوي : الأحكام العامة في القانون الجنائي، طبعة 1938 .
- 39 – علي بدوي : القانون الجنائي.
- 40 – علي جمال الدين عوض : القانون البحري ، طبعة 1958 .
- 41 – علي حسن يوسف : القانون البحري .
- 42 – علي علي سليمان : النظرية العامة للإلتزام ، مصادرها في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، 1993.
- 43 – فخري رشيد مهنا : أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عدم التمييز .
- 44 – محمد حسين منصور : آثار الإلتزام .
- 45 – محمد صبري السعيد : شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 1991 – 1992 .
- 46 – محمد كامل مرسي : العقود المسماة، الجزء الأول ، الطبعة 2 .
- 47 – محمد زيان عمر : البحث العلمي مناهجه وتقنياته .
- 48 – محمود شلتوت : المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية .
- 49 – محمود نجيب حسيني : شرح قانون العقوبات ، القسم العام، طبعة 1963 .
- 50 – محمود نجيب حسيني : شرح قانون العقوبات اللبناني .
- 51 – مصطفى كمال طه : الوجيز في القانون البحري، طبعة 1963 .
- 52 – مصطفى مرعي : المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الثانية، القاهرة 1944.
- 53 – رؤوف عبيد : السببية في القانون الجنائي، طبعة 1959.

ب- الرسائل

- 54 – إبراهيم الدسوقي : أبو الليل : المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق .
- 55 – إبراهيم الحبيب الخليل : مسؤولية الممتنع المدنية والجناحية في المجتمع الاشتراكي، رسالة دكتوراه، القاهرة 1967.
- 56 – إبراهيم عطا عطا شعبان : النظرية العامة للإمتناع في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: رسالة دكتوراه، 1981.
- 57 – جلال العدوي : الإلزام القانوني على المعارضة ، رسالة كتورها من الإسكندرية، سنة 1960 ، طبعة 1965 .
- 58 – حسن زكي الأبراش : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه من القاهرة .
- 59 – محمد فائق الجوهري : المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه من القاهرة، سنة 1951.
- 60 – محمد حسن منصور : المسؤولية الطبية .

ج- المجالات

- 61 – إسماعيل غانم : تجدد عقل العمل المحدد المدة ، تطبيق خاص لنظرية التعسف ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، السنة الرابعة ، العدد الثاني .
- 62 – أنور سلطان : نظرية التعسف في إستعمال حق الملكية، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد ، السنة السابعة عشر، العدد الأول .
- 63 – محمود جمال الدين زكي : ضمان الأخطار المهنية في القانون المصري ، مجلة القانون والاقتصاد، سنة 1985 .
- 64 – محمود محمود مصطفى : مدى المسؤولية الجناحية للطبيب إذا فشى سرا من أسرار المهنة، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، السنة الحادية عشر، 1941 .
- 65 – مصطفى الجارحي : الخطأ بالإمتناع، مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، 1952.
- 66 – سليمان مرقس : مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى، مجلة القانون والإقتصاد، السنة السابعة، 1937.
- 67 – عبدالفتاح عبدالباقي : تحديد الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية في ظل القانون الكويتي والقانون المصري، مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة المحامي، الكويت، عدد سبتمبر – أكتوبر 1978.
- 68 – رمسيس ببنام : الإتجاه الحديث في نظرية الفعل والفاعل، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة التاسعة 1960/1959. العدد الثالث والرابع .
- 69 – وديع فرج : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، بحث منشور بمجلة القانون والإقتصاد، السنة الثانية عشر، 1948.

ثانيا . المراجع باللغة الفرنسية

I - OUVRAGES GENERAUX

- 70 - Aubry et Ran : Cours de droit civil Français.
- 71 - André Decoq : Essai d'un Théorie générale des Drabo Sur La Personne, Paris 1960.
- 72 - Beudant (ch) : Cours de droit curl Français 2eme édition Paris 1952
- 73 - Bouzat et Piratel : traité de droit Pénal et criminologie édition 1963
- 74 - Brun : Rapport et domaines des responsabilités contractuelles et délictuelles
- 75 - Bufnoir : Propriété et contrat
- 76 - Bouzat (P) : Traité théorique et pratique du droit pénal Paris 1951
- 77 - Bouzat et Pinatel traité de droit Pénal et criminologie édition 1963
- 78 - Carbonier : Le silence et la gloire
- 79 - Carbesco : Devoirs moraux et obligations légales
- 80 - Cannulets : Morale et droit
- 81 - Chauveau (A) : Théorie du code pénal 6eme édition Paris
- 82 - Colin (A) et Capitant (H) : cours élémentaire du droit civil Français
- 83 - Demogue (K) : Traité des obligations en général Paris 1923
- 84 - Esmein (P) : La faute et sa place dans la responsabilité civile
- 85 - Fromageot (H) : De la faute comme source de la responsabilité
- 86 - Garraud (R) : Traité théorique et pratique du droit pénal français Paris 1912
- 87 - Giffard (A) : Précis du droit Romain 2eme édition Paris 1938
- 88 - Girard (RF) : Manuel élémentaire du droit romain 8eme édition Paris 1929
- 89 - Graven : Le médecin devant le droit pénal
- 90 - Gullou : L'omission de porter secours
- 91 - Josserand (L) : Cours de droit civil positif français Paris 1930. De L'esprit des droits et de leur relatuite théorie de l'abus de dret 2ed.
- 92 - Marty (G) et Raymond (R) : Droit civil Paris 1956
- 93 - Mazeaud (H et L) : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile 4eme édition
- 94 - Mazeaud (H-L et Jean) : Leçon de droit civil édition 1956
- 95 - Mazeaud (H et L) et Tunc (A): Traité théorique et pratique de la responsabilité civile 5eme édition
- 96 - Planiol (M) et Ripert (G) : Traité élémentaire de droit civil Tome II 10eme édition Paris 1926
- 97 - Planiol (M) et Ripert (G) et Eismein (P) : Traité pratique du droit civil Français 2eme édition 1952
- 98 - Savatier (R) : Traité de la responsabilité civile 2me édition 1951
- 99 - Saleilles : Les accidents de travail et la responsabilité civile
- 100 - Sourdat : Traité général de la responsabilité
- 101 - Starck : Droit civil obligations
- 102 - Verner : Traité de droit maritime général
- 103 - Yung : La vérité et le mensonge dans le droit civil privé, 1946.
- 104 - Gardennat et Ricci de la Responsabilite Civle, Paris 1927.
- 105 - Planiol : Traité Elementaire de droit Civil, 1943.

II - THESES

- 106** - Cohin (MR) : L'abstention fautive en droit civil et pénale thèse Paris 1929.
- 107** - Aboaf : L'etat de nécessité et la Responsabilité Délictuelle Thèse, Paris, 1945.
- 108** - Bettremieux (j) : Essai Historique et Critique Sur le Fondement de la Responsabilité Civile en Droit Français Thèse L ille. 1921 .
- 109** - Bourrinet (j) : L'absteution Source de Resbonsabilité Civile et Delictuelle, Thèse Moutpellier, 1959.
- 110** - Bosc : Essai Sur les Elements Constitutifs du Délit Civil , Thèse Montpellier , 1901.
- 111** - Cohin (MR) : L'abstention Fautive en Droit Civil et Pénal , Thèse , Paris 1929 .
- 112** - Delvilani (A F) : La Responsabilite Civile delictuelle Pour Faut D'omission ou D'absteuhou.
- 113** - Dellyanis (J) : La Notion D'acte Illicite, Conséderé en qualité D'élément de la faute delectuelle Thèse, Paris 1952.
- 114** - Dellyannis (J) : La notion d'acte élicite considéré en qualité d'élément de la faute de thèse Paris 1952
- 115** - Légal (A) : de la regligence et de L'imprudence Comme Source de Responsabilité Civile deléctuelle, Paris, 1912.
- 116** - Savatier (R) : Des Effets et de la Sanction du Droit Moral Thèse Paris, 1916
- 117** - Rabut (A) : De la Notion de Faute eu droit Privé, Thèse, Paris 1949.
- 118** - Rieg : Le Role de la Volonté dans L'acte Juridéque , Paris 1961.
- 119** - Rabuf (A) : De la notion de faute en droit privé thèse Paris 1949
- 120** - Rieg : Le rôle de la volonté dans l'acte juridique Paris 1961.
- 121** - Rutsaert : Jondement de la Responsabilité Civile Extra Contractuelle, Bruxelles , 1930 .
- 122** - Teisseire : Essai d'une Théorie Générale sur Le Fondement de la Responsabilité , Thèse AIX . 1901.
- 123** - Taha (GH) : L'absteun ralicite Comme Source de Responsabilite Civile Delicluelle Geneve 1922.

III - REVUES ET RECUEIL DE JURISPRUDENCE

- 124** - Appellon (P) : L'abstention fautive en matière délictuelle, civile et pénale. Revue trimestrielle de droit civil 1912
- 125** - Béraud : L'omission punissable, juris classeur périodique 1944.
- 126** -Bigot : juris Classeur Responsabilite Civil , Fax III.
- 127** - Capitant : De l'abus des droits. Revue trimestrielle de droit civil 1920.
- 128** -Cardahi : Droit et Morale Crisafulli, D.H , 1937.
- 129** -Carbonnier : Le Silence et la glocie D.1951 Chrauques .
- 130** -Crouzel : Revue generale de Droit , Legislation et de Jurisprudence , 1922.
- 131** - Charmont : Examen doctrinal, jurisprudence question de responsabilité civil. Revue critique 1898
- 132** - Durant (P) : La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel. Revue trimestrielle de droit civil 1944
- 133** -Desbois : Note sur l'affaire Turlain Branky, D1951 , 329.
- 134** - Esmein (P) : La faute et sa place dans la responsabilité civil. Revue trimestrielle de droit civil 1949
- 135** - Goré : L'omission de porter secours. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1946
- 136** - Guillon : L'omission de porter secours et la profession médicale JCP 1956
- 137** -Huguney : Abstention délictueuse Dalloz Repetire de Droit Crimenel et Prodecudure Penale , 1953.
- 138** -Haurion (M) : Précis Elementaire de Droit Adminidtratif, 1921.
- 139** - Levry (E) : Responsabilité et contrat. Revue critique 1899.
- 140** -Labrocht : Place du Normal et de L'anormal dans le Droit G.P.66.
- 141** -Lalon. J C C : Reponsabilite Civile , Tome 1.
- 142** -Magnol: Chronique de la jurisprudence. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1937

- 143** - Marty (G) : La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile. Revue trimestrielle de droit civil 1939
- 144** - Peytel : Les médecins et le délit de commission par omission .Gazette du palais 1953
- 145** - Papesco – Ramnicéano : Le silence créateur des obligations et l’abus de droit. Revue trimestrielle de droit civil 1930 .
- 146** -Perreau : Courtoisies, Complaisances, et Usages Obligatoires Devant la Jurés prudence , R.T.D.C. 1914.
- 147** - Rolland (M) : Le délit d’omission. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1965
- 148** - Savatier (R) : Regles générales de la Responsabilité Civile Revue Critique, 1974.
- 149** -Saleélles de la Maraière : Note sur Arrêt Poitiers , Dalloz Priodique , 1935.
- 150** -Savatier : Comment Repenses la Conception Actuelle de la Responsabilite Civile , Dalloz , 1966.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة (أهمية الموضوع)
04	حدود البحث
05	منهج البحث
	الباب الأول
07	الأساس القانوني لمسؤولية الممتنع التقصيرية
	الفصل الأول
09	خطأ الإمتناع الجرد كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع
09	المبحث الأول : خطأ الإمتناع الجرد حسب الإتجاه الفقهي التقليدي
10	المطلب الأول : في الفقه والقضاء الفرنسيين
11	المطلب الثاني : في الإتجاه التقليدي في مصر
13	المبحث الثاني : خطأ الإمتناع الجرد حسب الإتجاه الفقهي الحديث
13	المطلب الأول : تحديد الإلتزام القانوني بعمل اللجوء إلى قواعد الأخلاق
15	المطلب الثاني : تحديد الإلتزام القانوني بعمل على أساس معيار الرجل العادي أو اليقظ
18	المطلب الثالث : تحديد الإلتزام القانوني بعمل على أساس الموازنة بين المصالح المتضاربة
19	المطلب الرابع : تحديد الإلتزام بعمل عن طريق المواجهة بين الحقوق المتصادمة
21	المطلب الخامس : تحديد الإلتزام بعمل إعتقاداً على المصادر الرسمية الإحتياطية للقانون
	الفصل الثاني
	التعسف في إستعمال حق الإمتناع
26	كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع التقصيرية
40	المبحث الأول : مضمون واجب الإمتناع عن التعسف في إستعمال الحق ومداه

الصفحة	الموضوع
42	المبحث الثاني : مدى إمكانية تطبيق نظرية التعسف في مجال الحقوق العامة
43	المبحث الثالث : مدى كفاية الإخلال بواجب الإمتناع عن التعسف في إستعمال الحق كأساس قانوني لمسؤولية الممتنع
45	الفصل الثالث خطأ الإمتناع في القانون الجنائي
46	المبحث الأول : حماية الحريات الفردية
47	المبحث الثاني : المذهب التضامني
49	المبحث الثالث : تطور القانون الجنائي لسنة 1941 المعدل بأمر 25 جوان 1945
52	المبحث الرابع : الفقه الجنائي الرافض للتعويض المدني عن خطأ الإمتناع
53	المبحث الخامس : الفقه الجنائي المؤيد للتعويض المدني عن خطأ الإمتناع
57	الفصل الرابع تأثير القانون الجنائي على القانون المدني في مجال المسؤولية التقصيرية عن خطأ الإمتناع
57	المبحث الأول : خطأ الإمتناع في القانون الفرنسي
59	المبحث الثاني : خطأ الإمتناع في القانون المصري
60	المبحث الثالث : خطأ الإمتناع في القانون الجزائري
63	الفصل الخامس معيار الخطأ بالإمتناع
63	المبحث الأول : الإمتناع عن المساعدة المخالف للواجب العام
67	المطلب الأول : معيار الرجل العادي
69	المطلب الثاني : معيار الضرورة
73	المبحث الثاني : الإمتناع عن المساعدة المخالف للواجب الخاص

الصفحة	الموضوع
76	الباب الثاني شروط مسؤولية الممتنع التقصيرية
76	الفصل الأول الخطأ
83	المبحث الأول : خطأ الإمتناع في الشرائع الدينية القديمة
84	المبحث الثاني : خطأ الإمتناع في القوانين القديمة
86	المبحث الثالث : خطأ الإمتناع في القوانين الحديثة
88	الفصل الثاني الضرر
88	المبحث الأول : الشروط العامة للضرر القابل للتعويض
92	المبحث الثاني : أنواع الضرر الواجب التعويض عنه
96	الفصل الثالث علاقة السببية كشرط لمسؤولية الممتنع
97	المبحث الأول : نظرية إستحالة سببية الإمتناع
97	المطلب الأول : نظرية إستحالة سببية الإمتناع إستحالة مطلقة
99	المطلب الثاني : نظرية إستحالة سببية الإتساع إستحالة نسبية
100	المبحث الثاني : نظرية سببية الإمتناع
103	الفصل الرابع طبيعة مسؤولية الممتنع التقصيرية
103	المبحث الأول : فكرة خطأ الإمتناع وعلاقتها بالخطأ الإيجابي
104	المطلب الأول : تعريف الخطأ
109	المطلب الثاني : أنواع الخطأ
110	المبحث الثاني : إثبات الخطأ

الصفحة	الموضوع
	الفصل الخامس
112	تحديد مشكلة الإمتناع
112	المبحث الأول : دراسة مشكلة الإمتناع
116	المبحث الثاني : المذهب الفردي الرافض لخطأ الإمتناع كمصدر للمسؤولية التقصيرية
116	المطلب الأول : المساس بالحرية الفردية
119	المطلب الثاني : إنكار السببية عن خطأ الإمتناع
120	المطلب الثالث : الخلط بين القانون والأخلاق
120	المطلب الرابع : الإجتهد القضائي الفرنسي القديم
122	المبحث الثالث : الإتجاه الفقهي المؤيد لخطأ الإمتناع كمصدر للمسؤولية التقصيرية
122	المطلب الأول : معطيات الإجتهد القضائي الفرنسي القديم
125	المطلب الثاني : موقف الفقه الحديث
	الفصل السادس
129	مفهوم خطأ الإمتناع
129	المبحث الأول : ماهية خطأ الإمتناع
129	المطلب الأول : المدلول العام للإمتناع
131	المطلب الثاني : التمييز بين الفعل الإيجابي والإمتناع
133	المبحث الثاني : تفسير الإمتناع وتصنيفه
134	المطلب الأول : الإتجاهات النظرية للإمتناع
136	المطلب الثاني : تصنيف خطأ الإمتناع
149	المبحث الثالث : الإتجاهات الفقهية حول مدى الصلاحية السببية لخطأ الإمتناع
149	المطلب الأول : الإتجاه الفقهي المنكر للصلاحية السببية للإمتناع
151	المطلب الثاني : الإتجاه المؤيد للصلاحية السببية للإمتناع
154	المبحث الرابع : تطورات تفسير الصلاحية السببية لخطأ الإمتناع
154	المطلب الأول : النظرية الذاتية والصلاحية السببية لخطأ الإمتناع
155	المطلب الثاني : النظرية المادية
156	المطلب الثالث : الدور السبي للإمتناع والخطأ الجسيم
156	المطلب الرابع : الدور السبي للإمتناع والضرر
158	المطلب الخامس : الدور السبي للإمتناع وحالة القلق والإضطراب للضحية

الصفحة	الموضوع
160	الباب الثالث تطبيقات الإمتناع
161	الفصل الأول أوجه الإمتناع
162	المبحث الأول : الإمتناع المخالف (غير المشروع)
163	المطلب الأول : الإمتناع المخالف لنص تشريعي (القانون المدني)
163	1 - مسؤولية حارس الأشياء خير الحية
168	2 - مضار الجوار
172	3 - مسؤولية متولي الرقابة
173	4 - مسؤولية حارس الحيوان
175	المطلب الثاني : الإمتناع المخالف لنص جزائي
175	1 - المساعدة البحرية
177	2 - المساعدة في حالة حوادث المرور
181	3 - المساعدة الجوية
183	المطلب الثالث : حالة الإمتناع المخالف دون الإستناد لنص تشريعي
183	1 - إمكانية وجود واجب قانوني بالعمل دون نص تشريعي
185	2 - النظرية القضائية المسلمة بوجود واجب قانوني بالعمل.مقتضى مصدر قانوني غير مكتوب (عرفي)
185	أ- رفض المسؤولية في حالة خطأ الإمتناع المخالف لواجب الأخلاق
187	ب - الإعتراف بالمسؤولية في حالة الإمتناع عن أداء واجب أخلاقي
190	المطلب الرابع : الإمتناع المخالف للواجبات المهنية
190	I - مسؤولية الطبيب
191	أ- مسؤولية الطبيب حينما يعلم بالخطر مباشرة
191	1 - من حيث تقدير الخطر
192	2 - من حيث المساعدة التي ينبغي تقديمها للضحية
192	ب - مسؤولية الطبيب حينما يعلم بالخطر عن طريق واسطة
193	1 - تقدير الخطر
193	2 - إختيار المساعدة

الصفحة	الموضوع
194	ج - رفض علاج المريض
196	د - صور الإمتناع الطبي
197	هـ - المسؤولية الطبية عن رفض المساعدة
200	II - واجب الإفصاح وسكوت المؤرخ
202	- الإمتناع عن الإعلام
203	III - سكوت المؤرخ
203	1 - حرية المؤرخ التقليدية
205	2 - قرار " تربان برانلي " والإلتزامات الجديدة للمؤرخ في فرنسا
207	3 - الإنتقادات الموجهة لقرار " تربان برانلي "
209	IV - مسؤولية المؤرخ
	الفصل الثاني
213	الإمتناع الخاص
214	المبحث الأول : إستعمال الحق أو الحرية
216	المبحث الثاني : الفعل الضار
218	المبحث الثالث : المديونية
222	المبحث الرابع : خصومة الإثبات
	الفصل الثالث
224	الخيرة في الفضالة
224	المبحث الأول : الفضالة في القانون المدني الجزائري
226	المبحث الثاني : التعويض عن الفضالة
229	المبحث الثالث : الدفاع عن النفس أو الأموال
230	المبحث الرابع : الفضالة في حالة الإرتباط بعميلين
	الفصل الرابع
233	الوقائع القانونية
233	المبحث الأول : الوقائع القانونية الخاصة
233	المطلب الأول : الإحتكار

الصفحة	الموضوع
234	المطلب الثاني : الإحتراف المهني
235	أ - الإمتناع عن تقديم الخدمة في مكان وزمان مباشرتها
235	ب - الإمتناع عن تقديم الخدمة في غير وقت ومكان المهنة
238	المطلب الثالث : الوقائع والتراطات الإجتماعية
239	المطلب الرابع : الحقوق والحريات العامة
239	الفرع الأول : غاية الحقوق والحريات العامة
240	الفرع الثاني : الخبرة في الحرية العامة
242	الفرع الثالث : الإمتناع عن الحقوق العامة
243	المبحث الثاني : حدود المسؤولية عن خطأ الإمتناع
244	المطلب الأول : الحدود المقترحة من قبل الفقه والإجتهد القضائي
246	المطلب الثاني : المعيار المعتمد لوضع الحدود للمسؤولية عن خطأ الإمتناع
248	الخاتمة
251	قائمة المراجع
257	فهرس المحتويات

ملخص

إن الموضوع محل البحث و هو المسؤولية التقصيرية عن خطأ الإمتناع، قد عرفته كافة الشرائع السماوية، و كذا القوانين الوضعية القديمة و الحديثة و بالرغم من ذلك فهو لا يزال محل إهتمام لما يشيره من دقيق القضايا، و قد استطاع أن يساير التطور الذي حدث في المجتمعات على كافة الأصعدة لارتباطه بحياة الأفراد اليومية، أي بالسلوك الإنساني الذي يظهر إلى حيز العالم الخارجي، إما في صورة فورة إيجابية و هو الفعل أو الحركة أو النشاط الجسماني، أو في صورة سلبية وهو السكون و عدم الحركة و التوقف عن العمل كلية.

و يتصف خطأ الامتناع بالديمومة و العالمية، و بمدى تحضر المجتمعات، و مدى تماسكها قانونيا و أخلاقيا، و تختلف الحلول المعطاة له إتساعا أو ضيقا تبعا للميول السائدة في حقبة زمنية معينة و في مجتمع ما، و المؤثرة على الإرادة التشريعية بحيث يختلف موقفها إزاء خطأ الإمتناع بالتضييق في نطاقه أو توسيعه تبعا لتلك الميول، و الإشكال الرئيسي الذي يطرحه خطأ الإمتناع هو مدى جواز مساءلة الشخص عن مجرد إمتناعه و اتخاذه موقفا سلبيا؟ و قد ثار جدال فقهي عنيف بين أنصار الفقه التقليدي و الحديث، و يرى الفقه التقليدي بأن الإنسان حر أصلا، و له حق الإمتناع و الركون إلى السلبية طالما لا يوجد تكليف من المشرع يفرض الالتزام بالقيام بعمل ما يترتب على خرقه تحقق الخطأ بالامتناع يستوجب المساءلة، أما الاتجاه الحديث فيرى أن الواجب بالقيام بالعمل لا يشترط أن يفرضه التشريع، بل يكفي أن يمليه أحد المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون ، كالعرف و مبادئ العدالة إلخ... و التي تخول القاضي في حالة انعدام النص التشريعي استخلاص الالتزام القانوني بالعمل من تلك المصادر مما يجنب القاضي جريمة انكار العدالة و بفضل هذا الاجتهاد الفقهي والقضائي الحديث حسم المشرع الجزائري هذا الخلاف بالنص في المادة الاولى من القانون المدني على اللجوء الى مصادر القانون الاحتياطية في حالة عدم وجود النص التشريعي الذي يفرض الالتزام القانوني بالعمل و في حالة انعدام النص القانوني عموما بوجود القيام بعمل معين فهل يعني ذلك افلات الممتنع المذنب من الجزاء؟ لقد توصل الفقه و سايره القضاء في إيجاد أساس قانوني آخر لمسؤولية الممتنع يتمثل في التعسف عن استعمال حق الامتناع حتى لا يكون انعدام الواجب القانوني ذريعة لتملص من المسؤولية عن خطأ الامتناع من قبل الأفراد، و قد أخذ المشرع بما توصل إليه الفقه و القضاء في هذا المجال.

و مع الاعتراف بأن خطأ الامتناع يكون مصدر للمسؤولية التقصيرية شأنه شأن الايجابي، فقد حاول بعض الفقه إبعاد مسؤولية الممتنع بحجة عدم قدرة الامتناع على إحداث النتيجة الضارة، و إنكار السببية عنه. ، غير أن اتجاه فقهي آخر ظهر مقرا بالقدرة السببية لخطأ الامتناع، و بفضل لم يعد أحد يشك في مدى صلاحية الامتناع و قدرته على ترتيب المسؤولية مما جعل التشريعات الوضعية الحديثة تؤكد على السببية في نصوصها دون تردد أو تجاهل لها درءاً لأي جدل في الشأن .

و يشمل خطأ الامتناع مجالات متعددة أهمها مسألة مساعدة الغير المعرض للخطر التي تتسع يوماً بعد آخر، إذا رفض الفقه التقليدي و سايره القضاء في التسليم بمسؤولية الممتنع عن مساعدة الغير لحجة أن ذلك مجرد إلزام أخلاقي لا يرقى إلى مرتبة الواجب القانوني، غير أن التشريعات المختلفة حسمت هذا الموقف بتجريم الإمتناع عن تقديم المساعدة في قوانين العقوبات بقدر متفاوت و الذي يستتبع بالتبعية المسؤولية المدنية و قد سارع المشرع الجزائري إلى النص على واجب المساعدة في قانون العقوبات المادة 182 منه وهذا يبرر بجلاء مدى استتثار خطأ الإمتناع بعناية المشرع، لما لهذا السلوك من خطورة في المجتمع لانه ينم عن الأنانية و الإنعزالية و عدم المشاركة الفعالة التي تؤدي إلى تفتيت كيان المجتمع و أواصر الإيحاء و التضامن بين أفرادهم، و لا يمكننا إنكار ما بذل من جهد لمواجهة مشكلة الإمتناع من قبل التشريعات المختلفة و منها التشريع الجزائري الذي يبقى عليه التدخل المستمر بفرض واجبات إيجابية بالعمل لكونها ضرورة ملحة للحيلولة دون سلبية أفراد المجتمع دون خشية المساس بالحرية الفردية اعتماداً على الموازنة بين المصالح المشروعة المهددة و الخطر الذي يهدد المتدخل.

الكلمات المفتاحية :

- خطأ امتناع مجرد - خطأ امتناع بمناسبة عمل - تعسف في استعمال حق الامتناع -
مسؤولية تقصيرية للممتنع - الإمتناع عن المساعدة الشخص في حالة الخطر - الإمتناع عن الإفصاح و الإعلام

Résumé

La responsabilité civile délictuelle pour faute d'abstention ou omission, remonte à une époque très lointaine, les lois divines ont connu et traité le problème de l'abstention, ainsi que le droit positif ancien et moderne, mais il reste encore un sujet d'actualité, et un centre d'intérêt, vu qu'il est en étroite relation avec des réalités sociales délicates et qu'il a pu suivre, le développement survenu dans différentes sociétés à travers les âges, et sur tous les plans, étant donné qu'il est étroitement lié à la vie quotidienne des individus, et qu'il a une relation directe avec le comportement humain, qui peut prendre deux aspects, l'un positif ou fait de commission l'autre négatif ou fait d'abstention ou d'inaction la faute d'abstention se caractérise par sa perpétuité et son universalité, et les solutions qui lui ont été données ont un aspect restrictif ou extensif, selon les convictions spécifiques à une époque et une société donnée et qui influencent les législateurs pour une condamnation de d'abstention ou son admission.

La problématique que soulève la faute d'abstention se résume dans la question suivante peut on rendre une personne responsable par le fait de son inaction, ou son abstention pure et simple ?

Cela a donné lieu à une divergence de point de vue, entre la doctrine traditionnelle et moderne, selon la première l'individu est censé être libre, et détient le droit à l'abstention sauf disposition légale qui l'oblige à l'action.

Et selon la doctrine moderne, l'obligation juridique d'agir, peut être imposée par toute autre source de droit (coutume, équité ... et non par un texte légal ce qui permet au juge de solutionner le litige sans commettre un déni de justice.

Le législateur Algérien a adapté les résultats de cette doctrine, et ce que confirme l'article premier du code civil Algérien.

Et dans le cas de l'inexistence d'un texte juridique en général imposant l'obligation d'agir l'individu peut-il s'abstenir sans crainte de responsabilité ?

La jurisprudence et la doctrine se sont appuyées sur un autre fondement juridique de la responsabilité pour faute d'abstention qui est la théorie de l'abus du droit d'abstention pour pallier au manquement de l'obligation d'agir pour justifier la responsabilité pour abstention des auteurs de la faute ; et ce résultat à été adapté par le droit Algérien article 124 bis du code civil.

Bien que la faute d'abstention a été reconnue comme source de responsabilité, une doctrine s'opposa à cette réalité sur la base de l'inexistence de la causalité de l'abstention, mais grâce à la reconnaissance d'une autre doctrine de la de la causalité de l'abstention, ce doute se dissipa et les différentes législations dont le législateur Algérien affirmèrent le rôle causal de l'abstention.

L'étendue de la faute d'abstention est très vaste, et inclue la non-assistance aux personnes en danger mais la jurisprudence et doctrine traditionnelle se sont apposés à cette responsabilité du fait qu'elle découle d'une obligation morale et non juridique, le législateur Algérien et autres législations ont tranché le litige en comdantant l'abstention la considérant comme crime article 182 du code pénal Algérien, parce que les conséquences du comportement de celui qui s'abtient sont très dangereuses et causent des désastres, et des dommages considérables, brisant ainsi les liens de fraternité et de solidarité humaine.

En conclusion, on ne peut nier les efforts déployés pour solutionner ce délicat problème par les différentes législations mais le législateur Algérien reste tout de même tenu d'intervenir d'avantage par le biais d'obligations juridiques d'agir afin de mettre fin a l'inertie, et la passivité des individus, sans crainte de porter atteinte à leur liberté, en se basant sur la primauté des intérêts d'autrui par rapport aux risques qu'encourent les intervenants.

Mot clés:

Faute d'abstention pure et simple - Abus du droit d'abstention- responsabilité délictuelle abstention - la non assistance aux personnes en danger- abstention de renseignement

Translation

Summary :

The subject of this research is the liability in tort with failing the duty to rescue, it was known by all Semitic religions as well as the ancient and modern Positive laws, despite all that, it remains a subject of concern from what it causes of issues, and was able to keep up with the development that has occurred in communities at all levels, due to being linked to the daily life of individuals, i.e. the human behavior that appears into the outside world, whether it is in a positive way which is the act, movement or physical activity, or in a negative way which is stillness and immobility and stopping from working altogether.

Failing the duty to rescue is characterized with permanency and globalism, the extent of sedentarization of communities, and the extent of their law and behavioral conservation, the solutions vary in their wideness or narrowness depending in the prevailing tendencies in a given era and with a given community, which affects the legislature-will, so that their position toward failing the duty to rescue will change in the application of its space **and vastness** depending on those tendencies, the main problematic concerning the failing of the duty to rescue is whether it is tolerated to question a person on the sole fact of his restrain and negative attitude? There was a controversial jurisprudence between those in favor of the traditional jurisprudence and the modern one. The traditional jurisprudence believes that the human is originally free, and posses the right to restrain in the duty to rescue and rely on negativity as long as there is no legislature obligation that imposes doing a certain act, which its violation will lead to failing the duty to rescue and a questioning, whereas those in favor of the modern way believes that the duty to act does not require it to be imposed by the legislation but is sufficient for it to be **stipulated** in any of the official backup sources in law, such as philanthropy, the principles of justice...etc. Which authorizes the judge in case of absence of legislative texts to extract the legal obligation using those sources and avoid himself any crime of justice challenging, and thanks to this modern jurisprudential and legal diligence the Algerian legislator solved this controversy by stipulating in the first article of the Civil code on resorting to the backup sources of law in case of absence of the legislative texts imposing the legal obligation to act.

But in case of absence of the legal texts in general that imposes a certain action; does that mean the guilty restraining from accomplishing the duty to rescue will escape from any sanction?

Jurisprudence and jurisdiction reached a new legal foundation for the responsibility of the restrainer which consists in the arbitrariness for the use of the duty to rescue so that the absence of legal duty won't be a pretext for individuals to evade the responsibility

for failing the duty to rescue. The legislator approves what was concluded by Jurisprudence and jurisdiction in this regard.

And with recognizing that failing the duty to rescue will be a source of liability in tort with the same importance as the positive fault, jurisprudence tried to omit the responsibility of the refrained from the duty to rescue with the pretext of lack of ability to cause an unfavorable outcome and to deny any causality that he may have induced. However another jurisprudential orientation appeared acknowledging the potential causality of failing the duty to rescue, thanks to it no one doubts the validity of failing the duty to rescue and its capacity to arrange the responsibility which made the modern positive legislatures assert the mentioned causality in its texts without hesitation and without disregarding a dissension for any controversial in this regard.

Failing the duty to rescue includes multiple areas, the most important is the issue of helping endangered others which is expanding day after day, whereas the traditional jurisprudence with the jurisdiction assistance refute the responsibility of the person refraining from helping others with the pretext of such action being solely a moral obligation which does not reach the rank of legal duty; nevertheless the different legislations resolved this issue by criminalizing the fact of restraining on providing assistance in the penal laws with different degrees, which concludes the extension of the civil liability, and the Algerian legislator rushed to stipulate on the obligation of assistance in the penal code with its article 182 this clearly highlights the extent of concern regarding failing the duty to rescue with care from the legislator: the danger of this kind of behavior in the community which leads to selfishness and isolationism and the lack of effective participation leading to the fragmentation of the community entity omitting all sense of brotherhood and solidarity between individuals. We cannot deny the effort of the different legislations to face the problem of restraining from the duty to rescue, and among them the Algerian legislation which needs to persists in imposing positive duties to act due to it being in urgent need to be prevented, without the negativity of individuals in the community and without fear of prejudice to the individual freedom relying on the balance between the legitimate endangered interests and the danger that threatens the intervener.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ