

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة النهريين  
كلية الحقوق

# وسائل دفع المسؤولية المدنية في القانون الخاص (دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها أحمد نعمة العادلي الى مجلس كلية  
النهرين للحقوق - جامعة النهريين وهي جزء من  
متطلبات نيل درجة الماجستير في الحقوق

بإشراف الاستاذ الدكتور  
عزيز كاظم جبر الخفاجي

1429 هـ  
2008 م

## المحتويات

الصفحة	الموضوع
1	المقدمة
10	التمهيد
37	الفصل الأول
37	دفع المسؤولية المدنية بنفي الخطأ
37	المبحث الأول/ الدفع بعدم إثبات الفعل الخاطئ

38	المطلب الأول / انتفاء الخطأ الشخصي الثابت
39	الفرع الاول/النظرية الشخصية
58	الفرع الثاني/النظرية الموضوعية
75	المطلب الثاني/ نفي الخطأ المفترض
78	الفرع الاول/دفع مسؤولية الشخص المعنوي الناتجة عن اخطاء تابعة
93	الفرع الثاني/دفع المسؤولية المدنية بنفي مسؤولية الحارس المفترضة
98	الفرع الثالث/نفي الخطأ المفترض في جانب الاب (متولي الرقابة)
106	المبحث الثاني/ الدفع بمشروعية الفعل الضار
108	المطلب الأول/ حالة الدفاع الشرعي
109	الفرع الاول/حالة الدفاع الشرعي في المنظور الفقهي والقضائي
120	الفرع الثاني/حالة الدفاع الشرعي في المنظور الاسلامي
124	المطلب الثاني/حالة الضرورة
131	الفرع الاول/اثر حالة الضرورة على المسؤولية التقصيرية في الشريعة الاسلامية
141	الفرع الثاني/حالة الضرورة في القانون الوضعي
151	المطلب الثالث/ حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس تجب طاعته
164	الفصل الثاني/دفع المسؤولية المدنية بإنعدام رابطة السببية
164	المبحث الأول/ المفهوم العام لرابطة السببية
173	المطلب الأول/ النظريات القانونية في رابطة السببية
173	الفرع الاول/فكرة تعدد الاسباب
175	الفرع الثاني/نظرية تعادل الاسباب
182	الفرع الثالث/نظرية السبب المنتج
188	المطلب الثاني/ رابطة السببية في الفقه الاسلامي
203	المبحث الثاني/ السبب الاجنبي
205	المطلب الأول/ معنى السبب الاجنبي
221	المطلب الثاني/ القوة القاهرة أو الحادث الفجائي
240	المطلب الثالث/ خطأ الغير
256	المطلب الرابع/ خطأ المضرور
269	الفصل الثالث/ دعوى المسؤولية المدنية والدفع الواردة فيها
269	المبحث الأول/ مدى حق المضرور في المطالبة

	<b>القضائية بالتعويض</b>
272	<b>المطلب الأول/ إهمال المضرور في حصوله على التعويض</b>
291	<b>المطلب الثاني/ نطاق التعويض الذي يسأل عنه المدعى عليه</b>
305	<b>المبحث الثاني/ الدفوع في دعوى المسؤولية المدنية</b>
305	<b>المطلب الأول/ الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية في الدعوى المسؤولية المدنية</b>
307	<b>الفرع الأول/الدفوع الشكلية</b>
312	<b>الفرع الثاني/الدفوع الموضوعية</b>
321	<b>المطلب الثاني/ دفع المسؤولية المدنية بدحض القرائن</b>
323	<b>الفرع الأول/ دحض القرائن القانونية</b>
341	<b>الفرع الثاني/ دحض القرائن القضائية</b>
347	<b>المطلب الثالث/ بعض الاتفاقات المبرأة من المسؤولية المدنية</b>
368	<b>الخاتمة</b>
	<b>المصادر</b>

## المقدمة

-أ-

### أهمية موضوع البحث

يعد موضوع المسؤولية المدنية من أهم موضوعات القانون المدني، فمن خلاله يتم تحديد المسؤول، فلا يمكن جبر الضرر دون تحديد المسؤول، ولا يمكن اقتضاء التعويض عن الضرر دون أن يكون هناك شخص يتحمل تبعه سلوكه الخاطئ، ولكن المسؤولية المدنية كما ان لها بداية فإن لها نهاية أيضاً، إذ يمكن أن تنقضي أما بالطريق الطبيعي وهو التعويض عن الضرر، أو بالاحرى رضاء المضرور بما قدمه المسؤول من تعويض أياً كان، أو قد تنقضي المسؤولية المدنية بطريق

استثنائي، وهو ما تضمنه هذا البحث، فعلى مدى صفحات البحث كافة نجد وسائل يستطيع بها المدعى عليه دفع المسؤولية المدنية عنه، إذ لا يعقل أن يقال أن المدعى عليه أو المطالب بالتعويض هو مسؤول لا محالة، وهو ملزم بالتعويض قطعاً، لا بل أن القانون المدني، الذي يعتبر المسؤولية المدنية عموده الفقري، يضع وسائل بالنص عليها تمهد للمدعى عليه دفع المسؤولية المدنية عنه. كما هو الحال في القانون المدني العراقي وعلى وجه الخصوص المادة (211)، ولا يقتصر الأمر على الوقت الحاضر بل أن القانون الروماني قد أشار إلى إعفاء المدعي عليه من المسؤولية المدنية في حالة كونه لم يرتكب أي خطأ على الرغم من تحقق الضرر من فعله، حيث أشار القانون المذكور أنه متى ما كان الشخص يتمرن على الرماية في المكان المخصص لذلك وأصاب عبداً مملوكاً فلا مسؤولية على الأول.

ولعل المسؤولية المدنية في الوقت الحاضر هي مهد مشكلات القانون المدني، وإذا كان هذا القانون يزخر في الواقع بالمشكلات في جل أجزائه، فإن حدة الخلافات في مشكلاته قد خفت إن لم تكن قد خمدت في غير المسؤولية، التي لا يزال الخلاف يستمر بأدواره في أمهات مسائلها وظلت تبعاً لهذا مجالاً واسعاً للاجتهد بغية حسم النزاع فيها بالوصول إلى حلول مرضية، وإن كان تطور الحياة الاجتماعية الذي زاد من فرص وقوع الاضرار وتقدم الأفكار يدفع إلى تحقيق العدل بين الأفراد إلا أنه أدى إلى إذكاء النزاع لا إلى تخفيفه<sup>1</sup>، ووضع المشكلة يكمن في أن كل فعل مضر بصورة خاصة هو تلاقي عدة مصادفات، وغالباً ما يحدث أن تكون أحداها، الطرف الفاعل عموماً الأكثر بروزاً وردة الفعل الأولى هي تسميته سبب الفعل، غير أن

1 - د. محمد جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية - ج 1 - مطبعة القاهرة - 1978 - ص 1 وما بعدها.

العلاقات بين العمل والمصادفة يمكن أن تكون مختلفة، يظهر بوضوح أن العمل هو سبب الضرر عندما يتم إنقياده عمداً للالتقاء بظروف أخرى مثلاً (اعتداء بعد مكيدة) والأمر أيضاً على هذا النحو، مع أن ذلك أقل بدهة عندما يكون للعمل وهدفه ليس الضرر، طابع شاذ، مثال ذلك (حركات كبيرة والسلاح في اليد)<sup>2</sup>.

-ب-

### أسباب اختيار موضوع البحث

وهذه الأسباب تتحدد في النقاط الآتية:

1- إن المسؤولية المدنية هي مجرد (اتهام) لشخص ما سواء كان طبيعياً أو معنوياً، حيث أن المسؤولية المدنية تكون تابعة لنتيجة دعوى التعويض من حيث ثباتها -أي ثبات المسؤولية المدنية على المدعى عليه- أو إنقاصها، ومن هذا المنطلق فإن إمكانية دفع المسؤولية المدنية تكون وشيكة.

2- أن الأصل في المسؤولية التقصيرية بوجه عام أن تناط بخطأ يقام الدليل عليه، لذلك القى عبء الإثبات فيها على عاتق المضرور وهو الدائن، لذا فإن وضع المدعى عليه هنا يكون شبيهاً بوضع المدافع..فما على المدعى عليه سوى دفع المسؤولية المدنية عنه بوسائل منها ما هو محدد قانوناً كالوسائل المشار إليها في المادة (211) من القانون

2 2- الأستاذ آلان بينا بنت: القانون المدني- الموجبات- مجد المؤسسة العامة للدراسات والنشر والتوزيع.

المدني العراقي، ومنها ما هو غير محدد قانوناً كوسيلة دفع المسؤولية المدنية لحصول التراضي قبل إقامة الدعوى، أو وجود خطأ مادي في إجراءات الدعوى كأن يكون أسم المدعى عليه قد ورد خطأ فيؤدي ذلك إلى جلب شخص غير المقصود.

3- إن الوسائل التي تم تدوينها في هذا البحث سلسة لا صعوبة تكتنفها على القارئ إذ يستطيع أي شخص أن يتمسك بها أمام المحكمة المختصة لكي يدفع عنه المسؤولية، ففي إطار المسؤولية العقدية يظهر أن المدين لا يجبر على تنفيذ التزامه لا عيناً ولا تنفيذاً بمقابل، بالرغم من أن التنفيذ مازال في نطاق الامكان ورغم أن النتيجة واحدة في كل من استحالة التنفيذ وعدم التنفيذ لقيام مبرر قانوني إلا أن عدم التنفيذ في الأول إنما يرجع إلى سبب خارج عن إرادة المدين كي يمكن له التمسك بعدم التنفيذ، أما في الحالة الثانية فإن التنفيذ ممكن للمدين لكنه لا يقوم بالتنفيذ بإرادته لوجود مسوغ قانوني يعطيه الحق في ذلك دون أن يكلف بإثبات شيء ما، أما في استحالة التنفيذ فإن على المدين أن يثبت أن الاستحالة ناشئة عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

4- أن القاعدة الفقهية القائلة ((البينة على من ادعى)) تعني أن إثبات المسؤولية الناجمة عن الفعل الشخصي الثابت يقع على عاتق المدعي المتضرر، وهذا هو أحد وجوه الخلاف بين المسؤولية عن الفعل الشخصي والمسؤوليات الأخرى، فوضع المتضرر في هذا النوع من المسؤولية يبدو دقيقاً وكثيراً ما يكون صعباً إذ ليس من اليسير على المتضرر أن يستجمع الأدلة كافة ليثبت مسؤولية خصمه، وكثيراً ما يفلت المدعى عليه من شباك العدالة لا لأنه بريء أو غير مسؤول بل لأن المضرور لم يتمكن من إقامة الدليل على مسؤوليته<sup>3</sup>.

3 1- الاستاذ يوسف نجم جبران: النظرية العامة للموجبات- مصادر الموجبات- القانون والجرم وشبه الجرم- ديوان المطبوعات الجامعية- 1978- بيروت- ص 74، د. فتحي عبد الرحيم- الوجيز في النظرية العامة

5- أن الغالبية من شراح القانون المدني -عموماً- ينظرون بعين العطف والحنان إلى المدعي (المضرور) دون النظر إلى المدعى عليه (المطالب بالتعويض) وهذا الوضع يجعل المدعى عليه لا نصير له فكأنه ملزم بالتعويض لا محالة وهذا الافتراض غير صحيح، لذا فإن هذا البحث الموسوم بـ(وسائل دفع المسؤولية المدنية) يتناول الآلية لدفع المسؤولية عن المدعى عليه في شتى القوانين الخاصة كالقانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات وقانون الإثبات أو البيئات والقوانين الأخرى كقانون الأحوال الشخصية، وآثرت في بحثي هذا أن أطرح أسلوباً جديداً في كيفية التخلص من المسؤولية لا إذكاء المسؤولية على المدعى عليه كما هو الحال في كتابات شراح القانون التقليديين فالأصل أن كل من سبب ضرراً للغير بفعله يلزم بالتعويض في نطاق المسؤولية المدنية، إلا أن البحث الذي نحن بصدده يتناول الاستثناء على هذا الأصل دون التوسع في هذا الاستثناء، ويوجد في طيات هذا البحث وسائل لدفع المسؤولية المدنية في القوانين كافة، فالقانون المدني يتضمن وسائل لدفع المسؤولية وقانون المرافعات يتضمن وسائل لدفع المسؤولية وقانون الإثبات يتضمن وسائل لدفع المسؤولية إضافة إلى القوانين الأخرى.

6- إن موضوع دفع المسؤولية المدنية ليس موضوعاً فكرياً أو نظرياً أو مجرد كلمات تكتب على الورق بل أن له جانباً عملياً، فموضوع دفع المسؤولية المدنية يأخذ حيزاً كبيراً في مجال القضاء، فالدعاوي المدنية تنطوي على تحديد المسؤول ونفي المسؤولية فهذه الدعاوي بلا شك تتضمن الالتزام بوفاء شيء معين وتتضمن من جانب آخر قيام المدعى عليه بنفي هذا الالتزام بوفاء الشيء المعين من خلال نفي مسؤوليته المدنية باعتباره غير مدين بشيء يذكر.

7- ومن أهم الوسائل التي تدفع مسؤولية المدعى عليه وسيلة انتفاء رابطة السببية او انقطاعها إذ أن هذه الرابطة هي محور مهم في المسؤولية، ذلك أن إدعاء المدعي بالتعويض باعتبار وجود خطأ بين على المدعى عليه لا يكفي وأن أزداد الأمر في صالح المدعي بأن كان هنالك خطأ وضرر ضد المدعى عليه ذلك أن رابطة السببية هي الناقل الوحيد لهذه الاركان إلى منطقة الادعاء المشروع، بمعنى أكثر وضوحاً، أن رابطة السببية تربط الاسباب بالنتائج، وتجعل الخطأ له نتيجة باعتبار أن الخطأ هو سبب للضرر وأن الضرر هو نتيجة للخطأ، إلا أن ذلك لا يتم بصورة عملية بل يحتاج الى من يربط بصورة ذهنية ما بين الخطأ والضرر، ولربما كانت رابطة السببية هي المعول عليها في توجيه المساءلة المدنية من عدمه، ويجب أن تتحقق المسؤولية للمطالبة بالتعويض ولا غبار على ذلك، فجميع الكتاب متفقون على أركان المسؤولية المدنية، وهذا يعني أن ليس من اليسير توجيه الدعوى القضائية للمطالبة بالتعويض ضد شخص لم تستقر على فعله أركان المسؤولية المدنية ثم أن الفعل قبل هذا وذاك يجب أن يتصف بعدم المشروعية.

8- وإن من أسباب اختيار الموضوع كون المسؤولية المدنية تعد من أحد النظم القانونية الرئيسة في مجال القانون المدني شأنها شأن نظامي العقد والملكية<sup>4</sup>، وإذا وقفنا قليلاً عند التطور التاريخي للمسؤولية المدنية (التقصيرية) نجد أن قوانين العراق القديم، وبالأخص (أورنمو- ايشنونا- لبت عشتار) تقيم المسؤولية في التصرفات الفعلية (الوقائع) على الضرر والتعويض اللذين يمثلان

4 1- د.حسن علي ذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية- ج 1- بغداد- 1991- ص 11.

الدعامة القانونية للمسؤولية<sup>5</sup>، أما قانون حمورابي فيكاد الأمر لا يختلف عن القوانين التي سبقته من حيث أن هذه الشريعة لا تقيم وزناً للمسؤولية مالم ينتج عن فعل من تراد مساءلته عن ضرر أصاب الغير، فإذا انتفى الضرر انتفت المسؤولية<sup>6</sup>.

9- ومن أسباب اختيار الموضوع المجال الواسع الذي منحه المشرع للمدعى عليه في التخلص من المسؤولية، فقد اجاز القانون لنفسه خروجاً على تلك القاعدة العامة في المسؤولية، أن يقضي بإعفاء بعض مرتكبي الفعل الضار من هذه المسؤولية وما عسى أن يترتب عليها من تعويض، وذلك في حالات معينة ومحددة ووفق بعض الضوابط والشروط.

10- وأخيراً فإن سبب اختيار هذا الموضوع هو أن البحث فيه يعالج المشكلات دون الاقتصار على قانون معين من قوانيننا العربية وإنما راعى الاحاطة بغير واحد من هذه القوانين التي تتميز بمنهجها وطابعها الخاص، فسلك -هذا البحث- منهج المقارنة والموازنة بين هذه القوانين من حيث أوجه الوفاق أو الخلاف بينهما فيما يخص أحكام تلك الحالات، كما راعى البحث أن يعرض أيضاً -وعلى وجه المقارنة- بعض القوانين الجنائية العربية التي عرضت لأحكام تلك الحالات من وجهة جنائية على أننا لم نقف عند ذلك الحد وإنما حاولنا أن نوسع من دائرة المقارنة فأعطينا للشريعة الإسلامية مثلما أعطينا للقانون مجالها الواسع والفاعل في هذا المضمار.

5 2- ليلي عبدالله سعيد: المسؤولية التقصيرية في أقدم القوانين العراقية- مجلة الحقوق الكويتية- س 10- ع 1- 1986- ص 187 وما بعدها.

6 3- للتفصيل لاحظ: أ.د. عباس العبودي- شريعة حمورابي- جامعة الموصل- 1999- ط 2- ص 96.

-ج-

### نطاق البحث

يدور البحث حول الوسائل الكفيلة بدفع المسؤولية المدنية عن المدعى عليه سواء عن طريق التمسك بالنص القانوني أم عن طريق إجراءات التقاضي، والأصل في هذا البحث أنه لا يخرج عن نطاق المسؤولية التقصيرية إلا أنه تم الخروج عن هذا الأصل استثناءً فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية وذلك لاتصال موضوع دفع المسؤولية العقدية بموضوع وسائل دفع المسؤولية المدنية. فمن الظاهر أن كلاً من المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية تأخذ بفكرة السبب الاجنبي وتجعله وسيلة لدفع المسؤولية عن المدعى عليه، لذا فإن البحث قد تطرق إلى المسؤولية العقدية بشيء من التفصيل وكان هذا التطرق محصوراً فقط فيما يتعلق بدفع المسؤولية العقدية عن المدعى عليه.. وبعد البحث موضوعات أساسية لا يخلو منها مؤلف من مؤلفات القانون المدني، فالبحث يتضمن نفي الخطأ الثابت والمفترض وكذلك يتضمن السبب الاجنبي بصورة كافة وكذلك علاقة السببية وكيفية نفيها إضافة إلى الوسائل التي يعتمد عليها في سوح القضاء لدفع المسؤولية المدنية عن المدعى عليه عند التقاضي، إضافة إلى أن البحث يأخذ بعين الاعتبار وضع المدعي من حيث أنه لم يصبه أي ضرر وأن إدعاءه لا أساس له من الصحة أو أنه أهمل في المطالبة بالتعويض

وكذلك يدرس البحث إمكانية التمسك بدحض القرائن القضائية والقانونية وفق قانون المرافعات.

على أن البحث اعتمد المقارنة بين القوانين العربية والقوانين الاجنبية فيما يتعلق بالموضوع فقط ومن جانب آخر فإن البحث قد تطرق في بعض طياته إلى القوانين العقابية فيما يتعلق بأسباب الإباحة معتمداً أيضاً منهج المقارنة والموازنة كذلك فإن البحث قد مزج في دراسته لموضوع دفع المسؤولية المدنية بين الفقه والقضاء من جهة وبين الشريعة الإسلامية من جهة أخرى، فضلاً عن مناقشة آراء المحاكم والفهاء والتعليق عليها وبيان وجهة نظر الباحث فيها.

**وأسأل الله**

**التوفيق**

**الباحث**

## الفصل الأول

### دفع المسؤولية المدنية بنفي وصف الخطأ

ويقسم هذا الفصل الى مبحثين يكون المبحث الاول لدفع المسؤولية بنفي الفعل الخطأ اما المبحث الثاني فيكون لدفع المسؤولية المدنية عن طريق التمسك بمشروعية الفعل الضار.

## المبحث الأول

### الدفع بعدم أثبات الفعل الخطأ

إذا كانت المسؤولية المدنية تؤسس على الخطأ فانه في حالة انتفاء الخطأ لا يبقى محل المسؤولية والمطالبة بالتعويض لذا سوف تتجه دراستنا في هذا المبحث لبيان الوسائل الكفيلة بدفع المسؤولية المدنية عن طريق هدم ركن الخطأ وسنعمد الى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في الاول انتفاء الخطأ الثابت اما المطلب الثاني فهو مخصص لنفي الخطأ المفترض.

## المطلب الأول

### انتفاء الخطأ الشخصي الثابت

تتقاسم هذا الموضوع نظريتان الاولى النظرية الشخصية وهي مهد الحقل المدني قاطبة، ويكون الفرع الاول ميداناً لها وهذه النظرية تؤسس المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ ويتزعم هذه النظرية اتجاهان الاول: اتجاه تقليدي والثاني اتجاه حديث في نفي الخطأ الثابت

اما النظرية الثانية فهي النظرية الموضوعية وسندرسها في فرع مستقل وهو الفرع الثاني من هذا المطلب وهذه النظرية تنظر بعين الاعتبار الى حق المضرور في حصوله على التعويض وعلى الرغم من ذلك نجد في طياتها وسائل لدفع المسؤولية المدنية كما سنرى...

## الفرع الأول

### النظرية الشخصية

من اهم المبادئ الاساسية التي تقوم عليها جميع الشرائع المبدأ القاضي بان ((كل فعل يسبب ضرراً للغير يلزم فاعله بتعويض ذلك الضرر))<sup>7</sup>، ويتوجب على المضرور ان يثبت الضرر الذي اصابه وخطأ

7 1- ومن بين هذه القوانين التي تتضمن هذا المبدأ المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي المعدلة سنة (1987) ((كل عمل أياً كان يوقع ضرراً للغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه))- Article- 1382، وبالفرنسية tout fait quelconque de l'homme qui a causé à autrui un dommage, un l'oblige à le réparer (un l'oblige à le réparer) ، وكذلك القانون المدني السويسري الذي صدر في اليوم الأول من كانون الثاني 1914، والذي نص في م (41) بأنه (من سبب بطريقة غير مشروعة ضرراً للغير عمداً أو إهمالاً أو برعونة يلزم بتعويضه). كذلك م (163) من القانون المدني المصري (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)، والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) م (204) (كل تعدٍ يصيب الغير..... يستوجب التعويض). والقانون المدني اللبناني م (122) ( كل عملٍ من أحد الناس ينجم عنه ضرر غير مشروع.....يجبر فاعله إذا كان مميزاً على التعويض)، ومجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة (1966) في الفصل (103) (.... فإذا كان هناك ضرر فادح ..... فعليه

الفاعل وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وذلك الضرر فاذا لم يستطع المضرور ان ينهض بهذا العبء من الاثبات رفضت دعواه المتعلقة بطلب التعويض<sup>8</sup> ومرد ذلك ان القاعدة الفقهية تقول البينه على من ادعى وهذا يعني اثبات المسؤولية الناجمة عن الفعل الشخصي يقع على عاتق المدعي المتضرر وهذا هو احد وجوه الخلاف بين المسؤولية عن الفعل الشخصي والمسؤوليات الاخرى فوضع المتضرر في هذا النوع من المسؤولية يبدو دقيقا وكثيرا ما يكون صعبا اذ ليس من اليسير على المتضرر ان يستجمع الادلة الكافية ليثبت مسؤولية خصمه وكثيرا ما يفلت المدعى عليه من شباك العدالة لا لانه برئ او غير مسؤول بل لان المضرور لم يتمكن اقامة الدليل على مسؤوليته<sup>9</sup>، فضلا على ان الإنسان العاقل لا يكون مسؤولا عن الاضرار التي نتجت بفعله الشخصي الا اذا كانت الظروف التي ينشط فيها تجعل باستطاعته توقع الضرر من النشاط وتجنب هذا النشاط<sup>10</sup>، وان الصعوبة الحقيقية التي يواجهها المدعي تكمن في الخلاف الواقع في الفقه والقضاء على حد سواء في وصف الفعل بانه خطأ ام لا وسبب هذا الخلاف ان اغلب التشريعات اغفلت وضع تعريف للخطأ واناطت بشرائع القانون القيام بهذه المهمة غير انه غالبا ما كان وصف الخطأ

العهد (المالية).

8- ترجمة مقال نشر بالفرنسية في مجلة (L'EGYPtejudiclaire) السنة الخامسة- العدد (158) في 24 مايو (1936)، وهو عبارة عن تلخيص لرسالة الدكتور سليمان مرقس- نظرية دفع المسؤولية المدنية- نقلاً عن المؤلف نفسه- بحوث وتعليقات على الأحكام-1987-ص 522.

9- القاضي يوسف نجم جبران- النظرية العامة للموجبات- مصادر الموجبات- ديوان المطبوعات الجامعية 1978- بيروت- ص 74، د. فتحي عبد الرحيم عبد الله- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات- الكتاب الأول- مصادر الالتزام غير الإرادية- مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة- ط 1- 1999- ص 12 وما بعدها.

10- د. مصطفى محمد الجمال- مصادر الالتزام- 1999- ص 406.

تحكمه اعتبارات شخصية واقتصادية اكثر منها قانونية ونتيجة لذلك  
انقسم الفقهاء الى اتجاهين:

### **الاتجاه الاول:**

وهو الاتجاه الذي يمثل الفقهاء الاوائل الذين ضيقوا من دائرة الافعال  
التي تنطوي على الخطأ رغبة منهم في تقييد المسؤولية وبالتالي  
الوصول الى الاعفاء من التعويض.

### **الاتجاه الثاني:**

فهو الاتجاه الذي يمثل الفقهاء المعاصرين الذين ذهبوا الى التوسع في  
دائرة الافعال التي تشكل وصف الخطأ رغبة منهم في تسهيل اثبات  
المسؤولية المدنية وبالتالي الالتزام بالتعويض<sup>11</sup>.

### **اولا: الاتجاه التقليدي في نفي الخطأ الثابت**

وينحصر هذا الاتجاه في الحرية الشخصية والسلوك الانساني وفكرة  
الخطأ الموصوف:

#### **أ- مبدأ الحرية الشخصية:**

تأثيرا بالافكار التي عرضها كل من منتسكيو (في كتابه روح القوانين  
des lios De L'esprit) و(روسو) (في كتابه العقد الاجتماعي Le contrat  
Sociat) حاول الفقيهان المذكوران ابراز العناصر الاساسية التي تكون  
المسؤولية مع الابتعاد قدر الامكان عن الوقوع في تناقض، فوجد أن  
الفرد مستقل وذو ارادة مستقلة ولا سلطان على رغبته<sup>12</sup>، اما علماء  
اللاهوت والفلاسفة العرب فلم يتركوا بحث الحرية جانبا بل على

11- الأستاذ حيدر علي النصر الله- معوقات المسؤولية المدنية الناتجة عن  
الضرر الجسدي- رسالة ماجستير- كلية الحقوق- جامعة النهرين- 2005-  
ص 47.

12- د.حسن الخطيب- نطاق المسؤولية التقصيرية والعقدية- رسالة  
دكتوراه- المصدر السابق- ص 47.

العكس فقد بحثوها مفصلاً وبصورة متناقضة بحيث ولدت في الاسلام مذاهب عديدة منها مذهب القدرية وعلماء هذا المذهب يرون أن ليس من المهم اعتبار الانسان مسؤولاً او غير مسؤول فالمسؤولية ليست الا حجة او ذريعة تظهر قدرة الباري (عز وجل) التي لا دخل للإنسان في تغييرها<sup>13</sup>، فالحرية اذن هي اكتساب الحق او عدم اكتسابه لانه لا يجوز ان يثبت حق لشخص رغم ارادته، وهي أيضاً حرية تحمل الالتزام او عدم تحمله<sup>14</sup>، وينبغي على ذلك انه ليس هناك خطأ بل من المستحيل وجود خطأ فكل ما تراه صواباً فهو صواب لك وكل ما تراه حقاً فهو حق لك فليس هناك شيء تستطيع ان تسميه حقاً في ذاته<sup>15</sup>.

### **ب- مبدأ السلوك الإنساني:**

إذا كان السلوك هو ((أعمال الإنسان الإرادية المتجهة نحو غاية معينة مقصودة)) وكل سلوك إنساني لابد له من باعث -الذي هو الغاية- فان لهذا الباعث ان يهيئ الإنسان إلى سلوك الأختيار إن كان خيراً وإلى سلوك الأشرار إن كان شراً<sup>16</sup>، وذهب العلامة سقراط إلى القول ((...)) أن يعلم الإنسان ما هي الفضيلة حتى يكون بمنجاة من فعل الرذيلة وكل شر لا يصدر إلا عن جهل بالفضيلة لان الإنسان لا يسعه إذا عرف الخير أن يفعل شراً...وأخيراً يقول سقراط: لا يمكن أن يتعمد إنسان الوقوع في الشر))<sup>17</sup>، وإذا كان الإنسان حراً في إتيانه ما يشاء من السلوك فالسؤال الذي يطرح هنا هو: إذا أدى هذا السلوك إلى ضرر أو

313- د.حسن الخطيب- نطاق المسؤولية التقصيرية والعقدية،المصدر السابق- ص 50-51.

14-1- سهام عبد الرزاق السعيدي- الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 50-51.

15-2- أنظر: الأستاذ منصور علي رجب- تأملات في فلسفة الأخلاق- مكتبة الانجلو المصرية- ط 3- 1961- ص 215.

16-3- الأستاذ منصور علي رجب- تأملات في فلسفة الأخلاق- المصدر السابق- ص 190.

17-4- الأستاذ منصور علي رجب- تأملات في فلسفة الأخلاق- المصدر السابق- ص 214.

شر للغير وقامت العلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر، فهل يطالب  
محدث الضرر بالتعويض؟ وبمعنى آخر إذا كان في وسع الإنسان أن  
يعمل عملاً فيه خير ومصلحة لآخر وامتنع الأول عن القيام بذلك فهل  
يطالب بالتعويض؟!، ذهب جانب من الفقهاء - كالأساتذة كولان  
وكايتان ودي لاموراندير من فقهاء القانون الفرنسي - إلى عدم إمكان  
مسائلة الشخص إن هو أثر الامتناع عن عمل ولو كانت فيه مصلحة  
محقة لآخر حماية لحرية الممتنع، ومما يؤيد ذلك في القانون المدني  
المصري عدم وجود نص يطالب من امتنع عن مد يد العون إلى غريق  
بالتعويض.. لذلك لا يعتبر هذا السلوك خاطئاً ولا تعويض فيه،<sup>18</sup>  
فالشخص إذا امتنع عن إنقاذ الغير من كارثة - أو شر أحاط به - يعتبر  
عمله أو سلوكه<sup>19</sup> واجباً خلقياً، فلا يسأل عن ذلك<sup>20</sup>، وإذا كان القضاء  
قد توسع في فكرة الخطأ فان ذلك أدى إلى تصور أن الخطأ أصبح  
يستوعب أفعالاً ليست محل لوم وكل الذي حدث هو مطابقة القضاء  
المسؤولية الأخلاقية مع المسؤولية المدنية وان الأمر يشوبه التناقض  
إذا كان السلوك هو إعطاء معلومات حقيقية عن شخص معين تسبب  
له ضرراً إلا انه لا يعد ذلك خطأ إذا كان الباعث هو الزواج<sup>21</sup>.

### **ج- فكرة الخطأ الموصوف:**

لم يعن التقنين المدني بفكرة الخطأ الموصوف الا في المسؤولية  
العقدية حيث الغش يلزم المدين بتعويض الضرر غير المتوقع فضلاً عن

18- أنظر: د. أحمد حشمت أبو ستيت- مصادر الالتزام- 1963- دار الفكر  
العربي- ص 406.

19- د. محمود جمال الدين زكي- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في  
القانون المدني المصري- المصدر السابق- ص 495.

20- أنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة- مصادر الالتزام- 1960- ف 422،  
كذلك:

LALOU et AZRAD: LaResponsabilite civil-Dalloz II-Paris-codex 50 (1972) P661,  
N473.

21- أنظر: Savatier- من القانون المدني إلى القانون العام- ص 93 وما  
بعدها، مشار إليه في- محمد إبراهيم دسوقي- تقدير التعويض بين الخطأ  
والضرر- مؤسسة الثقافة الجامعية- ص 347.

الضرر المتوقع اما في نطاق المسؤولية التقصيرية فلا اهمية في تقدير التعويض لما اذا كان الخطأ مجرداً او موصوفاً، لذلك ذهب الفقه الفرنسي إلى القول بان القاعدة -بصدد تقدير التعويض- هي وحدة الخطأ مما يجب معه نبذ أي تدرج للخطأ<sup>22</sup>، إلا إن وصف الخطأ بأنه جسيم أم يسير بات مصطلحاً شائعاً في بعض القوانين<sup>23</sup> كما إن الفقه اخذ يضع وصفاً للخطأ، فأى فرد يرتكب خطأ ما يجب عليه إصلاحه. فإذا اخل المهني بقواعد النظام العلمي المبينة في مهنته كالطب (مثلاً) فان الخطأ يسمى مهنياً قد ارتكبه ويعد من قبيل الخطأ الجسيم<sup>24</sup>، وعلى هذا فان للمحاكم (اليد الأقوى) بالنسبة إلى مرتكب خطأ خطير مما هو الحال ضد مجرد الإهمال<sup>25</sup>.

وان بعض اصطلاحات الخطأ الموصوف ما زالت متداولة، من ذلك ان اصطلاح الخطأ الجسيم يعاد الى الظهور من جديد في القانون المعاصر سواء بالنص عليه في بعض القوانين الخاصة، كقانون إصابات العمل وقانون التأمين الاجتماعي وقانون الولاية على المال (قانون رقم 119 لسنة 1952 في فرنسا) الذي نص في المادة (24) منه على ان الاب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم<sup>26</sup>، وفي القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) أشار المشرع إلى اصطلاحات الخطأ الموصوف من ذلك: المادة (169) في فقرتها الثالثة اذ جاء فيها [ فاذا كان المدين لم يرتكب غشا او خطأ جسيماً فلا يجاوز التعويض ما يكون مندفعاً عادة متوقعاً وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب

122- د. محمد إبراهيم دسوقي- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر-المصدر السابق- ص 354.

23- أنظر المواد: 169 ف 3- و 170 ف 3- و 173 ف 2 من القانون المدني العراقي.

24- MAZEAUD et tunc: responsabilite civil P565, N50 -3

25- آلان بينا بنت - القانون المدني- الموجبات- المصدر السابق- ص 376.

26- د. سليمان مرقس- شرح القانون المدني-2- في الالتزامات- المجلد الثاني- في الفعل الضار والمسؤولية المدنية- القسم الأول- في الأحكام العامة- نبذة 102- ص 266.

يفوت] كذلك المادة (170) فقرة (3) [اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب باكثر من هذه الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما] وجرى الفقه والقضاء على الاخذ بنظر الاعتبار - في تقرير المسؤولية المدنية - بدرجة الخطأ المهني والنقل بغير اجر<sup>27</sup>.

### **1- المسؤولية المهنية:**

لا يشترط الفقهاء فيما يتعلق بالانحراف الموجب للمسؤولية ان يكون على درجة معينة من الجسامة فالانحراف سواء كان جسيما ام يسيرا يعتبر تعديا بالقياس الى سلوك الشخص العادي غير ان كلا من الشك قد ثار بالنسبة لمسؤولية رجال الفن من الاطباء والصيدلة والمحامين والمهندسين عن الاخطاء الفنية التي قد تقع منهم عند مزاولتهم عملا من أعمال مهنتهم<sup>28</sup>، وليس الامر مقصورا على الفقه بل ان القضاء اتجه الى الاعتداد بدرجة الخطأ ففي مسؤولية الطبيب جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على ان يسأل الطبيب عن كل خطأ ثابت في حقه على وجه التحقيق الا ان بعض هذه المحاكم قد اشترطت وقوع خطأ جسيم من الطبيب اما في مصر فقد فرقت المحاكم بين خطأ الطبيب العادي وبين خطئه الفني وقررت هذه المحاكم ان الطبيب لا يسأل عما يرتكبه من خطأ في تشخيص المرض خصوصا اذا تشابهت الاغراض ولا عن اختياره طريقة العلاج دون اخرى ولا عن عدم مهارته في مباشرة عملية جراحية<sup>29</sup>، وبتجسد معيار الخطأ الشخصي في فرنسا بجسامة الخطأ او في ارتكابه بقصد سيء<sup>30</sup>، وهذا الخطأ يكون على عاتق المريض المدعي فيجب عليه البرهنة على عدم تنفيذ

127- انظر: الأستاذ حسن عكوش- المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد- المصدر السابق- نبذة 33- ص 67.

28- انظر: د.أنور سلطان- النظرية العامة للالتزام- جزء الأول- مصادر الالتزام- دار المعارف بمصر- نبذة 425- ص 489.

29- د. سليمان مرقس- بحوث وتعليقات على أحكام المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 315-316.

الطبيب للالتزامه وان يثبت إهمال الطبيب أو تهاونه أو عدم حذره<sup>31</sup>، ففي ميدان الفقه في فرنسا فان بعضهم يرى انعدام المسؤولية عن صاحب المهنة في حالة الخطأ المهني وتقوم مسؤوليته فقط عن الخطأ الجسيم وذلك للأسباب الآتية:

1. يجب ان لا يقعد به الخوف من المسؤولية<sup>32</sup>.
  2. الا تضحل فكرة الاقدام والانقاذ<sup>33</sup>.
  3. يجب استقرار الثقة النفسية لدى الطبيب او المهني<sup>34</sup>.
- اما في مجال القضاء فان بعض المحاكم اخذت بالمسؤولية القائمة على الخطأ الجسيم دون غيره من انواع الخطأ الموصوف ومن هذه المحاكم محكمة الاستئناف المختلط اذ قالت (( مسؤولية الاطباء لا تتحقق إلا في الخطأ الجسيم<sup>35</sup> ))، وإذا أراد المريض تحديد خطأ الطبيب فانه يتحتم عليه الرجوع إلى قواعد المهنة وقوانينها<sup>36</sup>، وعلى ذلك يرى الدكتور وديع فرج الصدة: ان هناك عوامل شخصية لها صلة وثيقة بمهنة الطبيب وبمركزه في تلك المهنة وبكفايته في عمله كالتخصص في فرع من الفروع والوجود على راس مستشفى من المستشفيات والتدريس في جامعة من الجامعات، ويذهب جانب من

430- انظر: د. أحمد شرف الدين- مسؤولية الطبيب وإدارة المرفق الصحي العام- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي- 1983- هامش رقم 372- ص 244.

131- أنظر: Mazeaud et tunc-responsabilite civil-tome1-N565.

32- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوسيط- ج 1- مصادر الالتزام- منشأة المعارف في الإسكندرية- طبعة 2004- ص 683.

33- أنظر: الأستاذ خليل جريح- المسؤولية المدنية- المحاضرة الثانية- الخطأ المهني في نطاق العمل الطبي- 1994- ص 19.

34- فتحي عبد الرحيم- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات- المصدر السابق- ص 58.

35- قرار محكمة الاستئناف المختلط 29 فبراير سنة (1912) -م 24-ص 166-2- أورده عبد الرزاق السنهوري- الوسيط- ج 1- المصدر السابق- ص 683- هامش رقم (2).

36- د. سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- المصدر نفسه- نبذة 152- ص 397.

الفقه بالقول إن المهنيين لا يسألون في أعمال مهنتهم إلا عن خطئهم الجسيم<sup>37</sup>، هذا على رأي الفقهاء في مصر أما في العراق فان قضاء محكمة التمييز ما يزال محتسبا لدرجة الخطأ من ذلك قرار محكمة الاستئناف التمييزية في الاضبارة المرقمة 110/جزاء/20044 حيث ذهبت بالقول: [..... كما أنكر المتهم فقدانه سيارة الدائرة نتيجة إهمال جسيم في أداء وظيفته أو إخلال جسيم بواجباته....]<sup>38</sup>، أما في تونس فان بعض الأحكام تشير إلى إعفاء الطبيب من الخطأ الجسيم وذلك في حالة نفي صفة الجسامة من الخطأ حيث يوجد خلاف من الناحية العلمية يتعلق بمسلك الطبيب او لعدم وضوح عناصر التقدير او لعدم انطواء سلوك الطبيب على رعونة واضحة او اغفال للأصول العلمية، فمسؤولية الطبيب لا تنبني على الظن او الاحتمال بل على الخطأ الثابت المحقق تحدده الاصول الفنية فاذا لم يكن هناك تجاوز على هذه الاصول المهنية فلا خطأ جسيم أو يسير<sup>39</sup>، وينبغي عطف النظر إلى إن مسؤولية الطبيب تتضمن النظر في مسائل فنية دقيقة وهذه لا دخل للقاضي بها، هذا من جانب ومن جانب آخر أن الطبيب إذا اتبع نظرية قال بها بعض العلماء فاتبعها فلا لوم عليه، ولا يجوز تقرير مسؤولية الطبيب على خطأ تختلف فيه آراء الفقهاء<sup>40</sup>، وعند إخلال المتعاقد بالعقد بالغش أو الخطأ الجسيم فهنا تنهض المسؤولية المدنية.. ففي

137- انظر: بحث الدكتور وديع فرج الصدة- مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية (1942) مشار إليه في مؤلف د. سليمان مرقس- بحوث وتعليقات- المصدر السابق- ص 38.

38-2- القرار منشور في مجلة القضاء- العدد الأول والثاني- السنة الثامنة والخمسون- 2005- ص 119.

39-3- أنظر: الأستاذ خليل جريج- المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 20، كذلك الفصل 89 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية- فقرة ثانياً إذ جاء فيها (إذا تداخل في نازلة بمقتضى خطئه وأخطأ خطأً ثقیلاً) وعبارة (خطأً ثقیلاً) تشير إلى اشتراط المشرع التونسي لوجود خطأ جسيم لا خطأ يسير.

40-4- انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوسيط- ج 1- نظرية الالتزام بوجه عام- ط 2- دار النهضة العربية - 1964- ص 933- هامش رقم (1).

عقد البيع (مثلاً) فإن البائع لا يضمن ما في العين المباعة من عيب قديم كان المشتري على علم به أو كان يستطيع التعرف عليه ببذل أدنى جهد<sup>41</sup>، ولكن يضمن البائع في حالة الغش<sup>42</sup>، وفي القانون المدني السويسري فإن المادتين (100 و101 التزامات) تفرقان بين التدليس (DoI) والخطأ الجسيم (faute grave) والخطأ البسيط (faute simple)، ففي المادة (100) يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد المسؤولية الناشئة عن فعل الغير غير أن المدين إذا كان في خدمة الدائن أو كانت المسؤولية ناشئة عن ممارسة صناعة ممنوح بها امتياز من الحكومة فإن شرطاً من هذا القبيل لا يعفي المدين إلا من المسؤولية الناشئة عن الخطأ البسيط<sup>43</sup>.

## **2- مسؤولية الناقل بالمجان:**

ذهب الأستاذ (لالو) إلى أن الرابطة التي تربط الناقل المتبرع بالمسافر رابطة عقدية لأن انعدام الأمر لا يمحو الرابطة العقدية ولا ترتفع إلا بإثبات أن إصابة المسافر ترجع إلى خطئه وحده أو إلى القوة القاهرة ويؤخذ على هذا الرأي أنه يسمح بإبرام أي عقد باستثناء عقد النقل ذلك لأن الرابطة العقدية لم تتم بعد، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن طرفي العقد لا وجود لهما ولذلك لا تتحقق الرابطة العقدية (في عقد النقل) بين شخصين لم يتعاقد أحدهما مع الآخر<sup>44</sup>، ومهما يكن من أمر فإن بعض الفقه اتجه إلى القول أن الناقل بالمجان يسأل حتى عن

141- انظر: المادة (559) من القانون المدني العراقي.  
 242- د. حسن علي ذنون- المبسوط في المسؤولية المدنية - 2- الخطأ- 2001- جامعة النهريين- كلية الحقوق- ص 182- 183- نبذة 243.  
 343- د. عبد الرزاق عبد الوهاب- المسؤولية المدنية في القانون السويسري- 1970- مستهل من مجلة القضاء- العدد الثاني- السنة 25- مطبعة العاني- بغداد- ص 7- نبذة 9.  
 44- حسن عكوش- المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد- المصدر السابق- ص 62-63.

خطئه اليسير وهذا ما ذهب إليه الدكتور السنهوري<sup>45</sup>، ويؤخذ على هذا الرأي أنه تحميل للمسؤولية بأكثر مما يجب بل أن أساس المسؤولية غير مقبول، ذلك أن الناقل هو متبرع بالنقل المجاني ومن المعروف أنه لا ضمان على المتبرع<sup>46</sup> على اعتبار أن الناقل قد وهب واسطة النقل التابعة له سواء قام بالنقل بنفسه أو منح سيارته لإيصال أصدقائه.

ولكن لا بد من الإشارة إلى أن هناك ظروفاً تخفف من الخطأ الموصوف أو الخطأ الجسيم من ذلك الظروف المحيطة بالشخص والسرعة المتطلبة، فما يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم في ظروف عادية قد لا يعتبر إلا خطأ تافهاً إذا أحاطت بالشخص ظروف اقتضت منه سرعة لم يستطع معها مراعاة الحيطة المطلوبة وكذلك الالتزام بالمجان، ففي هذا النوع من الالتزامات قد يتساهل القاضي في تقدير الخطأ إذا كان الالتزام بالمجان، فالالتزام يجب أن يتناسب مع الثمن، والخطأ يجب أن يتناسب مع مدى الالتزام<sup>47</sup>، وفيما يحيط بمسؤولية الناقل بالمجان وتعلقها بالخطأ الجسيم فلا بد من مناقشة اعتبارين، هما:

**الاعتبار الأول: فكرة تقبل المخاطر.**

**الاعتبار الثاني: مجانية الخدمة المؤداة.**

**الاعتبار الأول: فكرة تقبل المخاطر:**

145- حسن عكوش- المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد- المصدر السابق- ص 67.

246- انظر: المادة (614 ف 1) من القانون المدني العراقي- رقم 40- لسنة 1951.

347- فوا زيبه- رسالة عن الخطأ الجسيم- ص 437- أورده الأستاذ عبد الجبار ناجي الملا صالح- مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود- رسالة ماجستير- 1973- ط 1- ص 81.

ويقصد بذلك أن الراكب مجاملة بطلبه أو قبوله أخذ مكاناً في سيارة صديق له أو حتى شخص لا يعرفه كما هو الحال في النقل بالمجان المعروف بالأوتو ستوب (auto-stop) يكون قد قبل تحمل مخاطر نقله، وقد قضت بعض المحاكم الدنيا في فرنسا على أساس ذلك واشترطت أن يكون خطأ الناقل مجاملة جسيماً حتى تقوم مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب الراكب، وفي بلجيكا قضت محكمة "Courtaal" بأنه يتعين إثبات خطأ جسيم في جانب الناقل مجاملة حتى تقوم مسؤوليته. أما في مصر فإن محكمة الاستئناف المختلط رفضت الدفع بأن خطأ الناقل بالمجان يسير، وإنه لا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم وجاء في حكمها: (أن الخطأ اليسير لا ينطبق في هذه الدعوى على فرض صحته، لأن الخطأ المنسوب إلى الناقل خطأ جسيم)<sup>48</sup>، ولا بد لإعفاء الفاعل من المسؤولية أن يكون القبول بالمخاطر بالمعنى الصحيح كما هو الحال في راكب سيارة سباق مثلاً<sup>49</sup>. ويكفي القول هنا أنه في حالة كون سائق السيارة على خطأ فإن مسؤوليته تندفع بمجرد قبول الراكب بالمخاطر فعلى سبيل المثال إذا كان سائق السيارة ثملاً وركب الراكب معه فلا تقوم مسؤولية السائق إذا كان الراكب قابلاً لما يجري له من ضرر<sup>50</sup>، فكيف بالحال إذا انتفى خطأ السائق أو الناقل بالمجان؟! أي لم يكن ثملاً.

### **الاعتبار الثاني: مجانية الخدمة المؤداة:**

- 
- 148- انظر: د. وجدي عبد الواحد علي- التعويض عن الإخلال بالتزام ضمان سلامة الراكب والمسافر- الطبعة الأولى- 2004- 1424هـ- دار الكتب المصرية- شركة ناس للطباعة- ص 110.
- 249- انظر: د. عبد الحكم فوده- الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية- دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض- دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا- ص 50.
- 350- د. أنور سلطان- الموجز في مصادر الالتزام- دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية- 1998- ص 361.

ويقوم هذا الاعتبار على أن الناقل مجاملة يؤدي للراكب خدمة مجانية وهو الأمر الذي ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار، وتكون معه مسؤولية الناقل مجاملة ذات طابع خاص، فلا يعامل كما يعامل الناقل بعوض<sup>51</sup>، كما إن ذلك أمر تفرضه-أيضاً- فكرة التوازن بين الفائدة والعبء<sup>52</sup>، ذلك أن الراكب مجاملة لا يؤدي أي مقابل للناقل بالمجان وهو الأمر الذي ينبغي معه أن يعامل الناقل مجاملة معاملة تختلف عن تلك التي يعامل بها الناقل بعوض، فالغرم بالغنم.. وإذا انتفى الغنم فإنه يتعين تخفيف مسؤولية الناقل بالمجان<sup>53</sup>، هذا ما نريد إثباته هنا. وإن كان جانب من الفقه يحمل الناقل بالمجان المسؤولية بمجرد إحداث خطأ وإن كان يسيراً، فلا بد لتحميل الناقل بالمجان المسؤولية أن تكون منفعة الشيء له وعليه خسارته أو كما يقول فقهاء المسلمين ((النقمة بقدر النعمة وإن كانت لا شيء عند التحقيق))<sup>54</sup>.

### **ثانياً: الاتجاه الحديث في نفي الخطأ الثابت**

لا يعد العمل غير مشروع إلا في حالتين: الحالة الأولى: إذا كان ينطوي على انحراف عن الغاية من الحق أو الحرية التي تم العمل استعمالاً لها، وهذه الحالة هي حالة التعسف في استعمال الحق، أما الحالة

151- انظر:

La responsabilite du transporeur Ben e vole 'these. Mont pelier,1929, P338 et 339.

VIE: DE

2- انظر: ESMEIN: note S.249-1-1926. أورده وجدي عبد الواحد علي- التعويض عن الإخلال بالتزام ضمان سلامة الراكب والمسافر- المصدر السابق- ص 111.

3- د. وجدي عبد الواحد علي- التعويض عن الإخلال بالتزام ضمان سلامة الراكب والمسافر- المصدر السابق- ص 111.

4- انظر: المواد 87-88 من مجلة الأحكام العدلية.

الثانية: إذا كان العمل مخالفاً لواجب قانوني أو اتفاقي يطلق عليه اصطلاح الخطأ<sup>55</sup>، والعمل غير المشروع له وجهان: وجه أول يتعلق بالضرر بالذات ووجه ثانٍ يتعلق بالعمل الذي تأتى عنه الضرر، فمن حيث الوجه الأول يمكن القول أن الضرر لا تترتب عليه مسؤولية إلا إذا أصاب مصلحة مشروعة للغير ومن حيث الوجه الثاني يمكن القول أن العمل الذي يرتب المسؤولية يجب أن يكون عملاً غير مشروع<sup>56</sup>، ويلاحظ أن التعسف في استعمال الحق والخطأ وجهان لعملة واحدة إذ إن كليهما يؤدي إلى الأضرار بالغير سواء في حالة التعسف في استعمال الحق نفسه أو في حالة مخالفة الواجب العام بعدم الإضرار بالغير، والنقطة المهمة هنا أن المرء لا يسأل سواء في استعمال الحق أو في الواجبات القانونية إذا كان مسلكه سليماً، إذ يرى الفقيه (لامبير) (وهو من فقهاء القانون الفرنسي) أن استعمال الحق في حدوده القانونية وفي تبصر لا يوجب مسؤولية ما إذا نشأ عنه ضرر للغير<sup>57</sup>، وأن الحدود القانونية تحدد من قبل المشرع نفسه فسابقاً وفي القانون الانكليزي يمنع على المضرور مخاصمة التاج ودائرة البريد وموظفيها بموجب أحكام قانون الإجراءات الملكية لسنة (1947)، وكذلك القانون الخاص بدائرة البريد لسنة (1969)، فهؤلاء الأشخاص لا يسألون عن الأضرار التي تلحق بالغير<sup>58</sup>، وكذلك في القانون المدني الفرنسي.. إذ لا تسأل مؤسسة مستأجرة عن تابعها الذي رجع إلى الأمكنة بعد الإقفال

155- انظر: د. جلال علي العدوي- أصول الالتزام- مصادر الالتزام- كلية الحقوق- الإسكندرية- 1970- ص 348-349، الحكيم مع البكري مع البشير في مصادر الالتزام- المصدر السابق- نبذة 20- ص 215.  
 56- المستشار يوسف نجم جبران- النظرية العامة للموجبات- المصدر السابق- ص 52.  
 57- د. سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- المصدر السابق- ص 206.  
 58- انظر: H.W.R.wale: op. cit.3 rlel. 1971, p42. أورده د. عادل أحمد الطائي- المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها- 1999- ص 214.

لإشعال النار فيها<sup>59</sup>، وقد حدد الفقه الإسلامي الحق بقواعد يكون صاحب الحق مسؤولاً عن الضمان إذا هو خالف هذه القواعد، فالجواز الشرعي يجعله يمارس الحق دون ضمان ما أحدثه فعله أو سلوكه من ضرر للغير، فالقاعدة أن الجواز الشرعي ينافي الضمان: وتعني هذه القاعدة (م 91 من مجلة الأحكام العدلية) أن التصرف بغير تعديٍّ مأذون به من الشارع ومع إذن الشارع لا ضمان لو تلفت بغير تعديٍّ أو تفريط وأذن الشارع إن لم يكن فوق إذن المالك فليس هو بأقل منه<sup>60</sup>، ومثال ذلك مسألة: لو مات المريض بعلاج الطبيب وكان هناك تعارض بين إذن الشارع وبين إذن المريض بأن لم يأذن المريض للطبيب، لكنه كان مخطوراً ووجب علاجه فمات فالظاهر عدم الضمان على الطبيب لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق<sup>61</sup>، وينبغي لنفي مسؤولية مسبب الضرر أن يكون له حق ممارسة الفعل وإن كان قد أنتج ضرراً أصاب الغير، فمن حفر بئراً في مكان له حق الحفر فيه كأن يكون هذا المكان هو ملكه وسقطت دابة تعود للغير في هذا البئر فإنه لا ضمان عليه لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان<sup>62</sup>، فإذا استعمل شخص حقه لم يضمن ما ينتج عنه من ضرر<sup>63</sup>، هذا من جهة ومن جهة أخرى إن حائز الحق ليس في وسعه أن يحمي أي مسلك مضر بالغير بهذا الحق، فالمشرع الفرنسي طبق هذه النظرية ووصف صاحب

59-2 انظر: آلان بينا بنت - القانون المدني الفرنسي- الموجبات- الالتزامات- ترجمة منصور القاضي- ط 1- 2004- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- ص 393.

60-3 انظر: محمد الحسين آل كاشف الغطاء- تحرير المجلة- مطبوعات مكتبة النجاح ومكتبة الفيروز آباد- طهران وقم- المجلد الأول- 1359هـ- ص 57- مادة 91.

61-4 انظر: محمد الحسيني الشيرازي- الفقه- موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي- كتاب الديات- دار العلوم- ط 2- 1988- ص 79.

62-1 سليم رستم باز اللبناني- شرح المجلة- ط 3- المجلد الأول- دار الكتب العلمية- بيروت- 1305هـ - ص 516.

63-2 انظر: على سبيل المثال: م (4) من القانون المدني المصري و م(6) من القانون المدني العراقي والمادة (124) من القانون المدني اللبناني..

الحق بالمواطن الشريف الذي لا يستطيع منع الضرر الحاصل من استعمال حقه<sup>64</sup>، والقانون يخول صاحب الحق استعماله وإن كان مضرًا بالغير ومثال ذلك أن للمدعي بالحق الشخصي أن يستصدر قراراً من القضاء المستعجل يمنع المدعى عليه من السفر إذا قامت لديه أسباب جدية<sup>65</sup>، على الرغم من أن منع سفر المدعى عليه يمثل قيداً على حرته مما يسبب له ضرراً يظهر بصورة التأخير أو المنع من إجراء الرحلة، وتترقب المحكمة للضرر الذي يصيب المدعى عليه فتطلب من المدعي كفالة مناسبة لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من ضرر وهذا في حالة كون المدعي غير محق في دعواه، أما إذا كان محقاً فلا محل للتعويض<sup>66</sup>، أما مسألة كون الشخص مخالفاً لواجب قانوني فإنه يستطيع دفع مسؤوليته متى كان قد اتخذ كل ما في وسعه من (تدابير ضرورية) لمنع إصابة الغير بالضرر وهذا بعينه الواجب القانوني العام<sup>67</sup>، ولكن ما المقصود بعبارة (التدابير الضرورية)؟  
إن الجواب يكمن في فرضين:

**الفرض الأول:** قد يكون المقصود من العبارة ما يتفق ومضمون الالتزام الذي تفرضه النصوص واللوائح والاتفاقيات الدولية والذي يكون التزام ببذل عناية مع الأخذ المجال الذي يشتغله المدعى عليه لذلك

364- انظر: آلان بينا بنت - القانون المدني الفرنسي- المصدر السابق- ص 374.

65-4 انظر: المادة (142) من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969.

66-5 انظر: القاضي مدحت المحمود- شرح قانون المرافعات العراقي وتطبيقاته العملية- الطبعة الأولى- 2005- بغداد- ص 172.

67-1 للمزيد أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- 2- نظرية الالتزام بوجه عام- الإثبات- آثار الالتزام- 1956- ص 779- نبذة 425- هامش (2)، د. سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- المصدر السابق- ص 197- نبذة 81، د. مصطفى محمد الجمال- مصادر الالتزام- 1999- ص 397- نبذة 325، وفي الفقه العراقي د. عبد المجيد الحكيم مع الأستاذ عبد الباقي البكري، محمد طه البشير- مصادر الالتزام- المصدر السابق- ص 215.

فالتدابير الضرورية أو اللازمة هي تلك التي تفرضها العناية العادية للالتزام<sup>68</sup>.

**الفرض الثاني:** فإن عبارة التدابير الضرورية أو اللازمة ينحصر مفهومها في ضوء سبب الحادث الذي أدى إلى الضرر ويطلب من المدين أن يثبت أمرين لكي ينتج الدفع أثره في انتفاء مسؤوليته هما:

1- إقامة الدليل على أن سبب الحادث هو سبب أجنبي لا يد له فيه.

2- إقامة الدليل على أن السبب لا يرجع إلى خطئه أو خطأ تابعيه بإثبات أنهم اتخذوا كل التدابير<sup>69</sup>، وهذا يجد مجاله في التزامات النقل سواء في النقل الجوي أو النقل البحري.. فالناقل يجب عليه اتخاذ الاحتياطات اللازمة التي لا تدع مجالاً للراكب أو غيره من اقتراف أي إهمال كغلق أبواب المركبة أثناء السير وهنا لا ينسب أي خطأ للناقل في حالة حصول ضرر للراكب<sup>70</sup>، أما الناقل عبر الجو فإنه يستطيع هو وتابعوه دفع المسؤولية عنهم بإثبات أنهم اتخذوا كل التدابير الضرورية لمنع الإضرار بالغير<sup>71</sup>، ويلاحظ أن المدين الذي يبذل عناية لا يقف مكتوف

268- محمد حمزة عبد الرحمن- التزامات الناقل الجوي بسلامة المسافرين- رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا- 1993- المغرب- الدار البيضاء- ص 248-249.

369- محمد حمزة عبد الرحمن- التزامات الناقل الجوي بسلامة المسافرين- المصدر السابق- ص 270.

170- انظر: المادة (132) من قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983 إذ تنص: {يسأل الناقل (البحري) عن هلاك الشيء أو تلفه وعن التأخير في تسليمه إلا إذا أثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا الإجراءات التي كانوا سيتخذونها بحرص في تصريف أمورهم الخاصة لو وجدوا في الظروف ذاتها...}، وأيضاً المادة (20 ف 1) من اتفاقية (فار سوفيا) المعدلة لسنة 1929 للنقل البحري {لا يكون الناقل مسؤولاً إذا أثبت أنه وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها}، انظر د. مجيد حميد العنبيكي- شرح قانون النقل العراقي- منشورات مركز البحوث القانونية - بغداد -1984- مطبعة وزارة العدل، ص 226-227.

271- انظر: د. مجيد حميد العنبيكي- شرح قانون النقل العراقي- المصدر السابق- ص 90. كذلك انظر قرار محكمة النقض التجاري رقم 141 لسنة 48 ق-جلسة 23/6/98 س 32- ص 1916 أورده أنور العمروسي- قضاء

الأيدي عند مخاصمته بدعوى التعويض، بل أن الالتزام بذاته يوفر له طريقاً للخلاص من المسؤولية، ذلك لأنه يستطيع إثبات اتخاذه بصورة فعلية كل الاحتياطات المفروضة عليه، ويرى الدكتور (رمضان أبو السعود) إن الالتزام ببذل عناية يفرض على طرفي العقد عبء الإثبات..فالدائن يثبت وجود الالتزام ببذل عناية أما المدين فإنه يثبت بذله جميع الاحتياطات اللازمة، فإذا أثبت وجود هذه الاحتياطات أو إن الاحتياط الذي يدعيه الدائن ليس واجباً عليه انتفت مسؤوليته<sup>72</sup>، في حين يرى الدكتور (عبد الحي حجازي) إن إثبات الالتزام من قبل الدائن ليس باليسير بل يجب على الدائن أولاً تعيين نفسه كونه صاحب المصلحة في الالتزام وثانياً أن يكون هذا التعيين في لحظة مخالفة الواجب الملقى على المدين في بذل العناية<sup>73</sup>.

ويرى الدكتور (عبد المجيد الحكيم) أن هذه الرابطة لا تقتصر على الدائن والمدين فحسب بل ينشئ تعميمها على الناس كافة، فالمدين مسؤول أمام الدائن في اتخاذ كل الاحتياطات والعناية اللازمة للمحافظة على حق الدائن وكذلك الناس كافة..فإذا حرص أحد المدين على عدم تنفيذ التزامه كان مسؤولاً<sup>74</sup>، وفي هذا الحال يرتب القانون على هذه الواقعة أثراً وهو إلزام المسؤول بتعويض المضرور<sup>75</sup>.

---

محكمة النقض التجاري حتى عام 2000- ط 1- 2001- دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية - ص 1109.

372- للمزيد انظر: د.رمضان أبو السعود- مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني- الدار الجامعية للطباعة- 1984- ص 228-229.

173- د.عبد الحي حجازي-النظرية العامة للالتزام - الالتزام بذاته- جزء الأول- مطبعة النهضة- مصر- 1954- ص 34.

274- د.عبد المجيد الحكيم- الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية-جزء الأول- مصادر الالتزام- العقد- ص 29- نبذة 15، وبلاحظ أن الحكيم يخلط بين الالتزام والواجب.

375- انظر: د.عبد القادر الفار- المدخل لدراسة العلوم القانونية- مبادئ القانون- النظرية العامة للحق- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- ط 1- 2004- عمان- ص 151.

## الفرع الثاني

### النظرية الموضوعية

وتظهر هذه النظرية بوضوح في اتجاهين، الاتجاه الأول: هو اتجاه الفقه الإسلامي الذي يقيم المسؤولية على فكرة الضمان. أما الاتجاه الثاني: فهو اتجاه المشرع المدني الأردني الذي يجعل المسؤولية المدنية مرتكزة على ركن الضرر.

### أولاً- في الفقه الإسلامي

ينقسم الحكم الشرعي إلى قسمين، أولهما خطاب تكليفي وهو خطاب مباشر يشمل الأحكام الخمسة، أما الخطاب الوضعي فهو خطاب غير مباشر فهو شيء وضعه الله (عز وجل) في شرائعه وجعل دليلاً أو سبباً أو شرطاً وأهم الفروق بينهما ما يأتي:

1-الحكم في خطاب الوضع هو قضاء الشرع على الوصف بكونه سبباً أو شرطاً أو مانعاً، وخطاب التكليف هو طلب أداء ما تقرر بالأسباب والشروط والموانع.

2-يشترط في خطاب التكليف علم المكلف وقدرته على الفعل.

أما خطاب الوضع فلا يشترط فيه تكليف ولا علم ولا قدرة وهذا الفرق هو الذي جعله الأصل في خطاب الوضع أن يكون بمثابة الواقعة المادية

التي تكون مصدراً للالتزام<sup>76</sup>، والأحكام الشرعية هي ما بلغه الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الله من القضايا المتعلقة بأعمال المكلفين وضعاً أو تكليفاً<sup>77</sup>، وقد بحث فقهاء المسلمين مسألة التكليف باعتبار ان الاحكام الثابتة لا تتوجه الا لمن يوصف بالمكلف وعلى النحو الاتي:-

### **أ- في الفقه الحنفي:**

يرى (ابن امير الحاج) من فقهاء الحنفية ان المكلف يجب ان يكون عالماً بل ان العلم شرط للتكليف أي لصحة التكليف (العلم) للمكلف (الوجود) يشترط الذي ليس بمقدوره في وقت الفعل (لم يعص مكلف بالترك لاستلزامه) أي الترك (انتفاء ارادة الفاعل لان الفعل المكلف به مشروط بالارادة)<sup>78</sup>.

### **ب- في الفقه الشافعي**

أما في الفقه الشافعي فان الفقيه (محمد بن محمد الغزالي ت 505هـ 111م - يرى أن خطاب الشرع اما ان يرد باقتضاء الفعل او اقتضاء الترك او التخيير بين الفعل والترك فان ورد باقتضاء الفعل فهو امر فاما ان يقترن به الاشعار (معرفة المكلف به) بعقاب على الترك فيكون واجباً او لا يقترن فيكون ندباً والذي ورد باقتضاء الترك فان اشعر بالعقاب على الفعل فحظر والا فكراهية وان ورد بالتخيير فهو مباح<sup>79</sup>.

176- د. محمد شريف أحمد- مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- جامعة آل البيت- 1999- ص 214.  
277- محمد الحسين آل كاشف الغطاء- تحرير المجلة- المصدر السابق- ص 12.

378- انظر: الفقيه محمد بن محمد بن محمد (ابن أمير الحاج) في مؤلفه التقرير والتحبير في شرح التحرير (ت 879هـ -1474م) مسألة تكليف المجتهد بطلب المناط- الفصل الرابع- في المحكوم عليه المكلف- دار الكتب العلمية- ص 158.

179- الفيلسوف محمد بن محمد الغزالي من فقهاء المذهب الشافعي (ت 505هـ) في مؤلفه المستصفى- الفن الثاني في أقسام الأحكام- مسألة

### ج- في الفقه الحنبلي:

وبين لنا الفقيه (علي بن سليمان بن احمد المرداوي من فقهاء الحنابلة) العلاقة الطردية بين العقوبة والتكليف ففي السرقة يشترط في السارق ان يكون مكلفاً وان يكون مختاراً على الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب وعنه او مكرهاً وعنه او سكران<sup>80</sup>.

### د- الفقه الظاهري:

يرى ابن حزم الظاهري ان كل فرض كلفه الله تعالى الانسان فان قدر عليه لزمه وان عجز عن جمعه سقط عنه وان قوي على بعضه وعجز عن بعضه سقط عنه ما عجز عنه ولزمه ما قدر عليه منه<sup>81</sup>.

### هـ- الفقه الجعفري:

وبشير الفقيه جعفر بن الحسن الهذلي - من فقهاء الجعفرية - إن المكلف يجب ان يكون عالماً بالفعل المنكر وذلك ليأمن من الغلط في الإنكار وان يجوز تأثير إنكاره، فلو غلب على ظنه او علم انه لا يؤثر لم يجب<sup>82</sup> ومن هنا فان الجاهل معذور حتى يعلم لان العلم شرط المسؤولية<sup>83</sup>، قال تعالى (وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في امها رسولا...) <sup>84</sup>.

### دراسة هذه الاراء:

أقسام الأحكام الثابتة لأفعال المكلفين- الناشر دار الكتب العلمية- ص 53.

280- علي بن سليمان بن أحمد المرداوي- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف- ت 885هـ - دار إحياء التراث العربي- ص 253.

381- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري- من فقهاء الظاهرية- المحلى بالآثار- الجزء الأول- مسألة كل فرض كلفه الله للإنسان- كتاب التوحيد- مسائل في الأصول- مسألة رقم 106.

182- العلامة أبو القاسم جعفر بن الحسن بن يحيى الهذلي المعروف بالمحقق الحلي- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام- ت 676هـ- 277م- الجزء الأول- كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر- مؤسسة مطبوعاتي اسماعيليان- ص 311.

283- السيد محمد تقي المدرسي- أحكام المعاملات- دار محبي الحسين للطباعة- بلا سنة طبع- ص 46.

384- سورة القصص/ آية 59.

ان الالتزام باحكام الاسلام امر واجب على كل مسلم ومن ذلك ما اوجبه عليه من عقوبات وضمنات وقيام بالنفقات واعمال الولاية اما بالنسبة لتصرفات الانسان الاختيارية فالاصل فيها الاباحة ما دام ذلك لم يمس حقا لغيره<sup>85</sup>، وما اوجبه الله تعالى: هو طلب الشارع ما فيه كلفة من فعل او ترك وهذا الطلب من الشارع بطريق الحكم وهو الخطاب المتعلق بافعال المكلفين بالاقتضاء او التخيير<sup>86</sup>، وبعد هذه النبذة الموجزة ينبغي الاشارة الى ان العمل غير المشروع او الاضرار والذي هو مناط المسؤولية المدنية في الفقه الاسلامي يكون ذا طبيعة موضوعية بحتة فهو لا يستند الى اي عنصر شخصي كامن في ارادة الفاعل او مستوى ادراكه وتمييز لذلك لا يشترط ان يتوفر لدى الفاعل قصد الاضرار كما لا يشترط ان يكون مرتكب الفعل الضار مميزاً مدركاً لأفعاله ونتائجها فلا حاجة لاهلية في ترتيب المسؤولية عن الضمان وحتى يكون فاعل الضرر ضامناً له اي مسؤولاً عن تعويضه يجب ان يكون اتيانه للضرر غير مشروع ولكن متى يعتبر الحاق الضرر بالغير غير مشروع؟ تختلف الاجابة على هذا السؤال بحسب الطريقة التي وقعت فيها الأضرار<sup>87</sup>، واعلم أن أسباب الضمان في الشريعة ثلاثة لا رابع لها احدها العدوان كالقتل والاحراق وهدم الدور واكل الاطعمه وغير ذلك من اسباب الاتلاف فمن تعدى في شيء من ذلك

485- الموسوعة الفقهية- تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت- جزء الثالث عشر- الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- ص 115.

586- الموسوعة الفقهية- تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت- جزء الثالث عشر- الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- ص 249.

187- انظر: د.عدنان إبراهيم السرحان مع د.نوري حمد خاطر- شرح القانون المدني الأردني- مصادر الحقوق الشخصية- الالتزامات- 2000- ص 378- 379.

وجب عليه الضمان سواء كان مثليا او غير ذلك من الجوابر وثانيها التسبب للاتلاف وثالثهما وضع اليد التي ليست بمؤتمنه<sup>88</sup>.  
ومثال السبب الأول والسبب الثاني من اسباب الضمان (لو رمى به صيدا فاصاب مقتله ثم رماه اخر فمات فالقاتل هو الاول فيباح الصيد بذلك والثاني جان عليه فيضمن)<sup>89</sup>، هذا في اجتماع المباشر مع المتسبب اما في الانفراد ومثاله المباشر المنفرد ((ان هدم حائط المسجد يؤمر بتسويته واصلاحه وفي حائط الدار يضمن النقصان))<sup>90</sup>،  
وإذا غصب شاة وامر قصابا بذبحها وهو جاهل بالحال فقرار الضمان على الغاصب قطعاً<sup>91</sup>، ويمكن تعريف كل من المباشر والمتسبب على الوجه الآتي:

### المباشرة:

لغة من باشر بالامر: وليه بنفسه (مباشرة الامر) ان تحضره بنفسك وتليه بنفسك<sup>92</sup>، وباشر الامر تولاه ببشرته وهي يده ثم كثر حتى

88- انظر: أحمد بن إدريس (القرافي) بن عبد الرحمن بن عبد الله بن يمين المصري المالكي- أنوار البروق في أنواع الفروق- من فقهاء المالكية- ت سنة 684م - مسألة أسباب الضمان- الفرق الحادي عشر بعد المائة- قاعدة ما يضمن وبين ما لا يضمن- الناشر عالم الكتب- ص 207-208.

89- أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد المعروف بابن رجب الحنبلي- القواعد لأبن رجب- من فقهاء الحنبلية- ت سنة 911هـ - 1505م- القاعدة السابعة والعشرون بعد المائة- إذا استند إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وتسبب- الطبعة المعتمدة- دار المعارف- الناشر دار الكتب العلمية- ص 285.

90- مجمع الضمانات- أبو محمد غانم بن محمد البغدادي- أبو يوسف- من فقهاء الحنفية- الباب الحادي عشر- باب إتلاف مال الغير وإفساده- الفصل الأول- ص 146-147- الطبعة المعتمدة- دار الكتاب الإسلامي.

91- جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين السيوطي- الأشباه والنظائر- من فقهاء الشافعية ت سنة 911هـ - 1505م- القاعدة الأربعون- السبب والمباشرة- الكتاب الثاني- ص 192- الناشر دار الكتب العلمية.

92- لسان العرب المحيط- ابن منظور- معجم إعداد وتصنيف يوسف الخياط- المجلد الأول- دار لسان العرب- بيروت- (دون سنة طبع)- ص 216.

استعمل في الملاحظة<sup>93</sup>، اما اصطلاحاً فيرجع الى الفقه الاسلامي ويقصد به فعل يترتب عليه تحقق الضرر دون تدخل فعل آخر فمباشرة الضرر اذن هي احداثه بفعل يصدر من الفاعل مباشرة دون واسطة ودون ان يتخلل هذا الفعل والضرر الذي ترتب عليه فعل آخر بحيث يختلط هذا الفعل والضرر الذي ترتب عليه فعل آخر<sup>94</sup>، اما التسبب لغة فهو ما يتوصل به الى غيره<sup>95</sup>، اما اصطلاحاً فيقصد به عند الحنفية (هو الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة<sup>96</sup>، وتجد تعريفاً آخر للحنفية أوردته مجلة الأحكام العدلية في المادة (888) إذ نصت على (احداث امر في شيء يفضي الى تلف شيء اخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب) ويعرفه الشافعية بانه (ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله)<sup>97</sup>، وعند الجعفرية عرف التسبب على انه (فاعل ملزوم العلة كحافر)<sup>98</sup>، والذي يهمنا من مسألة المباشرة التسبب هو حالة كون محدث الضرر لا تتوجه اليه المؤاخذه او المساءلة عن الضمان وهذا ما سنبحثه في المحاور الثلاثة الاتية:

- 
- 3- انظر: أحمد بن محمد بن علي الفيومي- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير- من فقهاء الشافعية ت سنة 770هـ - 1368م- ص 50-51- الناشر المكتبة العلمية.
- 4- انظر في تفصيل ذلك: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- ج 7- ط 1- مطبعة الجمالية- مصر- 1910- ص 165، كذلك سليم رستم باز اللبناني- شرح مجلة الأحكام العدلية- المصدر السابق- 1923- ص 59-60، د. فخري رشيد مهنا- أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز- 1974- ص 12.
- 5- انظر: صالح أحمد محمد اللهيبي- المباشرة والمتسبب في المسؤولية التقصيرية- دراسة مقارنة- الطبعة الأولى- الإصدار الأول- 2004- الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع- ص 30.
- 6- الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني-- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- ج 7- ط 2- دار الكتاب العربي- بيروت- 1974- ص 165.
- 7- محمد الشربيني الخطيب- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج- ج 4- دار الكتب العربية الكبرى- مكة المكرمة- دون سنة طبع- ص 6.
- 8- الإمام محمد بن جمال الدين مكي العاملي- اللمعة الدمشقية- ج 7- ط 1- منشورات جامعة النجف الأشرف الدينية- دون سنة طبع- ص 32.

## المحور الأول: انعدام شرط التعدي

في الحقيقة ان فكرة التعدي او مصطلح التعدي لم يتطور بالمعنى المقصود للتطور كل ما هنالك ان الفقهاء المسلمين استخدموا هذا المصطلح لخدمة معان عدة وبمعنى آخر فان نطاق التعدي وميدانه كان واسعا لدى الفقهاء المسلمين حتى بات مماثلاً للخطأ التقصيري لدى الفقه القانوني<sup>99</sup>، فالتعدي مبدأ من مجاوزة الحق والتعسف فيه مردودا بالاهمال والتقصير انتهاءً بالتعمد، كل ذلك يطلق عليه تعدي<sup>100</sup>.. ولكن هل التعدي شرط في الفعل الضار مباشرة او تسبباً؟ للإجابة على هذا السؤال نقول: انه لا بد للفعل لكي يسمى (فعلاً ضاراً) من الوصول الى حق الغير اي ان التعدي بمعنى المجاوزة هو شرط في الفعل الضار عموماً سواء كان الفعل مباشرة او تسبباً<sup>101</sup>، والتعدي بمفهومه الواسع في الفقه الاسلامي والمماثل للخطأ التقصيري في الفقه القانوني ليس بشرط في الفعل الضار مباشرة فالمباشر ضامن مطلقاً<sup>102</sup>، اما الفعل الضار تسبباً فيشترط فيه التعدي لضمان فاعله والا فلا ضمان على فاعله وفي ذلك يقول السرخسي في المبسوط (وهذا تسبب هو فيه متعدد فينزل منزلة المباشرة لان المال يضمن بالإتلاف تارة وبالغصب تارة أخرى وفي الإتلاف المسبب اذا كان متعدياً<sup>103</sup>، وفي مسؤولية المتسبب يذهب الشيخ (علي الخفيف) الى

399- د. محمود سعد الدين الشريف- شرح القانون المدني العراقي- نظرية الالتزام- ج 1- مصادر الالتزام - مطبعة العاني- بغداد- 1955- ص 38.

4100- لاحظ على سبيل المثال: المادة (204) من القانون المدني العراقي إذ نصت (كل تعدي.....) وكل تفيد جميع صور التعدي.

1101- صالح أحمد محمد الهيبي- المباشرة والمتسبب في المسؤولية التقصيرية- المصدر السابق- ص 53.

1202- صالح أحمد محمد الهيبي- المباشرة والمتسبب في المسؤولية التقصيرية- المصدر السابق- ص 54.

3103- شمس الدين السرخسي- المبسوط- ج 11- ط 3- دار المعرفة للطباعة والنشر- بيروت- لبنان- 1978- ص 54، وجاء في الأشباه والنظائر لأبن نجيم- ص 193- وفي المجلة المادتين 92 و 93 قاعدة (المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)، ولكن أبو حامد البغدادي

القول بان شرط التعدي ينعدم في حالة انعدام الادراك او التمييز لدى من تسبب بالاضرار فلا يعد الفعل الذي صدر منه اعتداءً مسبباً لعدم تصور التعدي منه فلا ضمان<sup>104</sup>، وبؤيد رأي الشيخ (علي الخفيف) جانب اخر اذ يرى ان التعدي الذي هو شرط في الفعل الضار تسبباً لا يمكن تصوره الا من مدرك ومميز وبالتالي فان هذا الراي يذهب الى اشتراط الادراك والتمييز في الفعل الضار تسبباً والا فلا تنهض مسؤولية محدث الضرر اذ ان جميع صور التعدي من إهمال وعمد وتقصير تتطلب الادراك والتمييز<sup>105</sup>، والراجح من القول ان التعدي بمفهومه الواسع في الفقه الاسلامي والمماثل للخطأ التقصيري في الفقه القانوني وبجميع صوره يتطلب توافر الادراك والتمييز هذا من جهة ومن جهة اخرى فلو لم نشترط الادراك والتمييز في الفعل الضار تسبباً لا لغينا التفرقة بين الفعل مباشرة وتسبباً مادام الاثنان ضامنين بشروط نفسها ولكان وضع الصغير غير المميز او المجنون أسوأ من وضع البالغ العاقل<sup>106</sup>، ففي مسألة الحائط المائل في طريق العام فان الدين الاسلامي بين انه لو طالب مسلم او ذمي صاحب الحائط المائل بنقضه ولم يفعل مع

---

في كتابه مجمع الضمانات-146 مع إقراره بأنه أخذ هذه القاعدة عن الأشباه والنظائر قد نقلها بعبارة مغلوطة وضع فيها كلمة التعدي مكان التعمد فجاءت هكذا: (المباشر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا إذا كان متعمداً وربما كان هذا من أسباب الغلط في عدم التمييز بين التعدي والتعمد عند المتأخرين، انظر: د.المحامي صبحي المحمصاني- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية- بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة- جزء أول- 1948- ص 174. 4104- الأستاذ علي الخفيف- الضمان في الفقه الإسلامي- القسم الأول- معهد البحوث والدراسات العربية- القاهرة- 1976- ص 75- هامش رقم (1).

1105- انظر: د.محمود سعد الدين الشريف- شرح القانون المدني العراقي- المصدر السابق- ص 414، د.المحامي صبحي المحمصاني- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية- الجزء الأول- ط 2- دار العلم للملايين- 1972- ص 232. 2106- صالح أحمد محمد الهيبي- المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية- المصدر السابق- ص 61.

القدرة على ذلك وادى سقوط هذا الحائط الى هلاك انسان او مال مملوك فانه يلزم بالضمان (المالك) وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن وهو قول الشافعي (رحمه الله)، لانه لم يوجد منه صنع هو تعدٍ لا مباشرة فيه ولا مباشرة شرط او سبب، لان البناء كان في ملكه مستقيماً والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فلا يضمن كما اذا لم يشهد عليه ووجه الاستحسان مروى عن علي بن ابي طالب (عليه السلام) وعن شريح و النخعي والشعبي وغيرهم من أئمة التابعين<sup>107</sup>، ولا يصح الطلب (اي طلب نقض الحائط المائل) قبل الميل لعدم التعدي<sup>108</sup>، وبذهب الأستاذ (علي حيدر) في شرحه المادتين 912 و 923 من مجلة الاحكام العدلية بالقول: (يشترط شيئان التعمد والتعدي لان يكون التسبب موجبا للضمان)<sup>109</sup>، ويؤخذ على هذا الرأي انه يخلط بين معنى التعدي ومعنى التعمد على الوجه التالي:

أ- ان التعبير بلفظ (التعمد) الوارد في قاعدة المتسبب إنما المراد به معنى التعدي لا معنى القصد وهو تعبير غير سديد لا سيما في قاعدة لأنه موهم<sup>110</sup>.

ب- ان الاستاذ (علي حيدر) حيث جمع بين التعمد و التعدي فكأنه يقول (يشترط شيئان التعدي والتعدي) اي ايراد المعنى مرتين وهذا امر غير

3107- عثمان بن علي بن محجن فخر الدين الزيلعي من أهل زيلج الصومال- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق- من فقهاء الحنفية- توفي سنة 723هـ - الناشر دار الكتاب الإسلامي- كتاب الديات- فصل الحائط المائل- ص 148.

4108- انظر: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد المعروف بابن عابدين- رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار المعروف بـ (حاشية ابن عابدين)- الجزء السادس- دار الكتب العلمية- كتاب الديات- فصل الحائط المائل- ص 601.

1109- علي حيدر- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام- من فقهاء الحنفية- ت سنة 1353هـ - الباب الثاني- الفصل الثاني- في بيان إتلاف المال تسبباً- مادة 924- الناشر دار الجيل- ص 616.

2110- انظر: د.مصطفى أحمد الزرقاء- المدخل الفقهي العام- ج 2- دمشق- 1968- ص 1047.

مقبول اذ ان التعمد لا يعدو ان يكون الا صورة من صور التعدي لان التعدي أعم واشمل<sup>111</sup>.

ج- ولا مبرر للجمع بين التعدي والتعمد لان المواد (912 و 923) من المجلة هما سابقتان على المادة (924) اذ جاءت بحكم فاصل لشرط التعدي اذ نصت (يشترط التعدي ليكون المتسبب موجبا للضمان) وقد نصت صراحة على الاكتفاء بشرط التعدي دون التعمد<sup>112</sup>.

والذي نريد بيانه هنا ان من احدث ضررا للغير بطريق التسبب لا يكون ضامنا لهذا الضرر كل مرة بل توجد هنالك وسائل لدفع مسؤوليته عن الضمان اذ في سعيه لانتفاء التعدي طريق للخلاص من دفع التعويض وان السعي لإثبات انعدام التعدي امر يسير وقد يكون ايسر في الفقه الاسلامي من الفقه القانوني حيث يستطيع المدعى عليه دفع

مسؤوليته عن الضمان بمجرد اثبات انه كان في حالة من الحالات التي اشار إليها الفقه الإسلامي والتي ينتفي فيها الضمان ومن هذه الحالات (لو وضع جمرة على حائط فسقطت على رجل فأتلفته لا يضمن الواضع اذا كان له حق الوضع على الحائط، لأنه لا يكون متعدياً أهـ ، كذلك ( اذا ادخل دابته في دار رجل بغير اذنه فاخرجها صاحب الدار وهلكت لا يضمن) وايضا (دابة رجل دخلت زرع انسان واخرجها صاحب الزرع فجاء ذئب فأكلها أن أخرجها ولم يسقها بعد ذلك فلا ضمان عليه عند اكثر المشايخ وايضا (هدم بيت نفسه فانهدم من ذلك بيت جاره لا يضمن لانه غير متعد فيه) وفي كل هذه الحالات ينتفي التعدي<sup>113</sup>.

### **المحور الثاني: إذا كان هنالك جواز شرعي**

3111- صالح أحمد محمد اللهيبي- المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية- المصدر السابق- ص 50.

4112- انظر: د. محمد إبراهيم دسوقي المحامي- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر- المصدر السابق- ص 69- (هامش) وفيه يشير إلى رأي الدكتور سليمان مرقس.

1113- للمزيد: راجع سليم رستم باز اللبناني- شرح المجلة- الجزء الأول- المصدر السابق- ص 516.

وجد الفقهاء المسلمون انه من التناقض ان يقال بتبعية امرئ فعل ما اجازه الشرع وليس كل عمل ضار محرماً وممنوعاً بل لابد للمنع والتحریم من ان يحصل هذا العمل تعدياً اي بدون جواز شرعي فالقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) لذا فالضرر الناتج عن استعمال حق لا يوجب التعويض وينتفي التعدي في الأصل بقبول المتعدي عليه إتلاف الأموال وفي قطع الأعضاء أو الجراح وعلى ذلك ينتفي التعدي بإذن المتضرر وبذلك تنتفي المسؤولية لمحدث الضرر ولا يشترط لنفي التعدي ان يكون الاذن سابقاً بل يصح ان يكون الاذن لاحقاً عند بعض الفقهاء ومن الملاحظ ان الاجازة تلحق التصرفات الفعلية اي ان اجازة صاحب المال اللاحقة تنفي الضمان<sup>114</sup>.

وصحيح القول (من حيث الحكم) ان من حفر في مكان له الحق الحفر فيه ووقعت دابة مملوكة للغير فانه لا ضمان على الأول (الحافر) لان الجواز الشرعي ينافي الضمان<sup>115</sup>، هذا ما أورده الشيخ سليم رستم باز اللبناني في شرحه للمجلة إلا أن هذا المثال لا يمكن الأخذ به في إطار قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) صحيح أن الضمان ينتفي في المثال السابق (وهذا الأمر لا يختلف عليه اثنان) إلا إن هذا المثال بعيد من حيث شمولية هذه القاعدة فالجواز الشرعي ينافي الضمان في حالات الأمانات الشرعية كاللقطة أو الحفظ وكثير من أمثال ذلك والمثال المذكور في صدر الصفحة (من حفر في مكان له الحق الحفر فيه ...) لا علاقة له بهذه القاعدة أصلاً ذلك أن الضمان هنا لا مقتضي له أصلاً ضرورة أن تلف الدابة لا يستند إلى صاحب الحفرة لا مباشرة كما هو واضح ولا تسبياً لان الإنسان له أن يتصرف في ملكه كيف

114- انظر في كل ما تقدم: المحامي د. صبحي المحمصاني- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية- المصدر السابق- ص 36 و 174 و 176 و 177.

115- راجع: سليم رستم باز اللبناني- شرح المجلة- الجزء الأول- المصدر السابق- ص 516.

يشاء، نعم لو حفرها في غير ملكه أو في شارع عام أمكن أن يلزم بالضمان وان يكون هو السبب إن لم يكن إهمال من صاحب الدابة وعلى كل حال فينبغي أن يكون موضوع المادة ما كان مقتضى الضمان موجودا ولكن الإذن الشرعي يرفع الضمان<sup>116\*</sup>.

### **المحور الثالث: إذا كان فعل المتسبب لا يعمل بانفراد في احدث الضرر**

ولنمثل لذلك أولا فإذا اجتمع المسبب والمباشر اضيف الحكم الى المباشر غير ان ذلك محله فيما اذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده في الاتلاف كما لو حفر احد بئرا في الطريق العام فأتى اخر والقى حيوانا في ذلك البئر فان الضمان على الذي القى الحيوان ولا شيء

3116- السيد محمد الحسين آل كاشف الغطاء- تحرير المجلة- من فقهاء المذهب الجعفري- المصدر السابق- ص 57-58-م 91.  
 \*قارن: إن المشرع العراقي قد نص في م (6)..(الجواز الشرعي ينافي الضمان)، يعني أنه لو فعل شخص ما أجز له فعله شرعاً ونشأ عن فعله هذا ضرر ما فلا يكون ضامناً للخسارة<sup>(1)</sup>، وإن الأذن لا يأتي مما يأمر به الشرع فقط ففي الأمانات فإن وضع اليد على مال الغير يقتضي الضمان ولكن الأذن الشرعي أو المالك يرفعه<sup>(2)</sup>، وللتدليل على ذلك نقول: (الوديعة إذا شالها المودع وحولها لمصلحة حفظها فسقطت من يده فانكسرت لا ضمان عليه لأنه مأذون له في ذلك الفعل الذي به انكسرت، ولو سقط عليها شيء من يده فانكسرت ضمن.. لأن صاحب الوديعة لم يأذن له في حمل ذلك في يده)، فالفعل الذي به انكسرت غير مأذون فيه فيضمن، فإن قيل إن كان صاحب الوديعة لم يأذن له غير أن الله (سبحانه وتعالى) أذن له أن يتصرف في بيته فقد وجد الأذن ممن هو أعظم من صاحب الوديعة قبل الأذن العام الشرعي<sup>(3)</sup>. ويتبين من ذلك أن قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان تتطلب صدور الجواز الشرعي من مصدرين هما: الأذن الشرعي العام (إذن الله تعالى) والأذن الشرعي الخاص (إذن صاحب أو مالك الشيء).

1- انظر: علي حيدر- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام- المصدر السابق- ص 93.  
 2- انظر: السيد محمد الحسين آل كاشف الغطاء- تحرير المجلة- المصدر السابق- ص 58.

3- راجع: أحمد بن إدريس (القرافي) بن عبد الرحمن بن عبد الله بن ياسين المصري المالكي- أنوار البروق في أنواع الفروق- المصدر السابق- ص 196.

على الحافر لان الحفر لا يعمل شيئاً بانفراده<sup>117</sup>، هذا من جهة ومن جهة اخرى فان المتسبب وهو الفاعل للسبب لوقوع ذلك الشئ لم يكن السبب ما يؤدي الى النتيجة السيئة اذا هو لم يتبع بفعل فاعل اخر يضاف الحكم الذي يترتب على الفعل الى الفاعل المباشر اي يقوم المباشر في الضمان على المتسبب<sup>118</sup>، هذا في الأموال أما في الجنايات فان الحكم لا يختلف، فاذا نقب رجل حائطاً بغير اذن المالك ثم غاب ودخل سارق وسرق شيئاً..المختار انه لا يضمن الناقب ما سرقه السارق<sup>119</sup>، ويستطيع المتسبب للضرر دفع الضمان عنه في حالة ما اذا كان قد وكل غيره (على سبيل المثال) في القصاص واقتص الوكيل جاهلاً فلا قصاص عليه وتجب الدية واذا غرمها لم يرجع بها على العافي في الأصح لأنه محسن بالعفو<sup>120</sup>، ولأجل التعمق بموضوع اجتماع المباشرة مع التسبب نورد التحليل الآتي:

### **التحليل الفقهي:**

إن القاعدة تقول: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)<sup>121</sup>، وفيها وجهان:

### **الوجه الأول: معنى إذا اجتمع المباشر والمتسبب:**

117- سليم رستم باز اللبناني- شرح المجلة- الجزء الأول- المصدر السابق- ص 517.

118- علي حيدر- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام- المصدر السابق- ص 92 م 90.

119- أبو محمد غانم بن محمد البغدادي- مجمع الضمانات- المصدر السابق- ص 204 و 205- مسألة إذا اجتمع المباشر والمتسبب.

120- بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الزركشي- المنتور في القواعد الفقهية- ت سنة 794 هـ / 1394م- من فقهاء الشافعية- الناشر وزارة الأوقاف الكويتية- الجزء الأول- كتاب حرف الألف مسألة- إذا اجتمع السبب والمباشر- ص 135.

121- المادة (90) من مجلة الأحكام العدلية.

اي (حدّ المباشر ان يحصل التلف بفعله من غير ان يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار ويفهم منه ان حد المتسبب هو الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار.

### **الوجه الثاني: معنى: أضيف الحكم الى المباشر:**

قال في النهاية: هذا اذا كان السبب سببا لا يعمل في الاتلاف متى انفرد عن المباشرة كما في الحفر فان الحفر بانفراده لا يوجب التلف بحال ما لم يوجد الدفع الذي هو المباشرة وان كان لولا الحفر لا يتلف بالدفع أيضا لكن الدفع هو الوصف الاخير فيضاف الحكم اليه كما قالوا في السفينة المملوءة إذا جاء رجل وطرح فيها منا زائدا كان الضمان عليه<sup>122</sup> انتهى.

ولو إن المتسبب كان متعدداً (كما لو حفر بئرا فرداه فيها اخر او امسكه فقتله اخر او القاه من شاهق فتلقاه اخر ففده فالقصاص على المردي والقاتل والقاد فقط)<sup>123</sup>.

هذا في الإتلاف الذي يصيب الآدميين أما غير ذلك من الأشياء فالأولى القول انه ليس كل ما يتلفه الفرد موجبا للضمان بل تقتضيه شروط وبها يضيق أمر المطالبة بالضمان (التعويض):

**الشرط الأول:** أن يكون المتلف مالا فلا يجب الضمان بإتلاف الميتة والدم والجلد.

122- شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي- غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر- ت سنة 483هـ/ 1090م- من فقهاء الحنفية- ص 465-466- القاعدة التاسعة عشر- إذا اجتمع المباشر والمتسبب.

123- جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين السيوطي- الأشباه والنظائر- من فقهاء الشافعية ت سنة 911هـ - 1505م- القاعدة الأربعون- إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشر- الكتاب الثاني في القواعد الكلية- ص 162.

**الشرط الثاني:** أن يكون المتلف متقوماً؛ فلا يجب الضمان بإتلاف الخمر والخنزير على سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً فإنه غير ضامن ما أتلفه - لسقوط تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم.

**الشرط الثالث:** أن يكون المتلف مالاً مملوكاً لأحد.

فلا يجب الضمان بإتلاف المباحات التي لا يملكها احد<sup>124</sup>.

### **ثانياً: في القانون المدني الأردني:**

يقصد بالقاعدة العامة في المسؤولية تلك التي تتحقق بمناسبة الاعمال التشجيعية اي تلك التي تصدر عن المسؤول نفسه واساس هذه المسؤولية في الفقه الغربي والقانون المدني المصري هو الخطأ الواجب الاثبات، اما في الشريعة الاسلامية والقانون المدني الاردني هو الفعل الضار ولو صدر من غير مميز<sup>125</sup>، وقد نصت المادة (256) من القانون المدني الاردني على (كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر) وبذلك اقتبس المشرع الأردني هذه النظرية من الفقه الإسلامي مخالفا ما عليه الحال في معظم التشريعات الوضعية<sup>126</sup>، والمهم عند المشرع الأردني انه اقام المسؤولية على انها مسؤولية موضوعية أساسها الضرر لا الخطأ<sup>127</sup>، فهي مسؤولية تقوم

3124- الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- ج 7- ط 1- كتاب الغصب- فصل في بيان شروط وجوب الضمان- الناشر دار الكتب العلمية- ص 167-168.

125- د.أنور سلطان- مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- 2002- ص 298.

126- انظر: د.أمجد محمد منصور- النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام- دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي- 2001- ص 262.

3127- وهذا غير صحيح؛ وذلك لوجود سببين: أولهما: سبب قضائي؛ إذ أن بعض أحكام محكمة التمييز الأردنية تتحدث عن الخطأ، كي تصل من خلاله إلى إسناد المسؤولية للشخص من ذلك قولها ((لابد للحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق بأي شخص آخر أن تقوم البيئة على ارتكاب المدعي عليه خطأ ما بصورة ما وإن يثبت حصول الضرر وأن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر.....))، تمييز رقم 96/316-

على مجرد الضرر<sup>128</sup>، وبهذا يكون المشرع الأردني قد عالج فكرة الخطأ بطريقة مغايرة لما اقتره العديد من التشريعات المدنية العربية كالتشريع المصري في المادة (163) والتشريع السوري في المادة (165) والبناني في المادة (122) وقد اقتفى (كما ذكرنا) المشرع الأردني أثر الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي في تلك المعالجة وأقام المسؤولية على عنصر الضرر وأشارت المذكرة الإيضاحية في صفحتها (277 ف 3) الى ما يأتي (والمقصود بالاضرار هنا: مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده او التقصير عن الحد الواجب الوصول اليه في الفعل او الامتناع مما يترتب عليه الضرر....)<sup>129</sup> وليس لنا مصلحة في السرد الطويل في القانون المدني الاردني لانه يقيم المسؤولية على عنصر الضرر لذا نقول هنا: ان الضرر اذا كان بمعنى التعدي ومجاوزة الحد في القانون المدني الاردني لذا نحيل القاريء الى ما

---

مجلة نقابة المحامين لسنة 1996- ص 1406 أورده د.أمجد محمد منصور- النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام- المصدر السابق- ص 264.

ثانيهما: سبب فقهي: صحيح إن المشرع الأردني أخذ فكرة إقامة المسؤولية على عنصر الضرر من الفقه الإسلامي إلا أن المذكرات الإيضاحية للقانون الأردني قد قربت بين فكرتين عندما أشارت إلى أن الخطأ في القانون يرادف التعدي في الفقه الإسلامي أي التعدي الذي يقع من الشخص في تصرفه بمجاوزة الحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه شرعاً وقانوناً وهو انحراف في السلوك يتحقق بالضرار بالغير عن عمد أو عن إهمال وتقصير إلى درجة أدت إلى ضرر بالغير، وإن واضعي هذه المذكرات بسبب عدم إطلاعهم على فكرة الخطأ قد استمروا في هذه المذكرات بالقول: بأن الضمان في القانون مناط بالخطأ بمعنى الاعتداء والمخالفة فلا ضمان عندهم على فاقد الأهلية.

انظر: د.عدنان إبراهيم السرحان مع د.نوري حمد خاطر- شرح القانون المدني الأردني- المصدر السابق- ص 362.

128- انظر: الدكتور حسن علي ذنون مع الدكتور محمد سعيد الرجوع- الوجيز في النظرية العامة للالتزام- الجزء الأول- مصادر الالتزام- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- دار وائل للنشر- ط 1- سنة 2002- ص 206.  
129- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني - ص 277 ف 3.

فصلناه بموضوع (انعدام التعدي) في المحور الاول فانه مجزٍ في دفع المسؤولية عن مسبب الضرر.

## المطلب الثاني

### نفي الخطأ المفترض

### نظرية الخطأ المفترض

يرى أنصار نظرية الخطأ المفترض ان أساس المسؤولية هو الخطأ وهو الأساس العام للمسؤولية التقصيرية وان القانون في هذه النظرية يفترض الخطأ في جانب من أحدث ضرراً فمثلاً ان حارس السيارة إذا ما احداث ضرراً بالغير فان القانون يفترض ان الحادث قد وقع نتيجة إهمال أو تقصير منه ، وان إعفاء المضرور من إثبات الخطأ ليس لأنه لا يكون ركناً من أركان هذه المسؤولية وإنما لمجرد تسهيل عبء الإثبات على المضرور<sup>130</sup> اما في المسؤولية العقدية فان التوسع الذي صاحب المحاكم في فرض الواجبات القانونية أدى إلى إدماج تلك الواجبات ضمن دائرة العقد متى ما وجدت رابطة عقدية بين المضرور وصاحب الآلة ، وبذلك يخفف عبء الإثبات عن المضرور<sup>131</sup> ، وان بعض المحاكم أقرت بفكرة الخطأ المفترض وخاصةً في مسؤولية الأشخاص

130- انظر د . إبراهيم الدسوقي أبو الليل . الإعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات - دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي - دار النهضة العربية --ص 64 .

131- د . أياد عبد الجبار ملوكي - المسؤولية عن الأشياء وتطبيقاتها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - المصدر السابق - ص 10 .

الاعتبارية<sup>132</sup> وفهم الفقرة الأولى من المادة (1384) هذا عن القضاء المصري اما في فرنسا فان القضاء أحس بضرورة تحسين مركز الضحية الذي يصبح في غاية السوء والخطورة لو اننا القينا على عاتقه عبء إثبات خطأ من احدث الضرر لذا عمد إلى توسيع نطاق تطبيق المادة ( 1384 ) فهماً جديداً يصب في مصلحة المضرور<sup>133</sup>، اما في العراق فان المشرع اخذ بنظرية الخطأ المفترض في المادة (219) إذ جاء فيها [ 1 - الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة ، وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية او التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم اذا كان الضرر ناشئاً عن تعدي وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم 2 - ويستطيع المخدم ان يتخلص من المسؤولية إذا اثبت انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر ، او ان الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية]<sup>134</sup> اما المحاكم العراقية فقد طبقت نظرية الخطأ المفترض في قرار محكمة تمييز العراق جاء فيه [ ذلك ان الحادث كما صورته التحقيقات وقع باصطدام الطائرة العائدة للقوة الجوية بالسيارة . . . وهذا ينطبق على نص الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الملاحة الجوية رقم (4) لسنة (1939) الذي لم يبلغ بالمادة ( 1381 ) من القانون المدني لأنه لا تعارض بينه وبين نصوص القانون المدني . . . ]<sup>135</sup> وتمتد فكرة الافتراض القانوني إلى العقد ( كما مر سابقاً ) ، ذلك ان الاصل في المسؤولية العقدية هو افتراض وقوع الخطأ من جانب المدين اذا

---

3132- د . سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني - المصدر السابق - ص 179 .

133- د . حسن علي ذنون - البسوط في المسؤولية المدنية - 2 الخطأ - المصدر السابق - ص 33 .

2134- د . محمود سعد الدين الشريف - شرح القانون المدني العراقي - المصدر السابق - ص 387 فقرة 398 .

3135- قرار محكمة التمييز رقم ( 416 / م / 1976 ) في 17 / 1 / 1977 منشور في مجلة القضاء العدان الأول والثاني - 1978 ص 367 .

لم ينفذ التزامه في جملته او في جزء منه او تأخر في تنفيذه ولا يستطيع المدين نفي افتراض الخطأ عن نفسه الا اذا اثبت ان عدم التنفيذ راجع الى سبب اجنبي عنه<sup>136</sup> وكثير من القوانين سواء القوانين العربية او الغربية قد اخذت بفكرة الخطأ المفترض وذلك بالنص عليها فالمادة (1147) من القانون المدني الفرنسي نصت على انه [يكون المدين معاقبا اذا كان هنالك محل ، لدفع التعويضات المدنية سواء كان بسبب عدم تنفيذ الالتزام ، سواء كان بسبب تأخير تنفيذ الالتزام وذلك في كل مرة لا يستطيع ان يدلل بأن عدم التنفيذ قد كان بسبب اجنبي لا دخل له فيه على ان لا تنسب اليه سوء النية]<sup>137</sup> اما المشرع المصري فقد نص في المادة (215) على انه [اذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه]<sup>138</sup> ، وكذلك المادة (16) من القانون المدني العراقي [اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت بسبب اجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه] ، الا انه على الرغم مما تقدم يبقى للمدعى عليه وسائل يستطيع بها دفع المسؤولية عنه وهذا يتحقق في الفروع التالية التي سنبحثها تباعا :-

136- د. انور سلطان - النظرية العامة للالتزام - الجزء الاول - مصادر الالتزام - 1962 - دار المعارف بمصر - ص 386-387 نبذة 330.  
 137- انظر د. حسن الخطيب - نطاق المسؤولية التقصيرية والعقدية - المصدر السابق - ص 64.  
 138- انظر د. احمد حشمت ابو ستيت - مصادر الالتزام - 1963 - دار الفكر العربي - ص 328 نبذة 356.

## الفرع الأول

### دفع مسؤولية الشخص المعنوي الناتجة عن أخطاء تابعيه

#### 1- في القانون الفرنسي :

تقضي المادة (1384) من القانون المدني الفرنسي بمسؤولية المتبوع عما يحدثه تابعه من ضرر للغير بفعله غير المشروع ، وان هذه المادة وما يقابلها من مواد القانون المدني المصري والقانون المدني السوري وقانون الموجبات والعقود اللبناني (والقانون المدني العراقي) قد أقامت تلك المسؤولية على أساس الافتراض<sup>139</sup> ولكن هل كان الفقه مستقرا في مساءلة الشخص المعنوي ، ان الإجابة على هذا التساؤل يكمن في معرفة اتجاهات الفقه في مسؤولية الشخص المعنوي اذا ما عرفنا ان الأصل في الشخص المعنوي انعدام مسؤوليته عن فعله الشخصي<sup>140</sup> فبعض الفقه قال بعدم مساءلة الشخص المعنوي ، وبعضه الاخر سلم بمساءلة الشخص المعنوي والمهم القول : ان الضرورات العملية التي حدثت بعض انصار نظرية الغرض القانوني في الشخصية المعنوية الى القول بإمكان مساءلة الشخص المعنوي حدثت فريقا آخر من الشراح الى التسليم بمساءلة الشخص المعنوي على اساس اخرى<sup>141</sup> لا مجال لذكرها ولكن الاساس المرجح لدى القضاء الفرنسي كان اساس مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه فقد قضت المحاكم الفرنسية بمسؤولية الشركات المساهمة عن الافعال الضارة التي ارتكبتها مديروها ، ولا يقصد بالقول بمساءلة الشخص المعنوي مسؤولية شخصية مرة ومساءلة مسؤولية غير مباشرة عن اعمال

1139- د. عادل احمد الطائي - المسؤولية المدنية للدولة عن اخطاء موظفيها 1999 - ص 209.

1140- انظر د. سليمان مرقس - المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الاول - الاحكام العامة - معهد البحوث والدراسات العربية - 1971 - ص 393 نبذة 154.

1141- د. سليمان مرقس - المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - المصدر السابق- ص 396 نبذة 156.

تابعه مرة اخرى ، الايقاع في التناقض ، ذلك ان مسؤولية الشخص المعنوي قد تكون مسؤولية مباشرة اي مسؤولية الانسان عن فعله الخاص ، وقد تكون مسؤولية غير مباشرة اي مسؤولية الانسان عن فعل الغير<sup>142</sup> ونحن هنا في صدد مسؤولية الشخص المعنوي عن فعل غيره ، ففي مسؤولية الادارة باعتبارها شخصاً معنوياً فان مسؤوليتها تقوم متى ارتكب الموظف التابع لها ضرراً اصاب شخصاً ما ، واسباب هذه المسؤولية هو مبدأ المنفعة لذا فان المسؤولية تكون لا محل لها اذا اتى الموظف ضرراً لا دخل للواجبات الوظيفية فيه<sup>143</sup> ونصل بعد ذلك الى هدفين:

### **الهدف الأول:-**

ان الشخص المعنوي (سواء الشخص المعنوي العام كالدولة او الشخص المعنوي الخاص كالشركات) يستطيع دفع المسؤولية المدنية عنه وذلك باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة اثناء قيامه او مباشرته اعماله ، مثال ذلك المؤسسة التي تقوم بتنظيم زيارات الى ورشها او مصانعها او سفنها مع رغبتها باتخاذ الاحتياطات اللازمة ازاء المسؤولية التي قد يدعي الزوار بنشوتها طبقاً للمادة (1384) عند حصول حادث ما وعلى المؤسسة اعلاه هنا ان تجعل الزوار يوقعون (ليس على شرط عدم المسؤولية) وانما على عقد يتضمن ويحدد الالتزامات التي تقع على عاتقها ، ويمكن لها ان تحدد فيه بان على الزائر (المشارك في استخدام الشيء المعني) ان يتحمل مخاطر هذه الزيارة<sup>144</sup> ، ويرى الأستاذ (SAVATIER) من فقهاء القانون الفرنسي ان المادة (1384)

2142- انظر د. حسن علي ذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية - المصدر السابق ص 663.

3143- انظر استاذنا المرحوم د. ابراهيم طه الفياض - مسؤولية الادارة عن اعمال موظفيها - في العراق - ص 614.

1144- أنظر:

لا دخل لها في مساءلة الموظفين والادارات العامة ، فاذا لم يكن هنالك خطأ ثابت في جانب الموظفين فانه ليس بوسع الموظفين تحمل المسؤولية بسبب وجود اشياء معهودة بحوزتهم في وظائفهم<sup>145</sup> هذا من جهة ، ومن جهة اخرى فان المادة (1384) نصت على جواز دفع مسؤولية متولي الرقابة اذا هو اثبت انه لم يكن في وسعه دفع الفعل الضار ، وان هذا النص قد فسر على انه يجيز دفع هذه المسؤولية اما بنفي الخطأ ، واما بنفي العلاقة السببية<sup>146</sup>.

### الهدف الثاني :-

يجب عطف النظر على العلاقة التبعية ما بين التابع والمتبوع ، بحيث يمكن التمييز ما بين الاخطاء الوظيفية والاطعاء الشخصية القابلة للفصل عن الوظيفة : الموظف مسؤول شخصيا عن الاخطاء القابلة للفصل لا عن اخطاء الخدمة التي تجعل الادارة مسؤولة وحدها<sup>147</sup> ، وعلى هذا الاساس فان المتبوع اذ يسأل عن فعل تابعه ، في الوقت الذي لم يثبت في جانب الاول خطأ شخصي ساهم في وقوع الضرر ، فانه لا يعتبر مسؤولا عن تابعه ولا يعد ، من ثم مدينا بالتعويض في مواجهة هذا الاخير<sup>148</sup> وواضح ان مسؤولية المتبوع هي مسؤولية تبعية

2145- أنظر:

Rene Savatier – traite de la responsabilite Civile – tome – 1- 1951 – p486 n383 comme Les art 1382 et 1383 , l'art . 1384 ' al[ اذ يقول Ler est etranrger aux fon ctionnaires et = =administrations publiques Les pon ctionnaires ne sauraient encourir sans faute prou vée , ane responsabilité de fait des choses á eax confiées dans Leurs fonetions.

3146- د. سليمان مرقس - مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي - في تقنيات البلاد العربية - 1968 - معهد البحوث والدراسات العربية - ص 249-250.

1147- أنظر : Droit administratif , Gaudement et venezin منشورات C.G.D.g جزء 1- ط 11 -1990 اورده آلان بينا بذت - القانون المدني - المصدر السابق - ص 370.

2148- د. احمد شرف الدين - مسؤولية الطبيب والمرفق الصحي العام - المصدر السابق ص 238.

غير مباشرة لا تقوم الا بعد قيام مسؤولية التابع نفسه ، لذا جاز للمتبع نفي مسؤوليته بصفة تبعية بعد نفيها عن الموظف باستخدام الوسائل المتاحة لنفي الخطأ مثل حالة الدفاع الشرعي<sup>149</sup> اضافة الى ذلك (وكما مر ذكره) ان المتبع يستطيع نفي العلاقة السببية ما بين خطأ الموظف والضرر الحاصل للغير وبذلك يدفع عنه المسؤولية<sup>150</sup> وتأييدا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن [الشخص المعنوي لا يسأل عن الاعمال الضارة التي تقع من الاشخاص الطبيعيين الذين يتألف منهم الا اذا صدرت تلك الاعمال من الاشخاص ذوي الصفة في مباشرة نشاطه ذاته وفيما يباشرونه فعلا من هذا النشاط ، فلا يسأل عن اعمال اعضائه العاديين الذين ليست لهم صفة تخولهم مباشرة نشاطه - ولو كانوا كثرة او اغلبية - ما دامت تلك الاعمال لم تقررها او تقرها او تشجع عليها الاشخاص او الهيئات ...]<sup>151</sup>

## 2- القانون المدني المصري :

ان الاساس الذي نحن بصدد مفاده ان الشخص المعنوي المتبع اذ يسأل عن فعل تابعه ، في الوقت الذي لم يثبت في جانب الاول خطأ شخصي ساهم في وقوع الضرر ، فانه لا يعتبر مسؤولا مع تابعه ولا يعتبر من ثمة مدينا بالتعويض في مواجهة هذا الاخير وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية [...] واذن فمتى ما كانت الحكومة (المتبع) لم ترتكب خطأ شخصيا من جانبها - وان مسؤوليتها بالنسبة الى الخطأ الذي اقترفه الموظفون التابعون لها هي مسؤولية المتبع عن عمل تابعه (وليست مسؤولة معهم عن خطأ شخصي وقع منهم) فانها لا تعتبر بالنسبة الى هؤلاء الموظفين مدينة اصلا ولا تتحمل شيئا من

3149- د. عادل احمد الطائي - المسؤولية المدنية للدولة عن اخطاء موظفيها - المصدر السابق ص 190.

4150- د. عادل احمد الطائي - المسؤولية المدنية للدولة عن اخطاء موظفيها - المصدر السابق ص 191.

1151- د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - ج 2 - المصدر السابق ص 425.

التعويض المحكوم به<sup>152</sup> ، واطافة الى ذلك فان الشرائع المختلفة جعلت مسؤولية المتبوع المقدره ابتداءا مسؤولية تبعية تقوم الى جانب التابع وتدور معها وجودا وعمدا ، أي انها اشترطت لقيام هذه المسؤولية ان يكون التابع قد ارتكب عملا غير مشروع أي خطأ سبب ضررا للغير لانه اذا لم يكن التابع مخطئا فلا مسؤولية عليه ولا على متبوعه<sup>153</sup> وقد اوضحت محكمة النقض المصرية ان اشتراط عمل غير مشروع من التابع حال تأدية وظيفته او سببها يعني اشتراط وقوع خطأ من التابع يستوجب مسؤوليته هو بحيث اذا انتفت مسؤولية التابع فان مسؤولية المتبوع لا يكون لها اساس تقوم عليه<sup>154</sup> وواضح ان الادارة لا تسأل اصلا ، باعتبارها متبوعة للموظف ، اذا كان الخطأ الشخصي لهذا الاخير منبت الصلة بالوظيفة على نحو لا تتحقق به احد شروط مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه (وقوع خطأ من التابع حال تأدية وظيفته او سببها)<sup>155</sup> ، واذا فرضنا اننا سلمنا بمساءلة الشخص المعنوي فان هذا القول محل نظر اذ يجب النظر الى ظروف الشخص المعنوي نفسه ، فالشخص المعنوي ليس له جسد ولا نفس واعية ولا ارادة وانه لا يستطيع ان يباشر نشاطه ولا ان يلتزم قانونا الا بواسطة اشخاص طبيعية يمثلونه ، وهذا ما جعل بعض الفقه لا يسلم مسؤولية الشخص

2152- د. احمد شرف الدين - مسؤولية الطبيب وادارة المرفق الصحي العام - المصدر السابق ص 238.

1153 - انظر د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - 2- في الالتزامات - المجلد الثاني - ط 5 - 1989 - ص 852 و 854 و انظر ايضا قرار محكمة النقض المصرية في 10 مايو 1984 المرقم 871 سنة 1950 وقد جاء فيه [ان مسؤولية المتبوع لا تتحقق الا اذا تحققت مسؤولية التابع ، لان خطأ التابع هو الاساس المشترك لمسؤولية التابع ومسؤولية المتبوع - انظر المصدر السابق - ص 852 - 854.

2154- سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - المصدر السابق ص 853.

3155- د. احمد شرف الدين - مسؤولية الطبيب وادارة المرفق الصحي العام - المصدر السابق - ص 242.

المعنوي<sup>156</sup> الا ان المشرع المصري يعتد بالاتجاه الفقهي المناهض لفكرة مساءلة الشخص المعنوي ، او حتى الاخذ ببعض الافكار وليس جملتها ، فقد نص المشرع في المادة (174) من القانون المدني المصري فقرة الاولى على انه [يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه بعمل غير مشروع ، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته او بسببها]<sup>157</sup> ، وان هذا التوسع في فكرة مساءلة الشخص المعنوي ليست سديدة لانه مخالف لنص القانون والاساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية ، ذلك لانه لا يكفي في مسؤولية المتبوع ان تكون الوظيفة قد هيأت للتابع الفرصة لارتكاب الفعل الضار ولو كان هذا الفعل لا اتصال له بالوظيفة<sup>158</sup> وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية بانه [...] واذا كان الشخص الاعتباري يسأل عن الاخطاء التي يرتكبها ممثلوه بسبب ما يؤدونه لحسابه من اعمال ، ولا يسأل عن اخطائهم الشخصية [...] ]<sup>159</sup> ، واخيرا نقول ان المقصود بعبارة (حال تأديتهم الوظيفة او بسببها) الواردة في المادة (174) من القانون المدني

4156- د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الاول - 1971 - ص 392-393 ، وانظر في نبذة فكرة مساءلة الشخص المعنوي : في الفقه الفرنسي مازو - المبسوط - نبذة 1983 ، المسؤولية المدنية - نبذة 839 ، وفي الفقه المصري سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - ج 2 - المصدر السابق ص 417 سعاد الشرقاوي - إعادة النظر في المسؤوليتين الإدارية والمدنية ، رسالة من جامعة باريس 1967 ص 9 اوردها سليمان مرقس المصدر السابق ص 422.

1157- قارن المادة (219) من القانون المدني العراقي اذ جاء فيها (... اذا كان الضرر ناشئاً عن تعدد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم] وواضح من النص ان المشرع العراقي قد احسن في اختيار عبارة [اثناء قيامهم بخدماتهم] في تحديد مجال التبعية مخالفاً بذلك المشرع المصري اذ استخدم عبارة (في حال تأديتهم وظيفتهم او بسببها).

2158- د. سليمان مرقس - بحوث وتعليقات على الاحكام - المصدر السابق - ص 513.

3159- نقض مدني مصري - جلسة 30/6/1982 - المكتب الفني لسنة 33 رقم 514 ص 851 اورده د. عبد الحكم فودة - الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية - المصدر السابق - ص 66 نبذة 56.

المصري ، لم يقصد ان تكون المسؤولية على خطأ التابع وهو يؤدي عملا داخلا في طبيعة وظيفته ويمارس شأنًا من شؤونها، وان تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ وان تكون ضرورة لامكان وقوعه ، بل تتحقق حتى في فعل التابع الذي وقع اثناء تأدية الوظيفة او كلما استغل الوظيفة<sup>160</sup> وفي هذا توسع في مسؤولية المتبوع ، بل ربما كان هذا عقابا للمتبوع على سوء اختياره لتابعه وعدم تبصرة ومراقبة لتابعه.

### 3- في القانون المدني العراقي:

اجاز المشرع العراقي في القانون المدني - بخلاف المشرع الفرنسي والمشرع المصري - (للمتبوع) الاخذ بوسيلة نفي الخطأ المفترض لدفع المسؤولية عن خطأ (التابع) ، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (219) بانه ((2- ويستطيع المخدم ان يتخلص من المسؤولية اذا ثبت انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر)) فكان على القاضي - وفي كل قضية على انفراد - ان يحدد واجب العناية بالنسبة لمن يفرض عليه القانون هذا الواجب ، وعندما يريد القاضي تحديد الواجب في بذل العناية المطلوبة في رقابة الموظف او (التابع) ستحاول الادارة او (المتبوع) قصر ذلك الواجب على اقل قدر ممكن وحصره في اضيق نطاق تسهلا لمهمة نفي الخطأ المفترض<sup>161</sup> والملاحظ هنا ان اسباب الشخصية المعنوية على منشئة او مؤسسة له اهمية لا تخفى اذ تمكن هذه الشخصية تلك المؤسسة من التقاضي والتعاقد والتملك<sup>(162)</sup> ، وقد ايد قانون الشركات العراقي هذه الاهمية

1160- انظر : اسعد فاضل منديل الجياش - التعويض المدني الطريق الافضل لضحايا جرائم التعذيب في التشريع المصري - بحث قانوني 2003 - منشور في مجلة القضاء - العددان الاول والثاني - السنة الثامنة والخمسون بغداد - 2005 - 53.  
2161- انظر : د. عادل احمد الطائي - المسؤولية المدنية للدولة عن اخطاء موظفيها - المصدر السابق - ص 220-ص 221.

بقوله [تكتسب الشركة الشخصية المعنوية وفق احكام هذا القانون]<sup>163</sup> ومتى كانت الشركة شخصاً معنوياً بحكم القانون فانها تستطيع الابتعاد عن بعض احكام القانون في حالتين الاولى : ان يكون لها ذمة مالية مستقلة والحالة الثانية هي كون الشخص المعنوي ممثلاً بشخص طبيعي فقد يلجأ احد التجار الى الاحتفاظ باغلبية الاسهم بشكل يكفل له السيطرة على الشركة دون تحمل المسؤوليات الناجمة عن تصرفاته فيها ، اذ تقتصر مسؤوليته بمقدار الحصة التي قدمها في رأسماله، ثم ان استقلال الذمة المالية قد يمكن من التخلص من المسؤولية كما لو باع شخص محلاً تجارياً وعمد الى انشاء شركة تقوم بتجارة مماثلة في مكان لا يبعد عن المتجر المبيع مخالفاً بذلك قيود المنافسة<sup>164</sup>، واذا كان هناك رأي يقول : ان ارادة الشركة تندمج مع ارادة العضو فلا يمكن الفصل بينهما<sup>165</sup> ويرد على هذا القول : ان المشرع العراقي اطلق يد القضاء في التحري والكشف عن الايدي الخفية التي توجه نشاط الشركة وتتحكم في تسيير مقدراتها كي تتحمل نتائج ما قامت به من تصرفات<sup>166</sup> ومثال ذلك ان الشركة لا تكون مسؤولة قبل الغير سيء النية الذي شارك المدير المفوض لشركة في الغش اضراراً بمصلحة الشركة<sup>167</sup> اضافة الى ذلك فان

3162- انظر : د. صلاح الدين الناهي - مجموعة القوانين والانظمة التجارية المرعية في الجمهورية العراقية وسائر البلاد العربية - جزء اول - 1958 - شركة الطبع والنشر الاهلية - ص 9.

1163- انظر المادة : (5) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997.

2164- د. احمد ابراهيم البسام - الشركات التجارية في القانون العراقي ط 2 - 1967 - مطبعة العاني ص 30.

3165- انظر : القاضي فيصل عبد الصمد العمر - الاساس الذي تقوم عليه مسؤولية الشخص المعنوي وموقف التشريع العراقي منه - بحث - 1991 - وزارة العدل - ص 11.

4166- د. احمد ابراهيم البسام - الشركات التجارية في القانون العراقي - المصدر السابق - 31.

5167- انظر : استاذنا د. باسم محمد صالح مع د. عدنان احمد ولي العزاوي - القانون التجاري - الشركات التجارية - وزارة التعليم العالي والبحث

المشروع قد يعفي الشخص المعنوي من اية مسؤولية تترتب على تصرفه ، فقد جاء في قانون الاصلاح الزراعي العراقي قوله [للمجلس بناء على ما تقتضيه المصلحة العامة اصدار بيان بانهاء العلاقة الزراعية في مناطق او مساحات معينة من الارض او في نوع معين من الزراعة]<sup>168</sup> هذا على الرغم من احتمال انتاج الضرر بالنسبة للفلاح في الارض الزراعية او المستثمر في الارض العائدة للدولة ، اذ ان القانون يخول الشخص المعنوي او بالاحرى رب العمل فسخ العقد بدون ما تعويض او علم سابق في الحالات التالية :-

- أ- اذا انتحل الاجير جنسية كاذبة.
- ب- اذا استخدم الاجير على سبيل التجربة ولم يرض رب العمل (او الشخص المعنوي مثل وزارة البلديات والاشغال العامة اذا ما ارتبط بعقد مع عامل معين) خلال ثلاثة اشهر من التجربة<sup>169</sup>.
- ج- اذا اثبت ان الاجير ارتكب عملا او اهمالا مقصودا ، الا ان هذه الصلاحية للشخص المعنوي باعتباره رب العمل لا تكون مبسطة كل البسط اذ يجري عليها قيد مفاده ان يشترط في الخطأ الذي يبرر الفصل او النسخ لعقد العمل ان يكون من الجسامة بالقدر الذي يكفي مبررا لهذا الفصل<sup>170</sup>.

#### 4- في القانون اللبناني :

لقد عالج القانون المدني اللبناني موضع المسؤولية الناجمة عن فعل الغير في المواد (125) و (126) و (127) من قانون الموجبات

---

العلمي مطبعة السنهوري - ص 259.  
 1168- لاحظ المادة : الثامنة والعشرون فقرة (3) من قانون الاصلاح الزراعي العراقي رقم 117 لسنة 1970.  
 1169- انظر : ملحم مارون كرم : الجرم المدني - دراسة مقارنة في القانون والفقهاء والاجتهاد - منشورات زين الحقوقية - ط 2 - 2004 بيروت - 105.  
 1170- قرار محكمة النقض الفرنسية في 13/5/1946 - دالوز الاسبوعي 1946 ص 296 ، اورده استاذنا المرحوم د. عدنان العابد - الانهاء غير المشروع لعقد العمل في القانون العراقي - دراسة مقارنة - بحث قانوني منشور في مجلة القانون المقارن العددان السادس والسابع السنة السادسة - 1977 - جمعية القانون المقارن العراقية - ص 8.

والعقود اللبناني، فجاءت المادة (125) تنص على ان المرء مسؤول حتما عن الاضرار التي يحدثها اشخاص آخرون وهو مسؤول عنهم وعددهم محصور وتكلم في المادة (127) عن مسؤولية السيد والولي ، وقال تريلهارد (Treilhard) ان القانون يعتبر بعض الاشخاص مسؤولين عن اعمال الغير<sup>171</sup>.

ولو لاحظنا عبارة : (ان القانون يعتبر) يعني ان يفترض القانون ان بعض الاشخاص مسؤولون عن فعل غيرهم . وبعد ان اجاز القانون اللبناني لكل فئة من فئات المهن من ارباب العمل والاجراء ان يؤلف كل منهم نقابة لها شخصية معنوية<sup>172</sup> كان لزاما عليه ان يحدد مسؤولية الشخص المعنوي ، بحيث تكون هنالك مواقف لا يسأل عليها الشخص المعنوي كالدائرة مثلا ، فالخطأ الصادر من الموظف خارج نطاق الوظيفة او بمناسبةها ولكن بصورة منفصلة تماما عن الوظيفة نكون في هذه الحالة امام خطأ شخصي فالصلاحية في هذه الحالة هي للقضاء العدلي لان الموظف بات ينظر اليه القانون فردا كأني فرد من الافراد ، فحادث الصدام الذي يرتكبه الموظف الحكومي وهو خارج وقت الدوام الرسمي وخارج أي التزام وظيفي يعمل مسؤولية الموظف وحده دون اشتراك مسؤولية الادارة اطلاقا<sup>173</sup> ، وان الاجتهاد اللبناني قد منح الدولة حصانة نسبية لمقاضاتها امام القضاء ، حيث استقر رأي هذا الاجتهاد على ما جاء بقرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1/2/1873 [ان المسؤولية التي تترتب على الدولة من

2171- ملحم مارون كرم - الجرم المدني - المصدر السابق - ص 214.  
 3172- لاحظ : المادة (83) من قانون العمل اللبناني النافذ اذ نص على انه (في كل فئة من فئات المهن يحق لارباب العمل وللاجراء ان يؤلف كل منهم نقابة خاصة يكون لها الشخصية المعنوية ...) وانظر كذلك المادة : (2) من قانون البلديات لمملكة البحرين رقم 35 لسنة 2001.  
 1173- انظر : جورج سعد - دولة القانون - مفاهيم اولية - كلية الحقوق الجامعة اللبنانية- منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان - 2000 - ص 62.

جراء الاضرار التي تلحق بالافراد والتي تسبب بها الاشخاص المستخدمين في المحال العامة لا تخضع لاحكام القانون المدني التي تقتصر على علاقات الافراد بعضهم ببعض، بل ان لها احكامها الخاصة وهي تختلف بحسب احتياجات الوظيفة وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة حقوق الافراد<sup>174</sup> أي ان الاجتهاد اللبناني لم يعط للافراد حق مقاضاة الدولة بموجب المادة (127) من القانون المدني اللبناني بل وضع صيغاً وضوابط واحكاماً يتم بموجبها يتم رفع الدعوى على الدولة.

### 5- في القانون المدني الكويتي :

لقد ثار موضوع مسؤولية دولة الكويت عن تابعيها من وزارة الدفاع او وزارة الداخلية بعد الحرب العراقية التي شنها النظام السابق على دولة الكويت في 2/1 اغسطس 1990 ، وكانت محكمة التمييز الكويتية قد القت بالمسؤولية على عاتق تابعي وزارة الدفاع من افراد الجيش والقوات المسلحة ، المكلفين بتطهير مخلفات الحرب في دولة الكويت وممتلكاتهم من اضرار هذه المخلفات ، الا ان محكمة التمييز في حكمها ذاته قد منحت وزارة الدفاع امكانية التخلص من المسؤولية بطريقتين اولهما اثبات السبب الاجنبي الذي يرجع اليه وقوع هذه الاضرار (وهي بالطبع حرب العراق لعام 1990) وثانيهما الدفع بالتقادم في دعوى المسؤولية<sup>175</sup> ثم ان الشخص المعنوي (وزارة الدفاع)

2174- انظر :

Planioi , Ripert et Esmein Tome VI No 501 . LaLouno 1994 et s. mazeaud No 2008 ets .  
Duez et Debeyere : traite de dr . administ . No 695 ets .

اورده يوسف نجم جبران - النظرية العامة للموجبات - مصادر الموجبات - المصدر السابق - ص 50-51.

1175- انظر : د. فايز عبد الله الكندري - المسؤولية المدنية للدولة عن تعويض اضرار مخلفات الحرب في ضوء احكام القضاء الكويتي - بحث قانوني - منشور في مجلة الحقوق - العدد الرابع - السنة الثامنة والعشرون - ديسمبر - 2004 - مجلس النشر العلمي - الكويت ص 99.

يستطيع التنصل من المسؤولية بالركون الى احكام المسؤولية الدولية اذ يلزم شخص القانون الدولي المنسوب اليه فعل غير مشروع دوليا اصلاح الضرر الذي لحق بشخص آخر من اشخاص القانون الدولي من جراء هذا الفعل<sup>176</sup> والملاحظ هنا ان الاسلوب المتبع اعلاه قد اتاح للشخص المعنوي ليس فقط دفع المسؤولية المدنية عن ذمته فحسب بل انه استطاع بهذا الاسلوب القاء المسؤولية المدنية على غيره من الاشخاص المعنوية.

## **6- في القانون الاجنبي :-**

### **أ:- القانون الانكليزي :-**

جاء قانون الاجراءات الملكية في عام 1947 لينشيء تطوراً تشريعياً في النظام القانوني الانكليزي بصدد مسؤولية الدولة ، حيث اعلن مسؤولية التاج التقصيرية عن كثير من افعال الموظفين التابعين له بمفهوم القانون العمومي على ان هذا القانون لم يصل الى ما كان قد وصل اليه التطور التشريعي منذ زمن قديم في الانظمة القانونية اللاتينية حيث انه يشترط لقيام هذه المسؤولية ان يكون هذا الموظف قد عين مباشرة من قبل التاج ، وان يكون دفع راتبه من خزينة الدولة المركزية او اية واردات اخرى يصادق عليها البرلمان<sup>177</sup>، اضافة الى ذلك ان القاعدة العامة التي سارت في انكلترا هي انه لا يمكن مقاضاة اية دائرة من دوائر الجهاز الحكومي الاصلي كوزارة الاشغال ووزارة

---

2176- انظر في هذا الموضوع :- علي صادق ابو هيف - القانون الدولي العام ، منشأة المعارف - الاسكندرية - 1995 - ص 214 ، محمد سامي عبد الحميد اصول القانون الدولي - الجزء الثاني - القاعدة الدولية - الدار الجامعة للطباعة والنشر - الاسكندرية- ط 6 - 1984 - ص 246 وما بعدها.

1177- د. عادل احمد الطائي - المسؤولية المدنية للدولة عن اخطاء موظفيها - المصدر السابق ص 213-214.

البريد وذلك لان مثل هذه الدوائر تعتبر في خدمة التاج<sup>178</sup> وقد نصت الفقرة الاولى من المادة التاسعة من قانون الاجراءات الملكية على انه لا يمكن اقامة اية اجراءات قضائية ضد التاج بسبب أي عمل او امتناع عن عمل يأتيه اجير او موظف بشأن الرسائل البريدية او المكالمات الهاتفية ، وكذلك يعفى موظف التاج من اية مسؤولية مدنية بشأن تلك الاعمال ، وهكذا فبموجب قانون الاجراءات الملكية لسنة 1947 وكذلك القانون الخاص بدائرة البريد الصادر عام 1969فانه لا التاج ولا دائرة البريد ولا موظفوها مسؤولون عن الاضرار الناتجة عن الاعمال التي حددها القانون<sup>179</sup>.

### **ب- في النظام الامريكي :-**

في الولايات المتحدة بات من الشائع ان تستخدم المؤسسات الحكومية كوكالة عامة يناط بها القيام بانماط معينة من النشاط الحكومي وبغض النظر عن المبرر الذي يكمن وراء اختيار الشخصية الحكومية المستقلة للقيام ببعض النشاط الحكومي بدلا عن اناطته بدائرة حكومية من الدوائر المعتادة ، ومن الملاحظ ان الكونكرس الامريكي في كثير من الحالات قد ادخل في صلب القوانين المؤسسة لهذه المؤسسات نصاً صريحاً منحها فيه حق التقاضي ، ومعنى هذا هو ان الثغرة التي ادخلت على مبدأ عدم المسؤولية في هذا المجال كانت ثغرة من عمل التشريع بدائرة الامر ، حيث قضى القضاء الامريكي بان شركة الاسكا للسكك الحديد التي كانت الحكومة الاتحادية قد تملكت

2178- د. حسن زكريا المحامي - الاتجاه الحديث لمسؤولية الدولة في القانون الامريكي الاتحادي - بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني - وزارة العدل - 1964 - ص 14.

1179- د. عادل احمد الطائي - المسؤولية المدنية للدولة عن اخطاء موظفيها - المصدر السابق - ص 214.

اسهمها كافة لا يمكن مقاضاتها دون اذن صريح من الحكومة الاتحادية<sup>180</sup>.

## الفرع الثاني

### دفع المسؤولية المدنية بدفع مسؤولية الحارس المفترض البند الاول :- تأملات في النصوص :-

تقضي الفقرة (1) من المادة (1384) من القانون المدني الفرنسي ب: [ان المرء يسأل ليس فقط عما يحدثه من ضرر بفعله الشخصي بل ايضاً عما يترتب منه على فعل من يعتبر انه مسؤول عنهم او على فعل الاشياء التي في حراسته ] وبالفرنسية (on est responsable non seulement du dommage l'on cause par son propre fait , mais encore de celui qui est cause par le fait des par sonnes don't on doit Lepondre ou des choses que l'on asous sa garde)

وواضح ان الحراسة التي تعنيها الفقرة (1) من المادة المذكورة سلفاً رعاية الشيء وليس الشيء في ذاته ، ثم ان هذا النص عن مسؤولية المرء عن الاشياء التي في حراسته انما ينصرف هكذا في إطلاقه الى الثابت والمنقول منها<sup>181</sup> وتقوم المسؤولية عن الاشياء على الخطأ في الحراسة وقد ذهبت معظم التشريعات المدنية الى ان الخطأ هنا مفترض والخطأ المفروض هنا مفروض فرضاً قانونياً قاطعاً لا يقبل إثبات العكس اما المشرع العراقي فانه لم يصل في هذه المسؤولية

2180- انظر : Ballaine V.Alaska N.RCO , 259f. 183 (C.C.A gth cir 1919) اوردته د. حسن زكريا - الاتجاه الحديث لمسؤولية الدولة في القانون الامريكي الاتحادي - المصدر السابق - الصفحات 9 و 10 و 11.  
1181- انظر : د. حسين عامر مع د. عبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - التقصيرية والعقدية - ط 2 - دار المعارف بمصر - 1979 ص 709 و 712.

الى الشوط الذي وصلت اليه هذه التقنيات فاقام هذه المسؤولية على خطأ مفترض فرضاً بسيطاً قابلاً لاثبات العكس<sup>182</sup> ، والمهم وقبل كل شيء ان يكون هناك فسحة تشريعية للاستناد اليها في دفع المسؤولية عن الحارس ، ودفع المسؤولية عن الحارس ابتداءً كان يتم بطريق اثبات انه لم يرتكب أي خطأ كما هو الحال في القضاء الفرنسي في بادئ الامر<sup>183</sup> واذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد قررت صراحة ان القرينة التي تمليها المادة 1384/1 لا يمكن اسقاطها الا بالسبب الاجنبي ، فان هذا القول محل نظر ذلك : ان نص المادة 1384/1 جاء خالياً من اية اشارة في شأن كيفية دفع المسؤولية للحارس<sup>184</sup> هذا من جهة ومن جهة اخرى ان كل شيء خارج عن عناية الرجل المعتاد لا مسؤولية على الحارس فيه ، ومثال ذلك حارس الاشياء المشتعلة هو قبل كل شيء مفرج عنه اذا بقي سبب الحريق مجهولاً.

### 1- البند الثاني الاتجاه القضائي :-

بعد صدور قرار المحكمة الابتدائي في (16) حزيران (1896) الذي فرض على حارس الشيء الضار مسؤولية مستقلة عن أي خطأ ، جاءت القرارات اللاحقة والصادرة من محكمة النقض لتقلص من مديات الفقرة<sup>185</sup> من المادة (1384) الى مجرد افتراض الخطأ ((او قرين التقصير)) ويمكن للحارس التحرر ((التخلص)) منه عندما يثبت انه معفي من اللوم او المؤاخذة<sup>186</sup> ولا يخفى ان الاتجاه الحديث

1182- د. حسن علي ذنون - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - احكام الالتزام - اثبات الالتزام - 1976 - دار الحرية للطباعة بغداد - ص 311 و 312.

2183- د. محمد لبيب شنب - المسؤولية عن الاشياء - دراسة في القانون المدني المصري مقارنة بالقانون الفرنسي - 1957 - ص 225.  
3184- د. محمد لبيب شنب - المسؤولية عن الاشياء - المصدر السابق ص 226.

4185 - انظر:

Savatier - traite de La responsabilite civile en Droit franais - tome I - 1951 - p5.3 , 5.4 N399

1186- أنظر:

للقضاء الفرنسي وكذلك القضاء المصري لم يأخذ بدحض فكرة الخطأ المفترض كوسيلة لدفع المسؤولية المدنية عن الحارس ، بخلاف القانون المدني العراقي الذي اخذ بوسيلة دحض الخطأ المفترض<sup>187</sup> وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في العراق في قضية انفجرت فيها مواد كيميائية في مخزن للمدعي عليه نتيجة تسرب الرطوبة اليه [انه كان الواجب على المحكمة ان تتحقق عما اذا كان المدعي عليه قد راعى الحيطة الكافية في حفظ تلك المواد حفظاً يمتنع معه وصول الرطوبة اليها]<sup>188</sup> واذا كان للحارس دفع المسؤولية المدنية عنه فيتم ذلك بطريقتين الأول هو اثبات قيام السبب الاجنبي (ولم نبخته في هذا الفرع) والثاني هو اثبات الدور الايجابي للشيء في احداث الضرر مع اتخاذ الحارس للحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر وواضح من القرار التمييزي اعلاه ان المواد الكيميائية خطر بطبيعتها ، فهي ذات دور ايجابي في احداث الضرر ، وبذلك ينفي الحارس قيام المسؤولية اصلاً ، عن طريق اثبات الدور السلبي للشيء في احداث الضرر<sup>189</sup> ، اضافة الى ما تقدم فانه يمكن استخلاص طريق ثالث لحارس الشيء من خلاله يدفع مسؤوليته المدنية : فمن المعلوم ان اساس مسؤولية حارس الاشياء هو خطأ مفترض في جانب حارس الشيء هو خطأ في الحراسة ، الا انه يرد على هذا الكلام ان الخطأ في الحراسة بهذا التفسير هو خطأ اقرب الى الصنعة منه الى الحقيقة ، فهو خطأ موهوم

Savatier – traite de La responsabilite civil en Droit fran cais – p487 – p488 – 385.

2187- انظر : د. اباد عبد الجبار ملوكي - المسؤولية عن الاشياء وتطبيقاتها على الاشخاص المعنوية بوجه خاص - المصدر السابق - ص 217 هامش رقم(1).

3188- قرار محكمة التمييز العراقية - المرقم 530 - ح - 67 في 29 - 6 - 1967 - المنشور في مجلة القضاء العدد الرابع السنة الثانية عشر بغداد - ص 170.

4189- انظر : د. مشاعل عبد العزيز - الالتزامات المدنية والاثبات - المسؤولية عن الضرر الناجم عن الاشياء - بحث قانوني منشور عبر شبكة الانترنت - لسنة 2000.

اخترعته الصناعة القانونية لتخفي تحته الواقع ، اذاً المسؤول قد اقحم عليه الخطأ اقحاماً وفرض عليه فرضاً لا يستطيع التخلص منه والاولى ان يقال ان المسؤولية قد فرضها القانون ، واقامها على اساس تحمل التبعة ، ذلك ان المسؤول هو الذي القى الى المجتمع بشيء يصح ان يكون مصدراً للضرر وانتفع به فاذا ما وقع الضرر فيه فعلاً وجب ان يتحمل تبعته ، والرد على نظرية تحمل التبعة هنا هو عين الرد على هذه النظرية في المسؤولية عن الحيوان ، فلا يمكن القول ان اساس المسؤولية على شيء هو تحمل التبعة والا لكان المسؤول هو المنتفع بالشيء لا الحارس ، ولما جاز دفع المسؤولية باثبات السبب الاجنبي ولتحققت المسؤولية ولو كان المدعي عليه عديم التمييز<sup>190</sup> ويمكن القول ان كل خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل العكس هو خطأ ثابت، ولكنه ثابت على نحو خاص لان القانون قد تدخل وجعله خطأ ثابتاً<sup>191</sup>.

### البند الثالث :- الاتجاه الفقهي

وأخيراً فالافتراض محله القرائن ، فإذا وجدت في مواجهة الحارس قرينة قانونية ، فيجب النظر اولاً الى طبيعتها وقوتها انها قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس فلا يمكن للحارس هدمها باثبات انه لم

1190- انظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - المصادر - الاثبات - الآثار - الاوصاف - الانتقال - الانقضاء - الناشر منشأة المعارف - مصر - 2004 - ص 502 هامش رقم (1) وانظر كذلك جوسران ج 2 فقرة 553 و حسين عامر - المسؤولية المدنية - فقرة 744.

2191- الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - المصدر السابق - - ص 503 هامش رقم (1) ومع احترامنا لرأي الدكتور السنهوري فان التمييز بين كون الخطأ مفترض او ثابت يتم من خلال نشاط الشيء فاذا كان الشيء له نشاط ذاتي كالسيارة فيكون الخطأ مفترض لان الشيء خطر بذاته ويحتاج الى عناية فان فعل الانسان هنا هو خطأ شخصي = = ثابت أي ان الشيء يكون اداة سلبية في يد الانسان ، انظر د. أياد عبد الجبار ملوكي - المسؤولية عن الاشياء وتطبيقاتها على الاشخاص المعنوية بوجه خاص - المصدر السابق - ص 63.

يرتكب خطأ في حراسته للشيء ا وان مسلكه كان معتاداً مطابقاً لمسلك الرجل المعتاد ، وقد وجد اعتراض على ذلك بان ما سبق يخالف نص المادة 1254/1 من القانون المدني الفرنسي وكذلك المادة (4040) من القانون المدني المصري اللتين تقرران ان القرائن القانونية هي قرائن بسيطة كقاعدة عامة وانها لا تكون قاطعة الا اذا نص عليها القانون وحتى انصار نظرية الخطأ المفترض يرون انه بامكان دفع هذه القرائن المفترضة باثبات الحارس بانه لم يرتكب لا خطأ ولا تقصيراً ولكن اثبات ذلك يتم بطريقة محددة مفادها اثبات السبب الاجنبي ، وبذلك يكون السبب الاجنبي لدى انصار القرينة المفترضة مساوياً لمقام انصار الخطأ<sup>192</sup> .

### الفرع الثالث

#### نفي الخطأ المفترض في جانب الأب (متولي الرقابة)

كانت مسؤولية الابوين في فرنسا ولسنوات عدة تدخل ضمن منطلق قانوني حقيقي النزعة او الاتجاه غير المتنازع عليه للمحاكم يتمثل في اخفاء السهولة في مسألة اصلاح الاضرار التي يقاسيها المضرور وبالاخص الاضرار المادية والجسدية وترجم هذا الاتجاه ازاء الوالدين عبر زوال (او اخفاء) مقتضيات ولزوم خطأ الطفل ، بيد ان المحاكم لم يكن بوسعها الذهاب الى نهاية هذا الاتجاه لانها اصطدمت بنص صريح تمثل في الفقرة (7) من المادة 1384 من القانون المدني

1192- انظر : د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل - الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات - المصدر السابق 64 و 65 وكذلك د. محمد لبيب شنب - المسؤولية عن الاشياء - المصدر السابق بند 240 حيث يؤكد عدم وجود نص يجعل قرينة الخطأ لدى الحارس قاطعة ، وكذلك انظر في الفقه الفرنسي:

Colin et capitant – droit civile francais – tome 11 ed loene par julliot de le readier no 335 , 357 , 367.

الفرنسي التي نصت صراحة على امكانية ان يعفى الابوان نفسيهما عند اثبات انهما لم يتمكنوا من درء وقوع الفعل الضار<sup>193</sup> ، فالمسؤولية المبينة اعلاه قائمة الى ان يثبت الوالد والوالدة ، انهم لم يتمكنوا من منع الفعل الذي يفسح المجال لهذه المسؤولية<sup>194</sup> وواضح ان المشرع الفرنسي والتشريعات التي نهجت على منواله قد اقام مسؤولية متولي الرقابة (الأب أو الأم) على قرينة بسيطة قابلة لأثبات العكس<sup>195</sup> ويجدر بنا قبل بيان كيفية نفي الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة ، أن نحصر الخطأ كي يتسنى لنا نفيه ، وفي هذا الصدد يقول الدكتور السنهوري[أن الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة هو الأخلال بما عليه من واجب الرقابة ، المفترض أذن هو عدم قيام متولي الرقابة بهذا الواجب بما ينبغي من العناية عليه قد قصر في رقابته فمكثه بهذا التقصير من ارتكابه ذلك العمل ، ويتسع افتراض الخطأ (والكلام للدكتور السنهوري) لمدى ابعده فيفترض أيضا أن متولي الرقابة قد أساء تربية الشخص المعهود إليه رقابته فهياً له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع ...] (1) ونحن نميل إلى رأي الدكتور سليمان مرقس في عدم اعتبار الخطأ في التربية مفترضاً بمقتضى المادة (173) من القانون المدني المصري ولا أنه يعتبر

1193- انظر:

Boris starck – droit civil – obligations I – Responsabilite de lictuelle – Paris n 761 p

358.

2194- انظر: قانون رقم 5 نيسان لسنة 1937 الفرنسي ، اورده آلان بينا بنت - القانون المدني - الموجبات - المصدر السابق - ص 384.

1195- وفي ذلك تناقض حيث أنه في افتراضه الخطأ في التربية يكون قد أضاف جديداً إلى ما كان يقول به في الموجز (ص 257 نبذة 348) إذ كان يقصر أساساً هذه المسؤولية على الخطأ المفترض في الرقابة دون الخطأ المفترض في التربية ولعل ذلك راجع إلى أنه كان قد جعل كلامه عاماً بشأن متولي الرعاية عموماً ولم يعرض بوجه خاص لمسؤولية الأب : للمزيد راجع د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - المصدر السابق ص 784 هامش (1) .

أساساً تقوم عليه المسؤولية على عاتق الوالدين أو غيرهما للأسباب التالية :

- 1- أن نص الفقرة الأولى من المادة (173) يلقي هذه المسؤولية على عاتق ((كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر ، أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية )) ومؤداه أن هذه المسؤولية لا تقوم إلا بسبب وجود شخص محتاج إلى رقابة غيره في رقابة آخر يقع عليه واجب رقبته قانوناً أو اتفاقاً أي أنه يجعل مناط هذه المسؤولية واجب الرقابة فحسب أما سائر الواجبات التي تقع على عاتق شخص فيما يتعلق بالعناية بغيره فان الاخلال بها يستتبع مسؤولية وفقاً للقواعد العامة أي بشرط اثباته، إضافة الى ذلك فمن ملاحظة المذكرة الايضاحية لنص المادة (173) من القانون المدني المصري، يتبين ان هذا النص لم يذكر الا واجب الرقابة فقط.
- 2- ان تاسيس هذه المسؤولية على اساس خطأ مفترض في التربية فوق الخطأ المفترض في الرقابة يتنافى مع قصرها على الحالات التي يكون فيها مرتكب الفعل الضار تحت رقابة غيره لحاجته الى هذه الرقابة بسبب قصره او بسبب حالته العقلية او الجسمية لانه اذا كان زوال القصر وانتفاء العاهة العقلية او الجسمية وقت ارتكابه الفعل الضار ينفي الحاجة الى الرقابة وواجب الرقابة ويبرر عدم افتراض الاخلال بهذا الواجب، فانه لا ينفي الخطأ في التربية لان هذا الخطأ الاخير لا يشترط وقوعه وقت ارتكاب الفعل الضار<sup>196</sup> وعلى الرغم مما سبق ذكره فان القانون المدني المصري الذي سار على وفق القانون المدني الفرنسي قد اقام مسؤولية متولي الرقابة على اساس الخطأ في الرقابة والخطأ في التربية، الا اننا نجد غير ذلك في القانون المدني العراقي ذلك لان نص المادة (218) منه تقيم اساس مسؤولية الاب او

1196- انظر د. سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني - المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية - 1989 - ص 786-787.

الجد على خطأ مفترض هو الاخلال بواجب الرقابة فقط<sup>197</sup> واذا ما رفض الدعوى ضد الاب او الجد فان بإمكانه دفع المسؤولية المدنية عنه اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة او ان الضرر كان لابد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب<sup>198</sup> ويتبين من ذلك ان للأب او الجد في القانون العراقي طريقين لدفع المسؤولية:

### **الطريقة الاولى:- هي اثبات القيام بواجب الرقابة:**

ان واجب الرقابة الذي يقع على كاهل الاب (او الجد) بالنسبة لسلوك ولده يتعين مداه طبقا لمعيار مسلك الرجل العادي اذا ما وجد في ظروف ظاهرة مماثلة لظروف الاب المدعى عليه فيما يتعلق بالفعل الضار الذي ارتكبه ولده، ومنها سن الولد وصحته وطريقة عيشه وسوابقه وبيئته العائلية والاجتماعية وعاداته والوقت الذي ارتكب فيه الفعل الضار، فاذا اثبت الاب انه بذل عناية معينة في رقابة ولده في ظروف معينة فقد يعتبر ذلك منه نفيا للخطأ في الرقابة كافيا لدفع مسؤوليته<sup>199</sup> والجدير بالذكر ان مسألة نفي متولي الرقابة قرينة الخطأ المفترض في جانبه عن طريق اثبات قيامه بكل ما عليه من واجب الرقابة هي مسألة موضوعية يختص بها القضاء<sup>200</sup>، فقد يقضي القضاء بمسؤولية متولي الرقابة وذلك بالاعتداد بالظروف الخارجية لمتولي

2197- ينظر: انشاد عبد اللطيف عبد القادر - مسؤولية الاب والجد المدنية عن اعمال الصغير الضارة - بحث مقدم الى المعهد القضائي - بغداد - 1985 - ص 36.

1198- لاحظ: نص المادة (218 ف 2) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

2199- د. سليمان مرقس - مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي - المصدر السابق - ص 109-110.

3200- انشاد عبد اللطيف عبد القادر - مسؤولية الاب والجد المدنية عن اعمال الصغير الضارة - المصدر السابق - ص 35.

الرقابة<sup>201</sup> وقد يعفي متولي الرقابة وذلك لوجود ظروف معينة ساعدت على نفي الخطأ المفترض<sup>202</sup>.

### الطريقة الثانية:

هي اثبات متولي الرقابة ان الضرر لا مفار منه ولا يستطيع كائن ما صد هذا الضرر او منعه أي ان المجرى العادي للامور يؤدي الى حدوث الضرر او ان الضرر كان لايد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب<sup>203</sup>. أي انه لم يكن في وسعه تلافي وقوع الحادث مهما كانت رقابته يقظة<sup>204</sup>, علما ان هذه الرقابة ليست مؤبدة فهي تنتهي ببلوغ الصغير سن الرشد<sup>205</sup> ومهما يكن من امر فان القدر المستطاع من العناية التي يبذلها متولي الرقابة تقدر بعناية الرجل المعتاد، فاذا كان الاب او متولي الرقابة لم ينصرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي فهو لم يتعد، وانتفى عنه الخطأ ونقض المسؤولية عن كاهله<sup>206</sup> فمتولي الرقابة او المسؤول يستطيع دفع المسؤولية عنه متى ما اثبت قيامه بكل ما ينبغي وبعبارة اخرى ان بوسع الابوين ان يعفيا انفسهما من المسؤولية عند اثباتهم بانهما لم يتمكنوا من منع الفعل موضوع هذه

- 1201- استئناف باريس اول فبراير 1950 جور بسكلاسير الدوري 1951-2-6245 اورده سليمان مرقس - مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي - المصدر السابق - ص 110 هامش رقم(3).
- 2202- انظر: رودير في المجلة الفصلية لقانون المدني 1966 ص 298 اورده سليمان مرقس - مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي - المصدر السابق - ص 110 هامش رفع(2).
- 3203- انظر: المادة (218 ف 2) من القانون المدني العراقي والمادة (288 ف 1) من القانون المدني المصري.
- 4204- انظر: د. جريج - النظرية العامة للموجبات - الجزء الاول 1957 - بيروت - ص 216، كذلك انظر المادة (126) فقرة اخيرة من القانون المدني اللبناني إذ جاء فيها [التبعة تلحق بالاشخاص المشار اليهم مالم يثبتوا انه لم يكن في وسعهم منع الفعل الذي نشأت عنه]
- 5205- انظر المادة (31) و (39 بند اولاً) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980.
- 1206- ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ج 1- نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ط 2 - دار النهضة العربية - 1964 - ص 885 فقرة 528.

المسؤولية<sup>207</sup> ويلاحظ هنا ان الاجتهاد الفرنسي يميل الى الشدة في تقدير مسؤولية الاب او الوصي، ولا ينقص قرينة اهمال الرقابة، او سوء التربية، الا اذا قام دليل واضح على انتفاء هذه القرينة، ولهذا كل تصرف يدل على عدم الرقابة القاصرة كتركه لوحده، او ابعاده عنه او تهذيب اخلاقه يكفي لترتب المسؤولية على الاب او الوصي ولو كان القاصر لا يقيم معه ولكن هذه الشدة تقوم على هامش النص فمن الصعب جدا مجازاة حركتها مهما بلغت مبررات ضمانته المتضرر من الرعاية اذ لايمكن ان يفترض سوء التربية، وينزل منزلة الخطأ، بمجرد اقدام الولد القاصر على اغواء فتاة، لان مثل هذا الامر قد يصدر عن ولد لا يرتقي اليه أي عيب في التربية<sup>208</sup> ولكن في الوقت الحاضر حيث اصبح الفتيان والفتيات يتمتعون بحرية اوسع مما كانت عليه الحال سابقا واصبحت سلطة الوالدين دون ما كانت عليه سابقا وامكانية مراقبة اولادهم محدودة، واصبحوا يعفون من المسؤولية في احوال ما كانوا ليعفون منها في السابق، ويلاحظ وفي سياق المشرع العراقي انه قصر المسؤولية عن ضرر الصغير على الاب والجد فقط دون غيرهما ذلك طبقا للمادة (218) من القانون المدني العراقي ومع ذلك فان المشرع العراقي قد اجاز للاب او الجد التخلص من المسؤولية<sup>209</sup>،

2207- انظر:

Borissarck – Droit civil – obligations-1- Responsabilit'e de'lictuelle – Paris- N762, P358-359.

3208- يلاحظ: الاستاذ: خليل جريج - النظرية العامة للموجبات المصدر السابق ص 218 وانظر كذلك: قرار محكمة التمييز في شباط 1936 دالوز الاسبوعي 9360/180 حيث اعتبر الاب المقيم في الهند الصينية مسؤولا عن عمل ولده القاصر الذي ارسله لطلب العلم في فرنسا قدم على اغواء فتاة بصورة غير مشروعة، اورده خليل جريج - المصدر السابق - الصفحة ذاتها.

1209- انظر: الاستاذة: أقدس صفاء - المسؤولية عن الضرر الناشيء من الفعل الشخصي للصغير. رسالة ماجستير - مقدمة الى مجلس كلية الحقوق - جامعة النهريين - 2006، ص 106، ويلاحظ هذ الفرق لدى المشرع العراقي اذ انه قصر المسؤولية على الاب او الجد في حين ان المشرع الفرنسي جعلها في مواجهة الاب والام. وكذلك المشرع المصري

ونصل بعد هذه الدراسة الى نتيجة هامة هي ان متولي الرقابة او المسؤول (سواء كان ابا او اما او جدا او أي شخص اخر حسب ما تحدد: القوانين المدنية) يستطيع التخلص من المسؤولية باتخاذ احدى الطرق التالية:

أ- اثبات كونه اتخذ الحيطة والحذر في واجب الرقابة الملقى على عاتقه أي انه سلك مسلك الرجل المعتاد في القيام بما فرضه عليه القانون او الاتفاق، وبذلك لا ينسب اليه خطأ يذكر.

ب- اثبات ان الضرر الذي سببه من كان واجب عليه رعايته (مثل الصغير او المريض او من يعاني عاهة عقلية او جسدية) كان لابد واقعا وفق المجرى العادي للامور او بالاحرى كان قضاءا وقدر لا دخل لسلكه فيه، وبذلك يخرج الضرر عن مسؤوليته ولا ينسب اليه أي خطأ سواء كان الخطأ في الرقابة مثل القانون المدني العراقي او كان الخطأ في الرقابة او التربية او الرقابة والتربية معا كما هو الحال في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي.

ج - اثبات ان الشخص الذي احدث ضررا لا يحتاج الى عناية او رقابة باعتباره بالغاً سنّاً معينة مثل بلوغه سن الرشد [ انظر المادة 106 من القانون المدني العراقي] فاذا ما احدث الولد (الذكر او الانثى) ضررا للغير فلا يجوز اعتبار ان الولد يعيش في كنف والده دليلا

---

اما المشرع اللبناني فقد قصرها على الاوصياء والاولياء انظر المصادر التالية: د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني. المصدر السابق ص 782 و 785 حيث ان المسؤولية او الواجب يقع على عاتق الاب حسب قانون الاحوال الشخصية المصري، ثم تنتقل بعد ذلك على غيره ممن يضطلع برعاية الصغير ورقابته سواء اتم هذا الانتقال بحكم القانون او بمقتضى اتفاق، وتقوم هذه المسؤولية (كما علمنا) على خطأ مفترض في الرقابة في جميع الحالات ولو كان متولي الرقابة ابا او اما، كذلك انظر: (Borisstarek – Droit civil – obligations-1) وكذلك ينظر: القاضي يوسف نجم جبران - النظرية العامة للموجبات المصدر السابق - ص 101 حيث اعتبر ان الوالد الطبيعي والوالد المتبني والوالدة الطبيعية والوالدة المتبنية مسؤولون عن اعمال اولادهم التي تسبب ضررا للغير.

على اخلال الاب بواجب الرقابة ذلك لان مسبب الضرر (الولد) بالغ  
لسن الرشد، اما اذا كان صغيرا والذي هو دون سن السابعة من  
العمر فانه يكون معفى من أية مسؤولية<sup>210</sup>.

## المبحث الثاني

### الدفع بمشروعية الفعل الضار

عندما ينص القانون على أن فعلاً معيناً لا يشكل خطأ فتكون ممارسته  
لحق مشروع، فإذا أحدث ضرراً للغير ضمن حدود حسن النية اعتبر  
الضرر مشروعاً، أي نتيجة طبيعية لممارسة هذا الحق، فلا يترتب  
موجب التعويض عنه على عاتق الفاعل، كما أن الفعل ذاته يمكن أن لا  
يتصف بصفة الخطأ بالنظر إلى طبيعته فيشكل تصرفاً عادياً ومألوفاً  
ومتفقاً مع الأنظمة والأحكام القانونية فلا مسؤولية على من صدر

---

1210- انظر: جاسب سلمان طاهر - مسؤولية الاحداث وتدابيرهم في  
القانون العراقي والقانون المقارن - بحث قانوني - مقدم الى مجلس  
المعهد القضائي -1988 منشور في مجلة العدالة العدد الرابع السنة  
الرابعة - بغداد، مطابع اوفسيت الزمان 1978، وانظر كذلك النصوص  
المتعلقة بمراقبة الاحداث في قانون رعاية الاحداث العراقي رقم 64  
لسنة 1972 كذلك د. سليمان مرقس في تعليقه على المادة (173) مدني  
مصري. في الوافي في شرح القانون المدني - المصدر السابق ص 786  
و 778.

عنه..وان أحدث ضرراً للغير<sup>211</sup>، وإذا كان الأصل في التعدي أن يعتبر عملاً غير مشروع<sup>212</sup>، ولكن القانون لا يعتبر العمل غير المشروع يوجب التعويض ويرى انعدام صفة الخطأ والقانون إذ يفعل ذلك إنما يقدر وجود ظرف يدفع عن الفاعل الالتزام القانوني الذي يبدو مغللاً به<sup>213</sup>، فإذا قطع لص الطريق على أحد المارة فرماه بعيار ناري جرحه أو أرداه قتيلاً فإنه لا يعتبر مخطئاً (الرامي) ولا يعتبر سلوكه تعدياً يقيم المسؤولية قبله لأن الإنسان العادي كان يتصرف على هذا النحو لو وجد في ظروف مماثلة لظروف الرامي<sup>214</sup>، وحتى لو فرضنا أن الدائن وفي إطار المسؤولية التقصيرية أثبت وقوع التعدي من المدين، رجع عليه بتعويض الضرر الذي أحدثه هذا التعدي، إلا أن المدين يستطيع أن يزيل عن التعدي صفة عدم المشروعية، فيقلبه إلى عمل مشروع لا يوجب مسؤوليته إذا هو أثبت أنه وقت أن ارتكب هذا العمل كان في إحدى حالات ثلاث هي: حالة الدفاع الشرعي (etat Le Legitime) أو حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس (execution L'un orLre emanant L'un Superieur) أو حالة الضرورة (etat Le necessite) وسندرس هذه الحالات تباعاً على مدى ثلاثة مطالب نخصص المطلب الأول من هذا المبحث لدراسة حالة الدفاع الشرعي والمطلب الثاني لدراسة حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس تجب طاعته أما المطلب الثالث فيخصص لدراسة حالة

1211- انظر: د. مصطفى العوجي- القانون المدني- المسؤولية المدنية- الجزء الثاني- ط 2- منشورات الحلبي الحقوقية- 2004- ص 349.

2212- د. أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- المصدر السابق- ص 305- نبذة 448.

3213 - انظر: أ.د عبد المجيد الحكيم مع أ. عبد الباقي البكري، أ. محمد طه البشير- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي- مصادر الالتزام- المصدر السابق- ص 222.

1214- انظر: د. مصطفى محمد الجمال- القانون المدني في ثوبه الإسلامي- مصادر الالتزام- ط 1- بلا سنة طبع- الفتح للطباعة والنشر- الإسكندرية- ص 542- نبذة 400.

الضرورة ثم نضيف مطلباً رابعاً لدراسة حالات أخرى لا يكون فيها التعدي موجباً للمسؤولية، وعلى النحو الآتي:

## المطلب الأول

### حالة الدفاع الشرعي

**الدفاع الشرعي:** هو الأعمال التي يقصد بها الشخص رد اعتداء من الغير<sup>215</sup>، أو على الأقل أن يكون قد صدر فعل يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي<sup>216</sup>، إذ لا يلزم في الفعل المتفوق منه أن يكون خطراً حقيقياً في ذاته بل يكفي أن يبدو كذلك في اعتقاد المتهم (أو المدافع) وتصوره بشرط أن يكون هذا الاعتقاد أو التصور مبنياً على أسباب معقولة<sup>217</sup>، ويكون غير مسؤول في هذه الحالة على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وإلا أصبح

1215- راجع: جميل الشرقاوي- النظرية العامة للالتزام- الكتاب الأول- مصادر الالتزام- 1981- دار النهضة العربية- القاهرة- ص 471.  
2216- طعن جنائي: جلسة 10/4/1976 رقم 456 لسنة 46 ق 27- ص 698- أورده الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوجيز في النظرية العامة للالتزام- المصادر- الإثبات- الآثار- الأوصاف- الانتقال- الانقضاء- طبعة 2004- منشأ المصارف بمصر- ص 336.  
3217- د. مصطفى محمد جمال: مصادر الالتزام- المصدر السابق- ص 402- هامش رقم (11).

ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة<sup>218</sup>، فحق الدفاع هو حق مشروع لكل مدعى عليه ولا يستوجب المساواة المدنية<sup>219</sup>.

## الفرع الأول:

### حالة الدفاع الشرعي في المنظور الفقهي والقضائي

إن من حق الإنسان بل من واجباته أن يحافظ على حياته ويدفع الاعتداء عن نفسه وماله في وقت لا تستطيع السلطة العامة التدخل لفرض القانون والنظام، بسبب تعذر اللجوء إليها لدفع الأذى الحال في الوقت المناسب وإزاء هذه الحقيقة فقد اعتبرت التشريعات الجنائية ومنها المشرع العراقي، الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة<sup>220</sup>، وقد نص عليه قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وفي الفصل الرابع من الباب الثالث وفي المواد (42، 43، 44، 45، 46) حيث جاء في المادة (42) منه {لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي}<sup>221</sup>، لذلك فإن المسؤولية في هذه الحالة تنتفي لانتفاء

4218- أنظر المواد: (166) مدني مصري و(212) ف 4 مدني عراقي و(167) مدني سوري و(250) من قانون العقوبات اللبناني والفصل 107 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.  
5219- أنظر: محمود ابن الشيخ- مجلة الالتزامات والعقود التونسية معلقاً على فصولها بأحكام القضاء- 1966- ص 46- ف 6.  
1220- ينظر: عبيد نايل عواد- موقف القضاء العراقي من تجاوز حق الدفاع الشرعي- بحث قانوني مقدم إلى مجلس العدل لنيل الترقية إلى الصنف الأول من صنوف القضاة- 2003- ص 1.  
2221- انظر: المادة (42) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969، كذلك قارن مع المادة (32) من القانون المدني الألماني لسنة 1975.. إذ جاء فيها: (من ارتكب فعلاً استعمالاً لحق الدفاع الشرعي لا يعتبر فعله مخالف للقانون).

التعدي.. وهذا يعني أن الدفاع الشرعي لا يعتبر اعتداءً بل هو رد اعتداء أجازته القانون<sup>222</sup>، ومن مميزات حق الدفاع الشرعي:-  
 أ- إن حق الدفاع عن النفس يمثل في الوقت ذاته الحفاظ على نظام الطمأنينة والسلامة العامة إذا كانت معونة السلطة غير متيسرة وقت الاعتداء<sup>223</sup>.

ب- في حالة الدفاع الشرعي نكون أمام مصلحتين.. الأولى: هي مصلحة المعتدي، والثانية: هي مصلحة المعتدى عليه، وقد قدم القانون مصلحة المعتدى عليه وجعل مصلحة المعتدي غير جديرة بالحماية ثم أن في الدفاع الشرعي لا يوجد اعتداء على مصالح المجتمع بل العكس هو الصحيح<sup>224</sup>.

ج- أن الدفاع الشرعي هو واجب اجتماعي يفرضه الحرص على حماية الحقوق ذات الأهمية الاجتماعية، وليس هدفه تخويل المعتدى عليه سلطة توقيع العقاب على المعتدي أو الانتقام منه وإنما هدفه مجرد وقاية الشخص من الخطر الذي يتعرض له<sup>225</sup>.

### **الأثر المترتب على استعمال حق الدفاع الشرعي في الحقل المدني**

تقتضي المادة (212) من القانون المدني العراقي بأنه: {1-الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها. 2-فمن أحدث ضرراً وهو في

3222- ينظر: د. عبد المنعم يحيى جواد- الخطأ في المسؤولية التقصيرية- أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد- كلية القانون 1999- ص 183.  
 4223- لاحظ: د. ضياء الدين مهدي حسين الصالحي- حق الدفاع الشرعي في القانونين العراقي والألماني- بحث قانوني منشور في مجلة القانون المقارن الصادرة عن جمعية القانون المقارن العراقية- ع 23- س 1994- ص 61.

1224- راجع: د. سمير الجنزوري- الأسس العامة لقانون العقوبات- مقارناً بأحكام الشريعة الإسلامية- القاهرة- 1977- ص 198.  
 2225- د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم العام- سنة 1977- ص 191.

حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسؤول على ألا يجاوز في ذلك القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة}.

يتضح من هذا النص أنه إذا كان الشخص في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن نفس غيره فإنه لا يكون مسؤولاً، كما يتضح أيضاً أن المسألة تتعلق برفع المسؤولية دون رفع الضرر عن المعتدي (المهاجم) وذلك لأن الدفاع الشرعي يعتبر سبباً من أسباب الإباحة التي يتحول فعل المعتدي بموجبها إلى فعل مباح<sup>226</sup>، إلا أن الأمر ليس بهذا اليسر إذ على مستعمل حق الدفاع الشرعي لكي يصل إلى دفع مسؤوليته بالركون إلى حق الدفاع الشرعي عليه الالتزام بشروط الدفاع الشرعي إذ بتعذر هذه الشروط أو أحدها يصبح فعله غير مشروع وهذه الشروط هي:-

**الشرط الأول:** أن يكون هناك خطر حال على نفس المدافع أو نفس غيره أي أن يكون هناك خطر على وشك الوقوع على نفس المدافع أو نفس شخص آخر غيره ولا يشترط في هذه الحالة قيام أي رابطة خاصة من قرابة أو نسب أو صداقة أو نحوها بين المدافع ومن كان مهدداً بالخطر<sup>227</sup>، ويلاحظ ومن التشريع العراقي المدني أن المشرع قصر حق الدفاع الشرعي على حالة الدفاع عن النفس سواء كانت نفس المدافع أو نفس غيره<sup>228</sup>، وقد سارت أحكام القضاء العراقي

1226- أنظر: د. عبد المنعم يحيى عواد- الخطأ في المسؤولية التقصيرية- المصدر السابق- ص 183.

227- أنظر: د. عبد المجيد الحكيم- الموجز في شرح القانون المدني العراقي- ج 1- مصادر الالتزام- ط 3- بغداد- 1969- شركة الطبع والنشر الأهلية- 1969- ص 507، وينظر أيضاً د. وحيد الدين سوار- مصادر الالتزام- الجزء الثاني- دمشق- 1991- ص 99- نبذة 715.

3228- راجع: أ.د. عبد المجيد الحكيم و أ. عبد الباقي البكري و أ. محمد طه البشير في مصادر الالتزام- المصدر السابق الذكر- ص 222، في حين يجيز قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 الدفاع الشرعي عن النفس أو المال سواء كان الخطر موجهاً إلى نفس المدافع أو ماله

على الاتجاه الذي سار به المشرع العراقي في قصره حالة الدفاع الشرعي على المدافع أو نفس شخص يتصل به برابطة القرابة، إذ علقت محكمة التمييز العراقية في قرارها المرقم 628/ هيئة عامة/ 1979 في 12/4/1980 فقد جاء فيه: {فقد أظهرت الأدلة وظروف الحادث بأن المتهم (ج) كان يستهدف من فعله الجرمي دفع واقعة المجنى عليه بالإكراه لشقيقته مما يكون فعله هذا مشمولاً بحكم الفقرة (2) من المادة (43) من قانون العقوبات الأمر الذي كان على المحكمة أن تتخذ القرار بعدم مسؤولية المتهم لأنه كان في موقف المدافع شرعاً عن شرف شقيقته<sup>229</sup>، وكذلك قضت محكمة تمييز العراق بتصديقها لقرار محكمة جنايات صلاح الدين بعدم مسؤولية المتهمين (ج و ع) عن قتلها المجني عليه (ط) لكونهما كانا في حالة دفاع شرعي استناداً لأحكام المادة (42) من قانون العقوبات<sup>230</sup>.

---

أو محدقاً بنفس غيره أو ماله، وهذا ما يتضح من نص المادة (42) منه التي تنص: (لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي ويوجد هذا الحق إذا توافرت الشروط الآتية: 1- إذا واجه المدافع خطراً حالاً من جريمة على النفس أو على المال أو اعتقد قيام هذا الخطر أو كان اعتقاله مبنياً على أسباب معقولة....)، مع ملاحظة أن قانون العقوبات العراقي وإن كان قد أباح الدفاع الشرعي عن المال إلا أنه لا يبيح القتل عمداً إلا إذا أريد به دفع الأمور التالية: 1- الحريق عمداً. 2- جنايات السرقة. 3- الدخول ليلاً في منزل مسكون أو في أحد ملحقاته. 4- فعل يتخوف أن يحدث عنه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة، لاحظ:-

نص المادة (44) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969، ويجدر عطف النظر على النصوص المقابلة للنص المادة (42) السالف الذكر وهذه النصوص هي: القانون البرتغالي في م 2367 و م 2368 والقانون التونسي والمراكشي في م 95 و 104، والمشروع الفرنسي الإيطالي في م 77 وقانون الالتزامات السويسري في م 52 والقانون البولوني في م 139 والقانون الصيني في م 149. 1229- الاستاذ عبيد نايل عواد: موقف القضاء العراقي من تجاوز حق الدفاع الشرعي- المصدر السابق- ص 17-18. 2230- مجلة القضاء- العددان الأول والثاني- سنة 1989- ص 363.

**الشرط الثاني:** يجب أن يكون الدفاع الشرعي بالقدر الضروري لدفع الاعتداء وذلك لأن أي تجاوز لحدوده يجعل المدافع في هذه الحالة قد ارتكب تعدياً يستوجب المسؤولية عنه لذلك فإنه يجب أن يكون الدفاع الشرعي متناسباً مع الاعتداء دون أي تجاوز لحدوده<sup>231</sup>، فإذا كان المدافع عن خطر حال محقق لم يتجاوز حدود الدفاع الشرعي بل كان فعل المدافع متناسباً مع الاعتداء زالت المسؤولية المدنية عن مسبب الضرر (المدافع) وتأييداً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرارها المرقم 392/ تمييزية أولى/ 1977 في 25/2/1978.. حيث جاء فيه: (أن قدوم المشتكين باتجاه المتهم بعد شجار معه وتسليح البعض فيه بالأسلحة النارية يجعل المتهم يواجه خطراً حالاً على حياته ويتعذر عليه دفعه بالالتجاء إلى السلطات العامة ويجعله في حالة دفاع شرعي حتى لو كان هو البادئ بإطلاق النار ما دامت تلك هي وسيلته الوحيدة لدفع الخطر عنه<sup>232</sup>).

وواضح أن المدافع قابل المهاجمين بنفس الوسيلة التي هجموا بها وهي وسيلة السلاح الناري إذ بعض المهاجمين قد تزودوا بالأسلحة النارية مما حدا بالمدافع أن يستعمل سلاحه الناري لصددهم وبذلك يوجد التناسب بين وسيلة المدافع ووسيلة المهاجم وهي في مثالنا السالف السلاح الناري.

**الشرط الثالث:** أن يكون مصدر الخطر فعلاً غير مشروع، لأنه لو كان الفعل مشروعاً فإنه لا يجوز مقاومته في هذه الحالة بحجة الدفاع الشرعي... فمثلاً الشرطي المأمور بإلقاء القبض على المتهم الهارب ليس له مقاومة هذا الأمر بحجة أن هذا الفعل يعرضه للخطر، لأن

3231- أنظر: د. ضياء الدين مهدي حسين الصالحي- حق الدفاع الشرعي في القانونين العراقي والألماني- المصدر السابق- ص 98.

1232- أنظر: مجموعة الأحكام العدلية- العدد الأول- السنة التاسعة- ص 187.

مصدر الخطر في هذه الحالة مشروع لذلك يجب عليه تنفيذ هذا الأمر<sup>233</sup>. وإذا ما تحققت الشروط المذكورة سلفاً فإن المدافع يكون في حالة دفاع شرعي فلا يكون مسؤولاً في هذه الحالة لا مسؤولية جنائية ولا مسؤولية مدنية<sup>234</sup>.

أما إذا لم تتحقق هذه الشروط المذكورة فستستقر مسؤولية المدافع، فعلى سبيل المثال إذا تخلف الشرط الأول وهو شرط وجود خطر حال محقق للمدافع يكون المدافع قد ارتكب اعتداء على الغير يحق به مقاضاته<sup>235</sup>، ذلك لأن علة الإباحة في بادئ الأمر موجودة وبالتالي عدم مسؤوليته عن فعله كان بسبب تعرضه (المدافع) لخطر غير مشروع وهذا يعني بالجريمة هنا تكييفاً قانونياً منصباً على الاعتداء المحتمل، والاعتداء المحتمل هو الخطر غير المشروع الحال بعينه<sup>236</sup>.. ولا نقول أن على المدافع أن يعي هذه الشروط عند إقباله على درء خطر محقق لأن ذلك يفوت الغاية من حق الدفاع الشرعي وهي منح العذر للمدافع كونه كان في وضع يتشتت فيه التفكير ويصبح موقفه أقرب إلى المضطر.

2233- د. عبد المجيد الحكيم- الموجز في شرح القانون المدني العراقي- المصادر- المصدر السابق- ص 508.

3234- الأستاذة أقدس صفاء الدين- المسؤولية عن الضرر الناشئ من الفعل الشخصي للصغير- رسالة ماجستير- مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة النهدين- 2006- ص 97.

4235- أنظر على سبيل المثال: لحالة تخلف شرط وجود خطر محقق حال في سلوك المدافع، قرار محكمة التمييز العراقية ذو الرقم 288 جنايات 1976 في 2/5/1976 جاء فيه: ((إذا هوجم المتهمين من قبل المجنى عليه ودافعوا عن أنفسهم دون سابق = = اتفاق فإن مجاوزة أحدهم لحق الدفاع الشرعي بملاحقة المجنى عليه وإصابته من الخلف دون سابق تجعله وحده متجاوزاً حق الدفاع الشرعي)). أنظر مجموعة الأحكام العدلية- العدد الثاني- السنة السابعة- ص 378.

1236- أنظر: د. محمد مصطفى القلبي- المسؤولية الجنائية- 1948- ص 315، كذلك الأستاذ محسن ناجي المحامي- الأحكام العامة في قانون العقوبات- ط 1- 1974- ص 241.

فالمزاج والعصبية والقهر والغيرة والشفقة ومدى تصديق المدافع ومدى درجة العواطف لدى المدافع وحالة المكان او طبيعته كل هذه ظروف شخصية وموضوعية خاصة لكل حالة من حالات الدفاع الشرعي وتراعى جميعها عند النظر في كل قضية على حدة<sup>237</sup>، وإضافة إلى القضاء فإن نصوص القانون المدني المقارن تؤكد على حق المدافع في الدفاع عن نفسه لصد الاعتداء إلا أنها تشدد على ألا يجاوز المدافع في دفاعه القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة<sup>238</sup>، ذلك لأن الدفاع الشرعي ما هو إلا استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال عن جريمة على النفس أو المال عند عدم وجود وسيلة أخرى لصدّه ويتعذر الالتجاء إلى السلطة العامة للحيلولة دون الخطر الحال، إذ الحقوق ومنها حق الدفاع الشرعي مسببات راجعة إلى الله تعالى فالعبد لا يملك شيئاً إلا ما حباه الله به أنعاماً وتفضلاً منه سبحانه في تقييد الحقوق ومنع التعسف في استعمالها، والإنسان لا يلزم بالتعويض عن ضرر سببه للغير إلا إذا كان هذا الضرر غير مشروع فالمدافع عن نفسه أو عن أمواله أن هو أنزل بعمله ضرراً بالغير لا يستوجب عليه التعويض إذا كان عمله مشروعاً، ولا يكون هذا العمل مشروعاً إلا إذا نتج عن فعل يقصد به فاعله رد الأعتداء عنه فالباديء أظلم والشخص الذي يعتدي على الغير يكون مخطئاً، فمن الطبيعي أذن أن يرد المعتدى عليه الأعتداء عنه بأعتداء مماثل وفي رده للأعتداء الموجه ضده يكون مستعملاً لحقه ويكون في

2237- القاضي عبيد نايل عواد: موقف القضاء العراقي من تجاوز حق الدفاع الشرعي- المصدر السابق- ص 28.

238-3- قارن: المادة (166) من القانون المدني المصري إذ تنص..((.....على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة))، ومثلها المادة (212 ف 2) من القانون المدني العراقي والمادة (167) من القانون المدني السوري، والمادة (169) من القانون المدني الليبي، والمادة 104/95 مدني تونسي ومدني مراكشي.

خدمة القانون<sup>239</sup> إذ القانون يحمي المدافع وضمن نصوص مقننة من عبء المسؤولية فعلى سبيل المثال نرى المشرع العراقي وفي مادته 212 بالتحديد التي تناولت الناحية المدنية في مسألة الدفاع الشرعي الذي يفترض فيه أن المضرور قد بدأ يحدث الضرر بالأعتداء غير المشروع وأن هذا لا يعتبر من ثم متعدياً إذا أراد أن يدفع عن نفسه أو عن غيره هذا الخطر الحال غير المشروع، لأنه لا يستطيع دفعه بغير وسيلة الأعتداء مادام لا يجاوز مقتضيات الدفاع فإذا جاوزها فلا شك أنه يكون متعدياً وأن كان يخفف على المدافع بتعويض تراعى فيه العدالة في حالة مجاوزة حدود الدفاع وهذا معناه أن المدافع عن نفسه أو عن الغير كثيراً ما لا يملك نفسه بحيث يطلب منه تقدير ما يتطلبه منه الموقف تقديراً دقيقاً يراعى فيه التناسب بين الخطر الذي يتهدهه والوسيلة التي يدفع بها هذا الخطر فإذا تعدى بحسن نية حدود الدفاع الشرعي كان من المعقول أن يكتفي بالنسبة إليه بتعويض غير كامل<sup>240</sup>

1239- أنظر : حبيب فارس نور - الغش والتواطؤ في القانون الفرنسي والقانون اللبناني - 1989 ص 31 ، وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني اللبناني لم يذكر حالة الدفاع الشرعي أسوة ببقية أقرانه من التشريعات المدنية العربية مثل القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي والقانون المدني السوري، ويمكن القول أنه يجوز الرجوع إلى المادة 241 في الحقل التعاقدى لتبرير أعدام المسؤولية لمن يستعمل حق الدفاع الشرعي وتقضي هذه المادة بشرط الإلغاء المقدر في جميع العقود المتبادلة إذا لم يتم أحد المتعاقدين بإيفاء ما يجب عليه ولم يكن في وسعه أن يحتج بأستحالة التنفيذ ففي العقود المتبادلة أي الملزمة للفريقين فإن كل فريق يكون ملزماً تجاه الفريق الآخر على وجه التبادل وبمقتضى الأتفاق المعقود بينهما وسبب موجب أحدهما يكون في الموجب المقابل للآخر فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بإيفاء ما يجب عليه ولم يكن في وسعه أن يحتج بأستحالة التنفيذ يكون بمقدور المتعاقد الآخر أن يحتج بألغاء العقد تلافياً للضرر : أنظر حبيب فارس نور - الغش والتواطؤ في القانون الفرنسي وفي القانون اللبناني - المصدر السابق ص 30 و 31 .

1240- أنظر في هذا المعنى : د. محمود سعد الدين الشريف - شرح القانون المدني العراقي - نظرية الألتزام - المصدر السابق- ص 381 نبذة 391 .

والملاحظ أن القانون المدني قد أحال فيما يتعلق بمعرفة شروط الدفاع الشرعي إلى القانون الجنائي، فقد أوضح المشرع المصري بخصوص نص المادة (166) من القانون المدني المصري بأن الشروط التي يعول عليها في بيان حق الدفاع الشرعي هي ذاتها الشروط الواردة في قانون العقوبات المصري (المادة 251 من قانون العقوبات المصري) وهذا على حد ما أنتهت إليه لجنة المراجعة للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، ولهذا يجب الرجوع إلى ما نص عليه قانون العقوبات المصري عن حالة الدفاع الشرعي الذي به تمحى المسؤولية<sup>241</sup> وقد جاءت القوانين المدنية تبعاً في بيان حالة الدفاع الشرعي وأثرها في محو المسؤولية المدنية إلا أنها لم تتفق في تحديد الحال الذي يكون عليه محدث الضرر أو بالأحرى مستخدم حق الدفاع المشروع فنرى مثلاً على ذلك أن المشرع التونسي في المادة (104) من القانون المدني التونسي والمشرع المراكشي في المادة 95 منه قد بين حالة الدفاع الشرعي على كونها حالة يبرز فيها عنصر الإجمار أي الحالة التي ينعدم فيها الاختيار فجاء النص المدني مفاده أن الدفاع الشرعي هو حالة يجبر فيها الشخص على العمل لدرء اعتداء حال غير مشروع موجه إلى شخصه أو ماله أو موجه إلى شخص الغير أو ماله، كما اختلف التقنين الألماني في الوضع أو الحال الذي يكون عليه المدافع وقصر الحالة على ((الفرض)) فنص في المادة 227 من التقنين المدني الألماني بأن الدفاع الشرعي يكون في حالة ((كل عمل يفرض على الشخص جبراً في سبيل الدفاع عن النفس لا يعتبر مخالفاً للقانون<sup>242</sup> وبلا حظ على التقنين المدني التونسي والتقنين المدني

241- راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 - ص 370 .

1242- أنظر في كل ما تقدم : د. حسين عامر مع د. عبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - التقصيرية والعقدية - ط 2 - 1979 - دار المعارف - بمصر - ص 167 نبذة 237 هامش رقم (1) .

المراكشي قد مزجا بين حالة الدفاع الشرعي وحالة الأكراه فلدينا المشرع العراقي يشير إلى عنصر الأجرار في تعريفه للأكراه فنص في المادة (112 ف 2) على أن الأكراه : هو أجرار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ، ولا نجد مبرراً لهذا المزج إذ كان على المشرعين التونسي والمراكشي قصر نفي وصف الخطأ على من كان في حالة مواجهة خطر محقق حال لا يستطيع أمامه طلب نجدة السلطة العامة والنقد نفسه يوجه إلى المشرع الألماني في المادة ( 227) منه إذ التعبير الأفضل هو ما أنتهجه المشرع العراقي إذ قال [من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي...] دون بيان الوضع الذي يكون عليه مستعمل حق الدفاع الشرعي أي كونه في وضع يد شيء له أو كان تحت نفوذ الإجرار أو كان الحادث مفروضاً عليه دون الفرار منه، فالمشروع الألماني قد قصر تحقق الدفاع الشرعي على شروط معينة منها أن يكون الشخص مجبراً أي يعدم الإختيار لديه ونلاحظ على نص المشرع الألماني انه لم يبين مسألة تجاوز حدود الدفاع الشرعي بخلاف المشرع العراقي الذي ألزم من تجاوز حدود الدفاع الشرعي بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة. إلا أن المشرع العراقي لم يتلافَ النقص إذ كان عليه الإشارة إلى حق الدفاع الشرعي لصالح الأموال التي تعود للمدافع فنص المادة 212 ف 2 لا يشير من قريب ولا من بعيد على حق الدفاع الشرعي عن الأموال التي تعود للمدافع فجاء النص خالياً من الإشارة لذلك [...] وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسؤول...] وكان عليه [أي المشرع العراقي] أن ينحو منحى بعض التشريعات الغربية وأن يتأثر بها على سبيل المثال المشروع الفرنسي الإيطالي إذ لم يفت على المشرع الفرنسي الإيطالي مسألة الدفاع الشرعي عن أموال المدافع والاستفادة من الدفاع الشرعي وذلك بتوسيع رقعة هذا الحق ليشمل الدفاع عن أموال من له حق الدفاع الشرعي فجاءت المادة (72 ف 1)

من المشروع الفرنسي الإيطالي بشمول الدفاع الأموال العائدة للمدافع<sup>243</sup> وكذلك نص المادتين 104/95 من القانونين التونسي والمراكشي<sup>244</sup>. وبظهر في ما سبق ذكره التأهيل القانوني لحالة الدفاع الشرعي فالنفس عموماً والأموال خصوصاً تدخل ضمن حق الدفاع الشرعي، ومتى ما تبين للمحكمة توافر شروط الدفاع الشرعي فأنها تقضي ببراءة من أستعمل هذا الحق مما يكون قد نسب إليه ما أحدثه بالمعتدي وبالتالي لا يلزم المدافع بتعويض عما يكون قد حدث بالمعتدي من أضرار إلا إذا كان قد تجاوز بنية سليمة حدود حق الاعتداء والمساءلة المدنية لا تنتفي في حالة الدفاع الشرعي إلا إذا كان المدافع قد أقتصر على القدر الضروري اللازم لدفع الخطر<sup>245</sup>، ولو لم يقع الاعتداء أو العمل الضار فعلاً بل كان مجرد تصور قام في ذهن المدافع فإنه يرفع المسؤولية المدنية عن المدافع وعلى ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه [لا يشترط في القانون لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد وقع اعتداء على النفس أو المال بالفعل، بل يكفي أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء وتقدير الدافع أن الفعل يستوجب الدفاع من شأنها أن تبرير ذلك ومادامت العبرة في التقدير بما يراه الدافع في ظروفه التي يكون فيها، فأن رأي المحكمة وهي تصدر الحكم في الدعوى يجب إلا يحسب به حساب في ذلك، وإذن فقول الحكم بأن المتهم لم يصب لا هو ولا أحد من الأهالي بأية أصابة وأن قصد العساكر المجنى عليهم من إطلاق النار وتصويب البندقية إليه كان مجرد التهديد هذا القول على إطلاقه لا

1243- أنظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج 1- نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - ط 2- دار النهضة العربية - 1964 - ص 892 نبذة 532 هامش رقم (1) .  
2244- راجع : حسين عامر مع د. عبد الرحيم عامر - في المسؤولية المدنية - المصدر السابق ص 167 .  
3245- ينظر د. حسين عامر مع د. عبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - المصدر السابق - ص 210 و 211 نبذة 243 .

يصلح سبباً لنفي ما تمسك به المتهم من أنه لو كان أعتقد في الظروف التي كان فيها أن العيار الذي أطلق كان مقصوداً به أصابته أو أصابة أحد ممن كانوا معه بمحل الواقعة لكان أعتقاده له ما يبرره ولكان كافياً في تبرير فعل القتل الذي وقع منه<sup>[246]</sup>.

## الفرع الثاني

### الدفاع الشرعي في المنظور الإسلامي

جاء في القرآن الكريم قوله تعالى [فمن أعتدى عليكم فأعتدوا عليه بمثل ما أعتدى عليكم]<sup>[247]</sup> ، وقد بحث فقهاء الشريعة الإسلامية الدفاع الشرعي تحت عنوان (دفع الصائل) حيث سمي المعتدي (الصائل)

---

1246- نقض جنائي مصري -محاماة - 25 - ص 493 - أورده فريد فتیان -  
مصادر الألتزام - شرح مقارن على النصوص - 1957 مطبعة العاني -  
بغداد ص 301 .  
1247- سورة البقرة آية 194.

والمعتدى عليه في نفسه (بالمصول عليه)<sup>248</sup> وتعرف الشريعة

الإسلامية نوعين من الدفاع الشرعي :-

أ- **الدفاع الشرعي العام** :- وهو ما يسمى بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

ب- **الدفاع الشرعي الخاص** :- وهو ما يطلق عليه دفع وهو ما

يقابل الدفاع الشرعي (في القانون الوضعي) وقد أقرت الشريعة الإسلامية استعمال حق الدفاع الشرعي لدفع الأعتداء بالقوة اللازمة لحماية النفس أو المال أو العرض وقد أتفق الفقهاء المسلمون على أن الدفاع الشرعي يكون واجباً في حالة الأعتداء على العرض، فإذا أراد رجل أن يزني بأمرأة ولم يكن من الممكن دفعه إلا بالقتل فأن قتله يكون واجباً على المرأة ويكون واجباً على من يشهد على الأعتداء ويكون في مقدرته دفعه<sup>249</sup> وإذا قتل المدافع الصائل (المهاجم) فلا دية (تعويض) يتحملها الأول (المدافع) وترتفع عنه المسؤولية ولا يلتزم بأداء الدية وسندنا في ذلك ما روي عن النبي محمد صلى الله عليه وآله وسلم ((أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: يارسول الله أرأيت أن جاء رجلاً يريد أخذ مالي، قال فلا تعطيه، قال أرأيت أن قاتلني قال : فأقتله، قال أرأيت أن قتلني، قال فأنت شهيد، قال : أرأيت إن قتلته، قال هو في النار))<sup>250</sup> علماً أنه كما هو الحال في القانون الوضعي فإن الشريعة الإسلامية قد قيدت حق الدفاع الشرعي

2248- أنظر : عبيد نايل عواد - موقف القضاء العراقي من تجاوز حق الدفاع الشرعي - المصدر السابق ص 9، وإيضاً د. رعد آدم عبد الحميد - المسؤولية المدنية لرجل الشرطة - رسالة دكتوراه - مقدمة إلى جامعة بغداد 2006 ص 191 .

3249- راجع : د. أحمد فتحي بهنسي - المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي - القاهرة - 1969 - ص 186 .

1250- رواه مسلم في الإيمان ، وأورده الشيخ منصور علي ناصف في مؤلفه التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول - جامع الأزهر - الجزء الثالث - ط 4 - 1406 هـ - 1986 م - دار أحياء التراث العربي - كتاب الحدود - الباب الثالث - ص 170 .

بمنع التعسف فيه ومثال ذلك (رجل أراد أن يخلق لحية رجل ليس له أن يقتله، ولو أراد أن يخلع سنه له أن يقتله، هذا إذا قلع، أما إذا جاء بالمبرد لبرد سنه فقتله فعليه الضمان)<sup>251</sup> ويستفيد من حق الدفاع الشرعي كل من باشره وفق ما أقره الشرع الإسلامي وتكمن الاستفادة من الدفاع الشرعي في أثره إذ أن حق الدفاع الشرعي هو مانع للسبب بحيث يقود حق الدفاع الشرعي إلى أبطال السبب الحقيقي للعقاب وهو الجريمة، وتحويلة إلى سبب صوري فلا يبقى له أثر فعلي حتى يترتب عليه الحكم<sup>252</sup>، ومن هذا المنطلق تتجلى لنا أحقية الدفاع الشرعي، فالفقه الإسلامي يبيح للإنسان أن يدفع عن نفسه وحرime وماله ما أستطاع ويجب أعتماا الأسهل، فلو أندفع الخصم بالصياح، أقتصر عليه، وأن كان في موضع يلحقه المنجد وأن لم يندفع عول على اليد، فأن لم تغن فبالعصا، فأن يكفي فبالسلاح، وبذهب دم المدفوع هدرأ، جرحاً كان أو قتلاً<sup>253</sup> والدليل على شرعية حق الدفاع الشرعي ما جاء في القرآن الكريم قوله تعالى [ومالكم لا تقاتلون في سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين يقولون ربنا أخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها وأجعل لنا من لدنك ولياً وأجعل لنا من لدنك نصيراً]<sup>254</sup> وقوله تعالى [والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا وأصلح

251- أنظر : مجمع الضمانات - أبو محمد غانم ابن محمد البغدادي - المطبعة الخيرية - القاهرة - 1308هـ - ص 166 .

252- أستاذنا د. مصطفى إبراهيم الزلمي - موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية 2002 - الدار الجامعية للطباعة والنشر - ص 324 .

253- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام - للمؤلف أبو القاسم جعفر بن الحسن الهذلي - المعروف بالمحقق الحلبي - من فقهاء المذهب الجعفري توفي سنة 676هـ - 1277م - الجزء الرابع - الباب الثالث في الدفاع - مؤسسة مطبوعاتي أسماعليان - ص 177 أو 178 .

254- النساء آية 75 .

فأجره على الله أنه لا يحب الظالمين<sup>255</sup> وبذلك يكون الدفاع عن حرمت الآخرين المؤكدة (النفس، والعرض، والمال) كما أن الدفاع عن حرمت الفرد نفسه سائغ، بل واجب فأيات الذكر الحكيم تأمر بإقامة القسط وردع الظالم بأية وسيلة ممكنة<sup>256</sup> ومن القواعد الفقهية الدالة على حق الدفاع الشرعي، قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات)<sup>257</sup> لذا جاز دفع الصائل ولو أدى إلى قتله، ولو عم الحرام قطراً بحيث لا يوجد فيه حلال إلا نادراً فإنه يجوز أستعمال ما يحتاج إليه، ولا يقتصر على الضرورة<sup>258</sup>، ويتسع نطاق القاعدة الفقهية المذكورة أعلاه ليشمل المحظورات من الأشياء المملوكة للغير، فمن أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه وأن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه ويتخرج على ذلك مسائل منها لو صال عليه حيوان آدمي أو بهيمة فدفعه عن نفسه بالقتل لم يضمنه ولو قتل حيواناً لغيره في مخمصة ليحيي به نفسه ضمنه<sup>259</sup>، وينبغي القول : أن الدفاع الشرعي يراعى فيه التدرج في دفع الأذى ومثال ذلك في مسألة أثبات البينونة للزوجة سواء كانت بينونة صغرى وهو ما جاز للزوج التزوج بمطلقة بعقد جديد أو بينونة كبرى وهي ما خرج فيه على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها متفرقات ومضت عدتها<sup>260</sup> فإن أدعت الزوجة البينونة حفظاً لبضعها من

2255- الشوري آية 39 - 40 .

3256- أنظر : أحكام المعاملات - مطابق لفتاوى المرجع الديني آية الله

العظمى السيد محمد تقي المدرسي - المرجع السابق - ص 51 .

4257- المادة (21) من مجلة الأحكام العدلية .

5258- يراجع : الأشباه والنظائر - للمؤلف جلال الدين عبد الرحمن بن أبي

بكر بن محمد السيوطي ت 911هـ - 1505م من فقهاء الشافعية -

القاعدة الأولى - الكتاب الأول - القواعد الفقهية - دار الكتب العلمية -

ص 84- ص 85 .

6259- القواعد لأبن رجب - أبو الفرج عبد الرحمن أحمد المعروف بأبن

رجب الحنبلي ت 795هـ - 1293 م - القاعدة السادسة والعشرون - دار

المعرفة للطباعة - ص 36 - 37 .

1260- أنظر المادة (38) فقرة -أ- وفقرة - ب - من قانون الأحوال

الشخصية رقم 188 لسنة 1959.

الزنا وتوابعه من الخلوة وغيرها، فإن نكلت عن اليمين فسلمت إليه فراودها عن نفسها لزمها منعه بالتدرج إن قدرت فإن لم تقدر عليه و قدرت على قتله في أول الأمر لزمها ذلك<sup>261</sup> وأعلم أن الأمور التي أستباحها الدفاع الشرعي محدودة، فهي لا تتجاوز حفظ الدين والنفس، والعقل والنسب والمال وهذه هي الضرورات، فهي عند الأصوليين تعني الأمور التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين<sup>262</sup> ولما سبق ذكره من أسباب ملزمة بالأخذ بالدفاع الشرعي فإن للمرء قتل ما صال عليه من آدمي أو بهيمة ولم يندفع إلا بالقتل أجماعاً لقوله تعالى [ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة] فلو سقط زق على رأس إنسان فأنحرف لم يضمن كالصائل وقيل: يضمن كالمضطر، ولو سدت بهيمة باب بيت جاز للمضطر قتلها أن لم تندفع إلا به ولا ضمان كالصائل وقيل يضمن كالمضطر<sup>263</sup>.

## المطلب الثاني حالة الضرورة

- 
- 261- ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام - أبو محمد عز الدين عبد العزيز عبد السلام - من فقهاء المذهب الشافعي ت 660هـ - 1262م . فصل في بيان جلب المصالح ودرء المفاصد على الظنون - دار الكتب العلمية للطباعة - ص 28 .
- 3262- أنظر لهذا المعنى :- الموسوعة الفقهية - تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت - الفقه المقارن - مطبعة وزارة الأوقاف الكويتية - الجزء الثامن والعشرون - ص 208 .
- 4263- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار - للمؤلف - المهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى من فقهاء المذهب الزيدي ت 840هـ - 1937م - فصل المرء إذا قتل ما صال عليه ولم يندفع إلا بالقتل - دار الكتاب الإسلامي - ص 268 - 269 .

## توطئة

### اولا : نظرة عامة :

ليست القوانين الجنائية على وفاق في اثر الضرورة على المسؤولية التقصيرية، فهناك من يجعل الضرورة سبب اباحة مما يترتب على ذلك انعدام المسؤولية المدنية في حالة الضرورة ، وبعض القوانين المدنية ترتب مسؤولية مدنية مخففة<sup>264</sup> ، والقوانين اذ تفعل ذلك ، انما تقدر وجود ظرف يدفع عن الفاعل الالتزام القانوني الذي يبدو مخلا به<sup>265</sup> ، وهذا الظرف قد يكون حالة الضرورة ، فمن اضطر (في حالة ضرورة) الى قتل او جرم صائلاً (مثلاً) خوفاً من ان يسبقه العائد ، فيقتله ، فان مسؤولية المضطر لا تتحقق في هذه الحالة<sup>266</sup> ، ولا فعله في محل اثم لقوله تعالى [ فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم]<sup>267</sup> ، وترتبط فكرة الضرورة - ارتباط لزوم - بنشأة العلاقة الانسانية ، فتدور معها وجودا وعدما ، وترتهن - دوماً - بمعايير موضوعية او شخصية للدفع بها<sup>268</sup> ، وغنى عن البيان ان فكرة الضرورة تدخل في اعداد الافكار التي اثرت منذ القدم<sup>269</sup> والمهم ان فكرة الضرورة تؤثر على المسؤولية المدنية ،

1264- ينظر : الأستاذ محمد علي صاحب حسن - نظرية الضرورة واثرها في المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة النهرين - 2000م - ص 180.

2265- راجع :- د. عبد المجيد الحكيم مع الاستاذ عبد الباقي البكري مع الاستاذ محمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام - المصدر السابق - ص 222.

3266- انظر : د. عبد الكريم زيدان - حالة الضرورة في الشريعة الاسلامية - بحث منشور في كلية الدراسات الاسلامية - بغداد - 1970 - ص 51.

4267- سورة المائدة آية 3.

1268- انظر : د. مصطفى احمد فؤاد - فكرة الضرورة في القانون الدولي العام - منشأة المعارف بمصر - 1977 - ص 9.

2269- انظر :

Charles de visser , theorie et realites en droit international public Edition A.pedone paris

اورده - د. مصطفى احمد فؤاد - فكرة الضرورة في القانون 1960 , P358

الدولي العام - المصدر السابق ص 9

باعتبار ان الضرورة سبب اباحة عند بعض القوانين كقانون العقوبات السوفيتي في المادة (14) والقانون الاسباني لسنة 1980 في المادة (62) وقانون العقوبات الفرنسي في المادة (64) وينبني على اعتبار الضرورة سبب اباحة انها تؤثر على الركن الشرعي للجريمة فتجرد الفعل غير المشروع في ذاته من صفة عدم المشروعية أي يصبح الفعل الجرمي مباحا ويترتب على ذلك امتناع المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية ، اذن في هذه القوانين تعتبر حالة الضرورة مانعا من موانع المسؤولية المدنية<sup>270</sup>.

### **ثانيا :- تعريف الضرورة لغة واصطلاحا :**

قبل بيان التعريفات الواردة في اللغة والاصطلاح ، لابد لنا من ان نعرف ما تعنيه هذه المفردة في المعنى الدارج ، فهي تعني كل شيء يبدو الإنسان بحاجة إليه ، فشراء السيارة ضروري للتغلب على مشكلة المواصلات والاستذكار ضروري للنجاح<sup>271</sup>.

### **أ- معنى الضرورة في اللغة :**

الضرورة اسم لمصدر الاضطرار<sup>272</sup> والضرر خلاف النفع ، والمضرة خلاف المنفعة والبأس والضرر بمعنى الشدة ويقال رجل ذو

3270- انظر : د. مصطفى احمد فؤاد - فكرة الضرورة في القانون الدولي العام - المصدر السابق - الصفحة السابقة.

4271- راجع : د. ابراهيم زكي اخنوخ : حالة الضرورة في قانون العقوبات - دار النهضة العربية - القاهرة - 1969 - ص 3.

1272- انظر : لسان العرب - لابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري - المجلد الثاني - دار لسان العرب - بيروت ص 525.

ضرورة وضرورة أي ذو حاجة ، واضطر الى شيء أي الجيء اليه<sup>273</sup>  
والضرور صيغة مبالغة للضرر أي بلوغ اقصى غايات الضرر<sup>274</sup>.

## ب - تعريف الضرورة في الاصطلاح:

1- في اصطلاح فقهاء الشريعة الاسلامية:

عرف الحنفية الضرورة بانها (بلوغ - أي المضطر - حدا ان لم يتناول الممنوع هلك)<sup>275</sup> كما عرفها المالكية بالقول (هي الخوف على النفس من الهلاك علما او ظنا)<sup>276</sup> ، كما عرفها الشافعي بالقول (من خاف من عدم الاكل على نفسه موتا او مرضا مخوفا او زيادته او طول مدته او انقطاع رفقته او موت او ضعف عن مشي او ركوب ولم يجد حلا يأكله ووجد محرما لزمه اكله)<sup>277</sup> وعرفها الحنابلة بالقول (هي التي يخاف بها التلف ان ترك الاكل)<sup>278</sup> ، اما عند الظاهرية ، فقد جاء في المحلي لابن حزم ما نصه (خشية الضعف المؤدي الذي اذ تمادى لادى

2273- انظر : الصحاح في اللغة والعلوم : نديم مرعشي واسامة مرعشي المجلد الثاني - دار الحضارة العربية - بيروت ص 10 وكذلك القاموس المحيط للفيروز ابادي - الشيخ مجد الريس محمد بن يعقوب الشيرازي ط 3 - المطبعة المصرية ، 1933 ج 2 ص 75.

3274- راجع : د. يوسف قاسم - نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الاسلامي والقانون الجنائي الوضعي - دار النهضة العربية ، القاهرة - 1981 ص 75.

4275- الإمام : علاء الدين عبد العزيز بن احمد البخاري - كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي - ت سنة 730هـ - دار الكتاب العربي - بيروت - ج 2 ص 323.

5276- انظر : العلامة احمد الدردير - الشرح الكبير على مختصر خليل - دار الكتاب العربي - بيروت - ج 2 - ص 115.

1277- الشيخ محمد الشرييني الخطيب - مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج - ت سنة 977هـ - شركة ومطبعة مصطفى البابي - مصر - 1958 ج 4 ص 306.

2278- ابو القاسم نجم الدين جعفر بن حسن المحقق الكلي - شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام - مطبعة الاداب - النجف الاشرف - ج 3 ص 229.

الى الموت او قطع عن الطريق وشغله حل له الاكل بما يدفع عن نفسه الموت بالجوع او العطش) <sup>279</sup>.

2 - تعريف الضرورة في اصطلاح فقهاء القانون الوضعي :

المقصود في الضرورة في هذا المجال ان يجد شخص نفسه في حالة يتهدهده فيها خطر جسيم عليه او على غيره ولا يجد وسيلة للخلاص من هذا الخطر او تفاديه الا بفعل يسبب ضررا للغير ، مثال ذلك ان يجد ربان سفينة وقد اشرفت على الغرق ولا مناص لنجاتها ونجاة من فيها من القاء بعض حمولتها في الماء<sup>280</sup> ، وقد يكون المقصود من حالة الضرورة وجود وضع مادي خطر يجوز فيه ارتكاب فعل بحد ذاته غير مشروع من اجل حماية مصلحة عليا او على الاقل مساوية للمصلحة التي تؤدي الفعل المذكور التضحية بها<sup>281</sup> والضرورة هي ما يلجىء الانسان الى ما هو ممنوع شرعا ، لحفظ دينه وعقله ونسله وامواله ، فهي حالة تطرأ على الانسان تدفعه الى اتيان الشيء المحظور حماية للضروريات المذكورة وقد جنح الفقهاء الى هذا التعميم فاطلقوا الاضطرار على الالتجاء سواء كان الملجىء انساناً او غير انسان ، فحالة الضرورة تشمل الاكراه الذي لا بد للانسان فيه ، فكلاهما يحصل فيه الالتجاء<sup>282</sup> وحالة الضرورة تعني ايضا حاجة المرء

3279- علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي - المعروف بابن حزم الظاهري - المحلى - تحقيق احمد بن شاكر المحامي - ج 7 - منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر - لبنان ص 406.

4280- انظر : د. حسن علي ذنون - النظرية العامة للالتزام - المصادر - الاحكام الاشياء - دار الحرية للطباعة - بغداد - 1976 ص 238-239.  
5281- انظر : د. حميد السعدي - شرح قانون العقوبات الجديد - دراسة تحليلية مقارنة - ج 1 - الاحكام العامة - مطبعة المعارف - بغداد - 1970 ص 315.

1282- انظر : د. محمد سعود المعيني - الاكراه واثره في التصرفات الشرعية - بحث مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي - ط 1 - 1985 - شركة معمل ومطبعة الزهراء الحديثة المحدودة - ص 37.

الى امر من الامور تدفعه الى ان يفعل ما هو ممنوع عمله<sup>283</sup>، وايضا قد تكون حالة الضرورة هي الحالة التي تعني وجود ظروف تهدد النفس او المال بخطر جسيم محقق لا سبيل الى دفعه الا بارتكاب جريمة وهي في اغلب حالاتها لا تكون الا من فعل الطبيعة<sup>284</sup> وحالة الضرورة عبارة عن فعل موجه الى البرئ دفعا للخطر الذي يهدد المضطر فيشترط في هذا الفعل ان يكون جسيما<sup>285</sup>.

### **ثالثا :- مشروعية حالة الضرورة :-**

ان المقاصد الضرورية هي المقاصد الإلهية في الاحكام الشرعية التي تقتضيها حياة الامم والمجتمعات والافراد ، بغض النظر عن الدين او المذهب او الجنس او اللون او اللغة او الزمان وسميت هذه المقاصد ضرورية لانه اذا تخلف واحد منها في ذلك المجتمع اختل نظام حياتهم وسادت الفوضى فيه وتغلب الفساد على الاصلاح ، وهذه ترجع الى خمسة انواع هي (حفظ الدين والعرض والنفس والمال والعقل)<sup>286</sup>، وتعد هذه الامور الخمسة الضرورية لقيام الدين والدنيا ولا بد من الدفاع عنها قال تعالى في القرآن الكريم [ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ]<sup>287</sup> وقال تعالى [ فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم ]<sup>288</sup> فاما عن ضرورة حفظ الدين فقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى [ والعصر ان الانسان لفي خسر الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات ]<sup>289</sup> فلا بد اذن من الحفاظ

2283- انظر : حبيب فارس تمور - الغش والتواطؤ في القانون الفرنسي وفي القانون اللبناني - 1989 - ص 13.

3284- د. فخري عبد الرزاق الحديشي - شرح قانون العقوبات - القسم العام - مطبعة اوفسيت - بغداد 1992 ص 348.

4285- انظر : سمير قزاز - حالة الضرورة في القوانين الجزائية بحث منشور في مجلة العدالة - بغداد - العدد الاول 1970 ص 92.

1286- استاذنا د. مصطفى ابراهيم الزلمي - اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد - مطبعة الفتيان - بغداد - 1998 - ص 133.

2287- سورة البقرة آية 173.

3288- سورة المائدة آية 3.

4289- سورة العصر - الآية (1-2-3).

على الدين ، ففي حالة الاعتداء على الدين ينهض الواجب الضروري لحماية الدين لقوله تعالى [وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله] <sup>290</sup> اما بالنسبة لضرورة حماية النفس ، فان الانسان - حتما - في حالة تعرضه لخطر محقق ، بدرء الخطر المواجه ، لحماية نفسه ، في صد الاعتداء والله يقول : [ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم] <sup>291</sup> واما ضرورة حماية العرض ، فإنها من الأمور الضرورية التي لا بد منها لكي تستقيم حياة البشر ويستقيم نظام العيش فالعرض لا يقوم بثمن <sup>292</sup>، وقال تعالى [ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا] <sup>293</sup> وضرورة حماية المال تنبع من كون المال عاملاً خطيراً في حياة الفرد والجماعة وهو عصب الحياة وقد استخلف الله سبحانه وتعالى الانسان فيه لعمارة الأرض واصلاحها <sup>294</sup> وجعل عقوبة لجريمة الاعتداء على المال والغش وحرم تعالى كل التجاوزات غير المشروعة على المال ، قال تعالى ( يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل) <sup>295</sup> والعقل ضرورة للانسان وحمائته من الامور التي تقتضيها الحياة ، فمن حيث الحفاظ على العقل اباح الشارع كل ما يكفل ملامة وتحريم ما يؤذيه او يضعف قوته كشرب الخمر او تناول المخدرات <sup>296</sup> وانه يعتبر من ضروريات الحياة وجاء في السنة النبوية الشريفة انه (( من قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو

5290- سورة البقرة - آية 193.

6291- سورة البقرة آية 194.

7292- انظر : عمار عباس كاظم العزام - حالة الضرورة واثرها في المسؤولية الجنائية - دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي - رسالة ماجستير - عملية الحقوق - جامعة النهرين - 2001م - ص 13.

8293- سورة الاسراء آية 32.

1294- انظر عمار عباس كاظم العزام - حالة الضرورة واثرها في المسؤولية الجنائية - المصدر السابق - ص 13.

2295- سورة النساء آية 29.

3296- انظر : عمار عباس كاظم العزام - حالة الضرورة واثرها في المسؤولية الجنائية - المصدر السابق - ص 13.

شهيد ومن قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون اهله فهو شهيد ))<sup>297</sup> ، وفي اجماع فقهاء المسلمين وعلمائهم ، فانهم ان اقتصروا في تعريفاتهم وكلامهم عن حالة الضرورة على حالة المخصصة ( ضرورة الغذاء ) فقط فانهم لم يقصدوا بذلك عدم شمول سواها من حالات الضرورة التي من الممكن قيامها<sup>298</sup> من ذلك يتضح ان الخطر في حالة الضرورة لا بد ان يعود على احدى الضروريات الخمس ، فاذا ما تعرض احد هذه الامور للتلف وتعين الفعل الممنوع لانقاذه جاز ذلك شرعاً<sup>299</sup> وبعد الانتهاء من هذه التوطئة الموجزة ، سوف نسوق الكلام عن حالة الضرورة باعتبارها حالة يزال من خلالها وصف الخطأ للفعل المسبب للضرورة ، ويكون كلامنا منقسماً الى فرعين تناقش في الفرع الاول اثر حالة الضرورة على المسؤولية التقصيرية في الشريعة الاسلامية ، اما الفرع الثاني فسوف يكرس للحديث عن اثر حالة الضرورة على المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي .

### الفرع الاول

اثر حالة الضرورة على المسؤولية التقصيرية في الشريعة الاسلامية : لا بد من تحديد موقف الشريعة الاسلامية من اثر الضرورة في المسؤولية التقصيرية ، وهذا يتطلب معرفة موقف الفقه الاسلامي من اثر الضرورة على الفعل المحرم بذاته وفي هذا الموضوع اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية ويمكن رد الخلاف الى الاتجاهات التالية :

4297- رواه اصحاب السنن ( ابو داوود والترمذي والنسائي وابن ماجه ) انظر سنن النسائي - الجوه السابع - ص 114.

5298- انظر : عمار عباس كاظم العزام - حالة الضرورة واثرها في المسؤولية الجنائية - المصدر السابق - ص 137.

6299- د . مجيد حميد العنبيكي - اثر المصلحة في التشريعات - الكتاب الاول - في التشريع الاسلامي - جامعة النهدين - بغداد - 2001م - ص 67 كذلك د . محمد سعود المعيني - النظرية العامة للضرورة في الفقه الاسلامي - مطبعة العاني - بغداد - 1990م - ص 48 .

## الاتجاه الأول :

وذهب الى ان الضرورة وان كانت تبيح المحظورات الا ان ما يشار اليه بانه مباح عند الضرورة هو في حقيقته رفضه والضرورة لا ترفع صفة انعدام المشروعية عن الفعل غير المشروع بذاته ، فيبقى الفعل محرماً ، مع ارتفاع الاثم والعقاب ولا يترتب عليها لاسقوط الضمان عن المضطر لان الاضطرار لا يبطل حق الغير<sup>300</sup> واستدلوا بقوله تعالى (( فمن اضطر غير باغٍ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم ))<sup>301</sup> والظاهر من الآية الكريمة ان المرفوع هو الاثم ، اما الحرمة فهي باقية وان الله تعالى لم يبيح تناول المحرمات عند الضرورة الا في حال يكون فيها الفاعل غير متجانف لاثم ولا عاد ولا باغٍ كما ورد في الآية المذكورة - فالقول بغير ذلك مخالفة صريحة لنصوص القرآن التي قطعت في صراحة ووضوح عدم المعصية وعدم تعدد ارتكاب الاثم<sup>302</sup>.

## الاتجاه الثاني :

وهو ما اختاره بعض فقهاء المالكية ورأى الجعفرية وذهب الى عدم ضمان المضطر لما اتلف بسبب الضرورة باهلاك او استهلاك<sup>303</sup>، وان الضرورة حسب هذا الرأي سبب اباحة تجرد الفعل المحرم بذاته من صفة الحرمة وتقلبه مباحاً فهي لا تقتصر على رفع العقوبة والاثم

1300- انظر : العلامة علاء الدين عبد العزيز احمد البخاري - كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي - ت 730هـ - دار الكتاب العربي - بيروت 1978 - الجزء الرابع ص 36 ، كذلك الاستاذ علي حيدر - دار الحكام في شرح مجلة الاحكام - دار النهضة العربية القاهرة - الجزء الاول - ص 34 ، وانظر ايضاً العلامة جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي - ت 911 - الاشباه والنظائر - دار الكتاب العربي - لبنان - ص 95.

2301- سورة البقرة آية 173.

1302- انظر : د . محمد سعود المعيني - النظرية العامة للضرورة في الفقه الاسلامي - المرجع السابق - ص 46 .

2303- الاستاذ عمار عباس كاظم العزام - حالة الضرورة واثرها في المسؤولية الجنائية - المصدر السابق - ص 236 .

وانما يمتد اثرها الى الركن الشرعي فتجرد الفعل المحرم من صفة  
الحرمة ، وقد استدلوا بذلك ما وراء المتسنى ، وقد كان مباحاً قبل  
التحريم فبقى على ما كان عليه ( مباحاً ) في حالة الضرورة ،  
فالاستثناء من التحريم اباحة<sup>304</sup> ، وادلة هذا الرأي التي استند عليها  
هي :

أ - ان المضطر حين يتناول طعاماً لدفع خطر الهلاك عن نفسه (   
مثلاً ) وهو فعل جائز ، فلا ضمان عليه اذن عملاً بقاعدة ( الجواز  
الشرعي ينافي الضمان )<sup>305</sup>.

ب - ان ما اتلفه المضطر اهلاًكاً او استهلاكاً كان لاداء واجب  
فرضه عليه الشرع ، وهو واجب دفع خطر الموت عن نفسه فقد قال  
تعاى (( ولا تقتلوا انفسكم ))<sup>306</sup> ويستدل من ذلك انه لولا تناول  
المضطر الطعام ولولا تلف المال لمات اثمأ ويمكن الرد على هذه  
الادلة على النحو الاتي:

- 1 - بالنسبة للدليل الاول : بان قاعدة [ الجواز الشرعي ينافي  
الضمان ] تعارضها قاعدة [ الاضطرار لا يبطل حق الغير ]<sup>307</sup> ، وان  
المراد بقاعدة [ الجواز الشرعي ينافي الضمان ] هو الجواز الاصلي  
الذي هو عزيمة بخلاف الجواز الشرعي الاستثنائي الذي هو رخصة<sup>308</sup>.
- 2 - بالنسبة للدليل الثاني : فانه هناك فرق واضح بين اداء  
الانسان لواجب المصلحة العامة<sup>309</sup>.

3304- انظر : العلامة علاء الدين عبد العزيز احمد البخاري - كشف الاسرار  
عن اصول فخر الاسلام اليزدوي - ت 730 هـ دار الكتاب العربي -  
بيروت - 1978 ج 4 - ص 323 .

4305- انظر المادة : ( 91 ) من مجلة الاحكام العدلية .

5306- سورة النساء آية 29 .

1307- المادة ( 33 ) مجلة الاحكام العدلية .

2308- استاذنا د . مصطفى ابراهيم الزلمي - موانع المسؤولية الجنائية في  
الشريعة الاسلامية - المصدر السابق ص 225.

3309- د . مصطفى ابراهيم الزلمي - موانع المسؤولية الجنائية - المصدر  
السابق الصفحة السابقة .

### الاتجاه الثالث :

وهو رأي لبعض من الحنفية ، ويركز هذا الاتجاه على التفرقة بين المصالح الخاصة والمصالح العامة ، ففي المصلحة الخاصة حينما يكون المضطر قد اتلف او استهلك مالاً معيناً فانه يضمنه في هذه الحالة اما اذا كان الاتلاف او الاستهلاك لأجل سلامة المصلحة العامة فلا ضمان على المضطر<sup>310</sup> ووجه الدلالة لهذا الرأي قاعدة [ اذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة تقدم الاولى على الثانية<sup>311</sup> . والرأي الذي نراه مناسباً هو الرأي الثالث ( الاخير ) ، اذ انه يفضل مصلحة المجموع على مصلحة الفرد في درء الخطر ، ويوجد اضافة للاتجاهات التي ورد ذكرها اتجاه رابع مفاده :

وذلك للأسباب الآتية :-

أ - ان هذا الرأي نابع عن الفقه الاسلامي الذي يقدم مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد عند حدوث الخطر اذ جاء في حاشية ابن عابدين ( محمد امين ابن عابدين - الجزء السادس ص 159 ) ، (( فإن ركب دار غيره لاطفاء حريق وقع في البلد فانعدم شئى بركوبه لم يضمن لان ضرر الحريق عام فكان لكل دفعه ، ولو هدم دار غيره بغير امره أو امر السلطان ضمن )) .

ب - ان هذا الرأي قد تأثر به المشرع العراقي في المادة ( 214 ) من القانون المدني اذ وردت العبارة [ يتحمل الضرر الخاص لدراء الضرر العام ] ولا شك ان البلاء او الخطر الذي يصيب المجموع ه ضرر عام وان البلاء او الخطر الذي يصيب الفرد هو ضرر خاص ، لذا يدفع الضرر العام بالضرر الخاص .

4310- انظر : عمار عباس كاظم العزام - حالة الضرورة واثرها في المسؤولية الجنائية - المصدر السابق - ص 238 .  
5311- انظر : المادة ( 26 ) من مجلة الاحكام العدلية .

[ اذا طالب صاحب المال المتلف المضطر بالتعويض فيجب عليه ذلك اذا كان متمكناً مالياً وكان الاتلاف لمصلحة المضطر فقط ولم يكن لصاحب المال دخل في حدوث الضرورة وان لم يطالب مع عمله ، او طالب لمن المضطر فقير غير متمكن مالياً او كان لصاحب المال دخل في حدوث الضرورة لا يجب التعويض ]<sup>312</sup> وهذا الرأي - مع التقدير - يعتبر محل نظر ، للاسباب التالية :-

أ - انه صعب المنال لانه يضع شروطاً امام حصول حالة الضرورة فيشترط حسب هذا الرأي : ان يطالب صاحب المال المضطر ، وان يكون صاحب المال متمكناً مالياً وان يكون الاتلاف لمصلحة المضطر فقط ، وان لا يكون لصاحب المال دخل في حدوث الضرورة وان يطالب المضطر في حالة كون الاخير فقيراً غير متمكن مالياً ، وفي هذه الشروط جميعها نجد صعوبة في تحققها لكي يصبح المضطر داخل حالة الضرورة .

ب - ان هذا الرأي - مع ( احترامنا لرأي الدكتور الزلمي ) يقود الى التدخل في عمل القضاء اذ ان تقدير التعويض يكون حسبما تراه المحكمة مناسباً وفقاً لما يتبين من ظروف الدعوى<sup>313</sup> ، ومسألة تقدير التعويض متروكة لقاضي الموضوع يقدره في ضوء ظروف كل قضية<sup>314</sup> ، فمسألة تقدير ظروف المضطر راجعة الى القضاء وان هذه الشروط الوارد ذكرها هي من صلاحية القضاء ، وقد تكون لها اهمية لدى القضاء ، فهي - أي الشروط الوارد ذكرها سلفاً - تتعلق بالواقعة القانونية المنشئة للالتزام ، فالميزان الذي نقدر به فيما اذا كان

1312- انظر : استاذنا د . مصطفى ابراهيم الزلمي - موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية - المصدر السابق - ص 226 .  
 313- انظر : قرار محكمة النقض المصرية - في 7 يونيو 1955 - مجموعة احكام النقض النصرية السنة السادسة - قضية رقم (52) ص 175 .  
 314- قرار محكمة التمييز العراقية رقم الاضارة ( 897 / تمييزية / 1973 ) في 9 / 1 / 1973 منشور في النشرة القضائية - العدد الثالث - السنة الرابعة ص 348 .

المضطر في ضائقة مالية من عدمه ، هو السلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يجري عندها الموازنة بين المصالح العامة من جهة والمصالح الخاصة من جهة اخرى ، فاذا ما كان المضطر قد حمى المصلحة العامة دون المصلحة الخاصة ، فيكون في حالة ضرورة . وبعد ان خالصنا من مناقشة آراء فقهاء المسلمين يجدر بنا لزاماً ان نناقش مسألة التعويض عما يتخاف من فعل الضرورة وسوف يدور النقاش حول التساؤل الاتي: -

هل كل ضرر اياً كان مقداره نتج عن الضرورة يستحق التعويض؟، وهل التعويض يؤخذ في هذه الحالة دون النظر الى التناسب بين جسامة الخطأ وبين مقدار الضرر - والجواب يكمن في وضع مقياس لطرفي المسألة بمعرفة ايهما يستغرق الآخر ، فاذا كان الضرر الواقع لا يعد شيئاً مذكوراً بجانب الخطر المراد تفاديه مثال ذلك الشخص الذي يخشى الغرق لا يحجم عن اتلاف مال زهيد ، كأن يقتلع شجر مملوكة للغير يمسك بها حتى ينقذ نفسه من الهلاك فاذا وصل الخطر الى هذا الحد من الجسامة ونزل الضرر الى هذه الحد من التفاهة امكن القول ان الخطر يعد قوة قاهرة تنفي المسؤولية بتاتاً فلا يرجع صاحب الشجرة بدعوى المسؤولية التقصيرية<sup>315</sup> وقد يكون الخطر المراد تفاديه اشد كثيراً من الضرر الذي وقع وهذا هو الغرض المألوف في حالة الضرورة ، فالشخص الذي يستولي على دواء لايمكنه ان يعالج نفسه من مرض دهمه ولم يبلغ منزله القوة القاهرة وحالة الضرورة ، ولكن المريض الذي يستولي على الدواء يعتبر في حالة ضرورة ملحة تعفيه من المسؤولية المدنية التقصيرية<sup>316</sup>.

1315- انظر : د . عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية - القاهرة - 1964 ص 794 .

2316- د . عبد الرزاق احمد السنهوري - مصادر الالتزام - المصدر السابق ص 794 .

ولو لم يجد الجائع ( مثلاً ) مدى الاطعمة والاشربة المحرمة وجب عليه الاكل والشرب منها بما يحافظ على نفسه من الهلاك<sup>317</sup> وقد اباح الفقه الاسلامي للشخص ، اذا ما واجهته ضرورة ان يتمسك بحالة الضرورة في اقتراف بعض الاعمال المحظورة بما فيها السرقة وتعاطي المسكر واتلاف مال الغير<sup>318</sup> وتوجه النظر الى ان الحكم بالاباحة في هذا المضمار لا يترتب عليه اكثر من اسقاط العقوبة المالية او التعويض فتظل سارية على حالها كما يرى بعضهم<sup>319</sup> .

وبهذا التجاه اخذت مجلة الاحكام العدلية حيث جاء في مادتها الثالثة والثلاثين ما نصه (( ان الاضرار لا يبطل حق الغير)) ثم اكدت هذا المعنى بقولها انه (( ل اضطر انسان من الجوع فاكل طعام الآخر يضمن قيمته)) ومعنى ذلك ان الاعفاء من العقوبة الجنائية او المادية لا يلزم ان يترتب عليه الاعفاء من التعويض ، اذ لا ترابط بين المسؤولين الجنائية والمدنية في الحكم<sup>320</sup> ، اضافة الى ذلك ان الافعال الاضطرارية ، وان اجازت الفعل المحظور كأكل الميتة برخصة الفعل مع بقائه على الحرمة كالنطق بكلمة الكفر ، فانها لا تمس حقوق الآخرين المالية التي يجب ضمانها . المثل بالمثل والقيمي بالقيمي لان اذن الشارع لا يسقط بالضمان<sup>321</sup> على ان جانباً آخر من الفقه ويمثله المالكية ، لم يشأ فك هذا النحو من الارتباط بين المسؤولين

1317- انظر : احكام المعاملات مطابق لفتاوى المرجع الديني آية الله العظمى السيد محمد تقي المدرسي - دار محبي الحسين للطباعة - دون سنة طبع - ص 58 .

2318- انظر : محمد بن عبد الرحمن الشافعي الدمشقي - رحمة الامة في اختلاف الائمة - طبعة سنة (40) هـ - ص 375 وانظر ايضاً د . احمد فتحي بهنسي - المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية المصدر السابق ص 256 - 257 .

319- انظر : د . احمد فتحي بهنسي - المصدر السابق - ص 255 .  
4320- انظر : د . محمود المظفر - موانع المسؤولية - المصدر السابق ص 64 .

5321- انظر : د . وهبة الدحيلي - نظرية الضمان - دار الفكر بدمشق - 1402 هـ - ص 220 .

الجنائية والمدنية فوجب الاعفاء من التعويض كما اوجبه في تا عقوبة الجنائية وذلك على اعتبار ان الاعفاء من اصل المسؤولية القائمة على العقوبة<sup>322</sup>، ومن هذا القبيل ما ذهب اليه الامام مالك نفسه ، يتبعه الشافعي وغيره في مسألة الدفاع الشرعي حيث حكموا باعفاء من اضطر الى اتلاف مال الغير دفاعاً عن النفس من التضمين بالتعويض كما افاد بذلك فعلاً الفقيه القرطبي<sup>323</sup>.

علاقة حالة الضرورة بحالة الاكراه :

على ان هذه الحالة في ذاتها يمكن ان ينطبق عليها بعض ما يتصل بحالة الاكراه من احكام لها بين الحالتين من ترابط وتشابه وبخاصة بالنسبة الى بعض الشروط والآثار<sup>324</sup> والمقصود بالاكراه الذي تجري مقارنته بالاضطرار ، انما هو الاكراه المعنوي او المادي الذي لا يؤدي الى انعدام الارادة وافساد الاختيار<sup>325</sup> فاذا ما انعدمت الارادة وافسد الاختيار فلا مجال للشخص شيئاً من الاختيار كما تظل هناك بعض الفوارق بين الاكراه بمعناه المذكور وبين الاضطرار<sup>326</sup> وتوجد بين حالة الضرورة وحالة الاكراه عدة اوجه للشبه والاختلاف منها :-

أ - أوجه الشبه<sup>327</sup>

- 
- 1322- د . محمود المظفر - موانع المسؤولية - المصدر السابق - ص 65 .  
 2323- محمد بن احمد بن رشيد القرطبي - ابن رشيد - بداية المجتهد - المكتبة التجارية بمصر - دون سنة طبع ج 2 - ص 324 .  
 324- انظر : د . محمود المظفر مع د. سعيد يحيى - مبادئ القانون والالتزامات دار عكاظ - جدة - سنة 1407هـ - ص 173 - 178 مشار اليه في محمود المظفر - موانع المسؤولية - مصدر سابق ص 68 .  
 4325- يقسم فقهاء الحنفية الاكراه المادي الى فرعين : اكراه ملجئ والذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار واكراه غير ملجئ وهو الذي يعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار ، انظر م 949 من مجلة الاحكام العدلية و م 186 من كتاب مرشد الحيران - في الفقه الحنفي .  
 5326- د . عبد السلام التونجي - موانع المسؤولية الجنائية ص 220 - 222 .  
 1327- انظر : استاذنا د . مصطفى ابراهيم الزلمي موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية - المصدر السابق - ص 222 ، كذلك د . محمد سعود المعيني - الاكراه واثره في التصرفات الشرعية مصدر سابق ص 43 .

1 - كلاهما من العوارض الخارجية وليس من العوارض الداخلية  
 2 - كلاهما يقتصر اثره على الارادة دون الادراك فهما من عيوب الارادة .

3 - كلاهما من موانع المسؤولية الجنائية يقتصر اثره على الركن المعنوي فلا تجرد الفعل من صفة عدم المشروعية .  
 ب - اوجه الاختلاف : -

1 - من حيث المصدر ، مصدر الضرورة في الشريعة الاسلامية الانسان او فعل الطبيعة اما الاكراه فمصدره الانسان فقط .  
 2 - من حيث الفعل المحظور في الاكراه محدد مسبقاً فهو طلبه المكروه اما الضرورة فغير محدد مسبقاً حيث هناك عنصر مفاجئ ، فالمضطر لم يتحدد له مسبقاً ما يباح له فعله لدفع الخطر الذي يهدده<sup>328</sup> .

3 - من حيث الضمان يكون في الاكراه الملجئ على الأمر اما في الضرورة فيكون الضمان على المضطر لان الاضطرار لا يبطل حق الغير<sup>329</sup> والذي يهمننا من ترابط الضرورة بحالة الاكراه من بعض الوجوه هو وجوب التعويض من عدمه فذهب اتجاه الى وجوب الضمان على المكروه ( الأمر ) لان المباشرة ضعفت مع الاكراه فالمتسبب هنا اقوى من المباشرة ، لان المكروه (الأمر) هو المتلف الحقيقي وليس المكروه الذي هو مجرد آلة منزوعة الاختيار ، وهذا رأي الجعفرية والحنفية والشافعية وبعض الحنابلة والاباضية<sup>330</sup> .  
 الاتجاه الثاني : -

2328- انظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي - موانع المسؤولية - المصدر السابق الصفحة السابقة .

3329- انظر المادة (33) من مجلة الاحكام العدلية .

1330- انظر : العلامة جمال الدين محمد بن يوسف ت 826 هـ - ابن مظهر الحلبي - تذكرة الفقهاء - المطبعة الرضوية - النجف الاشرف - بدون تاريخ - الجزء الثاني - ص 372 .

وذهب الى وجوب الضمان على المأمور (المكره) دون الأمر (المكره) لانه المتلف المباشر وهذا رأي بعض الحنابلة والظاهرية والزيدية<sup>331</sup>.

الاتجاه الثالث : -

وهذا الاتجاه يلقي بالضمان على المكره المأمور والأمر معاً أي باعتبارهما مشتركين في الأثم احدهما لمباشرته والآخر لتسببه كما ان الاكراه لايبیح اتلاف مال الغير وهذا رأي المالكية وبعض الحنابلة<sup>332</sup>.

**ترجيح :**

يبدو ان الرأي الراجح (وبلا شك) هو رأي الاتجاه الاول ، الذي يلقي تبعة الضمان على المكره (الأمر) دون (الضحية) المأمور ذلك باعتبار ان المأمور هو مجرد آلة بيد الأمر<sup>333</sup>.

## الفرع الثاني

### حالة الضرورة في القانون الوضعي

#### اولاً : فكرة الضرورة لدى المشرع العراقي :

تتخذ حالة الضرورة في القانون المدني العراقي صورتين الاولى تتمثل بحالة ازالة الضرر الاشد بالضرر الاخف اما الصورة الثانية فانها

2331- انظر د . الشيخ علي الخفيف - الضمان في الفقه الاسلامي - المطبعة الفنية الحديثة - القاهرة - 1971 الجزء الاول - ص 86 .  
332- انظر : السيد عبد الحكيم الصافي - الضمان في الفقه الاسلامي مطبعة الآداب - النجف الاشرف - 1977 - ص 196 - كذلك د . سليمان محمد احمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي مطبعة السعادة - القاهرة 1985 - ص 634 .

4333- وقد اخذ المشرع العراقي في القانون المدني برأي الجمهور في المادة (215/1) بقوله (( يضاف الفعل الى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً على ان الاجبار المعتبر . . . . ه الاكراه الملجئ )) .

تتمثل بحالة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام وسنبحث هاتين الصورتين تباعاً :

### **الصورة الاولى : ازالة الضرر الاشد بالضرر الاخف**

نص المشرع العراقي على هذه الحالة في المادة (213) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه [ 1 - يختار اهون الشريين فاذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضرراً ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف ، ولكن الاضرار لا يبطل حق الغير ابطلاً كلياً 2 - فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه او لغيره من ضرر محقق يزيد كثيراً عن الضرر الذي سببه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً ] يتضح هنا من هذا النص انه اذا ما تعرض الشخص نفسه او غيره لخطر حال ، فاقدم المضطر على الفعل الضار ، وذلك من اجل تجنب الضرر الذي يواجهه او يواجهه غيره ، ففي هذه الحالة تكون مسؤولية الشخص الذي قام بالفعل الضار وهو في حالة الضرر مسؤولية مخففة على اساس ان الاضرار لا يبطل حق الغير<sup>334</sup> وعلى ذلك فانه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً للضرر الذي لحق الغير<sup>335</sup>.

### **الصورة الثانية : تحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام**

نص المشرع العراقي على هذه الحالة في المادة (214) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه (1 - يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام 2 - فاذا هدم احد داراً بلا اذن صاحبها لمنع وقوع حريق في المحلة وانقطع هناك الحريق فان كان الهادم هدمها بأمر من اولي الامر لم يلزمه الضمان وان كان هدمها من تلقاء نفسه الزم بتعويض مناسب ) ان هذه الصورة تقوم على اساس الموازنة بين المصلحتين العامة والخاصة وتغليب المصلحة العامة على المصلحة

1334- انظر : المادة (33) من مجلة الإحكام العدلية .  
2335- انظر: المادة ( 213 ) ف 2 من القانون المدني العراقي .

الخاصة عند تعارضهما فاذا حدث أمر يلحق ضرراً بالمصلحة العامة فلاي شخص حق التدخل لدرء الضرر العام وان قام بفعل يلحق ضرراً بمصالح فردية ، ومع ذلك فان المسؤولية التي تترتب على فعله تختلف باختلاف مصدر تدخله ، فان أقدم على الفعل الضار بأمر السلطة العامة اعفي عن المسؤولية ، وان أقدم عليه من تلقاء نفسه تترتب عليه مسؤولية مخففة وحكم عليه بتعويض مناسب تأخذ المحكمة في تقديره بعين الاعتبار ظروف وبواعث فعله ومدى ما حققه تدخله من نفع للمصلحة العامة<sup>336</sup> وان المشرع العراقي اولى اهتمامه الخاص بحالة الضرورة لذا اورد صورة ثانية لهذه الحالة وهي صورة ( تحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام ) في نطاق المادة (214) المنقولة نصاً من المادة (26) من مجلة الاحكام العدلية ، ويعتقد ان هذا القانون - القانون المدني العراقي - حيث نص على الصورة المذكورة وخصها بمادة مستقلة انما اراد ان ينيه الى وجود فارق بين الصورتين من حيث حجم الاضرار المتقابلة حيث اشترط في هذه الصورة الاخيرة لكي تتحقق (حالة الضرورة ) ان تكون الاضرار المحدثة يسيرة بحيث لا توازي في اهميتها وحجمها الاضرار التي يجب تجنبها بينما لا يشترط - كما يبدو - هذا النحو من الاختلاف الواسع بين الضررين في الصورة التي احتوتها المادة (214) اذ يكفي لتحقيق حالة الضرورة لدرء الضرر العام ان يكون هذا الضرر يسيراً او متعادلاً مع الضرر الخاص ، وذلك تعبيراً عن اهمية وخطورة الضرر العام وإلا لا فائدة<sup>337</sup>، من النص على

336- انظر : د . عبد المجيد الحكيم مع الاستاذ البكري مع الاستاذ البشير في مصادر الالتزام - المصدر السابق - ص 225 .

1337- سوى ما قيل من الحاق الضرر بالغير في صورة درء الضرر العام لا يباح إلا اذا حصلت موافقة السلطة العامة التي لها وحدها حق اصدار مثل هذه الموافقة ن اما اذا لم تحصل هذه الموافقة فالمسؤولية لا تسقط ويبقى الضمان ملحوظاً على من اوقع الضرر ، يشترط مراعات مقتضيات العدالة ، : انظر في هذه المعنى : منير القاضي - محاضرات في القانون المدني العراقي - معهد الدراسات العربية - القاهرة - 1954 ص 28 - 29 ، ولكن هذا الرأي ربما لا يخلو من تحكم وتنكر

هذه الصورة في اعقاب النص على الصورة الاولى التي احتوتها المادة (213) التي اشترط فيها لزوم عدم التعادل بين الضررين المراد تفاديه والمراد فعل ولكن حالة الضرورة لا تنطبق في الحالتين السابقتين إلا اذا توافرت شروطها ، وهذه الشروط تتمثل في ما هو آتٍ :

### **الشرط الاول :**

وجود خطر حال او وشيك : يشترط للتمسك بحالة الضرورة لغرض تبرير اقرار الخطأ في حق الغير ان يكون هناك خطر حال على النفس او المال حيث بدأ في تنفيذه ولما ينته او يكون وشيكاً بأن يخشى من وقوعه اذا لم تتم المبادرة الى فعل مقابل لتفاديه لكنه لا يشترط ان يكون هذا الخطر الحال او الوشيك قائماً على عمل غير مشروع ذلك ان هذا النوع من العمل هو من مقتضيات الدفاع المشروع ومسبباته، وليس من مقتضيات حالة الضرورة او مسبباتها<sup>338</sup>.

### **الشرط الثاني : وجود خطر جسيم**

ويشترط من جهة اخرى للتمسك بحالة الضرورة ان يكون ذلك الخطر الداهم خطراً جسيماً وفاعلاً بحيث يفوق بشكل كبير ، فيما يترتب عليه من اضرار ، تلك الاضرار الناشئة عن الفعل المقابل الذي دعت اليه الضرورة ، اذ لا يكفي للعمل بنظرية الضرورة ان يكون الخطر المراد تفاديه حالاً او وشيكاً ، وانما يلزم بالاضافة الى ذلك ان

---

لمقتضيات العدالة والإنصاف ، فان من يقدم مثلاً على هدم منزل بهدف حماية منطقة أو محلة بأكملها قد يستحق مكافأة مالية عن عمله ، وليس فرض عقوبة بالتعويض ، لكونه ادى خدمة عامة ومشروعة على ان صاحب الدار المهدامة قد يستحق التعويض من اصحاب الدور المجاورة الذين استفادوا من اطفاء الحريق وقطع دابره ، انظر بهذا الخصوص : د . عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - مصادر الالتزام - المصدر السابق - ص 551 .

1338- انظر : محمود المظفر - موانع المسؤولية - المصدر السابق ص 56

يكون جسيماً وبدرجة تفوق كثيراً الضرر المقابل الذي دعت اليه  
الضرورة<sup>339</sup>.

### الشرط الثالث : نشوء الخطر من شخص اجنبي

ويشترط مضافاً الى ما ذكر ، للتذرع بحالة الضرورة من اجل  
الاعفاء من المسؤولية ان يكون الخطر الذي يحقق بالشخص خطراً  
ناشئاً من اجنبي ، أي من شخص ثالث ، فاذا كان الخطر قد نشأ نتيجة  
خطئه هو بأن كان له يد او كانت لإرادته دخل في ايجاده كمن حاول  
الحاق الاذى بنفسه ولكنه حاول درءه عن طريق الحاق الاذى بالغير فلا  
يصح له التمسك بحالة الضرورة ، عملاً بحكم القواعد العامة من ناحية  
وتطبيقاً من ناحية اخرى لحكم بعض النصوص العقابية<sup>340</sup> ، لذلك قضت

2339- انظر بهذا المعنى : د . عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في  
شرح القانون المدني - الجزء الاول - دار النهضة العربية القاهرة - ص ( 90  
نبذة 5345 كذلك فريد غتيان - مصادر الالتزام - مطبعة العاني -  
بغداد - 1956 ص 302 ، د . سليمان مرقس الوافي في شرح القانون  
المدني - المجلد الثاني في الفعل الضار ط 5 - 1988 ص 290 ، وتجدر  
الاشارة ان هذا الشرط يعتبر في نظر الفقه الاسلامي يديها ومنطقياً  
ويقصد به ان لا يكون الخطر الذي يتهدد المضطر يسيراً فلأجل ان تباح  
المحرمات عند الاضطرار لابد ان يكون الخطر جسيماً بحيث يثير في  
نفس الفاعل خوف التلف او الهلاك فمجرد الجوع لا يعتبر ضرورة ما لم  
يصل الى تهديد المضطر بالهلاك ، انظر : الاشياء والنظائر لابن تميم -  
الجزء الاول - ص 110.

1340- انظر : المادة (61) من قانون العقوبات المصري ، علماً ان المشرع  
العراقي في قانون العقوبات لم يشر الى تلك الحالة في نطاق المادة ( 63  
الخاصة بحالة الضرورة اذ جاء النص كالاتي [ لا يسأل جزائياً من  
ارتكب جريمة الجأته اليها ضرورة وقاية نفسه او غيره او ماله او مال  
غيره من خطر جسيم محقق لم يتسبب ه فيه عمداً او لم يكن في قدرته  
منعه بوسيلة اخرى ويشترط ان يكون الفعل المكون للجريمة متناسباً  
والخطر المراد اتقاؤه ولا يعتبر في حالة ضرورة من اوجب القانون عليه  
مواجهة ذلك الخطر ] اضافة الى ذلك ( ان المشرع العراقي لم يشر في  
النص السابق الى وجوب ان يكون الخطر اجنبياً ليس فقط عن المضطر  
بل عن المضطر ايضاً ذلك انه لو كان المضطر هو مصدر الخطر لا اعتبر  
المضطر في حالة دفاع شرعي تعفيه عن المسؤولية كأن يضطر شخص  
الى قتل حيوان مفترس انقاذاً لنفسه من خطره : انظر : د . عبد المجيد  
الحكيم مع البكري مع البشير في مصادر الالتزام - المصدر السابق ص  
224 .

بعض المحاكم المصرية بأنه : ليس للمرء ان يرتكب امراً محرماً ثم يفارق جريمته في سبيل النجاة مما ارتكبه هو<sup>341</sup> وقضت ايضاً محكمة التمييز العراقية تحميل السلطات المحلية عن الاضرار التي لحقت ببعض البساتين والمزارع من جراء قيامها بكسر السداد المحيطة ببغداد اثر فيضان نهر دجلة عام 1954 استناداً الى المادة (213) من القانون المدني العراقي الخاصة بحالة الضرورة ، خلافاً لحكم محكمة البدأة التي استندت الى نص المادة (211) التي تشير الى الضرر الناشئ عن سبب اجنبي<sup>342</sup> ، والعلة في هذا الشرط هي ان من يتسبب في احداث الخطر عمداً سوف لن يتفاجأ بحلولة عليه فبإمكانه تدبير وسيلة اخرى غير الجريمة لدفع ذلك الخطر دون المساس بحق الغير ، وكذلك يأتي هذا الشرط لمنع التحايل على الحكم الشرعي للوصول الى استباحة المحرم بحجة الضرورة المفتعلة كمن عنده مقدار مال يكفي لبناء بيت متواضع، فتصرف في بناء لا يغطيه إلا قرض ربوي بحجة انه اصبح مضطراً ، اذ وصل الى نصف البناء ولا يستطيع اكمال بنائه إلا بالقرض الربوي ، فهذا الشخص كان على علم بذلك ولكنه احتال على الحكم الشرعي<sup>343</sup>.

### الشرط الرابع : عنصر المفاجأة

ومن الشروط الاخرى اللازم توافرها للتذرع بحالة الضرورة وجود عنصر المفاجأة كأن يفاجأ الشخص بخطر داهم ، دون ان يكون له سبيل من التخلص منه إلا باللجوء الى ارتكاب فعل ضار في حق الغير ، اما اذا كان له متسع من الوقت في معالجة الامر للتخلص من

2341- انظر : قرار محكمة النقض المصرية في 6 يناير 1969 مجموعة احكام النقض المصرية - سنة 20 ص 24 .

342- قرار محكمة التمييز العراقية مشار اليه في الموجز في شرح القانون المدني العراقي ج 1 - د . عبد المجيد الحكيم - 1977 - بغداد - ص 509 الهامش .

1343- انظر د . محمد سعود المعيني - النظرية العامة للضرورة في الفقه الاسلامي - مطبعة العاني - بغداد - 1990 - ص 45 .

هذا الخطر الداهم بوسيلة اخرى غير ايقاع الضرر بالغير فانه لا يعفى من المسؤولية لو ارتكب خطأ في حق الغير كما هو الحال تماماً في الدفاع الشرعي<sup>344</sup>، ومتى توافرت هذه الشروط الاربعة تحققت حالة الضرورة ويتحمل محدث الضرر مسؤولية مخففة فيحكم عليه بتعويض مناسب يأخذ بعين الاعتبار الظروف التي الجأته الى ارتكاب الفعل الضار، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطالاً كلياً<sup>345</sup> إلا ان الاعفاء من المسؤولية القانونية - جنائية كانت ام مدنية على من ارتكب جرماً او فعلاً ضاراً (اضطره) الى ارتكاب وقاية نفسه فقط من خطر داهم، وانما يمكن ان يمتد هذا الاعفاء الى وقاية الغير ايضاً، فمن وجد نفسه او غيره ولو كان غير وثيق الصلة به معرضاً لخطر حال محدد، جاز له اتقاء هذا الخطر ولو بالحاق ضرر بشخص من الغير على ان يكون هذا الضرر اقل جسامة بشكل ملحوظ عن الخطر او الضرر الداهم<sup>346</sup> وهذا ما صرحت به نصاً جملة من القوانين العربية<sup>347</sup>، ولعل هذه القوانين توحى بانه من تعرض لخطر او فوجئ به بتعرض شيء من امواله او ممتلكاته الى الخطر جاز له الحاق ضرر بالغير للاتقاء من الخطر، وهذه القوانين قد اطلقت الحكم المذكور والمطلق يجري على اطلاقه، على ان حكم حالة الضرورة لا يختلف في هذا المنحى عن حكم الدفاع

2344- د . محمود المظفر - موانع المسؤولية - المصدر السابق - ص 60 .  
 3345- انظر : د . عبد المجيد الحكيم مع الاستاذ البكري مع الاستاذ البشير في المؤلف المشترك - معاد الالتزم - ص 225 .  
 4346- د. محمود المظفر - موانع المسؤولية - المصدر السابق - ص 51.  
 1347- انظر على سبيل المثال : المادة (168) من القانون المدني المصري والتي نصها [من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً اكبر محققاً به او بغيره، لا يكون ملزماً الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً] وكذلك المادة (169) من القانون المدني السوري والمادة (171) من- القانون المدني الليبي، ويذكر ان نصوص القانون العقابي قد اشارت الى الاعفاء من المسؤولية الجنائية عند انطباق حالة الضرورة حيث نصت المادة (61) من قانون العقوبات المصري النافذ بانه [لا عقاب على من ارتكب جريمة الجأته الى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه او غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به او على غيره ...] وهي تقابل المادة (63) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969.

الشرعي اذ هما يتفقان في دفع الخطر عن النفس والمال على حد سواء لأنهما من نمط واحد<sup>348</sup>، وأشارت القوانين العقابية الى شمولية المسؤولية الجنائية في هذا الاعفاء مثل المادة 60 / ف 3 من قانون العقوبات اليمني رقم 15 لسنة 1971 والمادة (228) من قانون العقوبات السوري والمادة (229) من قانون العقوبات اللبناني فقد نصت هذه المواد على انه [ لا يعاقب الفاعل على فعل الجأته الضرورة الى ان يدفع به في الحال عن نفسه او غيره او عن ملكه او ملك غيره خطراً جسيماً محدقاً لم يتسبب هو فيه قصداً . . . ]<sup>349</sup>.

### **ثانياً : الاحكام المترتبة على حالة الضرورة :**

والاحكام المترتبة على الاخذ بحالة الضرورة انعدام الخطأ إلا ان ذلك لا يعني انعدام التعويض او حق المضرور ونلاحظ هنا ان انعدام الخطأ يؤدي الى هدم المسؤولية المدنية اذا ما علمنا ان المسؤولية المدنية هنا قائمة على الخطأ ، ولا شك ان فكرة الضمان قد تم تفعيلها في هذا المضمار اذ ان من احدث بفعله ضرراً للغير وهو في حالة ضرورة ينتفي عن فعله وصف الخطأ إلا انه لا يتخلص من التعويض وبهذا يكون قد دفع المسؤولية المدنية بنفي ركنها الاساس إلا انه التزم بتعويض

2348- انظر : حسين عامر مع عبد الرقيم عامر - المؤلف المشترك - المسؤولية المدنية - التقصيرية والعقدية - دار المعارف بمصر - 1979 - ص 179 .

349- انظر النصوص التي تقود الى هذا المعنى : المادة (168) من القانون المدني المصري لسنة 1949 والمادة (169) من القانون المدني السوري لسنة 1949 والمادة (171) من القانون المدني الليبي لسنة 1952 وقارن مع المواد (213) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 والمادة (153) من القانون المدني السوداني .

عادل<sup>350</sup> وبهذا يكون المضطر قد تحمل مسؤولية مخففة ويختلف بذلك عن حالة الدفاع الشرعي ، اذ يعفى من المسؤولية في الحالة الاخيرة كما ان الضرر في حالة الدفاع الشرعي يصيب شخصاً معتدياً اما في حالة الضرورة فان الضرر يصيب شخصاً غير معتدي<sup>351</sup> ومن المعروف في فقه الشريعة الاسلامية ان الضرورات وان كانت تبيح المحظورات ، فانها لا تبطل حق الغير ، فكان من الطبيعي ان يعتبر قانون العقوبات العراقي في حالة الضرورة مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية سواء انصبت على نفس الانسان على ماله او على نفس الغير او على ماله وكان طبيعياً من الناحية الاخرى ان يقصر مشرعنا المدني نطاق المسؤولية المخففة الناجمة عن حالة الضرورة على الخطر المحدق بالنفس دون الخطر الذي يكون محله المال اذ ليس من العدل ان يتحمل من لم يصدر عنه أي خطأ قسطاً من خسارة لحقت بغيره بحجة ان هذا الاخير كان مضطراً واذا كانت معظم التشريعات العربية قد القت على المضطر مسؤولية مخففة سواء كان الضرر الذي لحقه بالغير انما كان تلافياً لخطر ألحق بنفسه او نفس غيره او بماله او مال غيره فاننا نرى عدم التوسع في تفسير لفظ (النفس) الواردة في المادة (213) من القانون المدني العراقي<sup>352</sup> في تبنيه لفكرة الضرورة

1350- د . عبد المجيد الحكيم مع الاستاذ البكري مع الاستاذ البشير - مصادر الالتزام - المصدر السابق - ص 226 .

2351- انظر : د . حسن علي ذنون - حالة الضرورة واثرها في المسؤولية المدنية - محاضرات القيت على طلبة الماجستير القسم الخاص - في كلية الحقوق جامعة النهرين - للعام الدراسي 1999 - 2000 - مشار اليه في رسالة عمار عباس كاظم العزام - حالة الضرورة واثرها في المسؤولية الجنائية - المصدر السابق - ص 263 .

1352- انظر : د . حسن علي ذنون - حالة الضرورة واثرها في المسؤولية المدنية - محاضرات القيت على طلبة الماجستير القسم الخاص - في كلية الحقوق جامعة النهرين - للعام الدراسي 1999 - 2000 - مشار اليه في رسالة عمار عباس كاظم العزام - حالة الضرورة واثرها في المسؤولية الجنائية - المصدر السابق - ص 263 .

قد أرفد النصين (213) و (214) بمآخذ نلاحظها في الوجهين التاليين :

### **الوجه الاول : -**

ان المشرع العراقي اذا كان قد اقتبس في الفقرة الاولى من المادة ( 213 ) قاعدة فقهية اسلامية فانه نقلها نقلاً مشوهاً جاء بحكم يخالف ما استقر عليه الفقه الاسلامي فقد نصت هذه الفقرة على ما يأتي : [ ولكن الاضرار لا يبطل حق الغير ابطالاً كلياً ] مع ان القاعدة الفقهية تقضي بان الاضرار لا يبطل حق الغير والحكم في الفقه الاسلامي اكثر تماشياً مع العدالة من الحكم الذي قضى به النص العراقي فمقتضيات العدالة تقضي بتعويض المضرور عن كل ضرر يلحقه به شخص آخر ولم يكن له دخل في حدوثه وفي اعفاء فاعل الفعل الضار من جزء من التعويض بالرغم من انه ارتكب الفعل الضار ليتجنب الضرر الاكبر وليستفيد من فعله يتحمل ضرراً اخف والقاء الجزء الآخر على عاتق شخص لحقه ضرر مؤكد امر ينافي العدل .

### **الوجه الثاني : -**

ان ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (214) التي تصدرتها في الفقرة الاولى قاعدة فقهية اسلامية جليلة حكم يتعارض ومقتضيات التضامن الاجتماعي ومنطق حق الدفاع الشرعي العام الذي تقره القيم الاشتراكية ، ذلك لان القول يرتب مسؤولية مخففة على عاتق شخص تدخل بفعل واحد ضرراً خاصاً اتقاء ضرر يصيب المصلحة العامة ، امر تأباه العدالة وتنكره قيم الاخلاق فهو قد تكبد مجهوداً لدفع ضرر عام بدافع من شعوره بالمسؤولية قبل المجتمع فكيف يجازي

لقاء ذلك بتحملة مسؤولية وان كانت مخففة ، وفي رأينا انه ينبغي اعفاؤه من المسؤولية<sup>353</sup>.

### المطلب الثالث

#### حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس تجب طاعته

**تقضي المادة (215) من القانون المدني العراقي بانه :-**

[1- يضاف الفعل الى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبرا على ان

الإجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الاكراه الملجيء وحده ، 2-

ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولا عن عمله الذي اضر بالغير اذا

قام به تنفيذا لامر صدر اليه من رئيسه متى كانت اطاعته هذا الامر

واجبة عليه او يعتقد مشروعية العمل الذي اتاه بان يقيم الدليل على

انه راعى في ذلك جانب الحيطة وان اعتقاده كان مبنيا على اسباب

معقولة]<sup>354</sup> ، تشير الفقرة الثانية من المادة (215) من القانون المدني

1353- راجع في كل ما تقدم : د . عبد المجيد الحكيم مع الاستاذ البكري مع الاستاذ محمد طه البشير في مصادر الالتزام - المصدر السابق - ص 226 .

1354- قارن مع المادة (167) من القانون المدني المصري ، وكذلك قارن مع المادة (234) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري فقرة اولى وفقرة ثانية ، اذ جاء فيها [1- لا يكون الموظف العام مسؤولا عن عمله الذي اضر بالغير اذا قام به تنفيذا لامر صدر اليه من رئيس تجب

العراقي الى ان الموظف العام لا يكون مسؤولاً اذا قام بعمل تنفيذي لامر صدر اليه من رئيسه متى كانت اطاعته هذا الامر واجبة عليه او يعتقد انها واجبة ولا يكفي ان تكون طاعة الرئيس واجبة على المرؤوس ، او اعتقاد هذا الاخير انها واجبة بل يجب ان يكون الفعل المأمور به مشروعاً فاذا لم يكن مشروعاً فلا يعفى الموظف من المسؤولية ويجب على الموظف ان يثبت انه كان يعتقد بان العمل الذي اتاه كان مشروعاً<sup>355</sup> ومفاد ذلك ان المسؤولية تنتفي اذا كان المرء مجبراً بان كان مأموراً من قبل رئيس دائرته ، بشرط ان تكون طاعة الرئيس واجبة في تلك الحالة او ان الوظيف يعتقد انها واجبة وعلى ذلك فلا يسأل المحقق العدلي عن حيز احد بناء على امر قاضي التحقيق او من سلطة ادارية لها هذا الحق فترتفع المسؤولية اذا كان العمل الضار قد وقع تنفيذا لامر صادر من رئيس اداري لانتفاء الخطأ في هذه الصورة وبشروط لاعمال هذا الحكم (كما سبق ذكره) شرطان :-

اولا :- ان يكون محدث الضرر موظفاً عاماً.

---

عليه طاعته او من رئيس يعتقد ان الطاعة واجبة له ، 2- وعلى من احدث الضرر ان يثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذي قام به بان يقيم الدليل على انه رعى في ذلك جانب الحيطة وان اعتقاده كان مبنياً على اسباب معقولة] ، كذلك المادة (168) من القانون المدني السوري والمادة (169) من القانون المدني الليبي ، ويبدو ان المشرع العراقي قد نقل الفقرة الثانية من المادة (215) من المشرع المصري وبالذات من نص المادة (167) وهذه المادة أي المادة (167) من القانون المدني المصري مأخوذة من المادة (63) من قانون العقوبات المصري : انظر : حسن عكوش - المسؤولية العقوبية والتقصيرية - المصدر السابق - 1970 - ص 39 الهامش.

1355- ينظر : د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - الجزء الاول - مصادر الالتزام - ط 3 - شركة الطبع والنشر الاهلية - بغداد - 1969 - ص 510 نبذة 841.

ثانيا :- ان يكون العمل الضار وقع تنفيذا لامر صادر من رئيس اداري ولو لم يكن الرئيس المباشر<sup>356</sup>.

ولكن ما هو الأساس الذي نستند عليه لإعفاء المأمور من

المسؤولية المدنية ؟

يمكن الجواب على السؤال السالف بالتحليل القانوني الاتي :-  
ان الفعل اذا كان مطابقا للقانون بان كان الموظف (او المأمور  
عموما) قد نفذ امر الرئيس المختص في حالة لم يتجاوز فيها الرئيس  
حدود سلطته او كان قد نفذ نص القانون مباشرة دون خطأ في فهمه  
او خروج على حكمه ، كان الفعل مباحا ولا يوجب مساءلة جنائية او  
مدنية والا كان حقا يوجب مسؤولية الموظف (او المأمور) ما لم يثبت  
هذا حسن النية أي انه كان يعتقد ان الامر الصادر اليه من رئيسه  
واجب الطاعة لصدوره في حدود اختصاصه ولعدم مخالفة القانون او  
انه وقع في غلطة في تحصيل حكم القانون الذي او في فهم لمدى  
اختصاصه او في تطبيق ذلك الحكم ، فالاصل في الفعل المخالف  
للقانون انه يوجب مسؤولية الموظف جنائيا ومدنيا غير انه اذا اثبت  
الموظف حسن النية على الوجه المتقدم اعفي من المساءلة دون ان

2356- انظر : فريد فتیان - مصادر الالتزام - شرح مقارن على النصوص -  
1957 - مطبعة العاني - بغداد - ص 304-305 ، وكذلك انظر مجموعة  
الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي - ج 2 - ص 379. ولا نجد  
مبررا للالتزام بهذه الشروط بحد ذاتها اذ من الممكن ان يتسع الشرط  
الاول فيشمل الفرد العادي اضافة الى الموظف العام ، ومن الممكن ان  
يتسع الشرط الثاني فيشمل الامر الصادر من رئيس اداري والواجب  
الصادر من القانون مباشرة أي انه يستوي في ذلك ان يكون الواجب  
ناشئا من القانون مباشرة او ان يكون ناشئا من امر صادر من احدى  
السلطات التي ناط القانون بها اصداره ، فاذا اوجب القانون على ذوي  
الاملاك المدنية تليغ جهة الادارة على الاجانب الذين يسكنون عمائرهم او  
وجب على الاطباء التليغ عن المصابين بامراض معينة وقام هؤلاء او  
اولئك بذلك التليغ لا يعد قيامهم به خطأ ولا يوجب مساءلتهم مهما ترتب  
عليه من ضرر للمبلغ عنهم : تنظر : د. سلمان مرقس - الوجز في اصول  
الالتزامات - 1961 - القاهرة - مطبعة لجنة البيان العربي - ص 388  
نبذة 381.

تنتفي عن فعله صفة الخطأ المدني<sup>357</sup>، وتجدر الإشارة ان العبرة في الاعفاء من المسؤولية المدنية في القانون وليس الامر الصادر من الرئيس كما يظن بعض الشراح<sup>358</sup>، وهنا يتساوى اداء الواجب (او الامر) من استعمال الحق في انتفاء الخطأ ومن ثم انتفاء المسؤولية فاذا ترتب عليه ضرر للغير لم يستتبع ذلك مسؤولية فاعله<sup>359</sup> والسبب في اعفاء الموظف من المسؤولية اذا ما هو اتي فعلا ضارا بناء على امر صادر من رئيس ، هو ان المشرع خشي ان يكون الخوف من الانحراف عن اداء الواجب مدعاة تردد الموظفين العامين في اداء واجباته المفروضة عليه مما يضر بالمصلحة العامة ولذى رأى ان يقطع عليهم سبيل التردد وعن طريق تجنيهم المسؤولية في هذه الحالة سواء في ذلك كانت مسؤولية جزائية ام مسؤولية مدنية<sup>360</sup>، و الشرط الجوهرى في اعفاء المأمور من المسؤولية المدنية ان يكون في حالة اداء الواجب لا غير<sup>361</sup>، كما ان الرئيس لا يشترط فيه ان يكون رئيساً ادارياً مثل مدير دائرة<sup>362</sup>، علماً ان اللجوء الى اداء الواجب لدفع المسؤولية المدنية يعتبر طريق ضيق الا انه غير مسدود أي من الممكن الخلاص

1357- يراجع :- د. سليمان مرقس - الموجز في اصول الاثبات - المصدر السابق - ص 389-390 نبذة 382.

2358- ينظر : القاضي فريد فتیان - مصادر الالتزام - امصدر السابق - ص 305.

3359- د. سليمان مرقس - الموجز في اصل الالتزامات - المصدر السابق - ص 388 نبذة 381.

1360- راجع :- د. انور سلطان - مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني - دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي - ص 307 نبذة 450.

2361- في حين قد اشترط المشرع الاردني في اداء الواجب ان يكون ضمن الاكراه الملجئ الذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار والحقيقة انه لا علاقة للاكراه باداء الواجب فالاكراه ياتي تحقيقاً لعمل غير مشروع تسلب به ارادة الفاعل وينسب فعله الى المكره اذا كان مخللاً ويتحمل الاخير الوسؤولية كاملة في حين ان اداء الواجب يأتي بارادة الفاعل معتقداً عن حسن نية انه ينفذ واجباً يدخل في مهامه الوظيفية : انظر في كل ما تقدم ، د. عدنان ابراهيم السرحان مع د . نوري حمد خاطر الدليمي - شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية - المصدر السابق نبذة 456 ص 398 .

من المسؤولية المدنية اذا ما تثبت المأمور بحق اداء الواجب ولما كان من المقرر ان طاعة الرئيس لا تمت بأي حال الى ارتكاب الجرائم وانه ليس على المرؤوس ان يطيع الامر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو ان القانون يعاقب عليه ، فمثلاً ان الحكم المطعون فيه اذا طرح دفاع الطاعن المؤسس على ان احرازه السلاح الناري كان طوعاً لامر رئيسه يكون بريئاً من قاله الخطأ في تطبيق القانون<sup>363</sup> ويكون ما يثيره الطاعن في هذا الشأن لا يعدو ان يكون دفاعاً ظاهر البطلان مما لا يستاهل من المحكمة رداً<sup>364</sup> والمهم هنا ولكي نطمئن على ضمان دفع المسؤولية المدنية ألا يكون تنفيذ الامر في مسألة مخالفة للقانون ، كارتكاب جريمة ، فلا يستفيد المرؤوس من هذا

362- والمثل على ذلك ما جاء في قرار محكمة التمييز في العراق [ في قضية غير سائق الباص العائد لمصلحة نقل الركاب خط سيره الى شارع فرعي بأمر من شرطي المرور فلامس سقف الباص من اسلاك كهربائية عند توقفه ولما حاول / أحد الراكبين (طالب في كلية الحقوق) النزول من الباص ، وحال ملامة احدي قدميه للارض اكتملت في جسمه الدورة الكهربائية فمات ، ولما اقام ورثة المتوفي الدعوى على كل من مصلحة الكهرباء الوطنية ومصلحة نقل الركاب ، ردت المحكمة الدعوى ضد مصلحة النقل / استناداً الى عدم وقوع خطأ من قبل السائق حيث ان مروره من الشارع الفرعي كان بأمر من شرطي المرور]: تمييز عراقي في 7/2/1972 - الشئوة القضائية س 3 ، عدد 1 ص 50 اورد . الدكتور عادل احمد الطائي - المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها - 1999 - المصدر السابق - 195 هامش رقم 2 ونرجو مقارنة القرار المذكور آنفاً مع صفحة رقم (3) في هامش رقم (1) بخصوص موضوع ان الامر لا يشترط فيه ان يكون قد صدر من رئيس اداري ، فشرطي المرور ليس برئيس اداري ولا تربطه بسائق الحافلة بأي علاقة ادارية ومع ذلك كبرت بحقه المادة 215 من القانون المدني العراقي .

363- انظر نقض جنائي في 19/11/1972 مجموعة المكتب الفني الجنائية سنة 23 صفحة 1216 بند 3 ، ورده د. مصطفى محمد الجمال القانون المدني في اثوبه الاسلامي . مصادر الالتزام - المصدر السابق ص 545 هامش رقم (2) .

364- د . عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - جزء اول مصادر الالتزام طبعة 2004م - منشأة المعارف بمصدر - ص 655 هامش رقم (1) .

الاعفاء عند ارتكاب الجريمة<sup>365</sup> ، ولكن ما هي العلة في استثناء المسؤولية المدنية عن المرؤوس ؟ تكمن الاجابة في قياس مسلك الفاعل ( المرؤوس ) يمسلك الشخص العادي اذا وجد في مثل ظروفه فاذا كان الشخص العادي ما كان ليمتنع عن تنفيذ امر الرئيس في مثل هذه الظروف فلا يمكن ان ننعى على المرؤوس تنفيذه له وبالتالي لا يعتبر تحدياً او انحرافاً موجبا للمسؤولية<sup>366</sup> وهكذا نص القانون المدني العراقي في صلب مادته (215) على صورة الامر الصادر من شخص طاعته مفروضة خصها بالذكر دون سابقتها من بعض التقنيات العربية الاخرى وتقول المادة المذكورة في فقرتها الثانية على سبيل الاستدراك من الفقرة الاولى الم ما يأتي (( ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي اضرب بالغير اذا قام تنفيذاً لامر صدر اليه من رئيسه متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة عليه او يعتقد انها واجبة وعلى من احدث الضرر ان يثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذي اتاه بان يقيم الدليل على انه راعى في ذلك جانب الحيطة وان اعتقاده كان مبنياً على اسباب معقولة))<sup>367</sup> ويجب القول : ان هذه المادة ونظيرتها المادة 263 ف 1 من القانون المدني الاردني وهما يفصحان دون غيرهما من التقنيات عن وجهة النظر المذكور (( يضاف

365-3 ولا بد من الاشارة : الى ان مصطلح ( المرؤوس ) كان يشمل الموظف وغيره ممن لهم سلطة الامر والنهي وان كان المشرع لم يشر الى مسألة نهي الرئيس مرؤوسه على تنفيذ نصوص القانون ، ويبدو ان القضاء المصري والقانون المدني ، المصري القديم كانا لا يعدلان على ضرورة وجود رئيس صدر منه الامر الذي ادى الى ارتكاب العمل غير المشروع ك للمزيد انظر د . محمود سيد جمعة - المسؤولية التقصيرية في النفقة الاسلامي - رسالة دكتوراه - معهد البحوث والدراسات العربية - مصدر صفحة 135 - 151 مشار اليه في انور سلطان - مصادر الالتزام - المصدر السابق - ص 308 هامش (1) كذلك انظر المواد 263 من القانون المدني والاردني والمادة 167 من القانن المصري والمادة 215 من القانون العراقي .

366-4 د . انور سلطان - مصادر الالتزام - المصدر السابق ص 309 .  
367-1 قارن مع المادة (167) من القانون المدني المصري والمادة (263) من القانون المدني الاردني والمادة (237) من القانون المدني الكويتي .

الفعل الى الفاعل لا الى الأمر ما لم يكن مجبراً على ان الاجبار  
المعتبر في التصرفات الفعلية هو الاكراه الملجئ وحده )) وذلك اشارة  
الى الفقه الحنفي الذي يقيم الضمان على الاكراه الملجئ وحده دون  
غير الملجئ وان ادى الى فقدان الرضا<sup>368</sup>، ويقضي هذا الحكم الذي  
جاء متفقاً بل ومتطابقاً مع الحكم الوارد في القانون المدني المصري  
والقوانين المستمدة منه او المتأثرة به ، باعفاء الموظف العام الذي  
يرتكب فعلاً ضاراً في حق الغير من المسؤولية<sup>369</sup>، واذا كانت قوانين  
المدنية تحصر حق الاعفاء من المسؤولية المدنية في شخص الموظف  
العام فانه يشترط لاعمال هذا الاعفاء ان يكون قيام الموظف للفعل  
الضار تنفيذاً لامر رئيس تجب عليه طاعته او يعتقد انها واجبة عليه  
وكذلك يجب على الموظف ان يثبت اعتقاده بمشروعية الامر الصادر  
اليه اضافة الى ذلك يجب على الموظف اثبات انه راعى جانب الحيطة  
في تنفيذ الاوامر التي وجهت له (وهذا ما نقصده بعبارة ان اللجوء الى  
الواجب لدفع المسؤولية المدنية يعتبر طريقاً ضيقاً الا انه غير مسدود )

---

2368- انظر ك د . محمود المظفر - موانع المسؤولية - دراسة قانونية  
مقارنة بفقه الشريعة الاسلامية - محاضرات في جانب من القانون  
المدني المعمق القيت على طلبة الماجستير بقسم الانظمة ( القانون )  
في كلية الاقتصاد والادارة - جامعة الملك عبد العزيز - دار حافظ للنشر  
والتوزيع - جدة - 2002م - ص 73 و 74 .  
369- انظر على سبيل المثال : المادة (167) من القنون المدني السوري  
والمادة (169) من القانون المدني الليبي ، وانظر خلاف ذلك من  
القانونين التونسي والمغربي ، على الرغم من ان بعض الشراح -  
كالدكتور معوض عبد التواب في مدونة القانون المدني المصري التي  
تشمل نصوص القانون المدني المعمول به من سنة 1949 معلقاً عليه  
باحكام النقض ص 308 - اعتبرها ضمن القوانين التي نهت على هذه  
الحالة تصوراً منهم ان المادتين 95 مغربي و 104 تونسي قد تعرضتا  
لهذه الحالة ، ولكن مع قليل من الدقة والملاحظة نجد ان المادتين  
المذكورتين لا تتعلقان الا بحالة الدفاع الشرعي وحالة الضرر الناشئ عن  
سبب اجنبي كالقوة القاهرة او الامر الطارئ : راجع في كل ما تقدم  
الدكتور محمود المظفر - موانع المسؤولية - المصدر السابق ص 75  
هامش (1).

والمعيار في ذلك هو سلوك الموظف مسلك الرجل المعتاد في موقفه<sup>370</sup> ، اذن المعمول عليه في دفع المسؤولية المدنية عن الموظف ( المأمور) هو ( سلوك الموظف) - كما مر بنا - فالتقنيات المدنية قد لاحظت ان الضرر قد يحصل للغير كنتيجة لممارسة حق لمن صدر عنه دون تجاوز ، مما يعني ان هناك اضراراً تلحق بالغير بصورة طبيعية اثناء ممارسة حق بصورة مشروعة ولا يلزم من صدر عنه الضرر بالتعويض على المتضرر منها لانها ضمن سياق الامور العادية في حياة المجتمع<sup>371</sup>. وما يقال في اطاعة امر الرئيس<sup>(372)</sup> يقال ايضاً في اطاعة امر القانون فيكفي ان يكون الموظف العام قد اعتقد بحسن نية انه قام بالعمل تنفيذاً لما امرت به القوانين اولها اعتقاد ان اجراءه داخل في اختصاصه وان يثبت ان اعتقاده هذا مبني المؤلف على اسباب معقولة وانه لم يقدم على العمل الا بعد التثبت والتحري حتى يكون عمله مشروعاً لانه لم ينحرف به عن السلوك المؤلف للرجل العادي<sup>373</sup> ، والاصل ان يضاف الفعل الى الفاعل لا

1370- انظر ك د . السيد محمد السيد عمران - الاسس العامة في القانون - المدخل الى القانون - نظرية الالتزام - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - 2002م - ص 272 .

2371- انظر : د . مصطفى العوجي - المسؤولية المدنية - المصدر السابق ص 160 ، كذلك ينظر للفقهاء الفرنسي : -

Boris starck - Droit civil , abliations librairies techniques 1972(avec mise jour 1975)N66-68.

372(\*) وتجدر الاشارة : ان معظم القوانين المدنية قد نصت على عبارة (( . . .

. . . صدر اليه من رئيس ، متى كانت طاعة هذا الامر واجبة عليه او كان يعتقد انها واجبة . . . )) اشارة الى ان الرئيس ليس هو الذي يجب طاعته ، بل الامر الذي صدر من هذا الرئيس هو الذي يجب له الطاعة ن ونعتقد ان المقصود ب((الامر)) هو القانون لا غير ، فكأنها المسألة تجاوزت الرئيس ولم تجعل له اهمية في تحميل المسؤولية على المرؤوس او نفيها : انظر في هذا المعنى : الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون امدي الجديد - 2000م المجلد الثاني - مصادر الالتزام - ط 3 - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت ص 896 نبذة 533

1373- ينظر : د . السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المصدر السابق - ص 898 نبذة 1533 .

الآمر ، وقد مهدت الفقرة الاولى من المادة (215) للتنصيص على هذه الحالة باثبات الحكم الاصلي في المنطق الفقهي وهو ان الفعل انما يضاف لفاعله لا للآمر به اذ لا يقال لمن امر بهدم جدار انه هدم الجدار ، إلا متجاوزاً وانما يضاف الهدم الى من قام به حقيقة ما لم يكن مجبراً على ايقاعه باكراه ملجئ ويحمل النص المذكور في صدر الفقرة الاولى قاعدة فقهية تعد اساساً من اسس التفرع في مسائل المسؤولية التقصيرية وهي (يضاف الفعل الى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً)<sup>374</sup> فاذا كان مجبراً وفي هذه الحدود يكون تنفيذ الموظف لامر غير مشروع عملاً مشروعاً لا يوجب المسؤولية ، وتطبيقاً لذلك فانه اذا امر مهندس البلدية عمال البلدية بهدم جدار مائل للانهدام فهدموه فلا مسؤولية عليهم ، اما إذا أمر هذا المهندس عاملاً بضرب صاحب الجدار فضربه كان العامل مسؤولاً عن التعويض<sup>375</sup> ، والسبب في ذلك هو غياب شرط من شروط الاعفاء من هذه المسؤولية الا وهو شرط ان تكون طاعة الرئيس واجبة على المرؤوس بالنسبة لهذا الامر ، وفي المثال الاخير لا تكون طاعة الرئيس واجبة<sup>376</sup> ، فتنفيذ امر صادر من الرئيس يجعل التعدي عملاً صادراً لا يوجب مسؤولية الموظف ، وان كان يوجب مسؤولية الرئيس الامر<sup>377</sup> ذلك ان انعدام

2374- ينظر : منير الفاضي - ملتقى البحرين - الشرح الموجز للقانون المدني العراقي - المجلد الاول - الباب التمهيدي ونظرية الالتزام - 1952 - مطبعة العاني - بغداد - 329 .

3375- د. المحامي عبد القادر الفار - مصادر الالتزام - مصادر الحق الشخصي في القانون المدني - مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع - الطبعة الاولى - 1998 - ص 192.

4376- انظر في هذا المعنى :- د. مختار القاضي - اصول الالتزامات في القانون المدني - لجنة البيان العربي للطبع والنشر - 1952 - القاهرة - ص 131.

1377- ينظر :- الاستاذ الدكتور رمضان ابو السعود - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دار المطبوعات الجامعية - 2002م - ص 358.

الخطأ في هذه الحالة ليس سوى تطبيق لمعيار الخطأ<sup>378</sup> ، (كما مر ذكره) واطافة الى الشروط المتعلقة بالمدعي عليه (المروؤوس) - وهي ان يكون موظفا عاما ، وان يصدر له الامر من رئيس تجب طاعته وان يعتقد بمشروعية العمل الذي وقع منه<sup>379</sup> - فان هناك شروطاً تتعلق بالمدعي ، اذ لا يكتفي ان يستند المدعي على حصول ضرر بحق من حقوقه بل يجب ان لا يكون بإمكان خصمه ان يدفع بحق اقوى من حقه سلبيا كان او ايجابيا ومثلا على ذلك انه قد يترتب احيانا لك الحق في ان تضر بحق شخص آخر في الاعتبار ، فان الحق في الاعتبار على قوته يتقهقر امام مطالب نشر الاحكام القضائية او الحقائق التاريخية ففي امكان الجريدة ان تنشر ما يدور في ساحة القضاء بدون عقاب وبامكان المؤرخ ان يستعرض سيرة انسان حديث عهد بالوفاة ويجرحها ، ومع ان كاتب الرسالة الخصوصية له الحق في ان تبقى محتوياتها سرا من الاسرار فان من المتفق عليه ان بالامكان ابرازها امام القضاء خلال النظر في دعوى الطلاق<sup>380</sup> ، واخيرا لابد من تقديم عرض موجز لاهم الملاحظات حول المادة (215) من القانون المدني العراقي وهي كالآتي :-

---

2378- يراجع : د. محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - مصادر الالتزامات واحكامها في القانون المدني الجزائري - المؤسسة الوطنية للكتاب - 1983 - ص 155.

3379- انظر على سبيل المقارنة :- المادة (167) من القانون المدني المصري والمادة (263) من القانون المدني الاردني والمادة (129) من القانون المدني الجزائري والمادة (168) من القانون المدني السوري والمادة (169) من القانون المدني الليبي والمادة (237) من القانون المدني الكويتي والمادة (215) من القانون المدني العراقي.

4380- راجع : د. صلاح الدين الناهي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - جزآن في مجلد واحد - بحث موازن بين المعاملات المالية الشرعية والمدنية المرعية في البلاد العربية - مطبعة العاني - بغداد - 1950 ص 214 بند 324.

- أ- عالجت المادة (215) حالة ما اذا تلقى الانسان أمراً بالقيام بعمل يترتب عليه ضرر بالغير وميزت بين حالة ما اذا كانت طاعة الامر واجبة وحالة ما اذا لم تكن هذه الاطاعة واجبة.
- ب- ان استعمال لفظ ((متى)) الوارد في النص المذكور آنفا ليس بذي جدوى وغير صحيح ، اذ كان على واضع النص ان يستعمل اداة الشرط ((اذا)) بدلا من ((متى)) وهي اداة تستعمل للسؤال عن الوقت في حين ان العبرة من الاعفاء من المسؤولية هي توافر شروط النص المذكور وليس وقت كون الاطاعة واجبة.
- ج- كان على واضع النص (أيضا) ان يعطف قيام الاعتقاد بمشروعية العمل على اسباب معقولة على الاعتقاد بمشروعية العمل ، ويقول: ((...)) يثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذي اتاه وان اعتقاده كان مبنيا على اسباب معقولة (( وايضا كان على واضع النص ان يعطف اقامة الدليل على مراعاة جانب الحيطة على الاعتقاد بمشروعية العمل او قيام هذا الاعتقاد على اسباب معقولة ، لا ان يجعل اقامة الدليل مفسرة للاعتقاد بالمشروعية ، فيقول ((...)) وعلى من احدث الضرر ان يثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذي اتاه وان اعتقاده كان مبنيا على اسباب معقولة وان يقيم الدليل انه راعى في ذلك جانب الحيطة ))<sup>381</sup>.
- د- ويلاحظ ان المشرع العراقي قد نقل الفقرة الاولى من المادة ( 215) من القانون المدني المصري في مادته (167) دون النظر الى انه كان في غنى عن ذكر ما ورد في هذه الفقرة لانه ليس الا تطبيقاً للقواعد العامة<sup>382</sup>.

1381- انظر في كل ما تقدم :- د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في مشروع القانون المدني- الجزء الاول - مصادر الالتزام - ط 4 - مطبعة العاني - بغداد - 1974 ص 504.

1382- انظر في هذا المعنى : د. عبد القادر الفار - مصادر الالتزام - المصدر السابق - ص 191.

هـ- ولم يعن المشروع العراقي ببيان كيفية اثبات ان الموظف العراقي راعى جانب الحيطة ، اذ ان مقتضى مراعاة جانب الحيطة هو ان يثبت الموظف انه لم يقم بالعمل الا بعد التثبيت والتحري<sup>383</sup>.

و- والمشروعية التي بها ينتفي وصف الخطأ هي مشروعية الفعل الذي اتاه الموظف (المأمور) لا مشروعية الامر الصادر من الرئيس<sup>384</sup>.

ز- ويجب ولتطبيق النص ان يكون المرؤوس مرغماً على اثبات الفعل الضار بحكم كونه مأموراً ، والا فلا ترتفع عنه المسؤولية ، ومثال ما ذكر : اذا كان المميز عليه المدعي يعترف باستدعاء دعواه بان الشركة هي التي قامت بالحفريات وازالت المزروعات الشتوية العائدة له فسببت له الاضرار المدعى بها المقدرة باستدعاء الدعوى بثلاث مائة دينار وان المحكمة الزمت المميز بالمبلغ المدعى به دون ملاحظة احكام المادة (215) المتضمنة اضافة الفعل الى الفاعل لا الامر ما لم يكن مجبراً وان الاجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هي الاكراه الملجئ وحده ، وحيث لم تتوفر شروط الاكراه الملجئ فكان ينبغي على المحكمة ان تلاحظ ذلك وترد دعوى المدعي عن وزارة الاعمار من جهة الخصومة من صاحبها الى خلاف ذلك غير صواب وعليه قرر نقض الحكم في (12/11/1956)<sup>385</sup>.

2383- انظر د. مي حسين - الوجيز في نظرية الالتزام - المصدر السابق - ص 155.

384- وعلى اساس ذلك : لا يكون مفيداً ما اورده الدكتور رمضان ابو السعود في مؤلفه مصادر الالتزام ، حين قال ((يجب ان يثبت الموظف انه كان يعتقد مشروعية الامر الذي صدر اليه)) ومع احترامنا للدكتور ابو السعود ، فان المعمول عليه في قيام المسؤولية او نفيها هو مشروعية العمل الذي اتاه الموظف او عدم مشروعية العمل ، لا مشروعية الامر . كما يزعم الدكتور ابو السعود ، انظر ص 358 من المؤلف المذكور .

385- قرار محكمة التمييز العراقية في 12/11/1959 - حقوقية - الهامشية - مشار اليه في سلمان بيان - الاقضاء المدني العراقي - الجزء الاول - 1962 - شركة الطبع والنشر الاهلية - ص 392 مادة 214 و 215.

## الفصل الثاني

### دفع المسؤولية المدنية بانعدام رابطة السببية

#### المبحث الأول

#### المفهوم العام لرابطة السببية

لحصر موضوع رابطة السببية فإنه يقتضي تقسيم الموضوع إلى النقاط التالية :

**أولاً: معنى رابطة السببية.**

**ثانياً: العلاقة بين رابطة السببية وبين ركن الخطأ وركن الضرر .**

**ثالثاً: رابطة السببية في القوانين الوضعية .**

**أولاً: معنى علاقة السببية :-**

علاقة السببية تعني الصلة بين الفعل والنتيجة ، بحيث يكون الأول هو المؤدي إلى الثاني ، وبتعبير آخر هي الصلة التي تربط بين الفعل والنتيجة وتجمع بينهما<sup>386</sup> ، ومن الناحية المنطقية ، فإن رابطة السببية تعني (( تعاقباً ضرورياً بين حادثين ، فالسبب يسبق النتيجة ويؤدي إليها على أن كل حادث يسبق آخر لا يعتبر سبباً له ، بل يجب فضلاً عن التعاقب الزمني ، أن يظهر الحادث الثاني بالضرورة تبعاً لوقوع الحادث الأول ، بحيث أن انعدام الأول يؤدي إلى عدم تحقق الثاني ))<sup>387</sup>، غير أن السبب لا يكون دائماً حادثاً واحداً أو فعلاً واحداً ، بل قد يتكون من

386 1- أنظر : أستاذنا د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة بالقانون - الجزء الأول - مطبعة أسعد - بغداد 1982- ص 53 .

387 1- د. محمد ليب شنب - المسؤولية عن الأشياء - رسالة دكتوراه ص 152 ف 131 .

مجموعة من الحوادث والأفعال ، يطلق عليها أسم الشروط وتنشأ عن توافرها النتيجة ، ولا تظهر النتيجة إذا تخلف أحد هذه الشروط ، فالسبب يمكن اعتباره مجموعة من الشروط يؤدي تحققها في وقت واحد بالضرورة إلى حصول النتيجة<sup>388</sup> ، إذاً إذا كان الضرر نتيجة للخطأ فتتحقق علاقة السببية وعلاقة السببية (Le lien de causalite) يشترطها القانون فيما يرتبه من إلزام بالتعويض على كل خطأ سبب ضرراً للغير ، في نطاق المسؤولية التقصيرية ، فإذا لم توجد علاقة السببية بين الخطأ والضرر فلا مسؤولية<sup>389</sup> واستخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر، هو من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض إلاً بالقدر الذي يكون فيه استخلاصه غير سائغ<sup>390</sup>.

## **ثانياً:- العلاقة بين رابطة السببية وبين ركن الخطأ وركن الضرر**

### **أ- العلاقة بين رابطة السببية وركن الخطأ :-**

أن علاقة السببية بين الخطأ والضرر هو ركن ثالث من أركان المسؤولية التقصيرية ولا بد من إشارة المحكمة إلى كون الضرر نتيجة

388-2- أنظر:

Marteau (Pierre) notion de causalite dans La responsabilite civile 1914 p25 -26 .

أورده د. أياد عبد الجبار ملوكي - المسؤولية عن الأشياء - دراسة مقارنة - 1980 مطبعة بابل - بغداد - ص 80 .

389-3- أنظر حسين عامر مع عبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - التقصيرية والعقدية - ط 2-1979 - دار المعارف - ص 352 .

390-4- أنظر : المستشار أنور طلبه - المطول في شرح القانون المدني المصري - ط 1 2004 - المكتب الجامعي الحديث - الإسكندرية - ص 384 .

للخطأ فإن أغفلت كان حكمها معيباً ومحللاً للنقض<sup>391</sup>، فإذا انقطعت العلاقة بأن ثبت أن الضرر لم يكن نتيجة الخطأ فلا مسؤولية ويمكن أن تضرب أمثلة مختلفة لذلك فلو أن جراحاً أجرى عملية جراحية بدون مساعد وثبت أن هذا خطأ محقق وتبين مع ذلك أن هذا لم يكن له أثر على الحادث الذي أصاب المريض فلا مسؤولية على الجراح<sup>392</sup> لإنعدام ركن في المسؤولية التقصيرية ألا وهو ركن السببية ، فالعلاقة السببية هي ركن مستقل عن ركن الخطأ، وآية ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ ، كما إذا أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه لا يعتبر خطأ ، فالسببية هنا موجودة والخطأ غير موجود ، وقد يوجد الخطأ ولا توجد السببية مثال ذلك بدس شخص لآخر سماً وقبل أن يسري السم في جسم المسموم يأتي شخص ثالث فيقتله بمسدس فهنا خطأ هو دس السم وضرر هو موت المصاب ولكن لا سببية إذ الموت سببه إطلاق النار لا دس السم<sup>393</sup>، ومنطقياً لا يعد الكائن المتوافرة فيه صفات الأهلية للمسؤولية مسؤولاً بالفعل إلا إذا تلبس بأمر من الأمور التي يعتبرها المجتمع مولدة للمسؤولية في الحال ، فأهلية الكائن للمسؤولية تجعله مسؤولاً ((بالقوة)) ولا يكون مسؤولاً ((بالفعل)) إلا إذا أحاطت به حالة من الحالات التي يرى المجتمع أنها منتجة للمسؤولية فبحسب نظمنا الحديثة لا يعد الكائن مسؤولاً بالفعل مسؤولية جنائية إلا إذا ارتكب جريمة مادية مقصودة<sup>394</sup> ، وإذا ما توجهت إليه أصابع الاتهام بأرتكاب ضرر ما ، فإن المدعى عليه إذا لم يتسن له

391 -1 د. صلاح الدين الناهي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - 1950 - مطبعة العاني بغداد- ص 229 .

392 -2 د. صلاح الدين الناهي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - المصدر السابق - ص 229 .

393 -3 أنظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - ج 1- ط 2- دار النهضة العربية ص 990 - 991 .

394 -1 أنظر د. علي عبد الواحد وافي - المسؤولية والجزاء - دار أحياء الكتب العربية دون سنة طبع - ص 73 .

أن ينفي الخطأ عن نفسه بقي أمامه أن يدفع مسؤوليته بنفي السببية أي بإقامة الدليل على أن الفعل الضار كان لا بد واقعاً ولو لم يحصل من الداعي (أو المدعى عليه) أي خطأ ، وبعبارة أخرى أن الخطأ الذي يفترض وقوعه من المسؤول لم يكن السبب في حدوث الفعل الضار ، وتطبيقاً لذلك أقرت محكمة النقض المصرية أخلاء ناظر مدرسة من مسؤوليته عن جرح أحدثه أحد تلاميذه بزميل له بعد أن ثبت لديها أن الحادث الذي وقع للمجني عليه ما كان يمكن تلافيه مهما كانت الرقابة شديدة لأنه حصل مفاجأة وفي وسط رهط من تلاميذ كبار لم يستطيعوا ملافاة الحادث ومنع المتهم من ارتكاب جريمة في سرعة غير متوقعة وقالت المحكمة في أسباب رفض الطعن أن زعم المدعي بأن المفاجأة لا يمكن اعتبارها في القانون المصري سبباً للأعفاء من المسؤولية المدنية ما لم ينص عليها فيه لا يعبأ به إذ الأمر لا يحتاج إلى نص خاص بل يكفي فيه تطبيق مبادئ القانون العامة التي منها وجوب قيام علاقة السببية بين الخطأ والحادث الذي أنتج الضرر<sup>395</sup> وفيما سبق يتبين استقلال السببية عن ركن الخطأ ، ولكن إلى أي مدى تظهر هذه الاستقلالية ؟ ، تظهر استقلالية السببية عن الخطأ بشكل واضح في حالة كون الخطأ مفترضاً ، فالسببية إذا كانت مستقلة عن الخطأ فأن ذلك لا يظهر في جلاء عندما يكون الخطأ واجب الإثبات ذلك أن المضرور عندما يكلف بإثبات الخطأ يلجأ في العادة إلى ثبات يكون هو السبب في أحداث الضرر ومن ثم السببية فتستتر السببية وراء الخطأ ولا يتبين في وضوح أنها ركن مستقل وإنما يتضح استقلالها في الأحوال التي تقوم فيها المسؤولية على خطأ مفترض<sup>396</sup> ، ففي المسؤولية

395 -2 د. سليمان مرقس - محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الثاني - الأحكام الخاصة - معهد الدراسات العربية العالمية - 1960 - ص 39-40 .

396 -1 د. السنهوري - الوسيط - ج 1 - المصدر السابق ص 992 نبذة . 583 .

الناشئة عن الإخلال بالتزام بنتيجة وهي تلك الأحوال التي ينتقل فيها عبء الإثبات من عاتق المضرور إلى عاتق المسؤول ، بما يفترضه القانون من قرينة على توافر مسؤوليته فلا يقبل منه نفي الخطأ وإنما عليه أن يثبت أنتفاء علاقة السببية<sup>397</sup>.

### ب- العلاقة بين ركن السببية وركن الضرر :-

لا يمكن القول أن ركن السببية منعزل تماماً عن ركن الضرر ذلك لأنه إذا كان الخطأ الذي أنعزل عن الضرر لا يحقق أية مسؤولية ، فذلك لا لأن السببية منعدمة فحسب ، بل أيضاً لأن هذا الخطأ لم ينجم عنه أي ضرر ، فحيث تنعدم السببية ينعدم في الوقت ذاته الضرر ومن هذا الوجه يكون الضرر والسببية متلازمين<sup>398</sup> ، وإذا كان الأصل في المسؤولية التقصيرية بوجه عام أن تناط بخطأ يقام الدليل عليه ، لذلك القىء عبء الإثبات فيها على عاتق المضرور وهو الدائن ويراعى أن مشروع القانون المدني المصري لم يبلغ في هذه الناحية شأو التقنين السوفيتي في تبني تلك المسؤولية على أساس الخطأ المفروض فنص في المادة (403) من القانون المدني المصري بأنه [من أضر بالغير في شخصه أو ماله يلزم بتعويض الضرر ويبرأ من إلتزامه هذا ، إذا أقام الدليل على أنه لم يكن في مقدوره أن يتقي هذا الضرر أو أنه

397 -2 أنظر : حسين عامر مع عبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - المصدر السابق ص 353 .

398 -3 أنظر : د. السنهوري - الوسيط - ج 1- مصادر الألتزام - المصدر السابق ص 991 ، ولعل الدكتور السنهوري قضى بتلازم السببية مع الضرر في ما ذكره حصراً ، في حين أن السببية قد تستقل عن الضرر إذا كانت قرينة السببية قائمة فإن المسؤول له نقض هذه القرينة بإثبات أن هناك سبب أجنبي هو الذي أحدث الضرر فهنا لا توجد السببية ويوجد الضرر ، أنظر : عامر غانم العلواني - تعدد الأسباب وأثره في المسؤولية المدنية - رسالة ماجستير - جامعة النهريين - كلية الحقوق - 2002 ص 9.

كانت له سلطة أحداثه قانوناً أو أنه حدث من سبق إصرار المضرور أو إهماله الفاضح [399].

### **ثالثاً:- رابطة السببية في القوانين الوضعية :-**

قلنا أن رابطة السببية تظهر بشكل مستقل وواضح عندما يكون الخطأ مفترضاً ، وفي القانون المصري وبخصوص مسؤولية الراعي المقامة على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس ، فإن الأصل أن المكلف بالرقابة لا يسأل إذا وقع الفعل الضار من الخاضع للرقابة أثناء غيابه لأنه من المستحيل عليه مادياً أن يمنع حادثاً لم يقع في حضوره لذلك فإن هذه الأستحالة إذا ثبتت فإنه من شأنها أن تعفيه من مسؤوليته هذه وذلك لأن الإنسان لا يكلف بالمستحيل<sup>400</sup> ، وهذا يعني أن ألتزامه بواجب الرقابة يصبح مستحيلاً في حالة غيابه عن الخاضع للرقابة وذلك لأنه في هذه الحالة لا يستطيع مباشرة رقابته عليه ، على أن غياب المسؤول عن الضرر الصغير لا يمكن أعتبره سبباً كافياً لدفع مسؤوليته وإنما يجب أن يكون هذا الغياب مبرراً إذ أن ظروف الحياة قد تدفعه إلى الأبتعاد عن الخاضع للرقابة فلا يتمكن في هذه الحالة من مباشرة رقابته عليه لذلك فإنه لا يكون في هذه الحالة مقصراً في واجب الرقابة<sup>401</sup> أما القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 فإنه نص في المادة (211) على أنه [إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم

399-1 راجع : د.أحمد محمد أبراهيم - القانون المدني معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية وأحكام القضاء وآراء الفقهاء - ط 1- 1964 - دار المعارف ص 137 - الهامش .

400-2 أنظر : الأستاذ مصطفى مرعي - المسؤولية المدنية في القانون المصري - ط 2 - القاهرة - مطبعة عماد 1936 - ص 152.

401-1 أنظر : د.سليمان مرقس مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي في تقنيات البلاد العربية مع مقارنة بالقانون الفرنسي - معهد البحوث والدراسات العربية - 1968 ص 122 - 123 .

يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك] وكذلك في المسؤولية العقدية نص المشروع العراقي في المادة (168) على أنه [إذا أستحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الألتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بألتزامه ما لم يثبت أن أستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ ألتزامه] وكذلك نصت الفقرة الأولى من المادة (207) من القانون المذكور على أنه [تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع] يتضح مما سبق ذكره من المواد القانونية ، أن القانون يشترط وجود علاقة سببية فيما يرتبه من ألتزام بالتعويض ، أما في القانون الأجنبي ، فإن رابطة السببية أعتبرت في القانون الفرنسي القديم فكرة فلسفية ومن البديهيات العقلية لذلك لم تظهر ذات أهتمام<sup>402</sup> إلا أن القضاء ذهب في الكثير من أحكامه إلى وجوب تعيين علاقة سببية ، ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية أعتبر الموثق غير مسؤول عن الضرر الذي أصاب عدد من الموثقين على أساس عدم وجود رابطة السببية بين الخطأ الذي وقع من الموثق والضرر الذي لحق بالمدعي<sup>403</sup> فوظيفة رابطة السببية ، هي وظيفة مزدوجة فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية ، أولاً يجب أن يكون الخطأ هو الذي أدى إلى وقوع الحادث والسببية في هذه الصورة شرط لقيام المسؤولية ، ثانياً يجب أن يؤدي الحادث إلى كل الضرر المطالب عنه والسببية هنا تحدد نطاق المسؤولية فإذا وقع للطائرة حادث أصيب فيه أحد الركاب بجراح طفيفة فطالب بالتعويض فإنه يجب قيام حلقتين من السببية ما بين الخطأ ووقوع الحادث والإصابة وما بين الإصابة وتخلف العاهة

402 -2 أنظر: Marty et raynaud – droit civil – tome 2-1962-p515.

403 1- حكم لمحكمة النقض الفرنسية في 6/7/1924 أورده عامر غانم العلواني تعدد الأسباب وأثره في المسؤولية المدنية - رسالة ماجستير - المصدر السابق ص 8 .

للراكب<sup>404</sup> ، وأيضاً في القانون الأمريكي فإن مسؤولية الناقل لا تثبت إلا إذا ثبت خطأ ، أي المسؤولية مقامة على خطأ ثابت ، لا تنتفي إلا بالسبب الأجنبي الذي يقطع العلاقة السببية فلا فائدة تذكر إذا وجد سبب أجنبي دون أن ينفي علاقة السببية ، كأن يكون الخطأ راجعاً إلى سبب لا علاقة بأهمال الناقل ، غير أنه قد لا ينظر إلى ثبوت الخطأ في جانبه وقد تأخذ المحكمة بقاعدة (res ipsa loquitur) ويصبح لزاماً على المسؤول أن يدحض أثر هذه القاعدة ، وخير وسيلة لذلك هي إثبات أن سبب الحادث لا يرجع إلى أهمله وعموماً فإن المسؤول عن النقل يستطيع دفع مسؤوليته إذا أثبت أحد الأسباب الأجنبية وهي المذكورة على سبيل الحصر هي فعل الله وعمل العدو وفعل المرسل والعيب الذاتي في البضاعة<sup>405</sup> ، ونشير أخيراً أن القانون المدني الفرنسي قد عول كثيراً على رابطة السببية فقد أشارت المادة (1382) منه إلى أن الضرر يجب أن يكون ناتجاً عن الخطأ ، فالقانون يؤكد هنا على رابطة السببية، وهذا التعويل ذو أهمية إذ في انتفاء رابطة السببية يختل الهيكل القانوني للمسؤولية بانعدام ركن مميز فيها إلا وهو رابطة السببية<sup>406</sup> .

وبعد هذه النبذة الموجزة عن مفهوم رابطة السببية ، فإنه لا بد من توجيه الكلام إلى النظريات القانونية في رابطة السببية فمن المعلوم أن المسؤولية - عموماً - تعرف بأنها : المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول<sup>407</sup> أي أنها نتيجة

404 -2 أنظر : د. ثروت أنيس الأسيوطي مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن - ط 1- المطبعة العالمية - 1960 ص 397 - 398 .

405 -3 د. ثروت أنيس الأسيوطي مسؤولية الناقل الجوي - المصدر السابق - ص 438 .

406 -1 عامر غانم العلواني - تعدد الأسباب وأثره في المسؤولية المدنية - رسالة ماجستير - المصدر السابق - ص 17 - 18.

407 -2 أنظر: عز الدين الديناصورى مع د. عبد الحميد الشواربي - المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - القاهرة الحديثة للطباعة - 1988 ص 11 .

للضرر الذي سببه الإخلال بهذا الألتزام المعين ، وأما أن يكون مصدر الألتزام عقداً فتكون المسؤولية عقدية ، أو يكون مصدره القانون ، فتنهض هنا مسؤولية الشخص نتيجة أخلاله بالألتزام قانوني مرده ألتزام حقوق الغير وحينئذ تصبح المسؤولية تقصيرية<sup>408</sup> ، ونبدأ كلامنا عن موضوع النظريات القانونية في رابطة السببية بالمطلب الأول ، ويقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، في الفرع الأول نتحدث عن فكرة تعدد الأسباب أما الفرع الثاني فهو لنظرية تعادل الأسباب ، أما الفرع الثالث والأخير فهو مخصص لنظرية السبب المنتج .

## المطلب الأول

### النظريات القانونية في رابطة السببية

ونقصد بهذه النظريات ، فكرة تعدد الأسباب ونظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب المنتج.

## الفرع الأول

### فكرة تعدد الأسباب

يمكن القول أن فكرة تعدد الأسباب تتطلب وجود أكثر من سبب ، والسبب في المعنى الأصولي هو ( ما يجعل علامة على الحكم بحيث يترتب على تحققه وجود الحكم وعلى أنتفائه عدم الحكم<sup>409</sup>).

408 3- أنظر إلى الأختلاف في تسمية المسؤولية التقصيرية بالمسؤولية اللاعقدية في كل من : د. عبد الحميد عمر وشاحي - النظرية العامة للألتزامات في القانون المدني - بدون تاريخ طبع - القاهرة - ص 210 . كذلك د. صلاح الدين الناهي - مبادئ الألتزامات - بغداد - 1968 - ص 161.

409 1- أستاذنا د. مصطفى ابراهيم الزلمي - دلالات النصوص وطرق أستنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي مطبعة أسعد - بغداد - 1983 - ص 25.

والسبب في القانون يعني أولاً : يعد حكماً في الالتزام بوصفه القصد المباشر الذي به ترتب التزام على المدين<sup>410</sup> ، وهو ثانياً ركن في عملية التعاقد لكونه الباعث الدافع للتعاقد<sup>411</sup> ، والمعنى الأخير يتداول في التصرفات أما في الوقائع فإن معنى السبب ، يظهر في المسائل الجنائية البحتة<sup>412</sup> ، وأن فكرة تعدد الأسباب تكون في حقلين أولهما الحقل الجنائي ، إذ أن أصحاب النظريات القانونية في رابطة السببية ، وضعوا هذه النظريات ، على أسس فلسفية بحتة ثم أدخلوها إلى علم القانون وعالجوا نظرياتهم بعبارات مطلقة دون أن يقيدوها في مجال أحد القانونين المدني والجنائي<sup>413</sup> ، كما أن فقهاء القانون الجنائي يعترفون النظرية نفسها التي يعترف بها فقهاء القانون المدني في تعريف السبب [نظرية ميل] والتي تعرف السبب بأنه : مجموعة العوامل الأيجابية والسلبية التي ساهمت في أحداث النتيجة<sup>414</sup> إلا أن الخلاف في تعدد الأسباب بين المسؤوليتين يكمن في طبيعة كل من المسؤوليتين ففي الوقت الذي تؤسس فيه المسؤولية الجنائية على فكرة الخطيئة فإن المسؤولية المدنية لا تنهض حيث لا يوجد أو ينعدم الضرر<sup>415</sup> ، وأخيراً أن فكرة تعدد الأسباب أوفر حظاً في الحقل الجنائي منه في الحقل المدني ذلك أن القانون المدني لم يتناول بالنص فكرة تعدد الأسباب ، في حين أن القانون الجنائي قد أشار إلى فكرة تعدد

410 2- د. غني حسون طه - مصادر الألتزام - مطبعة المعارف - بغداد - 1971 - ص 28 .

411 3- د. غني حسون طه - مصادر الألتزام - المصدر السابق - ص 265 .

412 4- أنظر : د. حميد السعدي - شرح قانون العقوبات الخاص - مطبعة المعارف - بغداد - 1964 - ص 53 كذلك د. رؤوف عبيد - السببية في القانون الجنائي - دار الفكر العربي - 1966 ط 2 - ص 3 .

413 1- أنظر : عبد الرشيد مأمون - علاقة السببية في المسؤولية المدنية - دار النهضة العربية - القاهرة - ص 12 .

414 2- راجع بهذا الخصوص : د. محمود نجيب حسني - علاقة السببية في قانون العقوبات - دار النهضة العربية - 1983 - ص 18 .

415 3- د. محمد نجيب حسني - علاقة السببية في قانون العقوبات - المصدر السابق - الصفحة السابقة .

الأسباب في حالة وجود نتيجة لا علاقة لها بسلوك الجاني<sup>416</sup>، وتوجد مسألة أخرى قد تتداخل مع معنى فكرة تعدد الأسباب إلا وهي مسألة تسلسل النتائج الضارة في المسؤولية المدنية ، ففي الوقت الذي يمكن معه القول بوجود سبب مباشر وسبب غير مباشر فإنه قد يقال بوجود ضرر مباشر وضرر غير مباشر\*، كما لو أصطدمت سيارة بأخرى واقفة بجوار سيارة ثالثة فأدى الاصطدام إلى إلحاق ضرر بالسيارة الثالثة التي تسببت به الأولى ، وفي القانون يشترط لمساءلة الفاعل أن يكون الضرر مباشراً<sup>417</sup>، وفي الفقه الإسلامي فإن المساءلة تأتي على كل الأضرار الناتجة عن المتسبب ما دام لفعله أثر فيها ولكن إذا تدخل في السببية بين فعله والضرر البعيد سبب آخر فإنه لا يسأل عن ذلك الضرر بل يضمن الضرر المباشر فقط<sup>418</sup>.

## الفرع الثاني

### نظرية تعادل الأسباب

ترجع أصول هذه النظرية إلى الفقيه الألماني (فون بري)<sup>419</sup> (von Bari) وبمقتضاها فإن الضرر حدث نتيجة لمجموعة من الأسباب ما كان ليحدث من دونها فهو إذا ألغي أحد هذه الأسباب فإن الضرر لا يقع<sup>420</sup>، وبعبارة أخرى يجب في تعيين ما يعد سبباً حقيقياً للضرر أن يبحث كل

416 -4 أنظر على سبيل المثال : المادة (29) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 .

\* وهذا ما سوف نفضله في الفصل الثالث من هذا البحث .

417 -1 أنظر : د. حسن علي ذنون - أصول الالتزام - مطبعة المعارف - بغداد - 1970 - ص 244 .

418 -2 أنظر : د. وهبة الزحيلي - نظرية الضمان في الفقه الإسلامي - دار الفكر - 1970 - ط 1 - ص 48 .

419 -3 أنظر : د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ، محمد طه البشير في الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - ج 1 - مصادر الالتزام - بغداد - 1980 - ص 239 .

420 -4 عز الدين الديناصوري - مع د. عبد الحميد الشواربي - المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - المصدر السابق - ص 187 .

العوامل المتعددة على حدة وجعلها فيما بعد متعادلة من حيث التسبب في الضرر فعلاً<sup>421</sup>، أن تمييز ما كان منها منتجاً في أحداثه ، أو عارضاً في تسببه أو في كونه أقوى من الأسباب الأخرى أو أقرب إليها منها ، أو أن جميعها متكافئة في أحداث الضرر وكل واحد منها يعد سبباً في أحداثه وإذا ما أنعزل ذلك السبب عن المشاركة في أحداث الضرر ترتب على غيابه أنعدام الضرر<sup>422</sup>، وذلك لأن كل سبب يعطي للسبب الآخر القدرة السببية وعلى ذلك فأن كل سبب أمر لا بد منه لحدوث الضرر ومن دونه تكون الأسباب الأخرى عديمة الفاعلية فإذا كان الثابت أن الضرر قد حدث لتدخل المدعى عليه فإن هذا التدخل سبب للضرر لأنه ما كان ليقع لولا هذا التدخل وهو لا يعد سبباً للضرر وإنما السبب لكل الضرر الذي قد يحدث لأن المدعى عليه المخطيء يلتزم بتعويض الأضرار مهما كان أمتدادها<sup>423</sup> فلو أن شخصاً ساق سيارته في طريق معد للأياب إلا أنه سلك في هذا الطريق الذهاب وليس الأياب فسقطت سيارته في حفرة حفرها العمال للتصليح ولم يدفنها ، فإن كلاً من سائق السيارة وعمال التصليحات أو الصيانة مسؤولين عن الأضرار التي لحقت بالسيارة وفق هذه النظرية<sup>424</sup> ومن الجدير بالذكر أن الأسباب لا تعد متعادلة أو متكافئة إلا إذا كان كل منها مستقلاً عن

421 5- المستشار أنور العمروسي - التعليق على نصوص القانون المدني المعدل - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - 1983 - ج 1 - ص 475 .

422 1- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط - نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام - ج 2 - 1981 - ص 1263 .

423 2- المستشار عز الدين الديناصوري مع د. عبد الحميد الشواربي المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - المصدر السابق - ص 188-187 .

424 3- أنظر : د. محمد سليمان الأحمد - تعدد الأسباب في المسؤولية المدنية - بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق - تصدرها كلية القانون - جامعة الموصل - المجلد 1- السنة العاشرة - العدد الرابع والعشرين - 2005 ص 77 .

غيره أي أنه لا يوجد من بينها ما يعد نتيجة حتمية لغيره<sup>425</sup>، أما إذا كان أحد العوامل التي تتابعت عند أحداث الضرر ليس إلا نتيجة حتمية للعامل السابق عليه ، فلا يعد العامل اللاحق السبب الحقيقي في حدوث الضرر ولا تترتب عليه المسؤولية وإنما يحجب العامل الأول العوامل اللاحقة كلها ويستغرقها ويعد هو السبب الحقيقي في حدوث الضرر<sup>426</sup>، أي عكس ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في حالة ما إذا اجتمع المباشر والمتسبب فمثلاً إذا اضطرت سائق سيارة لمفاداة اصطدام شخص أراد الانتحار ودفع بنفسه تحت عجلات سيارة ذلك السائق وأندفع السائق بسيارته إلى الرصيف وأصاب بعض السابلة ، فلا تعد حركة السائق هذه عاملاً حقيقياً لحدوث الضرر ولو كانت خطأ لأنه أراد تفادي الشخص الذي أراد الانتحار<sup>427</sup>، ونظرية تعادل الأسباب تمتاز بكونها تختار بتسهيل مهمة الإثبات بالنسبة إلى المضرور لأن كل الأسباب التي ساهمت في أحداث الضرر يجب الاعتداد بها ، كما أنها تساعد على التزام أكبر قدر من الحرص والحذر ومن ثم تقليل وقوع الأضرار ، لأن كل شخص يعرف أن أية مساهمة منه في أحداث الضرر سترتب عليها مسؤولية لأن التوسع في فكرة السببية من شأنه حث

425 4- المستشار أنور العمروسي - التعليق على نصوص القانون المدني المعدل - المصدر السابق - ص 475 .

426 5- أنور العمروسي - المصدر السابق - ص 476 .

427 1- ونؤيد رأي الدكتور محمد سليمان الأحمد في بحثه الموسوم بـ(تعدد الأسباب) ذلك لأنه يرى أن هذا المعيار ليس جازماً ينطبق على كل الحالات ، فالفهاء عندما يعالجون موضوع تعدد الأسباب ويذكرون فيه النظريات التي قيلت بصدده يفرقون بين حالتين الأولى حالة تعدد الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى ، وحالة تعدد الأسباب دون استغراق سبب منها للأسباب الأخرى ففي الحالة الأولى يبقى السبب المستغرق وحده مرتباً للمسؤولية ، أما في الحالة الثانية فقد اختلف بصددها الفقهاء فظهرت نظريات عدة من بينها هذه النظرية - أنظر السنهوري الوسيط - ج 2 - مصادر الالتزام - المصدر السابق ص 1261 ، كذلك راجع د. محمد سليمان الأحمد - تعدد الأسباب في المسؤولية المدنية - المصدر السابق ص 78 .

الأفراد على إلتزام الحذر<sup>428</sup> غير أنه يؤخذ على هذه النظرية فكرة اتساع السببية التي ستؤدي إلى عدم إمكانية تحديد نطاق الضرر الذي يجب أن يسأل عنه الفاعل<sup>429</sup>، ونضيف أن هذه النظرية كانت مطبقة في الماضي وخصوصاً في الأنظمة الجنائية وطبقته كذلك وإلى وقت قريب المحكمة العليا الأسبانية إلا أن أول من أبرز النظرية بحلتها الجديدة هو الكاتب (glaser) فهو يقول : أن على الشخص أن يستبعد الفعل المشكو منه من مجموعة الحوادث التي ساهمت في حصول النتيجة ، فإذا تبين بعد ذلك العزل أو الاستبعاد أن النتيجة ظلت على حالها وأن ترتيبها حتمي ففي هذه الحالة لا يمكن نسبة هذه النتيجة إلى ذلك الفعل<sup>430</sup>، وبالالتجاه نفسه يرى الفقيه (Von Buri) أن كل العوامل التي ساهمت في أحداث الضرر تعتبر أسباباً له ، ما دام كل عامل منها ضرورياً لحدوث الضرر ، بحيث أن تخلف أي منها يحول دون حدوثه ، أي أن هذه الأسباب متعادلة من جانب التسبب في إنتاج الضرر<sup>431</sup> ولا دخل للمدعي في إبراز النتيجة ، إذ أن الفعل الإنساني هو الذي يقع عليه عبء النتيجة إذا اجتمع مع الأسباب الطبيعية ، فإذا تعددت أفعال إنسانية وحدها أو مع أخرى طبيعية فأن السببية تتركز في الفعل الإنساني الأول أي الذي أثار الأفعال الأخرى فلو أن شخصاً طعن آخر

428 2- المستشار عز الدين الديناصوري مع د. عبد الحميد الشواربي المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - المصدر السابق - ص 188.

429 3- المستشار عز الدين الديناصوري مع د. عبد الحميد الشواربي المصدر السابق - الصفحة السابقة.

430 1- أنظر : عامر غانم العلواني - تعدد الأسباب وأثره في المسؤولية المدنية - رسالة دكتوراه - مقدمة إلى جامعة النهريين كلية الحقوق - 2002 ص 15 .

431 2- أنظر بهذا الخصوص :- د 0 محمد مصطفى القلبي - المسؤولية الجنائية - مطبعة جامعة فؤاد الأول - القاهرة - 1948 ص 35 ، د. رؤوف عبيد - السببية في القانون الجنائي - ط 2- مطبعة نهضة مصر - القاهرة 1966 - ص 16 ، علي عبيد عودة - العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية - رسالة ماجستير - جامعة بغداد - 1977 ص 179 .

ليقتله فأحدث به إصابة نقل على أثرها إلى المستشفى فأهمل الطبيب رعاية المصاب مما أضر علاجه ثم مات بسبب حريق نشب في المستشفى فأن هذه النتيجة تستند إلى محدث الإصابة لأنه لولاها لما دخل المجني عليه المستشفى ولما أصابه الموت<sup>432</sup>، ويلاحظ أن نظرية تعادل الأسباب تعتبر جميع الأسباب المعنية في الحادث هي التي أنتجت الضرر مجتمعاً ولكن هل أن هذه العوامل أو الأسباب جميعها ضرورية في أحداث النتيجة الضارة أي أنه إذا تخلف عنصر من هذه العناصر فهل أن هذا معناه عدم حصول الحادث وهل للاعتداد محصور بأبسط هذه العناصر؟

أن المسألة تحتاج ركنين :

الركن الأول أهمية العامل أو السبب من حيث كونه ضرورياً أم غير ضروري ، فإذا تعددت العوامل التي تتداخل فيما بينها يعد كل منها سبباً للنتيجة مادام أنه ضروري لوجودها ، ومؤدى ذلك أن العامل إذا لم يكن ضرورياً فلا يؤخذ بنظر الاعتبار، والمهم في العامل أو السبب أو الحادث أن يكون حاملاً لصفة الضرورة حتى يؤخذ بالحسبان هذا من جهة ومن جهة أخرى وبالنسبة للركن الثاني فإنه يشترط في العامل الذي هو من بين مجموعة العوامل التي ساهمت في أحداث الضرر أن يكون ذا جدوى أي أنه لولا وجوده لما أنتج الضرر أي يجب ألا يتمتع العنصر أو العامل بصفة الاستقلال<sup>433</sup>.

### **رأي فقهاء القانون في نظرية تعادل الأسباب :-**

يقول الفقيه فون بري (Von Buri) أن كل الحوادث التي تؤدي إلى وقوع الضرر متكافئة ومتساوية ويعتبر كلاً منها سبباً أدنى إلى حدوث النتيجة

432 -3 أنظر : أستاذنا د. مصطفى إبراهيم الزلمي - المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة بالقانون الوضعي - المصدر السابق - ص 54 .

433 -1 أنظر بنفس المعنى : أستاذنا د. مصطفى إبراهيم الزلمي - المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون الوضعي - المصدر السابق - الصفحة السابقة .

الضارة فكل حادث أو فعل لولاه لما وقع الضرر يمكن أن نسميه (سبباً) مهما كان بعيداً وبالتالي يمكن إلزام فاعله بتعويض الضرر كله<sup>434</sup>، وبيبرر (Von Buri) قوله هذا بأن مجموع القوى التي ساهمت في وقوع حادثة معينة (مهما كان نصيبها في أحداث هذه الظاهرة أو الحادثة) يجب أن تعتبر سبباً لهذه الحادثة أو الظاهرة وعليه يمكن اعتبار كل ظرف من هذه الظروف على أنفراد سبباً لما حدث لأن حدوث هذه الظاهرة أو تحققها متوقف على تحقق كل ظرف من هذه الظروف بحيث أننا لو أستبعدنا أي ظرف من مجموع الظروف لما تحققت النتيجة<sup>435</sup>، ويرى الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي، أن السبب الطارئ لا يقطع علاقة السببية إذا لم يكن مستقلاً عن السلوك الإنساني بحيث لو لم يكن لما تدخل هذا السبب وأن كان كافياً في أحداث النتيجة أما إذا كان السبب الطارئ كافياً لأحداث النتيجة ومستقلاً فإنه يقطع علاقة السببية كمن أصيب بجراحة خطيرة على متن طائرة أو سفينة ثم تحطمت الطائرة أو غرقت السفينة فأدى ذلك إلى وفاة المجنى عليه<sup>436</sup>.

### **موقف المشرع العراقي من نظرية تعادل الأسباب :**

لقد أدت هذه النظرية إلى اعتبار الحادث أو العامل أو الشيء الذي ساهم في أحداث الضرر سبباً لهذا الضرر في جميع الحالات التي يتدخل فيها في أحداث الضرر ، وذلك أيّاً كان هذا التدخل إيجابياً أم

434 -1 أنظر : عامر غانم العلواني - تعدد الأسباب وأثره في المسؤولية المدنية - رسالة دكتوراه - المصدر السابق - ص 16. وفي رأينا المتواضع ، نعترض على تسمية الحوادث والعوامل بـ(الأسباب) ذلك أنه يجب التفرقة بين ما هو سبب للضرر وبين ما هو عامل أو عنصر للضرر .

435 -2 أنظر بهذا الخصوص :

Francois chabas l'influence de La pluralite des causes sur Le droit areparation paris 1967 p84 paragraph98.

436 -3 د. مصطفى إبراهيم الزلمي - المسؤولية الجنائية - المصدر السابق - ص 54 .

سلبياً جوهرياً أم عرضياً ما دام أنه لولاه لما وقع الضرر<sup>437</sup>، وقد أخذ  
المشرع العراقي بنظرية تعادل الأسباب حيث نصت المادة (29) من  
قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 بأنه [لا يسأل شخص عن  
جريمة لم تكن نتيجة لسلوكه الإجرامي ، لكنه يسأل عن الجريمة ولو  
كان قد ساهم مع سلوكه الإجرامي في أحداثها سبب آخر سابق أو  
معاصر أو لاحق ولو كان يجهله ، أما إذا كان ذلك السبب وحده كافياً  
لأحداث النتيجة الجرمية فلا يسأل الفاعل في هذه الحالة إلا عن الفعل  
الذي أرتكبه] ونجد في هذا النص ملاحظتين :-  
الأولى : أن هذا النص الذي أخذ بنظرية تعادل الأسباب عالج المسألة  
بعيداً عن شرط الاستقلالية ، فمن خلال عرض النص يلاحظ أنه لم  
يتطرق لشرط الاستقلالية مع أنه ضروري لقطع العلاقة السببية<sup>438</sup> .  
الملاحظة الثانية :- أن المشرع العراقي - ومن خلال هذا النص - قد  
تأثر فيما حدده من ضوابط لتقدير توافر السببية او انقطاعها بنظرية  
تعادل الأسباب<sup>439</sup> .

## الفرع الثالث

### نظرية السبب المنتج

437 1- د. أياد عبد الجبار ملوكي - رسالته في المسؤولية عن الأشياء  
وتطبيقاتها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص - رسالة دكتوراه ص 81  
مع هامش رقم (6) .

438 2- أنظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي - المسؤولية الجنائية - المصدر  
السابق - ص 55 مع هامش رقم (1) .

439 3- أنظر : يوسف الياس حسو - المسؤولية الجنائية عن الخطأ غير  
العمدي - رسالة ماجستير - جامعة بغداد 1971 - ص 133 .

وهذه النظرية ترجع أصولها إلى الفقيه الألماني (فون كريس) (Von Kries) ومفادها: أنه ينبغي عند تعدد الأسباب التمييز بين السبب الثانوي ، وبين السبب الفعال أو المنتج ليعتد بالثاني وحده ، ويعتبر السبب فعالاً أو منتجاً إذا ثبت أن الضرر كان نتيجة له وأنه كان كافياً وحده لأحداث الضرر<sup>440</sup> ، وإذا كانت النظرية الأولى (نظرية تعادل الأسباب) قد أخذ بها القضاء الفرنسي والمصري فترة طويلة من الزمن فإنهما عدلا عنها إلى النظرية الثانية (نظرية السبب المنتج التي تماثل إتجاه الفقه الإسلامي والتي يعول عليها القضاء العراقي<sup>441</sup> ووفقاً لهذه النظرية لا يكفي لأعتبار الحادث سبباً للضرر مجرد أنه شرط ضروري لحصول الضرر (أي لولاه لما حدث الضرر) فلا تؤخذ جميع هذه الأسباب بنظر الأعتبار بل تحذف أو تستبعد منها تلك الأسباب التي لا تعتبر أسباباً منتجة للضرر أي لا يحتفظ إلا بتلك الأسباب التي تعتبر وفقاً للمجرى العادي للأمر ملائمة لأنتاج الضرر فهذه النظرية تميز بين الأسباب المنتجة والأسباب العارضة والسبب المنتج عندهم هو ذلك السبب الذي يؤدي بحسب المجرى العادي للأمر إلى أحداث الضرر أما السبب العارض فهو سبب غير مألوف والذي لا يقود بصورة أعتيادية إلى أحداث الضرر<sup>442</sup> ، فأما بالنسبة للأسباب المنتجة أو الأسباب الفعالة ، فإن هذه النظرية تأخذ بها بعين الأعتبار في حين يتم

440 1- د. عبد المجيد الحكيم مع الأستاذ عبد الباقي البكري مع الأستاذ محمد طه البشير - الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني العراقي - الجزء الأول - مصادر الألتزام - 1980 - مطبعة السنهوري ص 240 .

441 2- الأستاذ : عبد الباقي البكري - محاضرات في المسؤولية عن الأعمال الشخصية غير المشروعة - أقيت على طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص - 1976-1977 - مطبوعة بالرونيو - جامعة بغداد - ص 58 - مشار إليه في مؤلف د. عبد المجيد الحكيم مع البكري مع البشير- المصدر السابق - ص 240 .

442 1- د. محمد جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للألتزامات في القانون المدني المصري - ط 3 - جامعة القاهرة - 1978 ص 565 ف 271 .

أهمال العوامل العارضة ، وأن كانت أسباباً في أحداث الضرر من الناحية الطبيعية إلا أنها ليست كذلك من الناحية القانونية وذلك لأنها لا تحدث مثل هذا الضرر وفقاً للمجرى المعتاد للأمر ، وإنما تسهم في أحداثه مصادفة وبصورة استثنائية بالأشتراك مع السبب الفعال<sup>443</sup> لذا فإن هذه لا تعدد بما يجري من الأسباب المألوفة وينبني على ذلك عدم انقطاع أي علاقة بالأسباب المتوقعة المألوفة لكون المجنى عليه مثلاً مريضاً أو ضعيف البنية أو حدوث مضاعفات طبيعية للإصابة كالنزيف وتسمم الجروح وأهمال المجنى عليه أهماً عادياً متوقعاً ممن هو في بيئته<sup>444</sup>، ألا أن علاقة السببية هذه تنقطع إذا تداخلت العوامل الشاذة غير المتوقعة كالخطأ الحسيم للطبيب المعالج ووفاة المجنى عليه نتيجة حادث زلزال عند نقله إلى المستشفى فأدى إلى هدم البناية أو وفاته بمرض لا علاقة له بالإصابة<sup>445</sup> والنتيجة أن هذه النظرية تهتم بالأسباب المنتجة للضرر، لذا فإن هذا هو الوجه المميز لها وهو الذي استقطب أنظار الفقه الفرنسي والمصري مما أدنى إلى هجر نظرية تعادل الأسباب يضاف إلى ذلك عنصر مهم وهو أن القرائن القانونية على الخطأ المفترض كثرت فأصبح من اليسير أستظهار خطأ مفترض في جانب المدعى عليه ينضم إلى أخطاء أخرى أكثر وضوحاً وبروزاً فلو قلنا بنظرية تكافؤ الأسباب لوجب اعتبار جميع هذه الأخطاء وفيها

443 2- أنظر : علي عبيد عودة - العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية - رسالة ماجستير - المصدر السابق - ص 196 كذلك د. رؤوف عبيد - السببية في القانون الجنائي - المصدر السابق - ص 15 .

444 3- د. عبد المهيم بكر - جرائم الأعتداء على الأشخاص والأموال - نشر دار النهضة العربية - ص 36 وما بعدها .

445 4- د. مصطفى إبراهيم الزلمي - المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية - المصدر السابق ص 56 .

الخطأ المفترض أسباباً مكافئة<sup>446</sup>، ولتوضيح المقصود مما ذكرناه من أسباب منتجة وأسباب عارضة نضرب المثال الآتي:

فلو أهمل صاحب السيارة في المحافظة عليها فسرقت منه وسار بها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد المارة ، هنا نكون أمام سببين ساهم كل منهما في أحداث الضرر هما خطأ صاحب السيارة وخطأ السارق هنا يعتبر خطأ السارق في السير بسرعة كبيرة سبباً مألوفاً إذ هو الذي يحدث الضرر عادة في حين أن خطأ صاحب السيارة أو مالكةا في أهماله المحافظة على سيارته والتأكد من غلق أبواب السيارة عند النزول منها ، حتى سرقت وأن كان له دخل في أحداث الضرر إلا أنه يعد سبباً غير مألوف لا يحدث الضرر عادة، فخطأ صاحب السيارة يعد سبباً عارضاً أما خطأ السارق فهو السبب المنتج للضرر<sup>447</sup>، ويلاحظ على هذه الآلية أنه من أجل الاختيار فيما بين الأسباب لا يجب اللجوء إلى النتيجة المادية وإنما إلى نوع النتائج التي يمكن حدوثها ، وعلى هذا يعد السبب في علاقته بالأثر الذي حدث إذا كان من شأنه أن يؤدي موضوعياً إلى حدوث نتيجة من نفس هذه الطبيعة كأثر لظهوره فقط ، وإلا فإنه يكون سبباً عرضياً إذا كان السبب قد بلغ درجة من الأهمية من شأنها أن تجعله يؤدي إلى كل الآثار التي حدثت في جميع أو بعض الأحوال أو لا تجعله يؤدي إليها على الإطلاق وفي الحالتين الأولى والثانية يكون السبب منتجاً ، وأما في الحالة الثالثة فإنه يكون سبباً عرضياً<sup>448</sup> ، والوجه الظاهر من نظرية السبب المنتج هو عنصر الاحتمال

446-1- أنظر بهذا الخصوص :- د. ثروت أنيس الأسيوطي - مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن - رسالة دكتوراه - القاهرة - المطبعة العالمية 1960 - ص 406 ، د. أسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - ج 2 أحكام الالتزام والأثبات - مكتبة عبد الله وهبة - القاهرة 1967 ص 76 ف 37 .

447-2- أنظر : د. عامر غانم العلواني - تعدد الأسباب وأثره في المسؤولية المدنية - رسالة دكتوراه - المصدر السابق - ص 23 .

448-1- المستشار عز الدين الديناصوري مع د. عبد الحميد الشواربي - المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - المصدر السابق - ص

الذي يقاس بمقياس عددي أي أننا إذا أردنا معرفة ما إذا كان الظرف أو الحادث الذي نريد معرفة طبيعته سبباً منتجاً أم غير منتج أن نسأل السؤال الاتي:

أكان الحادث جديراً بأن يؤدي إلى النتيجة التي تحققت على كل حال أم أنه يؤدي إليها في بعض الحالات ولا يؤدي إليها في حالات أخرى ؟ أم أنه ليس من طبيعة هذا الفعل أو الحادث أن يؤدي إلى نتيجة التي تحققت في كل الحالات والأحوال ؟ في الحالة التي يكون من شأن الفعل أو الحادث أن يؤدي إلى النتيجة التي تحققت في كل الأحوال ، وكذلك إذا ما كان هذا الفعل أو الحادث أنما يؤدي إلى تحقق النتيجة الضارة في بعض الحالات غير أنه لا يؤدي إلى تحقق هذه النتيجة في حالات أخرى ففي كلتا هاتين الحالتين يعتبر الفعل أو الحادث سبباً منتجاً أما بمفرده أو بالأشتراك مع الحوادث أو الأفعال الأخرى أما في الحالة الثالثة فإن السبب يكون عرضياً غير منتج فلا يجوز أسناد المسؤولية إلى صاحبه<sup>449</sup> ، بل يجب لأعمال المسؤولية المدنية أن يكون الضرر محققاً للنتيجة الضارة وتأييداً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه [إذا كان الحكم المطعون فيه قد أوضح أركان المسؤولية الموجبة للتعويض من خطأ هو أخلال الطاعنين بالتعاقد ومنافستهما المطعون عليه منافسة غير مشروعة ومن ضرر محقق نتيجة لأن التسمية التي أتخذها الطاعنان لشركتهما توجد لبساً في تحديد مصدر منتجات كل من الشركتين لدى المستهلكين ومن رابطة السببية بين الخطأ والضرر فلا محل للنعي عليه بالقصور<sup>450</sup> ، ويجب عند تعدد الأسباب التمييز بين السبب الثانوي وبين السبب

.189

449-2 أنظر : د. عامر غانم العلواني - تعدد الأسباب وأثره في المسؤولية المدنية-رسالة دكتوراه - المصدر السابق - ص 22-23.

450-1 نقض مدني مصري - مجموعة أحكام النقض السنة العاشرة ص 651 رقم 98 مشار إليه في د. السنهوري - الوسيط - ج 1 - مصادر الألتزام - المصدر السابق ص 990 هامش (1) .

الفعال ليعتد بالثاني فقط ويعتبر السبب فعالاً إذا ثبت أن الضرر كان نتيجة محتملة وأنه كان كافياً وحده لأحداث الضرر<sup>451</sup> وقد ظهرت بالإضافة إلى نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب ونظرية السبب المنتج نظرية ثالثة تدعى بنظرية السبب المباشر وهي نظرية أنجلو سكسونية تقترب من نظرية السببية الفعالة (نظرية السبب المنتج) ، وينبغي بموجبها التمييز بين السبب المباشر وبين السبب غير المباشر الذي لا يكثرث به ويعتبر السبب مباشراً إذا كان الضرر نتيجة مؤكدة له ، ونظراً لتقارب النظريتين الثانية والثالثة ونظراً لانطوائهما على الخلط بين الخطأ وبين العلاقة السببية لأنهما تدفعان إلى التساؤل عما يجب أن يتوقعه الفاعل وما ينبغي عليه أن يبذل من حرص فقد سادت النظرية الأولى القضائين الفرنسي والمصري في معظم أحكامهما<sup>452</sup> ، وأخيراً أن العلاقة السببية مرابطة لفعل المدعى عليه إذ أنها غير ملازمة لأدعاء المدعي أي أن المدعي لا يلزم بأثبات العلاقة السببية بل هذا العبء يقع على عاتق المدعى عليه ، الذي يجب عليه لدفع مسؤوليته أن ينفي وجود علاقة السببية ، ومن جانب آخر فإن علاقة السببية بين الخطأ والضرر مفروضة لا يطلب من الدائن إثباتها إلا أن الفرض هنا قابل لأثبات العكس، بخلاف الخطأ فإنه مفروض فرضاً لا يقبل أثبات العكس ، ويتضح من ذلك أن الدائن ليس عليه إلا أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من عدم تنفيذ المدين لألتزامه<sup>453</sup> ، إلا أنه على الرغم

451-2- أنظر : عبد الباقي البكري - شرح القانون المدني العراقي - الجزء الثالث - أحكام الألتزام - تنفيذ الألتزام - بغداد - 1971 - مطبعة الزهراء - ص 118 .

452-3- عبد الباقي البكري - شرح القانون المدني العراقي - الجزء الثالث - أحكام الألتزام - المصدر السابق - الصفحة السابقة .

453-1- أنظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - شرح القانون المدني - النظرية العامة للألتزامات نظرية العقد - ج 2 - ط 2 - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - 1998 - ص 960 .

من كون علاقة السببية مفروضة فإن المدعى عليه يستطيع دفع مسؤوليته عن طريق نفي علاقة السببية وذلك بطريقتين:-  
 الأول : الطريق المباشر : فهو ينفيها عن طريق إثبات أن خطأه التقصيري لم يكن السبب في الضرر الذي أصاب المدعي.  
 وأما الطريق الثاني: فهو الطريق غير المباشر : فهو نفي العلاقة السببية عن طريق إثبات وجود سبب أجنبي دفع المدين إلى القيام بالعمل الذي نشأ عنه الضرر أو أن السبب الأجنبي هو الذي ألحق الضرر مباشرة بالمدعي<sup>454</sup>.

## المطلب الثاني

### رابطة السببية في الفقه الإسلامي

لقد عالج الفقه الإسلامي هذا الموضوع في باب الجنایات ولكنه قد توسع في هذا الموضوع بخصوص أتلأف الأموال وغصبها في باب المباشرة والتسبب وهما محور الرابطة السببية في الفقه الإسلامي<sup>455</sup>، ولذلك فإن مصطلح الرابطة السببية في القوانین المدنیة الوضعية

454 -2 د. الحكيم مع البكري مع البشير - مصادر الألتزام - المصدر السابق - ص 240 ف 51 .

455 -1 أنظر : د. محمد سليمان الأحمد - تعدد الأسباب في المسؤولية المدنية - دراسة تحليلية مقارنة - بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق - المجلد الأول - العدد 24 - السنة العاشرة ص 61 .

يقابل مصطلح المباشرة والتسبب في الفقه الإسلامي إذ أن الضرر المالي الذي يصيب المضرور هو مناط وجوب التضمين ، وقد يكون أحداث الضرر مباشرة دون أن يتخلل بين الفعل والضرر فعل آخر ويطلق على هذا الضرر بالضرر المباشر ، وقد يكون بين الضرر والفعل فعل آخر لذا يدعى هذا الضرر الأخير ضرراً تسببياً<sup>456</sup> ، والقاعدة في الفقه الإسلامي أن (المباشر ضامن وأن لم يتعد أو يتعمد) أي أن يكون المباشر للفعل مسؤولاً عما يتولد عن فعله ، سواء كان قاصداً أم غير قاصد ذلك<sup>457</sup> ، وتنصب إمكانية الإعفاء من المسؤولية المدنية (الضمان) في حالة وقوع الضرر تسبباً فإذا كان الضرر قد نشأ بطريق التسبب فلا ضمان على من أتى ذلك الفعل المؤدي للضرر ، ذلك لأنه أحدث الفعل المتسبب وهو الفعل الأول الذي لم يترتب عليه الضرر مباشرة إذ لم يكن متعمداً فيه اتفاقاً، وذلك ما يدعو إلى النظر فيما إذا كان المتسبب صيباً أو مجنوناً فهل ينظر إلى أهليته إذ لا يعد الفعل الذي يصدر منه اعتداءً ويكون عليه الضمان<sup>458</sup> ، وحتى لو كان مع المتسبب مباشر فإن الضمان هنا يقع على المباشر لا المتسبب أعمالاً بالقاعدة الفقهية التي تقول [إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر] وقد نقلت مجلة الأحكام العدلية هذه القاعدة في المادة (90) منها بقولها [إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر مثلاً لو حفر رجل بئراً في الطريق العام ، فألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان ولا شيء على حافر البئر]<sup>459</sup> ، وتفسير ذلك مرده أن الدافع هو المباشر لهلاك الحيوان وفعله عد علة تربط بين حفر البئر وهلاك الحيوان، وليس على حافر

456 2- راجع تعريف كل من المباشرة والتسبب : الفصل الأول - المبحث الأول من هذا البحث .

457 3- أستاذنا د. محي هلال السرحان - القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة - بغداد - 1986-1987 - ص 69.

458 1- الأستاذ علي الخفيف - الضمان في الفقه الإسلامي - القسم الأول - معهد البحوث والدراسات العربية - 1971 - ص 75.

البئر هلاك الحيوان ، ذلك أنه لازم صفة المتسبب فتقدم المباشر عليه وربط بين فعله والنتيجة الضارة علاقة سببية فأصبح المتسبب دون ذلك فأنتفت ذمته من المساءلة عن الضمان<sup>460</sup> ولكن هذا مبدأ عام أوردته القاعدة السابقة الذكر التي أشارت إلى اعتبار المتسبب غير ضامن عند اجتماعه مع المباشر ، والاستثناء على ذلك يعد المتسبب ضامناً في حالتين الأولى : عند إضافة الحكم إلى المباشر والمتسبب معاً ، كما لو دل شخص شخصاً آخر على شيء فسرقه الأخير ، فلا ضمان على الدال لو كان مسؤولاً لسبب آخر فإنه يبقى ضامناً مع السارق كما لو كان الدال وديعاً يضمن مع السارق ، ولكن ضمانه هنا ليس بضمن الإلتاف ، بل هو ضمان عقد ناتج عن الوديعة وسببه التقصير في حفظ الأمانة<sup>461</sup> وكذلك الحكم لو جرح شخص آخر فوقع في بئر حفرها غيره في الطريق العام فمات ، فالحافر هنا مباشر والجرح متسبب والدية تقع عليهما<sup>462</sup> ، أما الحالة الثانية من الاستثناء التي يضمن فيها المتسبب ، هي حالة إضافة الحكم إلى المتسبب وحده حيث يمكن أن يضمن المتسبب دون المباشر وذلك في حالة تعذر تضمين المباشر أما لأنه غير مسؤول أو غير موجود ، أو غير معروف<sup>463</sup> ، ويبدو أن الإمام أبا حنيفة قد ذهب إلى ما يخالف ذلك فقد سئل رحمه الله بحضور جماعة ، عما إذا وقعت على شخص حية

459 -2 أنظر : الأستاذ علي حيدر - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - ك

1 - مكتبة النهضة - بيروت - ص 80 .

460 -3 أنظر في هذا المعنى : د. صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - ج 1 - دار العلم للملايين - بيروت ص 190 .

461 -1 د. صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - المصدر السابق - ص 192 .

462 -2 أنظر : جبار صابر طه - إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر - رسالة ماجستير - جامعة بغداد - كلية القانون - 1984 - ص 226 .

463 -3 د. صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - المصدر السابق - الصفحة السابقة .

فدفعها عن نفسه فسقطت على آخر فدفعها عن نفسه فوقعت على ثالث فلدغته فعلى من الدية؟ فقال : لا يضمن الأول لأن الحية لم تضر الثاني ، أما الأخير فإن لدغته الحية مع سقوطها فوراً من غير مهلة فعلى الدافع الدية لورثته -أي لورثة المالك- ، أما إذا لم تلدغه فوراً فلا يضمن دافعها عليه أيضاً<sup>464</sup>، وتعليل ذلك : أن الحية في الحالة التي قام الدافع بدفعها عنه فوقعت على شخص آخر فلدغته فور سقوطها عليه لم تكن مباشرة أو متسببة بل كانت مجرد وسيلة أستخدمها الدافع ، حيث كان هنالك فعل واحد ترتب عليه ضرر أصاب الغير وعلاقة سببية بين الفعل والضرر ثم نهوض المسؤولية أما في الحالة التي قام الدافع بدفع الحية نحو الآخر ولكنها لم تلدغه فوراً فالحية هنا مباشرة والدافع هو المتسبب وبما أن المباشر هنا حيوان (فجناية العجماء جبار) فهو غير مسؤول لذلك يضاف الحكم إلى المتسبب وهو الدافع حسب رأي الجمهور<sup>465</sup>، ويلاحظ أنه يشترط لوجوب التضمنين في الفقه الإسلامي أن يحدث فعل أنسان ضرراً لغيره فالضرر لابد أن يكون ناتجاً عن الفعل الضار ومرتبباً به ارتباطاً بالنتيجة بالسبب ، وتنقسم الأضرار التي تتولد عن الفعل الضار إلى ثلاثة أنواع:-

**النوع الأول :** الأضرار المباشرة التي يتصل فيها الفعل بالضرر بصورة مباشرة.

**النوع الثاني :** الأضرار التي تكون غير مباشرة والتي يتصل فيها الفعل بالضرر اتصالاً ظاهراً.

**النوع الثالث :** الأضرار غير المباشرة البعيدة عن الفعل الضار. ومن المستقر والمعروف في القانون أن الفاعل يسأل عن الأضرار المباشرة دون الأضرار غير المباشرة للفعل غير المشروع في نظر

464 -4 د. أحمد فتحي بهنسي - المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي - دار القلم - 1960 - ص 28 .

465 -1 د. محمد سليمان الأحمد - تعدد الأسباب في المسؤولية المدنية - المصدر السابق - ص 67 .

بعض القوانين المدنية إلا أنه نجد أن بعض القوانين العربية ومنها القانون المدني اللبناني قد أعترف بالأضرار غير المباشرة وجعل فاعلها مسؤولاً عنها ومن ذلك ما جاء في المادة الرابعة والثلاثين في الفقرة الرابعة من القانون المدني اللبناني [الأضرار غير المباشرة يجب أن ينظر إليها بعين الاعتبار ، على شرط أن تكون متصلة اتصالاً واضحاً بالجرم أو بشبه الجرم ] ولا يسأل الفاعل عن الأضرار غير المباشرة البعيدة ، وكذلك من باب أولى لا يسأل الفاعل عن الأضرار التي لا علاقة لها بالفعل<sup>466</sup>، وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية وبالتحديد في المادة (887) منها ما نصه [الأتلاف مباشرة هو أتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ويقال لمن فعله فاعل مباشر] فإذا زلق شخص وسقط على مال فأتلفه ، ضمنه ، ولو كان قد زلق رغباً عنه لأن الأتلاف هنا حدث مباشرة والمباشر ضامن وأن لم يتعمد<sup>467</sup>، أما الأتلاف بالتسبب فهو في نظر الفقه الإسلامي بأنه [إيجاد ما يحصل الهلاك عنده ، لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة ]<sup>468</sup> فيشترط في السبب أن يكون [مما شأنه في العادة أن يفضي غالباً للإتلاف]<sup>469</sup> ، والملاحظ هنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم تقتصر جهودهم على

466 1- أنظر في كل ما تقدم :- د. صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - ج 1-1948 - مكتبة الكشف - بيروت ص 180 ، كذلك د. خليل جريح : النظرية العامة للموجبات - ج 1- في مصادر الموجبات الخارجة عن الإرادة - بيروت - 1957 - ص 104 .

467 2- أنظر : سليم رستم باز اللبناني - شرح المجلة - ط 3- المطبعة الأدبية - بيروت - 1923 - المادة 913.  
468 3- محمد بن محمد أبي حامد الغزالي - الوجيز - ج 1- 1318 هـ - مطبعة حوش قدم - القاهرة - ص 206 مشار إليه في مؤلف د. صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود - المصدر السابق ص 181 .

469 4- أحمد بن أدريس بن عبد الرحمن الصهناجي القرافي - الفروق - ج 4 - دار أحياء الكتب العربية - القاهرة - 1346 هـ - ص 27 .

وضع معيار واحد لتحديد المسؤول ذلك لعدم إمكان ضبط معيار يصلح لتمييز جميع الحالات التي تنقطع فيها علاقة السببية بين النشاط الإجرامي وبين النتيجة الإجرامية ، من الحالات التي لا تنقطع فيها العلاقات البديهية هي أن الجرائم تختلف من حيث النوع والطبيعة والظروف فالمعيار الذي يصلح لهذه الجريمة قد لا يصلح لتلك<sup>470</sup>.

### **ومن أهم المعايير التي أعتمدها فقهاء الشريعة ما يأتي :-**

1- المعيار الذي يقوم على علاقة السببية بين السبب الأقوى وبين النتيجة عند عدم تكافؤ الأسباب سواء كان الأقوى سابقاً أم لاحقاً وإذا كانت الأسباب متعادلة فيؤخذ بالأول منها لسبقه ويقوم عبء النتيجة عليه هذا إذا كانت الأسباب متعاقبة وأما إذا كانت الأسباب متقاربة فأن مسؤولية النتيجة تقع على جميع الأسباب بالتساوي مطلقاً<sup>471</sup> وبهذا الخصوص يقول العلامة الكاساني :- ((إذا كان القتل على التعاقب بأن شق رجل بطنه (بطن رجل آخر) ثم حز آخر رقبته فالقصاص على الحاز أن كان عمداً وأن كان خطأ فالدية على عاقلته لأنه هو القاتل لا الشاق هذا إذا كان الشق مما يحتمل أن يعيش بعده يوماً أو بعض يوم فأما إذا كان لا يتوهم ذلك فلم يبق معه إلا غمرات الموت والأضطراب فالقصاص على الشاق لأنه القاتل ولا ضمان على الحاز لأنه قتل المقتول من حيث المعنى لكنه يعذر لأرتكابه جناية ليس لها حد مقدر وكذلك لو جرحه رجل جراحه مثخنة لا يعيش معها عادة ثم جرحه آخر جراحة أخرى فالقصاص على الأول لأنه القاتل لأتيانه بفعل مؤثر في فوات الحياة عادة ، فأن كانت الجراحتان معاً فالقصاص عليهما لأنهما

470 5- أستاذنا د. مصطفى الزلمي - المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون - المصدر السابق - ص 56- 57 .  
471 1- د. مصطفى إبراهيم الزلمي - المسؤولية الجنائية - المصدر السابق ص 57 .

قاتلان))<sup>472</sup>، ويلاحظ على هذا النص الفقهي أنه تطرق إلى أربع حالات لتعدد الأسباب ولكل حالة من هذه الحالات حكم خاص لها ،  
**فالحالة الأولى :** يكون السبب الثاني هو الأقوى إذ يمكن العيش مع الأول ولو لفترة قليلة من الزمن فتقوم علاقة السببية بينه وبين النتيجة (الوفاة) وعلى الأول ثلث الدية وهي عقاب الجرح.  
**الحالة الثانية :** كلاهما متعادلان إذ لا يتوقع من كل العيش ولو لزمن قليل ، فيقع عبء النتيجة على الأول لسبقه والثاني يعذر فقط .  
**الحالة الثالثة :** السبب الأول هو الأقوى فتقوم علاقة السببية بينه وبين النتيجة والثاني يعذر .

**الحالة الرابعة :** السببان متقاربان وليسا متعاقبين ففي هذه الحالة يقع عبء المسؤولية الجنائية عن النتيجة على الكل بالتساوي ولا يؤخذ بنظر الاعتبار في هذه الحالة اختلاف حجم الأسباب المساهمة في الجريمة<sup>473</sup>.

2- ويؤخذ معيار آخر لا تنقطع العلاقة السببية به بين الفعل والنتيجة بتدخل عوامل لا إرادية لفعل المضرور<sup>474</sup>.

3- تنقطع علاقة السببية بين الفعل والنتيجة بتدخل عوامل شخصية إرادية للمضرور في حصول النتيجة الضارة<sup>475</sup>.

4- إذا اختلف عمل المعتدين بأن كان بعضهم مباشراً وبعضهم الآخر متسبباً فتطبق القاعدة الفقهية (إذا أجمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر وإلى المتسبب إذا تغلب المتسبب على المباشر

472 2- أنظر : علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - ج العاشر - مطبعة الامام - ص 4628 .

473 1- أنظر : د. مصطفى الزلمي - المسؤولية الجنائية - المصدر السابق ص 57-58 هامش رقم (1) .

474 2- أنظر : نهاية المحتاج - في الفقه الشافعي - مشار إليه في مؤلف د. مصطفى ابراهيم الزلمي - المصدر السابق - ص 58 .

475 3- المجموع شرح المهذب ج 17 - ص 259 .

وأن تساويا يكون المباشر والمتسبب مسؤولين معاً<sup>476</sup>، ومن الواضح أن الفاعل لا يسأل عن نتيجة فعله إلا إذا توافرت رابطة سببية بين الفعل والنتيجة بحيث تكون هذه الرابطة ثابتة ولا يهم كون بعض العوامل قد أشتركت مع أحداث النتيجة متى كان من الممكن نسبها إلى فعل الذي صدر منه<sup>477</sup>، وفي حالة انعدام رابطة السببية أو فشلها في القيام والمثول قبل أن تتحقق النتيجة الضارة فإن الفاعل هنا لا يتحمل أية مسؤولية عن النتيجة الضارة<sup>478</sup> وقد أستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح السببية في المجالات المدنية والجنائية، ففي مجمع الضمانات جاء أنه [فر من ظالم فأخذه رجل حتى أدركه الظالم وغرمه أو طلبه ظالم فدل رجل عليه فأخذ الظالم ماله في قياس قول محمد يضمن الأخذ والردال للسببية]<sup>479</sup>، ونضرب مثلاً آخر بأنه [لو كانت الدابة مربوطة والباب مغلقاً فحل حبلها وفتح آخر الباب ضمن الفاتح وجاء فيه ضرب شخص آخر فأغمي عليه ولم يمكنه البراح فجاء آخر أخذ ثوبه لا يضمن الضارب وجاء فيه فلان ليلاً وترك الباب مفتوحاً فجاء سارق وسرق من المكان شيئاً لم يضمن الأول وكان الضمان كله على السارق<sup>480</sup>، ويلاحظ من الأمثلة الأخيرة أنها تشير إلى مسألة المباشرة والتسبب ومدى كل منهما في تأسيس العلاقة السببية، وأن من يطلع على الأمثلة التي يسوقها الفقهاء في صدد الكلام عن المباشرة

476 1- أنظر : أحمد بن أدريس القرافي - الفروق - المصدر السابق - ص 190 .

477 2- أنظر في هذا المعنى : د. محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - العقوبة - دار الفكر العربي ص 461 ، كذلك د. أحمد فتحي بهنسي - المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة - ط 3 - 1984 - دار الشروق ص 45 .

478 3- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي - ج 1 - القسم العام - ط 4 - 1985 - دار أحياء التراث العربي - بيروت ص 463 .

479 4- أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي - مجمع الضمانات - ط 1 - المطبعة الخيرية بجمالية - مصر - سنة 1308 هـ - ص 153 .

480 5- مجمع الضمانات - المصدر السابق - ص 148 - 152 - 153 .

والتسبب يرى أن أمثلة الأضرار مباشرة الموجودة في كتب الفقه هي أقل من أمثلة الأضرار تسبباً ذلك أن الأضرار التي يحدثها المباشر هي أضرار لا تحتاج إلى جهد وتوضيح حيث أن سببه الفعل الذي صدر عن المباشر واضحة وجليّة فلم تكن محللاً للجدال في حين أن السببية بين الفعل الذي صدر عن المتسبب وبين الضرر لا تكون لها تلك الدرجة من الوضوح والجلء ذلك لوجود فعل آخر تسبب عنه الضرر وفي هذا اختلف الفقهاء فمن يلزم بالتضمين من فاعل الفعلين وهذا ما أدى إلى وجود أمثلة متنوعة لا تعد ولا تحصى أصابت الكتب الفقهية ومتعلقة بمسائل التسبب أو عدم التسبب وما يتبعها من وجوب الضمان أو عدمه حيث أننا نرى أن الفقهاء يختلفون في المسألة الواحدة فهذا يرى وجوب تضمينه وعلى أساس ثبوت التسبب والآخر ينفي التسبب ولا يقضي بالضمان وكل من هذين الاتجاهين يدعم رأيه بأسانيد وبراهين وكان من نتيجة ذلك أن بحثت رابطة السببية بشكل مفصل عند بحثهم لمسائل الأتلاف تسبباً إلا أنه يجب أن يلاحظ أن جمهور الفقهاء متفقون في جوهر الموضوع وفي المبدأ العام الذي يركز عليه وهو اشتراط المباشرة والتسبب ولكن الخلاف ظهر في تطبيق المبدأ على المسائل الفقهية التي أستعرضنا الفقهاء<sup>481</sup> وتعدت الشريعة الإسلامية بالأضرار المباشرة وبالأضرار المسببة تسبباً عن الفعل الضار ، ولا ضمان في غير المباشرة والتسبب لأنه حيثما وجدت المباشرة أو التسبب وجدت العلاقة الظاهرة بين الضرر والفعل الضار فتتحقق المسؤولية تبعاً لذلك ويلزم المسؤول بالضمان<sup>482</sup> وذلك لأن الفاعل لا يسأل عن نتيجة فعله إلا إذا توافرت رابطة السببية بين الفعل والنتيجة ، بحيث تكون هذه الرابطة ثابتة قطعاً كأرتباط المسبب

481 -1- أنظر في كل ما تقدم :- محمد شلتوت - الإسلام عقيدة وشريعة - ط 3 - دار القلم - 1966 - ص 411 .

482 -2- د. صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - المصدر السابق - ص 207 .

بالسبب ولا يقطع هذه الرابطة أن تشترك بعض العوامل الأخرى في أحداث النتيجة متى كان من الممكن نسبتها إلى الفعل الذي صدر منه<sup>483</sup>، أما إذا أنعدمت هذه الرابطة ابتداءً أو قامت وأنقطعت قبل تحقق النتيجة فإن الفاعل في هذه الحالة لا يسأل عن تلك النتيجة<sup>484</sup> (كما مر معنا سابقاً) فالمسؤولية عموماً تنتفي في الحالة التي تنتفي معها رابطة السببية ويتبين من ذلك أن هذه الرابطة تختفي بفعل القوة القاهرة وفي هذه الحالة يقع الحادث بقوة لا يستطيع الإنسان استدراكها بالقوة ولا يستطيع عمل أي شيء لدفع تلك القوة وليس في مقدوره أن يحترز منها<sup>485</sup>، وأيضاً قد تتلاشى رابطة السببية إذا ما أثبت المطالب بالضمان، على وجه اليقين وجود فعل للغير أدى إلى أنقطاع رابطة السببية بين فعل المسبب للضرر وبين النتيجة الضارة وذلك في حالة كون أن فعل الغير كان هو الوحيد المنتج للضرر فإن ذلك يؤدي إلى قطع رابطة السببية بين الضرر والفعل الضار، فلا تتحقق مسؤولية الشخص إذا ما حفر بئراً تعدياً وجاء إنسان ودفع آخر وألقاه في البئر فهلك فالضمان على الدافع دون الحافر<sup>486</sup>، أما إذا كان الضرر ناشئاً عن خطأ المتضرر فإنه إذا كان خطأ المتضرر هو السبب الوحيد في حدوث الضرر، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى قطع رابطة السببية بين فعل المسؤول وبين الضرر الذي وقع، وبالتالي فإن ذلك يؤدي إلى أعفائه من المسؤولية ليتهاكمتها الشخص الذي سبب بخطئه وقوع الضرر كما لو قدم صغير سلاحاً إلى آخر فقتل نفسه فلا ضمان

483 1- محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - العقوبة - المصدر السابق - ص 524 .

484 2- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي - القسم العام - ط 3 - ج 1 - دار العروة للطباعة 1963 - ص 463 .

485 3- محمد شلتوت - الإسلام عقيدة وشريعة - المصدر السابق - ص 421 .

486 4- أنظر : المادة (925) من مجلة الأحكام العدلية .

على الصغير في هذه وذلك لأن الضرر نتج عن خطأ المتضرر نفسه<sup>487</sup>، وحتى لو كان لهذا الصغير ولي فإن الولي يستطيع أن يدفع المسؤولية عنه وذلك بنفي العلاقة السببية عن طريق إثبات السبب الأجنبي ، وهذا يعني أن الولي لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق المتضرر متى ما أنتفت العلاقة السببية بين خطئه والضرر الذي وقع وذلك لأن الضرر يكون متصلاً بشخص الفاعل وبما أن فعل الفاعل لم يكن هو السبب في حصول الضرر لذلك فإن الفاعل لا يكون مسؤولاً أيضاً في هذه الحالة<sup>488</sup>، وعلى العموم فإن أحوال المباشرة تتسع لتشمل معظم مسائل الحدود والجنايات على النفس والأبدان والأموال ، كالعمد وشبه العمد والخطأ في القتل وقطع الأعضاء والجراح وكسرقة المال وقطع الأشجار وهدم البناء وذبح الحيوان وأتلاف المتاع وغيرها<sup>489</sup>، أما فيما يتعلق بأحوال التسبب في الضرر ، فإنه قد يكون قصداً وهي أقوى أحوال التسبب ، حيث يكون الفعل الضار فيها ظاهراً<sup>490</sup> وقد يكون التسبب في الضرر تقصيراً ، وذلك متى ما أهمل شخص بعض واجباته المسؤول عن القيام بها ومثاله لو سلم شخص ولده إلى سباح ليعلمه السباحة فغرق الولد كان السباح ضامناً، لأنه تسلم الولد ليحتاط في حفظه فكان غرقه دليلاً على تقصيره في المحافظة الواجبة والتفريط في الانتباه المطلوب<sup>491</sup>، ومثال ما تقدم أيضاً ، (( رجل حمل صيياً على

487-1 أنظر : محمود بن أسرائيل الشهير بابن قاضي سماونه - جامع الفصولين - ج 2 - ط 1 - مصر - المطبعة الكبرى الأميرية - 1301هـ - ص 81 .

488-2 محمد يوسف الزغبى - مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات - المجلد الثاني - العدد الأول 1987 - ص 178 .

489-3 د. صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - ص 182 .

490-4 د. صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود المصدر السابق - ص 199 .

491-5 أنظر : الوجيز - ج 2 - ص 149 - مشار إليه في مؤلف د. صبحي المحمصاني - المصدر السابق - ص 201 .

دابة ، وقال له أمسكها لي ، فسقط عن الدابة ومات ، فديته على عاقلة الحامل ، سواء كان الصبي ممن يركب مثله أو لا ، سواء سقط الصبي بعدما سارت أو قبل ذلك ، سواء كان الصبي يستمسك على الدابة أو لا<sup>492</sup> ، وفي هذه الأمثلة لم يكن الضرر متعمداً بل كان ناتجاً عن التقصير والأهمال ، وعدم القيام بالواجبات المناطة بالشخص ، فكان كل ذلك سبباً في تضمينه وقد يكون المتسبب ناتجاً عن عدم التحرز ، ويتمثل ذلك بالأعمال التي يقترفها الإنسان اختياراً أو قصداً ، دون التبصر الكافي في النتائج الضارة التي تتأتى منها ، ذلك التبصر الذي يمليه السلوك المتعارف عليه بين الناس ، ويوجبه الشرع في شؤون الناس ومعاملاتهم كافة<sup>493</sup> و خلاصة القول أن الضرر المباشر ، هو ما كان نتيجة لاتصال آلة التلف بمحله، وأما الضرر المسبب ، فهو ما كان يفعل في محل أفضى إليه فعل آخر في محل آخر مع احتمال تخلف الفعل الثاني عنه، فأن لم يكن التخلف محتملاً عد الضرر حينئذ مباشراً، وكان الفعلان بمثابة فعل واحد، مثال ذلك، إذا شق شخص زقاً فيه زيت مائع فسال فتلف، يضمن الشاق لأنه كالمباشر للتلف ما دام السيلان لا يحتمل تخلفه عن فعل الشق، أما إذا كان الزق فيه سمن جامد، ولم يكن السيلان طبعاً فيه، فإذا أصابته حرارة الشمس فسال، يضمن الشاق بالتعمد أو التعدي لأنه متسبب لعدم انقطاع نسبة التلف إليه، وبذلك قال المالكية والحنابلة والشافعية وخالفهم الأحناف، إذ ذهبوا إلى أنه لا ضمان على الشاق في هذه الحالة، إذ لم يكن السيلان طبعاً للسمن في حال الشق، وإنما وجد بعد ذلك بفعل الحرارة، فكان هو سبب التلف، وأمتنعت نسبته وأضافته إلى الشق لذلك<sup>494</sup>، وعلى

492 1- محمد بن أسماعيل ابن قاضي سماونة - جامع الفصولين - ج 2 - ط 1- المطبعة الكبرى الأميرية - ببلاق - ص 802 .

493 2- د. صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود - المصدر السابق - ص 202 .

494 3- أنظر :- الشيخ علي الخفيف - الضمان في الفقه الإسلامي - ج 1 - ص 79 .

العموم فإن سبب التفرقة بين المباشرة والتسبب في أحداث الضرر هو أن الفقهاء المسلمين نظروا إلى رابطة السببية بين الفعل والضرر نظرة مادية بحتة<sup>495</sup> فعند المباشرة تظهر علاقة السببية بين الفعل والضرر بوضوح، أما عند التسبب فلا يكون لسبب الفعل هذا الظهور بسبب وجود فعل آخر يفصل بين فعل المتسبب وبين الضرر، أي أن الضرر يتراخى عن فعل المتسبب ولذا تضعف علاقة السببية بينهما<sup>496</sup>، هذا ويستثنى من قاعدة تقديم المباشر على المتسبب حالتان، يكون المتسبب في أولاهما ضامناً مع المباشرة وفي ثانيهما ضامناً لوحده وذلك كما يأتي:-

- 1- تضمين المتسبب والمباشر معاً : فقد يشترك المتسبب مع المباشر في الضمان إذا كان السبب يعمل بأنفراده في أحداث الضرر<sup>497</sup> ومفهوم المخالفة أنه متى ما كان السبب لا يعمل بأنفراده فلا ضمان .
- 2- تضمين المتسبب وحده :- يقدم المتسبب على المباشر ويضمن وحده إذا كان التسبب أقوى من المباشر مثال ذلك أن يحكم قاضي بمال لآخر بناءً على شهادة شهود فيذهب هذا به ثم يرجع الشهود عن شهادتهم فالضمان في هذه الحالة على الشهود دون القاضي<sup>498</sup> ومثال آخر إذا قدم أحد سمياً لآخر في طعامه فأكله جاهلاً به فمات ، فالضمان على واضع السم وهو متسبب ، مع أن المباشر لقتل نفسه هو آكل السم<sup>499</sup> ويبدو أن الفقهاء قد اختلفوا في مسائل معينة فمنهم من رأى وجود التسبب فيها وقرر الضمان ومنهم من رأى خلاف ذلك . ومن

495 1- أنظر :- د. وحيد الدين سوار - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ط 1 - رسالة من القاهرة - مكتبة النهضة المصرية - 1960 ص 21 .

496 2- الشيخ علي الخفيف - الضمان في الفقه الإسلامي - ج 1 - المصدر السابق - ص 83 .

497 3- أنظر :- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - ج 6 - ص 150 .

498 4- أنظر : د. أياد عبد الجبار ملوكي - المسؤولية عن الأشياء - رسالة دكتوراه - المصدر السابق - ص 117 .

499 5- أنظر : أحمد بن أدريس القرافي - الفروق - ج 2 - ص 208 .

هذه المسائل السفينة إذا حل رباطها فذهبت أو غرقت وكذلك في مسألة العبد العاقل المربوط خوفاً من هربه إذا حل رباطه فهرب ، ففي هاتين المسألتين يضمن الفاعل الضرر عند محمد بن الحسن وأحمد بن حنبل ومالك وفي مذهب الشيعة ولا يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي فالذين قالوا بالضمان اعتبروا السبب موجوداً وذلك لأن الضرر في هذه الأمثلة يجري عادة كنتيجة للفعل أما الآخرون الذين قالوا بعدم الضمان فأنهم نفوا التسبب في هذه الأمثلة وذلك لأن الضرر في مسألة السفينة لم يكن سببه حل رباطها وإنما سببه الريح<sup>500</sup> ، هذا وقد اتفق الفقهاء المسلمون على أنه إذا أجمع المباشر والمتسبب فأن الضمان في هذه الحالة يقع على المباشر ولا ضمان على المتسبب<sup>501</sup> أو الضمان على المباشر وذلك لأرجحية تسببه أما إذا تساوى في أثره مع المتسبب فالضمان عليهما وإذا كان فعل المتسبب هو الأرجح كان الضمان عليه وحده<sup>502</sup> ، وأن الشريعة الإسلامية تدرك أسباب الإعفاء من الضمان، فالقول بموضوعية الشريعة الإسلامية - معناه عدا كون ضرورة تعويض المتضرر - أن الإنسان مسؤول عن فعله وهذا معناه أن للمدين أن يتحلل من هذه المسؤولية، فالفقهاء في الشريعة الإسلامية يعالجون موضوع أسباب الأعفاء من المسؤولية فالأصل كان سبب الأعفاء الرئيسي من المسؤوليات، الآفات السماوية

500 1- راجع بهذا الخصوص كل من :- الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ج 2 ط 6 - 1982 - دار المعرفة - بيروت ص 342 . كذلك نجم الدين أبو القاسم الحلبي - شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري - المجلد الثاني - منشورات مكتبة الحياة - بيروت - ص 151 .

501 2- أنظر :- زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم - الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة - دار الكتب العلمية - بيروت - القاعدة 195 ص 163 .

502 3- أنظر : د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني المصري - الألتزامات - مجلد 2 - الفعل الضار - ط 5 - 1988 - القاهرة ص 462 .

وكانت الفكرة في العصر الأول الذي لم تكن مانعة الصواعق مخترعة بعد وكانت وسائل المقاومة من الطغيان لازالت بدائية<sup>503</sup> - ونحن نشير إلى ذلك باعتبار دراسة الموقف الذي يكون الشخص مصاباً بحالة الصعق بالصواعق، أو تلف مال لدى المودع عنده بسبب الصاعقة - ويجب على من تقع عليه مسؤولية الضمان - لكي يتخلص من هذه المسؤولية - أن يثبت بأن الضرر وقع بسبب أجنبي لا يد له فيه، ذلك أن دور عبء الإثبات في المجتمع الإسلامي الذي يتمسك بالقيم المعنوية ويقدر العهود والألتزامات ضئيل جداً وليس على المتضرر أن يثبت خطأ\*، محدث الضرر ولكن على المدين أن أراد أن يتخلص من المسؤولية أن يثبت أن الخطأ لا يعود له<sup>504</sup>، ويلاحظ أن عبء الإثبات لا يختلف في الشريعة الإسلامية في حقل المسؤولية التعاقدية عنه في حقل المسؤولية التقصيرية<sup>505</sup>، فلو تمسك واحد بثياب آخر وحال

503 1- أنظر :- د. حسن الخطيب - نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن رسالة دكتوراه - مطبعة حداد - البصرة - 1955 - ص 198 .  
\* يذكر أن الخطأ في الفقه الإسلامي يراد به ما قابل الصواب، ويطلق ويراد به ما قابل العمد ومنه قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) (( أن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه )) ويراد به أيضاً بأنه وقوع القول أو الفعل من الإنسان على خلاف ما يريده وهو لا ينافي الأهلية بنوعها لأن العقل قائم مع الخطأ - أنظر : د. عبد الكريم زيدان - الوجيز في = أصول الفقه - 1967 - ط 3 - مطبعة سلمان الأعظمي - بغداد - ص 94 ، في حين أن الخطأ في القانون المدني هو أخلال بالتزام سابق يصدر عن أدراك - أنظر د. الحكيم مع البكري مع البشير - الوجيز في مصادر الألتزام - المصدر السابق - ص 215 .

504 2- ينظر :- د. حسن الخطيب - نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية - المصدر السابق ص 226 .

505 3- د. حسن الخطيب - نطاق المسؤولية المدنية - المصدر السابق - ص 227 ، ويلاحظ أن الخلاف ما بين الشريعة الإسلامية والقانون تكمن في أن الشريعة الإسلامية تجعل عبء الإثبات على المسؤول فأنه وحده يتحمل عبء الإثبات ولكي يتخلص من المسؤولية، عليه أن يثبت أن الضرر لا يد له فيه في حين أن الأصل في القانون المدني إن المضرور هو الذي يقع عليه عبء أثبات عناصر المسؤولية لا عنصر الخطأ فقط.  
أنظر : أحمد محمد إبراهيم - القانون المدني معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية وأحكام القضاء وآراء الفقهاء ط 1 - 1964 - دار

مجازيتها سقط مما عليه شيء وتلف أو تعيب كان المتمسك ضامناً والقول قوله ما سقط وكذا لو أنكر السقوط ما لم يبرهن الآخر<sup>506</sup> وواضح أن تحديد المسؤول في مسألة المباشر يكون أيسر في تحديده في مسألة المتسبب، ذلك أن المباشر عبارة عن أتلاف المال يعود لشخص من قبل شخص آخر يكون قاصداً أو غير قاصد وسواء كان ذلك المال في يد صاحبه أم في يد أمينه<sup>507</sup>، لذا فإن قاعدة مجاري العادات تشير إلى نسبة المسببات إلى أسبابها، فالعالم يبيث العلم فيكون له أجر كل من أنتفع به ومن ذلك ما لا يحصى، مع أن المسببات التي حصل بها النفع أو الضرر ليست من فعل المتسبب فإذا كان كذلك، فالداخل في السبب إنما يدخل فيه مقتضياً لمسببه لكن تارة يكون مقتضياً له على الجملة والتفصيل وأن كان غير محيط بجميع التفاصيل وتارة يدخل فيه مقتضياً له على الجملة لا على التفصيل، والخاصة أن الثواب والعقاب على فاعل الفعل تسبباً إنما ترتب على ما فعله وتعاطاه من لا على ما لم يفعل لكن الفعل يعتبر شرعاً بما يكون عنه من المصالح أو المفاصد وقد بين الشرع ذلك<sup>508</sup>.

المعارف - ص 137 .

506 4- ينظر : سليم رستم باز اللبناني - شرح المجلة - 1305 هـ المجلد الأول - دار الكتب العلمية - ص 513 .

507 1- ينظر : سليم رستم باز اللبناني - شرح المجلة - ص 508 .

508 2- للتمعن في هذا الموضوع يراجع : إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي - ت 790 هـ - الموافقات في أصول الشريعة - ج 1 - مطبعة المكتبة التجارية - ص 211 - 212 و 213 .

## المبحث الثاني السبب الأجنبي

يعتبر السبب الاجنبي من أقوى الوسائل لدفع المسؤولية المدنية، فموجبه تنقطع العلاقة السببية بالكلية ولا يبقى للمدعي مجالاً للمطالبة بالتعويض، إذ أن في تحقق السبب الاجنبي انعداماً لركن العلاقة السببية بصورة تامة، ويمكن قبل عرض معنى السبب الاجنبي أن نميز بين السبب الاجنبي وغيره من العناصر القانونية التي قد تشتهبه معه في بعض الصفات حيث ينص القانون على أنه (1- يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للآداب. 2- ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد مالم يقيم الدليل على غير ذلك).<sup>509</sup>، ومقتضى هذا النص أن الالتزام التعاقدي يجب أن يكون له سبب ولكن ليس معنى هذا أن الالتزام العقدي هو وحده الذي يجب أن يكون له سبب ثم يجب كذلك أن يظن أن الالتزام الناشئ من التصرف القانوني هو وحده الذي يجب أن يكون له سبب فالالتزامات الأخرى التي لم

1509- تمعن: المادة (132) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

تنشأ من تصرف قانوني يجب أن يكون لها سبب، فالتزام مرتكب العمل غير المشروع بتعويض المضرور يجب أن يكون له سبب، فالسبب في هذا النوع الأخير من الالتزامات هو السبب المنشئي، أما في النوع الأول فإنه السبب القصدي الذي هو الغاية التي يهدف إليها كل متعاقد، والسبب الذي لا يختلف من متعاقد إلى آخر يشترط فيه أن يكون موجوداً فقط لأنه لا يتصور أن يكون غير مشروع، أما السبب الذي يختلف من متعاقد لآخر فهو سبب يجب أن يكون مشروعاً... فالأول هو سبب فني أما الثاني فهو سبب مصلحي<sup>510</sup>.

---

1510- انظر: الأستاذ عبد الباقي البكري- تنفيذ الالتزام- المصدر السابق- ص 126 و128.

## المطلب الأول معنى السبب الأجنبي

إن فكرة السبب الأجنبي وما تؤدي إليه من مضمون ومفهوم هي فكرة قديمة ترجع أصولها وجذورها إلى القانون الروماني، فقد عرف هذا القانون بعض الأنواع الخاصة من المسؤولية المشددة التي لا يكفي فيها أن يثبت المدين أو (مسبب الضرر) بأنه لم يخطئ وإنما يلزم إثبات السبب الأجنبي عنه كقوة قاهرة أو حادث فجائي<sup>511</sup>، وقد نشأت فكرة السبب الأجنبي في نطاق المسؤولية العقدية أسبق من نشأتها في نطاق المسؤولية التقصيرية.. فقد كان القانون الروماني هو أول قانون عرف السبب الأجنبي وكان ذلك في نطاق المسؤولية العقدية عندما قرر بأنه لا يكفي في نفي تلك المسؤولية أن يثبت المسؤول بأنه لم يخطيء بل يجب عليه إثبات السبب الأجنبي عنه كقوة قاهرة أو حادث فجائي، وإذا كانت فكرة السبب الأجنبي فكرة قديمة ترجع أصولها إلى القانون الروماني فإن هذه الفكرة تبلورت بوضوح كمبدأ عام قرره تقنين نابليون في نص المادة (1147) التي نصت على أن.. (المدين يكون مسؤولاً عن التعويض إذا كان له محل، أما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخير فيه وذلك في جميع الأحوال ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ولم يكن ثمة سوء نية من جانب المدين)<sup>512</sup>، وليس من الغريب أن تجد فكرة السبب الأجنبي قد تبلورت في تقنين نابليون إذ كان القانون الروماني هو المصدر التاريخي لكثير من القوانين<sup>513</sup>، وإذا كان القانون الفرنسي قد

1511- د. علي عبيد عودة- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر- رسالة ماجستير- كلية القانون- جامعة بغداد- 1977- ص 288.

2512- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل- الاعفاء من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات- المصدر السابق- ص 157.

1513- انظر: حسين علي عبيد عودة- استحالة تنفيذ الالتزام العقدي بالسبب الأجنبي- دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والإنكليزي- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- 2001- ص 49.

أغفل تعريف السبب الأجنبي فإن غالبية الفقه الفرنسي لم تضع تعريفاً محدداً للسبب الأجنبي وإنما اكتفت بتعداد صور السبب الأجنبي أو ذكر أمثلة تطبيقية مستوحاة من النصوص التشريعية، ويذهب الأستاذان (هنري وليون مازو) إلى أن عبارة السبب الأجنبي تشمل كلاً من فعل الدائن وفعل الغير والقوة القاهرة<sup>514</sup>، وذهب الأستاذ (سافاتييه) إلى أن عبارة السبب الأجنبي تعني أصلاً (خطأ الغير) سواء كان هذا الغير هو الدائن ذاته أو هو الغير بالمعنى الواسع الذي يشمل الأجنبي عن أطراف العلاقة<sup>515</sup>. أما الأستاذ (جوسران) فيذهب في تحديده لمفهوم السبب الأجنبي إلى أن السبب الأجنبي لا يشمل الحادث الفجائي<sup>516</sup>، وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن عبارة السبب الأجنبي تشمل الظروف والوقائع التي يمكن للمدين أن يستند عليها لإثبات إن عدم التنفيذ لا ينسب إليه ويشترط في تلك الظروف والوقائع أن تكون أجنبية عن كلا الطرفين أي لا يمكن إسنادها إلى الدائن ولا إلى المدين فالسبب الأجنبي كما يرى هذا الفقه يشمل القوة القاهرة وفعل الغير<sup>517</sup>. أما الأساتذة (مازو وتونك) فعلى الرغم من دراساتهم في مجال المسؤولية المدنية فإنهم لم يقدموا تعريفاً فقهياً محدداً يسلط الضوء على فكرة السبب الأجنبي من حيث تحديد مفهومه، وكل ما

2514- انظر:

Mazead (Henri et Leon): traite- the- orique et Responsabilit civil- de licfue 11e et- contractue 11e, 3vol y eme, 5 eme, et 6eme end paris- 1948- 1970-No 1429, 1540, 1544, 1594, 1652.

3515- انظر:

Savatier, trait ē de- Le responsabilite civil tome 1,2. 2de Le- Paris- 1951-P334.

4516- انظر:

Josseran d (L) civil -4- Les obligation Preses univer sitaries de frace P 311.

مشار إليه في حسين علي عبيد عودة- استحالة تنفيذ الالتزام العقدي بالسبب الأجنبي- المصدر السابق- ص 43.

5517- انظر:

Ripert Get Boul Anger J traite £e Droit civil D' Apres Le traite de Planiol t2 Paris 1957 no, 1014, 1065.

فعلوه هو حصر لكل ما يدخل في فكرة السبب الأجنبي من صور فذكروا أنها تشمل على (القوة القاهرة وفعل الدائن وفعل الغير) هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ذكروا أنه (سبب لا ينسب إلى المدين)<sup>518</sup>، يتضح لنا أن الفقه الفرنسي هو الآخر لم يعرف السبب الأجنبي وإنما اقتصر على ذكر صور السبب الأجنبي، ويلاحظ أن القضاء الفرنسي لم يعرف السبب الأجنبي وكل ما فعله هو إيراد تطبيقات قضائية مختلفة للسبب الأجنبي كلها أو بعضها أو الاكتفاء بالقول (السبب الأجنبي الذي لا شأن للمدين فيه)<sup>519</sup>، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 13/شباط/1930 بما يأتي: [ومع أن قرينة المسؤولية لا يمكن أن تهدم إلا بإثبات الحادث الجبري أو القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي لا دخل للإرادة فيه حيث لا يكفي بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ ما أو لأن سبب الفعل الضار يبقى مجهولاً]<sup>520</sup>، ومن ذلك لا نجد في القضاء الفرنسي ما يوضح المقصود من فكرة السبب الأجنبي.. فلم نجد تحديداً واضحاً لفكرة السبب الأجنبي بحيث تكون مفهوماً متكرر الاستعمال في القرارات القضائية، أما في القانون المدني المصري فقد قضت المادة (165) منه بالقول: {إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يدل له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك}<sup>521</sup>، وجاء

1518- انظر:

mazeaud (H.L.et tunic) traite- theorique- et pratique de-La  
Responsabilite civil D' Elictu 11eet- contractue 11e Ed. tome2-  
1958-P414.

2519- انظر: Mazeau £ (Henri, Leon, et Jean) op, cit, no 1311.

3520- انظر: د.حسن الخطيب- نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن- المصدر السابق- ص 192-193.

1521- انظر النصوص المقابلة لهذا النص: المادة (166) من القانون المدني السوري، والمادة (168) من القانون المدني الليبي، والمادة (211) من القانون المدني العراقي.

في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري: (أن المضرور إذا اقام الدليل على المسؤولية بإثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فلمن أحدث الضرر عندئذٍ أن يسقط الدليل على علاقة السببية هذه بإثبات السبب الأجنبي ويكون هذا السبب بوجه عام حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة- وليس ثمة محل للتفريق بينهما- أو خطأ وقع من المضرور أو من الغير)، على أن هذا البيان غير وارد على سبيل الحصر.. فقد يكون السبب الأجنبي عيباً لاحقاً بالشيء المتلف أو مرضاً خامر المضرور، هذا وقد يقضي نص في القانون بأن تبقى المسؤولية قائمة رغم القوة القاهرة كما هو الشأن في قانون سنة 1936 الخاص بحوادث العمل، وقد يقبل المدين بقاءه مسؤولاً مع وجود هذه القوة بمقتضى اتفاق خاص، والذي أريد من هذا النص هو إظهار أن السببية شيء والخطأ شيء آخر، ثم أن الأصل في علاقة السببية هو أنه ما دام هناك ضرر متصل بفعل شخص فرباط السببية مفترض إلا إذا أقام هو الدليل على عكس ذلك والجديد في صيغته هو الإشارة إلى أن علاقة السببية مفترضة لكن الخطأ غير مفترض<sup>522</sup>، والسبب الأجنبي هو كل فعل أو واقعه لا يمكن نسبته إلى المسؤول ويستحيل معه درء الضرر الذي وقع، ويعتبر سبباً أجنبياً القوة القاهرة والحادثة الفجائي أو الحادث الجبري وخطأ المضرور وخطأ الغير ولم ترد هذه الأمور على سبيل الحصر، إنما على سبيل التمثيل فيعتبر سبباً أجنبياً العيب اللاصق بالشيء المتلف ومرض المضرور متى كان خطأ المسؤول لم يسهم في إحداث الضرر ولا يكفي أن يتمسك المسؤول بانتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر.. بل يجب عليه إثبات السبب الأجنبي الذي توافر به انفصام العلاقة وبين الفعل الذي باشره المسؤول والضرر الذي لحق بالمضرور فإن لم يقدم الدليل على ذلك ظلت قرينة توافر علاقة

522- انظر: المستشار أنور طلبة- المطول في شرح القانون المدني- ج 3- ط 1- 2004- المكتب الجامعي الحديث- الاسكندرية- ص 382.

السببية قائمة<sup>523</sup>. وقد عرّف بعض الفقهاء المصريين ومنهم الدكتور (سليمان مرقس) السبب الأجنبي بقوله: (كل فعل أو حادث لا ينسب للمدعي عليه ويكون قد جعل منع وقوع العمل الضار مستحيلًا)<sup>524</sup>، وقد عرّفه الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة بأنه: (كل أمر لا يد للمدعى عليه فيه ويكون هو السبب في إحداث الضرر فيترتب عليه انتفاء مسؤولية المدعى عليه كلها أو بعضها)<sup>525</sup>، بينما عرّفه الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل في مؤلفه {المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات} بأنه: (كل واقعة تسببت في تدخل السيارة في إحداث الضرر وتحقيقه تبعاً لذلك ولا يمكن إسنادها إلى الحارس ومساءلته عنها)<sup>526</sup>.

وبالنسبة لرأي القضاء المصري فقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية بأنه: (يكفي لقيام الخطأ في المسؤولية العقدية ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته المترتبة على العقد، ولا ترتفع عنه المسؤولية إلا إذا قام هو بإثبات أن عدم التنفيذ ترجع إلى قوة القاهرة أو بسبب أجنبي أو خطأ المتعاقد الآخر)<sup>527</sup>، ويتضح لنا أن القرار أعلاه أورد تعداداً لصور السبب الأجنبي دون أن يذكر تعريفاً له، كما يلاحظ أيضاً أنه أورد القوة القاهرة وخطأ الدائن على أنهما يختلفان عن السبب الأجنبي،

1523- انظر: أنور طلبة- المطول في شرح القانون المدني- المصدر السابق- ص 383.

2524- د. سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- المجلد الثاني في الفعل الضار- ج 2- اللتزامات- ط 5- مطبعة السلام- 1988- ص 477.

3525- د. عبد المنعم فرج الصدة- مصادر الالتزام- دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري- مطبعة دار النهضة العربية- 1971- ص 598.  
4526- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل- الاعفاء من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات- المصدر السابق- ص 153.

1527- نقض مدني مصري في 24/12/1970- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية- المكتب الفني- سنة 1921- ص 1148. مشار إليه في رسالة زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- رسالة ماجستير- جامعة النهرين- 2002- ص 46.

في حين أن الأخير مصطلح عام يستوعب القوة القاهرة وخطأ الدائن وخطأ الغير.. وأية واقعة أخرى تتوافر فيها شروط السبب الأجنبي المتمثلة بشرطيّ (السببية وانتفاء الإسناد)، ويبدو أن القرارات القضائية لم تحدد لنا مفهوماً للسبب الأجنبي ولم تضع لنا تعريفاً محدداً له، بل اكتفت بإيراد عبارة ((السبب الأجنبي الذي تنتفي به السببية)) والذي يستطيع من خلاله المسؤول أن يتخلص من مسؤوليته عن الضرر الذي وقع بفعل شيء يكون تحت حراسته<sup>528</sup>، وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: (تستظهر المواد من 232 إلى 235 سلسلة متصلة الحلقات من الأحكام تتناول تعيين أحوال ارتفاع المسؤولية والتخفيف منها، وقد درج الفقه على التفريق بين أحوال ارتفاع المسؤولية لانعدام رابطة السببية كما هو الحال في السبب الأجنبي وأحوال ارتفاعها بسبب انتفاء الخطأ كما يقع ذلك في حالة الدفاع الشرعي وحالة صدور أمر من رئيس وحالة الضرورة، ومهما يكن من شأن هذه التفرقة فمن الأنسب من الناحية العملية أن تحشد هذه الأحوال المختلفة في صعيد واحد باعتبار أن فكرة انتفاء المسؤولية تنتظمها جميعاً ويقع عبء الإثبات على المضرور)<sup>529</sup>.  
 والتعريف المختار للسبب الأجنبي الذي يوضح مفهومه في إطار الفقه المصري هو ما ورد في رأي الدكتور حلمي بهجت بدوي إذ عرّف السبب الأجنبي بأنه: (السبب الأجنبي هو الحادث أو الواقعة أو الظرف غير المنسوب إلى تقصير المدين، هذا الحادث أو الظرف أما أن يكون بصورة قوة القاهرة أو حادث فجائي أو يكون عائداً إلى فعل الغير أو خطأ المتضرر)<sup>530</sup>، ويمكن القول أن السبب الأجنبي هو: (فعل أو حادث

528- زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- رسالة ماجستير- جامعة النهرين- 2002- ص 46.

529- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- ج 2- ص 377.

530- د. حلمي بهجت بدوي- أصول الالتزامات- الكتاب الأول في نظرية العقد- مطبعة نوري- القاهرة- 1943- ص 437.

لا ينسب إلى المدعى عليه ويكون قد جعل منع وقوع الفعل الضار مستحيلاً<sup>531</sup>، ويستخلص من التعريف الأخير أنه يشترط في الفعل الضار حتى يعتبر سبباً أجنبياً أن تتوافر فيه ما يلي:

**أولاً-** أن يكون من شأنه جعل وقوع الضرر محتملاً<sup>532</sup>، فإذا كان المدعى عليه يستطيع رغم وقوع هذا الحادث أن يدرأ الضرر ولم يفعل فإنه لا يعتبر سبباً أجنبياً.

**ثانياً-** أن يكون هذا الفعل أجنبياً عن المدعى عليه لا يد له فيه<sup>533</sup>، أما في القانون المدني العراقي فقد نصت المادة (211) منه على: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة، أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)<sup>534</sup>، كذلك تنص المادة (168) من القانون المدني العراقي على أنه: (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي، يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه)<sup>535</sup>، وكذلك نصت المادة (11) من قانون النقل العراقي رقم 8

2531- د. سليمان مرقس- نظرية دفع المسؤولية المدنية- رسالة دكتوراه- 1922- ص 181. مشار إليها في رسالة د. محمد لبيب شنب- المسؤولية عن الأشياء- المصدر السابق- ص 229.

3532- د. سليمان مرقس- نظرية دفع المسؤولية المدنية- ص 182. مشار إليها في مؤلف د. محمد لبيب شنب- المسؤولية عن الأشياء- المصدر السابق- ص 230.

4533- د. محمد لبيب شنب- المسؤولية عن الأشياء- المصدر السابق- ص 230.

5534- قارن مع المادة (165) مدني مصري.

1535- قارن مع المواد: 216 من القانون المدني المصري التي تنص: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين.....)، كذلك نصت المادة (354) من القانون المدني اليمني لسنة 1992 بأنه: (..... مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي.....).

(0) لسنة 1983 على أنه (لايجوز للناقل أن يدفع مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي يصيب الراكب إلا إذا أثبت أن ذلك الضرر يرجع إلى خطأ الراكب أو إلى قوة قاهرة نتجت عن عوامل خارجية لم تنبع من دائرة نشاط الناقل ولم يكن في الإمكان توقعها أو تلافي آثارها). يتضح من تتبع المواد السابقة أنها تكلمت عن قوة السبب الأجنبي في الاعفاء من المسؤولية المدنية كما يتضح أيضاً من مراجعة نص المادة (211) من القانون المدني العراقي بأنها لم تحدد صور السبب الأجنبي التي تقطع رابطة السببية على سبيل الحصر وإنما وردت تلك الصور على سبيل المثال فقد ضربت أمثلة للسبب الأجنبي الذي لا يد للشخص فيه كالحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ المضرور، ومن هنا نلاحظ بأن تلك النصوص لم تعرف السبب الأجنبي واكتفت بتعداد صور السبب الأجنبي<sup>536</sup>..أو اكتفت بالقول ((السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه))<sup>537</sup>، أما الفقه العراقي فقد عرف بعض فقهاء السبب الأجنبي ومن هؤلاء الدكتور عبد المجيد الحكيم إذ عرّفه بأنه (كل فعل أو حادث لا ينسب إلى المدين تترتب عليه استحالة منع وقوع الضرر)<sup>538</sup>، وعرّفه الأستاذ عبد الباقي البكري بأنه (كل فعل أو حادث لا ينسب إلى إرادة المدعى عليه ويستحيل عند وقوعه تحاشي الضرر)<sup>539</sup>، أما الأستاذ صلاح الدين الناهي فعرّفه بأنه (كل ما ينفي علاقة السببية بحيث لا يمكن معه نسبة عدم تنفيذ الالتزام إلى خطأ

536- حسين علي عبيد عودة الجيلوي- استحالة تنفيذ الالتزام العقدي بالسبب الأجنبي- رسالة ماجستير- المصدر السابق- ص 52.  
537- قرار محكمة التمييز العراقية رقم 277/ حقوقية/1960 في 3/4/1960- مجلة القضاء العراقية س 12- ع 3- 1960.  
538- انظر: د. عبد المجيد الحكيم مع البكري مع البشير في مصادر الالتزام- المصدر السابق- ص 240.  
539- الأستاذ عبد الباقي البكري- العمل غير المشروع- محاضرات ألقى على طلبة الماجستير في جامعة بغداد- 1977- أورده زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- رسالة ماجستير- المصدر السابق- ص 47.

المدين ولا يعتبر سبباً أجنبياً إلا إذا ترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام (على المدين)<sup>540</sup>، ويمكن تعريف السبب الأجنبي في إطار المسؤولية عن الأخطاء بأنه (الأمر الذي يجعل الشيء مسخراً في إحداث الضرر بصورة محكمة، ويكون خارجاً عن السيطرة الفعلية لحارس الشيء أو عن سلطته القانونية)<sup>541</sup>.

يتضح مما سبق أن الفقه في مصر والعراق ركز في تعريفه للسبب الأجنبي على ضرورة توافر عنصرين يتعلق الأول بالأثر المترتب على حدوث السبب الأجنبي وهو إنقضاء الالتزام العقدي في المسؤولية العقدية وذلك لاستحالة التنفيذ أو قطع الرابطة السببية بين الخطأ والضرر، ومن ثم إعفاء المدعى عليه من المسؤولية التقصيرية، أما العنصر الثاني فيتعلق بأصل السبب الأجنبي من حيث اشتراط كونه أجنبياً عن المدين (المدعى عليه) ولا يد له فيه.. ونظراً لاتساع نطاق فكرة السبب الأجنبي وتغيرها من مكان لآخر ومن زمان لآخر، التي كانت وراء صعوبة وضع تعريف محدد لها فقد أمكن وضع تعريف للسبب الأجنبي بأنه [كل واقعة غير ممكنة الدفع مطلقاً بحيث تجعل وقوع الفعل الضار محققاً وتؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام العقدي دون أن تكون منسوبة إلى (المدعى عليه) المدين بأي حال من الأحوال]<sup>542</sup>.

وفي رأينا المتواضع إن تعريف السبب الأجنبي ليس من الضرورة بحيث تدق مسألة التعريف فالمهم هو وجود أمثلة للسبب الأجنبي، والمهم أن السبب الأجنبي خارج عن إرادة كل البشر.. فالإعصار قوة

3540- د. صلاح الدين الناهي- مبادئ الالتزامات- مطبعة دار التضامن- بغداد- 1970- ص 122.

4541- د. أباد عبد الجبار ملوكي- المسؤولية عن الأخطاء وتطبيقاتها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص- رسالة دكتوراه- المصدر السابق- ص 224.

1542- زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- رسالة ماجستير- المصدر السابق- ص 49.

قاهرة على أمر الناس وهو من صور السبب الأجنبي والحرب هي حادث غالب في لإرادة الإنسان، فالسبب الأجنبي فائدته تكمن في تعداد أمثلة له لتقريب النظر إلى كون فكرة السبب الأجنبي هي فكرة مرنة يمكن أن تتطور مع تطور ومرور الزمن لذا فقد تظهر لنا مستقبلاً أفكار وآراء تبين المعنى الوافي لفكرة السبب الأجنبي، أما بخصوص القضاء العراقي فقد ساير القضاء العراقي كل من القضاء الفرنسي والمصري في عدم تحديد تعريف للسبب الأجنبي وتحديد مضمونه من خلال ما يصدره القضاء العراقي من القرارات والأحكام القضائية وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بأنه (لدى التدقيق والمداولة تبين أن المحكمة أصدرت قرارها دون أن تلاحظ أن المميز أبدى ملاحظات فنية أثناء المرافعة من شأنها أن تثبت صحتها دفع المسؤولية المدنية عنه فكان على المحكمة الاستعانة بخبراء ثلاثة من ذوي الخبرة في موضوع الكشف للتثبيت في صحة الدفع فإن ظهر لها أن الضرر نشأ عن سبب لا يد للمميز فيه فعند ذاك يقتضي رد الدعوى وحيث أن إصدار القرار قبل التحقق من هذه النقطة مما يخل بصحته قرر نقضه وإعادة القضية إلى محكمتها للسير فيها وفق المنوال المبين ثم تصدر القرار المقتضى على أن تبقى رسوم التمييز خاضعة إلى النتيجة وصدر القرار بالاتفاق)<sup>543</sup>.

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز العراقية ذكر من خلاله تعداداً لصور السبب الأجنبي دون أن يذكر تعريفاً له إذ قضت بأنه (لا يجوز للناقل أن ينفي مسؤوليته عن هلاك الشيء أو تلفه إلا بإثبات القوة القاهرة أو العيب الذاتي في الشيء أو خطأ المرسل أو المرسل إليه ويقع باطلاً كل شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك الشيء كلياً أو جزئياً أو تلفه)<sup>544</sup>، ولا بد من ذكر أن السبب الأجنبي لا ينشأ إلا بوجود شروطه الثلاثة وهي:-

543-2 القرار رقم 277/1960 في 3/4/1960 وقد سبق ذكره.

## 1- السببية

2- الخارجية أو عدم الإسناد.

3- عدم إمكان التوقع والدفع.

ونأتي إلى ذلك تباعاً:-

**1- السببية:** وهو أن يكون الحادث الذي يمكن اعتباره سبباً أجنبياً قد جعل حدوث الإخلال بالالتزام أمراً محتملاً أي أنه يجعل المدين أو المسؤول في وضع يستحيل معه الوفاء بالتزامه الذي ينسب إليه الإخلال به ويسمى هذا الشرط وبخاصة في المسؤولية العقدية بشرط استحالة الوفاء كما ويمكن تسميته في المسؤولية التقصيرية بركن السببية<sup>545</sup>، ويقصد أيضاً بالسببية الرابط بين الضرر الواقع والحادث المعتبر سبب أجنبي فالمدين يصبح من المستحيل عليه أن ينفذ التزامه بسبب الحادث المعتبر سبب أجنبي، أي أن هذا الحادث لا يمكن مقاومته، واستحالة الوفاء بالالتزام يجب أن تكون موضوعية لا شخصية، أي أن تقديرها يجب أن يكون بحسب مقدرة الرجل الاعتيادي الموجود في مثل الظروف الخارجية للمدين، وكذلك فإن هذه الاستحالة يجب أن تكون مطلقة<sup>546</sup>.

**2- شرط انتفاء الاسناد:** يقصد بهذا الشرط ان يكون الحادث المعتبر سبباً أجنبياً خارجاً عن إرادة المدين ولا يمكن نسبته إليه بأي شكل من الأشكال، فالحادث المعتبر سبباً أجنبياً يجب أن لا يمت بصلة

1544- قرار محكمة التمييز العراقية رقم القرار 1047/1047/1974 مدنية ثالثة 1974 في 12/10/1974- إبراهيم المشاهدي- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز- القسم التجاري- مطبعة الجاحظ- 1994- ص 75. وأنظر كذلك المادة (46) من قانون النقل العراقي رقم 80 لسنة 1983.

2545- د. سليمان مرقس- المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية- القسم الأول- الأحكام العامة- أركان المسؤولية- معهد البحوث والدراسات العربية- ط 2- 1971- ص 483.

1546- انظر: حسين علي عبيد عودة - استحالة تنفيذ الالتزام العقدي بالسبب الأجنبي- المصدر السابق- ص 55.

إلى فعل المدين الشخصي أو إلى فعل الأشياء أو الاشخاص المسؤول عنهم وإلا يكون في الوسع توقعه أو تلافيه<sup>547</sup>، أي أن صفتي عدم إمكان التوقع وعدم إمكان التلافي يجب أن يتوافرا في الحادث الذي يراد اعتباره سبباً أجنبياً ولكن هناك من يرى بأن صفتي عدم إمكان التوقع والدفع ليستا بشروط في السبب الاجنبي فصفة عدم إمكان التوقع ليس لها أي تأثير، فإذا ما كان السبب الاجنبي متوقعاً لكنه لا يمكن دفعه فلا يكون هناك أثر لهذا التوقع وتكون العبرة بعدم إمكان التوقع وليس لها قيمة إلا بقدر ويمكن الاستغناء عن صفة عدم إمكان التوقع والاكتفاء بصفة عدم إمكان الدفع في السبب الاجنبي<sup>548</sup>، وإضافة إلى ذلك فإن القضاء الفرنسي وكذلك القضاء المصري قد منعا الاعفاء من المسؤولية متى ما لم تتوافر في السبب الاجنبي صفتي عدم إمكان التوقع والدفع، رابطاً الاعفاء بهاتين الصفتين.. ويبدو أن صفتي عدم إمكان التوقع والدفع هما شرطان للسبب الاجنبي في نظر القضاء الفرنسي وكذلك المصري إلا أن بعضاً من الفقه المصري (ومثال ذلك الدكتور إبراهيم الدسوقي) لا يرى أن صفتي التوقع وعدم الدفع هما شرطان للسبب الاجنبي<sup>549</sup>.

### **3- عدم إمكان التوقع والدفع:** لا يكفي أن يكون المسؤول شخصياً

لم يستطع أن يتوقع الحادث الواجب توقعه، إنما يجب أن يكون هذا الحادث لا يستطيع توقعه أي شخص.. أي شخص متوسط الذكاء والتبصر لو وقع في نفس الظروف الخارجية للمسؤول، أي أن يكون هناك مقياس أو معيار موضوعي لتحديد عنصر عدم إمكان التوقع والدفع لا أن يكون هنالك معيار شخصي بحت، وأن انتفاء الاسناد لا

2547- د. سليمان مرقس- المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 487- ف 173.

3548- إبراهيم الدسوقي- الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات- المصدر السابق- ص 342- ف 239.

1549- إبراهيم الدسوقي- الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات- المصدر السابق- ص 300- ف 21.

يكون بانتفاء التوقع فقط وإنما يكون أيضاً بانتفاء تلافي وقوع الحادث، أو إمكانية دفع الحادث لأن الحادث الذي كان على المدين أن يتوقعه وتوقعه فعلاً إذا لم يكن في وسعه دفعه فلا يمكن أن ينسب إليه ويعتبر سبباً أجنبياً عنه ويقاس عدم إمكان تلافي الحادث بالمعيار الموضوعي كما تقاس استحالة الوفاء وانتفاء التوقع<sup>550</sup>، ويجب أن يلاحظ أن صفة عدم إمكان تلافي الحادث غير صفة عدم إمكان درء نتائجه، وإن الصفة الأولى تتعلق بنشوء الحادثة ويراد بها عدم إمكان تلافي أو تفادي حصولها أي عدم إمكان منع حدوث الواقعة وتدخل هذه في ركن انتفاء الاسناد بينما الصفة الثانية تتعلق بنتيجة الواقعة بعد وقوعها<sup>551</sup>، وليس المقصود بعدم التوقع، أن الحادث لم يدخل فعلاً في حساب المدعى عليه..ولو أخذنا بذلك لوجب اعتبار كل مالم يحصل توقعه سبباً أجنبياً، في حين أن عدم توقع المدعى عليه لذلك الحادث، ليس معناه حتماً أنه لم يكن في وسعه توقعه، فلا يكفي أن الحادث لم يحصل توقعه، بل لا بد أن يكون من غير الممكن توقعه<sup>552</sup>، ويرتبط عدم إمكان توقع الحادث بندرته أو كثرته..فالزلازل يندر وقوعها في مصر وفي فرنسا، ولذلك تعتبر حادثاً غير ممكن التوقع والحال كذلك بالنسبة للأعاصير والصواعق والبراكين<sup>553</sup>.

- 2550- د. سليمان مرقس- نظرية دفع المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 489- هامش رقم (2). كذلك انظر في الفقه الفرنسي Roche (روش)- أسباب الاعفاء من المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية- رسالة من جرينوبل- 1950- ص 237، مشار إليه في رسالة د.أياد عبد الجبار ملوكي- المصدر السابق- ص 232.
- 3551- د. سليمان مرقس- المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية- المصدر السابق- ص 484- هامش رقم (2).
- 1552- أنظر: Responsabilite contrac- tue 11e et force majeure: wigny P: P 158.
- ويني: المسؤولية العقدية والقوة القاهرة- رسالة من باريس- 1920- ص 158. مشار إليه في رسالة د.أياد عبد الجبار ملوكي- المصدر السابق- ص 230.
- 2553- د. محمد لبيب شنب- رسالته- المسؤولية عن الأشياء- المصدر السابق- ص 235.

## السبب الاجنبي في الفقه الإسلامي

إن الفقهاء المسلمين لم يضعوا نظرية عامة للسبب الاجنبي ولم يضعوا تعريفاً جامعاً مانعاً له وإنما تحدثوا عن السبب الاجنبي في نطاق ضمان العقد وضمن الفعل أي في نطاق المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية مع التركيز على ضمان العقد، إذ تحدثوا عن السبب الاجنبي في العقود المختلفة مثل عقد البيع والإجارة والعارية والرهن وغيرها من العقود، ويمكن استخلاص فكرة السبب الاجنبي من خلال ما ذكره من أمثلة تطبيقية لصور السبب الاجنبي فقد تكلموا عن الجوائح وأثرها وتكلموا أيضاً عن فعل المضرور وفعل الغير باعتبارها من صور السبب الاجنبي، وقد تكلم الفقهاء المسلمون عن الجائحة باعتبارها سبباً أجنبياً لا دخل لإرادة محدث الضرر فيه فهي تعني الشدة التي تجتاح المال سنة أو فتنة وهي مأخوذة من الجوح بمعنى الهلاك.. فيقال جاحتهم الجائحة<sup>554</sup> (أي أهلكته بالجائحة) لتشمل الاسباب الاجنبية التي ليست من فعل الآدميين لذلك فهم يقولون بأن الجوائح جمع جائحة وهي الآفة التي تصيب الزروع أو الثمار فتهلكها دون أن يكون لآدمي صنع فيها مثل القحط والبرد والعطش<sup>555</sup>، وإذا حصل التلف بقوة لا يستطيع الإنسان دفعها وليس في إمكانه الاحتراز عنها فلا يكون ضامناً لأن القاعدة الفقهية تقرر أن (ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه)<sup>556</sup>، ومن أمثلتها ما ذكره الحنفية (لو وضع أحد جمرة على طريق فهبت بها الريح وأزالتها عن مكانها فاحرقت شيئاً لا يضمن الواضع.. وكذا لو وضع حجراً في الطريق فجاء السيل ودحرجه فكسر

3554- الرازي- مختار الصحاح- دار الرسالة- الكويت- 1983- ص 16.

1555- فقه السنة للسيد سابق- دار الكتاب العربي- المجلد الثالث في المعاملات- بيروت- 1985- ص 95.

2556- د. وهبة الزحيلي- نظرية الضمان- دار الفكر- ط 1- دمشق- 1970- ص 35.

شيئاً لا يضمن الواضع لأن جنايته زالت بالماء والريح)<sup>557</sup>. وتناول الفقهاء المسلمون الآفة السماوية في ضمان الفعل كما تناولوها في ضمان القول فقرروا رفع الضمان عن المدعي عليه إذا تداخلت آفة سماوية مع الفعل الواقع من الشخص المسؤول<sup>558</sup>، ويبدو من نصوص الفقه الإسلامي أن هناك ما يقابل القوة القاهرة في الفقه الإسلامي ويطلق عليه في بعض النصوص عبارة (الآفة السماوية) وأن ما يصيب الثمرة من السماء يسمى بـ(الجائحة) وهو ضرب من ضروب الآفات السماوية ومن التطبيقات التي وردت في نصوص الفقه الإسلامي للآفة السماوية وللجائحة هلاك الشاة بآفة سماوية، وأكل الذئب للغنم بشرط أن يتعدد الذئب أما الواحد فيمكن للراعي مقاومته..والحريق الغالب وغرق السفينة وأمر السلطان وسقوط الآنية بغير فعل المدين، وانزلاق الحيوان والبرد والقحط والعفن والعطش، ويظهر من النصوص أن الآفة السماوية هي أمر ليس في الإمكان الاحتراز عنه، ولا في الوسع توقعه ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا وهذا هو عين ما هو مقرر في الفقه الغربي<sup>559</sup>.

---

3557- أنظر: أبي محمد بن غانم البغدادي- من فقهاء الحنفية- مجمع الضمانات- المطبعة الخيرية- القاهرة- 1306- ص 149.  
 4558- الإمام ابن حجر العسقلاني- بلوغ المرام من أدلة الأحكام- تحقيق إبراهيم عسر- دار العلوم الحديثة- بيروت- مكتبة الشرق الجديد- 1983- ص 208.  
 1559- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي- 6- ط 2- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- 1998- ص 177-178.

## المطلب الثاني

### القوة القاهرة والحادث الفجائي

يرى أغلب الفقهاء (في فرنسا) أن مصطلحات (الحادث الفجائي) و (القوة القاهرة) تشكل مرادفات متشابهة تعني على السواء كل سبب أجنبي (خارجي) إزاء المدين الذي يشكل بدوره عقبة أمام تنفيذ الالتزام وفي حقيقة الأمر يلصق محررو القانون (الفرنسي) بشكل عام هذين التعبيرين على حدٍ سواء ويبدو أنهم يستخدمونها بدون تمييز الواحد تلو الآخر من أجل التعبير عن فكرة واحدة كما أن للحادث الفجائي والقوة القاهرة الأثر المبرئ نفسه إذ أنهما يعفيان المدين (القانون المدني في 12 آذار 1927) وثمة تفسير آخر لهذين التعبيرين يقول أن القوة القاهرة قد تمثل عقبة أمام تنفيذ الالتزام الناتج عن قوة خارجية (أجنبية) والحادث المفاجئ بمثابة عقبة داخلية لأنها ناتجة عن الظروف لاستغلال المدين نفسها كحادث المعدات وخطأ (تقصير) المستخدم (العامل)، كما أن هنالك نظاماً آخر مختلفاً قليلاً يرى في الحادث الفجائي (استحالة نسبية للتنفيذ) أي استحالة يمكن لها أن

تعيق عمل المدين ودعواه الموجهة لكن ضمن إرادة متسلحة جيداً وماهرة قد تتمكن من الانتصار وهذا ما أطلق عليه الالمان تسمية (عجز المدين)..(القانون المدني الالمانى..فقرة 2 من المادة 275)، أما القوة القاهرة فإنها ستكون بتلك الاستحالة المطلقة كونها ناتجة عن عقبة لا تقهر للجميع حتى للإنسان الأكثر قوة وذكاء..(كالعواصف والصواعق والزلازل والحروب وفعل حاكم)<sup>560</sup>، ويمكن ملاحظة التطور المنسوب للقضاء في موضوع تقييم مسؤولية ناقل الأشخاص، ومنذ زمن طويل كانت القرارات القضائية تعفيه ما إن يثبت خطأ الغير في الحادث أما اليوم فإن لزاماً عليه أن يثبت بأن هذا الخطأ يشكل بالنسبة له حادثاً من القوة القاهرة، وفي نطاق مسؤولية الحارس فإن حارس الأشياء المشتعلة هو قبل كل شيء مفرج عنه إذا بقي سبب الحريق مجهولاً، وكذلك الحال مع المواد التي لها قابلية سريعة للاشتعال ما لم يكن هنالك غياب لإجراءات الحيطه والحذر التي يجب أن تحيط بها ويكون الاعفاء أمراً مفروغاً منه (أي واجباً) إذا نقلت (فقط) المواد المحروسة من حريق مشتعل من قبل في اللحظة التي لم يتم إثبات أي خطأ أو تقصير للحارس، والاعفاء هنا (مع الحريق) يحجب أو يغطي نتائجه وبالأخص الانفجارات الناجمة عنه أو مقذوفات المواد المحترقة أو حطام البنايات المحترقة وكذلك الاضرار الناجمة عنه كافة<sup>561</sup>، وإذا كان الضرر الذي ترتب ليس للمدعى عليه ولا لأحد آخر شأن فيه فتنقطع رابطة السببية فيما وقع بانتفاء إسناده إلى أحد،

1560- أنظر: Ambroise colin et Henre capitant- traite de Droit civil- tome 11- LIBRAIE DALLOZ- PARIS- 1959-P 471-N 848

1561- أنظر:

RENE SAVATIER- TRAITE DELA Responsabilite civile en Droit- prancais- Tome 1- Paris- 1951-P 503-504- N 396, 399.

وللمزيد راجع كل من:

V.tunc, force majeure et absence de faute en matiere fe lictue 11e La Rev. trhm, 1946- P.171, Ro dl ēr De L'obligation de securitē due Par La garfien et de ses de grēs, aLa Revtrim- 1947- P 407.

وهذا الذي يعتبر كسبب أجنبي هو القوة القاهرة فترتفع به المسؤولية إطلاقاً وهو تطبيق لمبدأ لا التزام بمستحيل (al' impossible nuln') وليس ثمة من فرق - عملياً- بين القوة القاهرة (Force majeure) والحادث الفجائي (Cas fortuit) إذ يرى القضاء الفرنسي فيهما تعبيرين لمعنى واحد أي مترادفين وإذا قلنا (فيما سبق) لأن بعضها من الفقهاء الفرنسيين حاول التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي فإن هذا التمييز ليس له أية جدوى لهذه التفرقة، وعلى الأخص في نطاق المسؤولية التقصيرية التي لا تنتفي في أي الحالتين -القوة القاهرة أو الحادث الفجائي- إلا إذا كان الحادث يستحيل إطلاقاً دفعه وتوقعه<sup>562</sup>، وإذا عدنا إلى نشأة القوة القاهرة والحادث الفجائي نجد أنهما أفكار قديمة وجدت في القانون الروماني الذي عرف بعض المسؤوليات المشددة على الأقل في المسؤولية التعاقدية حيث كان هذا القانون لا يكتفي من بعض المدنين بإثبات عدم خطئه وإنما يجب إثبات القوة القاهرة لاعفائهم من التزاماتهم فقد أهتم القانون الروماني بالقوة القاهرة باعتبارها سبباً من الأسباب التي تؤثر في سير عملية التنفيذ وتجعله مستحيلاً وبذلك عد الفقهاء الرومان استحالة التنفيذ نتيجة للقوة القاهرة سبباً من أسباب انقضاء الالتزام في العقود وبشترط لانقضاء الالتزام ألا يكون المدين قد أسهم بفعله في حدوث القوة القاهرة فالمدين الذي التزم بتسليم ملكية شيء معين بالذات أو نقلها تبرأ ذمته وينقضي التزامه إذا هلك المبيع بقوة القاهرة ولم يكن له يد في حصولها أما إذا كان الشيء قد تعرض للهلاك بقوة القاهرة نتيجة خطأ من جانب المدين فإنه يظل مسؤولاً عن تعويض الدائن<sup>563</sup>، فدفع المسؤولية عن المدعى عليه يكمن في ثبوت القوة القاهرة التي

1562- حسين عامر- المسؤولية المدنية- التقصيرية والعقدية- 1956- مطبعة مصر- ص 352- نبذة 370.

2563- محمد طه البشير مع د. هاشم الحافظ- القانون الروماني- الأموال والالتزام- طبع جامعة بغداد- 1980- ص 262-263.

سببت الضرر، فالقوة القاهرة تكون بصورة الحادث الذي ليس بإمكان أحد في العادة توقعه أو تلافيه ولا بالمستطاع دفعه والذي يحصل من غير أن يكون للمسؤول يد فيه أو شيء دخل به فمصدره خارج عن هذا أو ذاك<sup>564</sup>.. وعلى الرغم من أن الكثير من الكتاب يرون عدم الفائدة من وضع تمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي فإننا يمكن أن نلمس بعض الفروق بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة، في إطار المادتين 1382 و 1384 من القانون المدني الفرنسي، حيث تعلم جيداً أن أية حادثة ينجم عنها حادث فجائي ضمن فحوى المادة 1382 فإنها لا تستبعد دخول المادة 1384 التي يكون فيها مفهوم الحادث الفجائي أو القوة القاهرة جداً ضيقاً ووثيقاً، فمن المؤكد أن الاحداث التي تعفي المسؤول أو حارس الشيء عن الشيء الضار تفترض قبل كل شيء غياب أي خطأ يقع على عاتقه الأمر الذي يجعلها بالضرورة عبارة عن حوادث فجائية في ضوء المادة (1382)، بيد أن هذا الأمر غير كافٍ إذ توجد أربعة اختلافات منطقية في هذا الموضوع:-

- 1- في موضوع المسؤولية المستندة على الخطأ (التقصير) فإن دليل الحادث الفجائي لا يكون مفروضاً على المستخدم إلا إذا تم إثباته مسبقاً بداعي التقصير في واجب ما، وبخلاف ذلك فإنه تقع على عاتق المسؤول أو المدعي عليه دفعة دفعة واحدة بإثبات الحادث الفجائي أو القوة القاهرة إذا أراد أن يكون معفىً منه.
- 2- لما كان مسبب الضرر ملزماً بإثبات الحادثة الفجائية أو القوة القاهرة فإن بوسعه التخلص من المسؤولية التي تفرضها المادة ( 1382) وذلك من خلال إثبات أن الفعل لا يلام عليه بسبب يقظته

3564- انظر في هذا المعنى:د. عاطف النقيب- النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء- بيروت- باريس- ط 1- ص 303. مشار إليه في بحث للدكتور محمد سليمان الأحمد مع الأستاذة هالة مقداد الخليلي- استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي- مجلة القانون المقارن- تصدرها جمعية القانون المقارن- ع 29- س 2001- ص 134.

ومخرج هذا الأمر إثبات أن الضرر ناجم عن فعل غير تقصيري أي عن  
 حادثة فجائية ، وعلى العكس من ذلك فإنه من أجل التخلص من  
 المسؤولية الناجمة عن شيء ما فإن على المسؤول إثبات وبرهنة على  
 أن الحادث الخارجي أنشأ الحادث المفاجيء أو القوة القاهرة.  
 3- وفي حقيقة الأمر تنص المادة (1382) بأن الحادث المفاجيء هو  
 ذلك الذي ينجم عن كل ما يستبعد حدوث خطأ بيد أنه من أجل استبعاد  
 أحكام المادة (1384) الفقرة الأولى منها -والخاصة بمسؤولية  
 الحارس- فإنه لا يكفي استبعاد الخطأ في فعل ما (أو حادث ما) بل  
 يجب فضلاً عن ذلك أن يكون خارجاً عن نشاط الشيء كما هو الحال  
 في وضع الحارس.

4- تنص المادة (1382) بأن خطأ (أو تقصير) المضرور أو أي طرف  
 ثالث (الغير) لا يشكل سوى فرضية خاصة على الحادث المفاجيء أو  
 القوة القاهرة من دون استبعاد مسؤولية المسبب إلا إذا كانت هذه  
 المسؤولية تتعارض مع خطأ هذا الأخير، وبالمقابل فإن الفرضية التي  
 تدعمها والتي يرفضها القضاء الحالي -في فرنسا- تتحول الى مسؤولية  
 حارس الشيء ((الناجمة عن مجرد خطر)) قد تكون ثانوية قياساً إلى  
 المسؤولية الناشئة عن الخطأ (أو التقصير) الثابت، إذن الخطأ الثابت  
 للمضرور أو للغير المتضمن على المسؤولية الطبيعية للشخص  
 المخطئ هو كافٍ لاستبعاد المسؤولية الثانوية للمادة (1384) بوصفها  
 عديمة الجدوى<sup>565</sup>، ويمكن القول أن القرارات القضائية ما دامت تترجم  
 هذا الرأي من خلال بيان أنه يمكن استبعاد مسؤولية المسؤول ليس  
 فقط من خلال إثبات دليل الحادث المفاجيء أو القوة القاهرة بل أيضاً  
 من خلال دليل السبب الخارجي (الاجنبي) الذي لم يكن منسوباً إليه  
 الفعل وكان السبب الخارجي غير المنسوب للمسؤول في ظل القضاء

1565- انظر في كل ما تقدم:

السابق يشكل خطأ الغير، لكن ضمن نطاق المادتين (1384 و 1382) فإنه يعدو من المستحيل أمامنا الإقرار بأن الحادث الناجم عن القوة القاهرة يمكن أن يترك (إن كان ذلك موجوداً حقاً) جزءاً من مسؤولية مسبب الضرر<sup>566</sup>، وعند تطور القضاء ومرور فترة من الزمن فإنه خلص القضاء من إقرار إمكانية جمع مسؤولية محدث الضرر او دمجها بتأثير القوة القاهرة الأمر الذي يقوده (أي القضاء) للتسليم بإمكانية اعفاء جزئي للمسؤول حسب القانون المدني الصادر في 28 نيسان<sup>567</sup> 1942، وفي الوقت الحاضر يكاد ينعقد اجماع الفقه الحديث على أن الحادث المفاجيء والقوة القاهرة تعبيران يدلان على معنى واحد، ولذلك فلا محل للتمييز بينهما وعلى هذا تسير أحكام القضاء إذ يستعمل التعبيران كمترادفين وهذا أيضاً ما فعله القانون المدني المصري الحالي، فقد حرص على أن يذكر التعبيرين معاً.. ولإغلاق الباب أمام كل محاولة للتمييز بين هذين الاصطلاحين ذهب بعض الشراح إلى استعمالهما معاً كتعبير واحد (الحادث الفجائي للقوة القاهرة) ويلاحظ أن بعض أحكام القضاء تخلط بين السبب الاجنبي والقوة القاهرة في حين أن السبب الاجنبي يضم كلاً من القوة القاهرة وخطأ المضرور وخطأ الغير<sup>568</sup>.

وجاءت المادة (1148) كتطبيق للقاعدة العامة الواردة في المادة (1147) ونصت على أبرز صور السبب الاجنبي وهي القوة القاهرة بقولها (لا يكون هناك محل للتعويض والفوائد إذا منع المدين من الاعطاء أو من القيام بما هو مكلف بعمله، أو من عمل محظور عليه

1566- انظر: RENE SAVATIER- Traite, responsabilite Civil- tom 1- P 487- .488

2567- انظر: Ambroise colin et Henri capitant- traite, le droit civil- .PARIS- 1959-P 677 N 1189

3568- د. محمد لبيب شنب- المسؤولية عن الأشياء- المصدر السابق- ص 233- نبذة 205.

بفعل قوة قاهرة أو حادث جبري)<sup>569</sup>، كما أقرت هذه المادة بوجود شرط فاسخ ضمني في جميع العقود الملزمة للجانبين يسمح لكل من العاقدين بفسخ العقد إذا ما أخل أحدهما بالتزامه على أن يقع هذا الفسخ بحكم القاضي، كما أن انقضاء التزام أحد الطرفين بسبب استحالة الوفاء يستتبع فسخ العقد من تلقاء نفسه على أن يتم الفسخ بحكم القاضي، وحكم القاضي في هذه الحالة يكون مقررًا للفسخ لا منشئًا له كما في الفسخ المبني على إخلال أحد العاقدين بالتزامه ويترتب على الفسخ أن تقع تبعة الهلاك على المدين<sup>570</sup>، ومن النصوص الأخرى التي نصت على فكرة القوة القاهرة نص المادة (1733) الذي جاء فيه (يكون المستأجر مسؤولاً عن الحريق إلا إذا أثبت أنه قد حدث قضاءً وقدرًا أو بقوة قاهرة أو بسبب عيب في البناء أو أن النار امتدت من منزل مجاور)<sup>571</sup>، وجاء في المادة (1302) من القانون المدني الفرنسي على أنه (إذا كان الشيء موضوع الالتزام معيناً ومحققاً وقد تلف أو أصبح خارجاً عن التجارة أو ضاع إلى حد الجهل بمعرفة وجوده مطلقاً فإن الالتزام يصبح منقضيًا، إذا كان التلف أو الضياع بغير خطأ المدين وقبل أن ينذر-حتى لو كان المدين منذرًا ولم يكن قد تحمل الحوادث الجبرية ينص العقد فإن الالتزام مع ذلك يعتبر منقضيًا إذا كان لا بد أن يتلف الشيء أيضاً فيما إذا سلم إلى الدائن ويلزم المدين بإثبات الحادث الجبري الذي يدعيه، ومهما كانت طريقة ضياع الشيء المسروق أو طريقة تلفه فإن ذلك لا يعفي المدين من رد الشيء- فالأصل أن المدين لا يسأل إلا بقدر ما وقع منه وبشرط مراعاة قيود القانون فيما بالقوة والحادث الجبرية ويحصل أن يشدد القانون معه في

4569- انظر: د. حسين عامر مع عبد الرحيم عامر- المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 390.

1570- د. سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- ج 3- المجلد الأول- عقد البيع- ط 5- دون مكان الطبع- 1990- ص 653-654.

2571- ويقابل هذا النص المادة 584 فقرة (1) من القانون المدني المصري- ولا يوجد نص مقابل في القانون المدني العراقي.

تقدير المسؤولية فيصبح المدين مسؤولاً حتى عن الحوادث القهرية والجبرية وذلك في حالة إنذاره بالوفاء وعدم الوفاء بعد الإنذار<sup>572</sup>، ونسوق الكلام الآن عن موقف القانون المدني المصري.. فقد جاءت المادة (165) منه بالقول ((إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك))، وجاء في محضر الجلسة السابعة عشرة مناقشات فذة بخصوص السبب الاجنبي، فقد ذكر الدكتور البغدادي بالقول أن هذه المادة (التي أعطي لها رقم 169 في المشروع التمهيدي) ليس لها مقابل في التشريع الحالي وإن كان يقرر مبدأ مطلق وهو خاص بعلاقة السببية بمعنى أنه إذا لم توجد رابطة سببية بين التقصير والضرر لا يكون الشخص الذي وقع منه التقصير مسؤولاً، وتنتفي علاقة السببية إذا وجد السبب الاجنبي كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور لأن هذا الضرر في هذه الحالة يكون متصلاً بشخص معين ولكن فعل هذا الشخص لم يكن هو السبب في حصوله ومثال ذلك سائق سيارة يفاجأ بطفل يقطع الشارع جرياً فتصيبه، ففي هذه الحالة يكون السائق غير مسؤول لأن علاقة السببية تنتفي وفي هذه الأثناء ورد سؤال على لسان سعادة العشماوي فقال: هل نحن في حاجة إلى هذا النص؟ فأجابه سعادة الرئيس قائلاً: إن الغرض منه هو تقدير سبب الاعفاء من المسؤولية، وعلق الدكتور البغدادي بالقول: إن أهمية هذا النص الجديد تظهر في إبراز استقلال رابطة السببية وأثر هذا الاستقلال يتجلى في أمرين: الأول: هو أنه فيما يتعلق بالخطأ وعلاقة السببية يمكن نفي الخطأ في بعض الأحيان ما لم يمنع هذا بنص، فالخطأ مسألة وعلاقة السببية مسألة أخرى والذي أريد

1572- انظر: زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة- المصدر السابق- ص 79- هامش رقم(2).

من هذا النص (نص المادة 165 من القانون المدني المصري) هو إظهار أن السببية شيء والخطأ شيء آخر، ثم أن الأصل في علاقة السببية هو أنه ما دام أن هناك ضرر متصل بفعل شخص فرباط السببية مفترض إلا إذا أقام هو الدليل على عكس ذلك على أن هذا النص لا يأتي بجديد لأن أغلب أحكام المحاكم تأخذ به فالغرض منه هو إظهار الغامض وهو يضع قاعدة إثبات والجديد في صيغته هو الإشارة إلى أن السببية مفترضة لكن الخطأ غير مفترض، فأجاب سعادة العشماوي: أنه إذا كان الخطأ في هذه المادة مفروضاً فإن حكم هذه المادة يستقيم ولكن إذا كان الخطأ غير مفروض ونطالب بإثباته فإن حكم المادة لا يستقيم، ولكي يسبب الدكتور البغدادي وجهة نظره أجب بالمثل التالي: إذا كان شخص سائراً على الرصيف وآخر يقود سيارة فطلع هذا الأخير على الرصيف ليتفادى ضرر محققاً مفاجئاً فدهم الشخص الذي كان يسير على الرصيف ففي هذا المثال يجب على المضرور أن يثبت وجود الخطأ وما دام أن الخطأ قد ثبت فإن السببية تكون متوافرة ولكن هذا لا يمنع أن ينفي محدث الضرر هذه العلاقة بأن يثبت مثلاً أن سبب طلوعه على الرصيف كان لقوة القاهرة أو الخطأ من الغير<sup>573</sup>، ونوجه النظر بأن المشرع المصري في القانون المدني الحالي لم يأت بتعريف للقوة القاهرة أو الحادث المفاجيء وإنما أشار إليها كسبب أجنبي يعفي من المسؤولية فيما نصت عليه المادة (165) من القانون المدني المصري السالفة الذكر- كما عرض لذكر السبب الأجنبي في المادة (176) الخاصة بمسؤولية حارس الحيوان، وفي المادة (178) الخاصة بحراسة الأشياء التي تتطلب

1573- نبذة مختصرة للنقاش الذي دار في جلسات الأعمال التحضيرية- مشار إليها في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- الحكومة المصرية- وزارة العدل- ج 2- الالتزامات- مصادر الالتزام- مطبعة دار الكتاب العربي- من المادة 89 إلى المادة 264- ص 262- 263- 264.

حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية، كما نص عليه في صدر المسؤولية العقدية بالمادة (215) فيما يقول: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه.....)، وكذلك بالمادة (217) من أنه: (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة)، وكذلك في المادة (373) من أنه: (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه)<sup>574</sup>، أن نص المادة (165) من القانون المدني المصري وضع قاعدة عامة لدفع المسؤولية التقصيرية أما بالنسبة للمسؤولية العقدية فتأخذ حكم المادة (215) من القانون المدني المصري<sup>575</sup> ويتبين من النصين مدى تأثير القانون المدني المصري بالقانون المدني الفرنسي حيث ورد في المادة (165) صور السبب الاجنبي التي وردت في نصوص متعددة في القانون المدني الفرنسي كأسباب لدفع المسؤولية المدنية على الرغم من أن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أكدت أن صور السبب الاجنبي لم ترد على سبيل الحصر بقولها (فقد يكون السبب الاجنبي عيباً لاصقاً بالشيء المتلف أو مرضاً خامراً بالمضروب)<sup>576</sup> وأن موقف المشرع المصري واضح ومريح في هذه المسألة عندما ذكر تعداداً لصور السبب الاجنبي الأخرى (خطأ المتضرر وفعل الغير)<sup>577</sup>،

1574- انظر: المستشار حسين عامر- المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 357 نبذة 374.

2575- زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 181.

3576- نقض مدني مصري- طعن رقم 203 لسنة 32ف- جلسة 22/11/1966- س 17- ص 1712، مشار إليه في رسالة زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- ص 81.

4577- زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 81، وإن كانت الباحثة أشارت إلى أن المشرع الفرنسي لم يذكر من صور السبب الاجنبي إلا القوة القاهرة في المادة (1148) وأنه

والمقتضى المادة (165) يسوغ لمن أحدث الضرر أن يثبت وجود السبب الاجنبي فتنتفي مسؤوليته باستبعاد كل قرينة عليها وبإسقاط الدليل على علاقة السببية بين الخطأ والضرر فيما ينسبه إليه المضرور، وهذا السبب يكون بوجه عام حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة.. كما يمكن أن يكون السبب الاجنبي عيباً لاصقاً بالشيء المتلف أو مرضاً خامر المضرور<sup>578</sup>، المهم في كل ما ذكر أن يكون هناك سبب يرجع إليه الضرر أي أن يكون السبب قد رتب حكماً وهو (الضرر) وبذلك يكون بالإمكان إسناد الضرر إلى ذلك السبب باعتبار أن السبب هو ما يترتب عليه الحكم، فبقاء سبب الحادث مجهولاً لا يبرر إعفاء المسؤولية ذلك أن القانون المدني المصري لا يعفي المسؤول عن الحراسة من المسؤولية إذا ما ادعى أن الضرر يعود إلى سبب مجهول لا علم له به.. وإن بقاء السبب مجهولاً يعتبر من الحوادث التي يعجز الباحثون والخبراء عن معرفة السبب الحقيقي الذي أدى إليه، وغالباً ما يكون ذلك في الحالات التي يندثر فيها كل أثر للشيء الذي أحدث الضرر وينعدم شهود الحادث، كما إذا انفجرت طائرة في الجو وقتل جميع ركابها وغاص حطامها في أعماق المحيط، إذ لا يمكن معرفة ما إذا كان هذا الانفجار يرجع إلى خطأ ارتكبه قائد الطائرة أو إلى عيب أو خلل في الآلات أو إلى قوة من قوى الطبيعة مصاعقة<sup>579</sup>، وإن السبب

أغفل صور السبب الاجنبي الأخرى والإقتصار فقط على القوة والحادث الفجائي، إلا أن ذلك غير صحيح لأن قرارات المحاكم الفرنسية كانت تستبعد المسؤولية ليس فقط من خلال إثبات دليل الحادث الفجائي أو القوة القاهرة بل أيضاً من خلال دليل السبب الخارجي (الاجنبي) = = الذي لم يكن منسوباً إليه الفعل. انظر: (Savatier) في المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 487-488، ويتبين من عبارة (السبب الخارجي) أنه يشمل فعل الغير وخطأ المضرور وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد سد النقص الحاصل في التشريع المصري.

1578- د. حسين عامر- المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 358 نبذة 375.

2579- د. محمد لبيب شنب- المسؤولية عن الأشياء- المصدر السابق- ص 288- نبذة 202.

الاجنبي في القانون المدني المصري يقوم على الجهل في حصوله بالنسبة للمدعى عليه فمتى كان المدعى عليه جاهلاً كيفية حصول السبب أو الحادث الذي أدى إلى الضرر فإنه يكون غير مسؤول، ويجب أن يكون السبب الأجنبي غير راجع إلى خطأ من المدعى عليه.. إذ أنه من البديهي أن مثل هذا الخطأ لا يمكن اعتباره أجنبياً لأنه هو المجال الطبيعي لأعمال مسؤولية الإنسان لا لدفعها، إضافة إلى كون السبب الأجنبي غير متوقع الحصول (Imprévisible) وغير ممكن تلافيه (Inévitable) إذ أنه لو كان الفعل ممكن التوقع والتلافي فإن المدعى عليه يكون مخطئاً بعدم توقعه وتلافيه وإضافة إلى ذلك يجب أن يكون السبب الأجنبي غير ناشئ عن خطأ ارتكبه أحد تابعي المدعى عليه أو أحد أولاده أو تلاميذه المشمولين برقابته وتوجيهه فالقانون يجعله مسؤولاً عن مثل هذا الضرر، فلا يجوز له أن يتمسك بفعل أحد هؤلاء الأشخاص ليدفع مسؤوليته التي لم تتقرر إلا بمناسبة وإن لا يكون السبب الأجنبي راجعاً إلى شيء في حراسة المدعى عليه لأن الضرر الناشئ عن هذا الشيء يدخل ضمن الأضرار التي يجب عليه ضمانها وفقاً للمادة (178 من القانون المدني المصري) فلا يمكن وصف تدخل هذا الشيء في حصول الضرر بأنه فعل أجنبي عن حارسه لايد له فيه<sup>580</sup>، ويفارق القانون المدني المصري القانون المدني الفرنسي في أن الأول لم يجعل الحادث المفاجيء مسألة مختلفة عن القوة القاهرة في حين أن الأول شبه الحادث المفاجيء بالقوة القاهرة.. وعندما نخرج على القانون المدني اللبناني نجد أن القانون المدني اللبناني يتفق مع القانون المدني المصري في التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجيء ذلك أن المشرع اللبناني قد رأى أن فكرة القوة القاهرة تجمع بين الفكرتين معاً ويؤدي استعمالها وحدها إلى النتائج ذاتها ومهما

1580- د. محمد لبيب شنب- المسؤولية عن الأشياء- المصدر السابق- ص 231-230.

يكن من أمر ولبحث القوة القاهرة التي تزيل المسؤولية المدنية عن فاعل الضرر فإنه يقتضي التنويه بأن المشرع اللبناني لم يأت على ذكر القوة القاهرة عند بحثه للمسؤولية الناجمة عن العمل الشخصي..وقد أتى على ذكرها فقط عند بحثه للتبعة الناشئة عن فعل الحيوان وعن الجوامد (المادتان 129 و 131 موجبات وعقود) ذلك أن الإثبات في التبعة الناجمة عن الفعل الشخصي يقع على عاتق المتضرر، وعندما يثبت هذا الأخير أن الضرر قد حصل بفعل المدعى عليه الخاطئ فلا يكون من مجال لأعمال القوة القاهرة أو البحث في نظامها، فالخطأ والقوة القاهرة لا يلتقيان أبداً..وأما لجهة القوة القاهرة المنصوص عليها في المادة (129) من قانون الموجبات والعقود اللبناني فإن التبعة عن حارس الحيوان لا ترتفع إلا إذا أقام الدليل على القوة القاهرة هذه، أي أنه يجب أن يثبت أن الضرر لم يكن نتيجة حركة أو فعل صادر عن الحيوان، أما القوة القاهرة المنصوص عليها في المادة (131) فهي تعني كل حدث خارجي غير منتظر لا يمكن التغلب عليه والتحرز منه والذي يكون بالواقع سبب الحادث دون الشيء المنقول أو غير المنقول الذي يصبح في هذه الحالة مسخراً لإيقاع الضرر، الأمر الذي يرفع عن حارسه مسؤولية الحادث الذي تسبب به<sup>581</sup>، أما في القانون المدني العراقي فإن المشرع العراقي يبدو أنه تأثر بالمشرع المصري فجاء نص المادة (211) منه مشابهاً لنص المادة (165) مدني مصري ولكن المشرع العراقي تأثر بالفقه الإسلامي فأورد مصطلح (الآفة السماوية) إضافة إلى الحادث المفاجئ والقوة القاهرة هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أورد مصطلحي (فعل الغير والضمان) بدلاً من مصطلحي خطأ الغير والتعويض الواردين في المادة (165) من القانون المدني المصري أما نص المادة (168) فقد جاء مشابهاً لنص

581- راجع: حبيب فارس نمور- الغش والتواطؤ- في القانون الفرنسي وفي القانون اللبناني- 1989- ص 15-16.

المادة (215) من القانون المدني المصري حيث نصت المادة (168) على ما يأتي (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه)، هذا بالإضافة إلى أن نص المادة السابقة جاء مشابهاً لنص المادة (1147) من القانون المدني الفرنسي، أما مشروع القانون المدني العراقي فقد نصت المادة (420) منه على ما يلي: (أولاً-إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة أو خطأ المتضرر أو فعل الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك. ثانياً-القوة القاهرة هي كل حادث لا ينسب إلى الشخص ولا يمكن توقعه ولا دفعه)، ويبدو أن واضعي المشروع قد تخلوا عن مصطلحي (الآفة السماوية والحادث الفجائي) باعتبار أن هذين المصطلحين مرادفان لمصطلح القوة القاهرة، كما جاء بتعريف القوة القاهرة في الفقرة الثانية من الفقرة السابعة، ويبدو أن ما ذهب إليه واضعو المشروع في الفقرة الأولى كان هو عين الصواب وكان على المشرع العراقي ابتداءً عند صياغة المادة (211) منه أخذ هذه المسألة بعين الاعتبار (لأن الآفة السماوية والحادث الفجائي) مصطلحان مرادفان لمصطلح واحد وهو القوة القاهرة ولأنها جميعاً تعني معنى واحداً على الرغم من اختلاف الصياغة، وكان على المشرع العراقي قطع الخلاف الذي يثور حول هذه المسألة (المتعلقة بذكر القوة القاهرة والحادث الفجائي) معاً أم لا ولكن بدلاً من ذلك أورد مصطلحاً آخر مستمداً من الفقه الإسلامي وهو مصطلح (الآفة السماوية) والرأي الصحيح والراجح هو جمع هذه المصطلحات الثلاث بمصطلح واحد وهو (القوة القاهرة) التي عرفها واضعو المشروع في الفقرة الثانية من المادة (420) منه وكان التعريف الموضوع لها تعريفاً صحيحاً ويعطي مفهوماً شاملاً للقوة

القاهرة على اعتبار أنها صورة من صور السبب الأجنبي الأكثر وقوعاً وشيوعاً في الحياة العملية<sup>582</sup>، أما بخصوص الحادث الفجائي فهو أمر ينتج عن الشيء ذاته وليس عن فعل خارجي عنه، لهذا فالحوادث الفجائية لا تشكل قوة قاهرة مادامت حوادث متعلقة بالشيء نفسه وليست خارجة عنه وقد يمكن التغلب عليها، ففي حوادث النقل فإن كسر مقود السيارة وانفجار الاطارات وتعطل آلة الوقوف كلها أمثلة على الحادث الفجائي وهي عائدة إلى خلل في الشيء نفسه يمكن أحياناً التغلب عليه أما إنهار جسر تحت القطار بسبب فيضان مفاجئ للنهر المار تحته فإنه يعد قوة قاهرة<sup>583</sup>، ويذهب غالبية الفقهاء إلى عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي<sup>584</sup> من حيث المعنى والأثر، أما من حيث المعنى فالاختلاف بين معنييهما قائم.. حتى في ظل القانون المدني العراقي فلو أن القوة القاهرة تساوي الحادث الفجائي في المعنى لاكتفى المشرع العراقي العراقي بذكر إحدى العبارتين في نص المادة (211) من القانون المدني العراقي، أما من حيث الأثر فإن القانون المدني العراقي لم يفرق بينهما فكلاهما يؤدي إلى دفع المسؤولية، وقد يكون للمشرع العراقي اتجاه معاكس في قانون النقل لما اتجه إليه في القانون المدني فبموجب المادة (11) من قانون النقل العراقي ذي الرقم (80) لسنة 1983، يشترط للحكم بدفع مسؤولية الناقل أن يكون الحادث القهري خارجاً عن نشاط الناقل، أما إذا كان الحادث الذي سبب الضرر للراكب غير خارجي وغير ناتج عن نشاط الناقل فيعد حادثاً فجائياً يسأل عنه ولا تنتفي منه مسؤوليته

1582- زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 85.

2583- د. مجيد حميد العنبيكي- شرح قانون النقل العراقي- وزارة العدل- 1980- بغداد- ص 29.

3584- د. سليمان مرقس- أحكام الالتزام- القاهرة- 1980- ص 116، كذلك أنظر: د. عبد المجيد الحكيم- مصادر الالتزام- شركة الطبع والنشر الأهلية- بغداد- 1963- ص 464.

وبذلك يكون هذا القانون قد فرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ليس من حيث المعنى فحسب بل من حيث الأثر كذلك.. فأعطى الحق للناقل في دفع مسؤوليته إذا نجم الحادث عن قوة القاهرة، أما إذا كان سببه حادثاً فجائياً فالناقل يتحمل تبعه ما يصيب الراكب من ضرر<sup>585</sup>.. وفي هذا الحكم بالذات يقترب القانون المدني العراقي من الفقه الإسلامي، فمن يتسبب بنشاطه الاقتصادي الذي يستفيد منه في أحداث الضرر وجب أن يتحمل غرم هذا النشاط، هذا على ضوء أحكام الفقه الإسلامي، إضافة إلى ذلك فإنه حتى لو نشأ الضرر عن حادثة فجائية لا يد له فيها فإنه يضمن<sup>586</sup>، وبذلك يكون المشرع العراقي في المادة المذكورة سلفاً مع الفقه الإسلامي قد عدم الأثر المترتب على الحادث الفجائي في انعدام المسؤولية تماماً، وبشترك المشرع العراقي مع الفقه الإسلامي هنا في الأخذ بنظرية تحمل التبعة، ويدخل في عداد التشريعات التي تأخذ بنظرية تحمل التبعة مثل التشريعات الغربية<sup>587</sup>، ويلاحظ أن المشرع الأردني قد استعمل المصطلح نفسه الذي استعمله المشرع العراقي فيما يتعلق بالقوة القاهرة فقد نصت المادة (261) من القانون المدني الأردني على أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك)، ويبدو أن المشرع الأردني تأثر بالمشرع العراقي، ويتضح ذلك من خلال إيراد مصطلح

1585- انظر: محمد سليمان الأحمد مع هالة مقداد الخليلي- استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي- المصدر السابق- ص 135. كذلك د.مجيد حميد العنيكي- قانون النقل العراقي- المصدر السابق- ص 92.  
 2586- أنظر: تعليقا للاستاذ السنهوري في رسالة د. أياد عبد الجبار ملوكي- المسؤولية عن الأشياء- المصدر السابق- هامش رقم (10)- ص 197.  
 3587- أنظر: د. فخري رشيد مهنا- أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز- دراسة مقارنة في التشريع الإسلامي والقوانين الانجلوسكسونية والعربية- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- 1974- ص 100-99.

(الآفة السماوية) وهو مصطلح من الفقه الإسلامي لم يرد إلا في المادة (211) من القانون المدني العراقي<sup>588</sup>.. وأن فقهاء الشريعة الإسلامية يطلقون على القوة القاهرة مصطلح الآفة السماوية وهي تكون في كل ما لا يستطيع دفعه وما لا قدرة للإنسان على رده أو كان له قدرة على رده ولكنه فوجئ به في مكان مأمون لا يفاجأ فيه بمثله عادة..ومثالها الرياح الشديدة والثلج والبرد ذو المطر الغالب والجليد وشدة الحر والنار والغرق وتعفن التمر في الشجر بالدود أو المن والجراد والفتنة بين الناس والعدو والحروب ونحو ذلك<sup>589</sup> وتعني القوة القاهرة في نظر الفقهاء المسلمين كل ما يدخل في نطاق الآفات السماوية وأفعال الآدميين إذا كانت غالبية كاجتياز الجيش الجرار، فلا ريب أن المتعاقدين لا يستطيعان دفع هذا الجيش الجرار أو رده أما إذا كانت أفعال الآدميين غير غالبية حتى وإن حدثت بغتة (بصورة مفاجئة) فإنها لا تعتبر قوة القاهرة<sup>590</sup>.

### **شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:**

يشترط في الحادث لكي يعتبر قوة القاهرة أو حادثاً فجائياً الشروط الآتية:-

1- أن يكون حادثاً خارجياً؛ وتطبيقاً لذلك إذا دفع قطار سيارة معطلة على الخط الحديدي فصدمت هذه السيارة شخصين كانا يحاولان معاونة قائدها على الخروج من نطاق السكة الحديدية، فإن سائق السيارة يكون مسؤولاً عن هذا التصادم ولا يجوز له أن يتمسك بأن السبب الحقيقي للحادث كان هو فعل القطار الذي يعتبر بالنسبة له قوة القاهرة، وذلك لأن تعطل السيارة على الخط الحديدي جاء نتيجة

1588- أنظر: زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة- المصدر السابق- ص 84- هامش رقم (1).

2589- علي عبيد عودة الجيلاوي- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- 1977- ص 333.

3590- أنظر: منصور بن يونس البهوتي- كشف القناع عن متن الإقناع- مطبعة أنصار السنة المحمدية- 1948- ج 3- ص 1285.

خطأً منه إذ كان مسرعاً فاصطدم بسياح الخط وحطمه واستقر  
بسيارته على القضبان<sup>591</sup>.

2- يجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع: بحيث أن لا يكون في  
الإمكان توقع الحادث ويتسع عدم التوقع أن يكون الفعل الطارئ  
بطبيعته غير ممكن توقعه عقلاً فلا يعتبر قوة قاهرة ما كان يمكن توقعه  
من إجراءات تشريعية كتحريم التصدير لسلعة ولا ما يصح في حدود  
المألوف وقوعه كالمطر في فصل الشتاء، وإنما يعتبر قوة قاهرة (أو  
حادثاً مفاجئاً) ما لا يمكن في حدود المألوف توقعه كالفيضان الشاذ في  
نهر معد للملاحة<sup>592</sup>، ويقول الدكتور سليمان مرقس (يجب أن لا يفهم  
من ذلك أن كل ما يمكن توقعه يتوفر فيه الاسناد المانع من اعتبار  
الحادث سبباً أجنبياً، ولو لم يكن هناك أي واجب يفرض على المدعى  
عليه ذلك التوقع الممكن إذ أن المرء غير مطالب بكل ما في وسعه بل  
للواجبات والتكاليف حدود لا يجوز تخطيها، فلا يسأل المرء إلا عما كان  
يجب عليه توقعه ويقاس واجب التوقع بالمعيار الموضوعي<sup>593</sup>.. في حين  
يرى الدكتور السنهوري أنه يجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع  
لا من جانب المدعى عليه فحسب بل من جانب أشد الناس يقظة  
وبصراً بالأمور.. فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي بل هو معيار لا يكتفي  
فيه بالشخص العادي، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً لا  
نسبياً<sup>594</sup>.

1591- باريس (18) ابريل 1955- دالوز سيرى 1956- 354- مشار إليه في  
رسالة د. محمد لبيب شنب- المسؤولية عن الأشياء- ص 234.  
2592- د. حسين عامر- المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 360- نبذة  
377.

3593- أنظر: د. سليمان مرقس- الأحكام العامة- ص 489. مشار إليه في  
رسالة د. أياد عبد الجبار ملوكي- المسؤولية عن الأشياء - المصدر  
السابق- ص 231- 232.

4594- السنهوري- الوسيط- ج 1- ص 996.

3- أن يكون الحادث غير ممكن مقاومته أو دفعه: ويتحقق هذا في الواقعة التي يعجز الشخص عن دفعها بحيث لا يستطيع أن يفعل أمامها شيئاً<sup>595</sup>، وبميز الاستاذ (رادوان) بين إمكان الدفع وإمكان التلافي فالأول يعني منع حدوث الواقعة، في حين أن الثاني يعني قهرها والتغلب على آثارها إذا ما تحققت وهو ما يذهب إليه الاستاذ سليمان مرقس حيث يقول: ((يلاحظ أن عدم إمكان تلافي الحادث غير عدم إمكان درء نتائجه ذلك أن الوصف الأول يتعلق بنشوء الحادث، ويقصد به عدم إمكان تفادي حصوله ويدخل في ركن انتفاء الاسناد في حين أن الثاني يتعلق بنتيجة الحادث بعد وقوعه ويقصد به استحالة التغلب على نتيجته، وإن كثيراً من الفقهاء لا يلتفتون إلى هذا الفرق ويعتبرون عدم إمكان تلافي وقوع الحادث وعدم إمكان التغلب على نتائجه بعد وقوعه أمراً واحداً<sup>596</sup>، وتجدر الإشارة إلى أن السبب الأجنبي لا ينحصر في القوة القاهرة والحادث الفجائي، وخطأ الغير وخطأ المضرور بل توجد صور أخرى للسبب الأجنبي فإسقاط الجنسية العراقية عن العراقي اعتبر في نظر محكمة التمييز سبباً أجنبياً يدفع به المسؤولية المدنية<sup>597</sup>.

---

1595- حسين عامر- المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 1232.  
 2596- أنظر: رادوان- الحادث الفجائي والقوة القاهرة- رسالة من باريس- 1920- ص 137- مشار إليه في رسالة د. إبراهيم الدسوقي- المصدر السابق- ص 316- كذلك د. سليمان مرقس- الأحكام العامة- ص 484- هامش رقم (2).  
 3597- أنظر: د. عبد المجيد الحكيم مع الاستاذ عبد الباقي البكري مع الاستاذ محمد طه البشير- الوجيز في نظرية الالتزام- الجزء الأول- مصادر الالتزام- 1980- مطبعة السنهوري- ص 170- هامش رقم (1).

## المطلب الثالث

### خطأ الغير

يخضع إثبات السبب الأجنبي للقواعد العامة في الإثبات وعلى ذلك فإن المدعى عليه هو الذي يقع عليه عبء اثبات الواقعة المكونة للسبب الأجنبي ذلك أن على المدعي أن يثبت أركان المسؤولية جميعها فإذا ما قام بذلك تحققت مسؤولية المدعى عليه الذي يقع عليه عبء إثبات السبب الذي يدفع به مسؤوليته<sup>598</sup>، ومن جانب آخر فإن المدعى عليه إذا ما تمكن من اثبات إحدى صور السبب الأجنبي فإنه يدفع بهذه الصورة مسؤوليته عن إصلاح الضرر ومن ثم هدم مشروع كونه محدث الضرر جملةً وتفصيلاً، فإذا ما استطاع المدعى عليه اثبات أن الضرر عائد للغير كأن يكون فرداً أو جماعة فإنه لا يكون ملماً في حالة كون الضرر عائداً إلى الغير كله وليس بعضه ولا شريكاً في الضرر سوى الغير، فإسهام المدعى عليه في الضرر مع الغير بحث آخر يجعله شريكاً مسؤولاً عن الضرر ومن ثمة يلزم بتعويض يعادل الضرر ولكن إذا ما افترضنا أن المدعى عليه دفع في ساحة المحكمة مسؤوليته بتقديم الدليل على أن مصدر الضرر هو الغير، وأنه غير مساهم في ذلك الضرر.. فإن ذلك يؤدي إلى أن تصبح المسؤولية غير ذات محل وعديمة الجدوى، على أن اثبات المدعى عليه لفعل الغير يجب أن يكون محدداً لا تجهيل فيه ولا إبهام<sup>599</sup>، وإلا لا يجد آذاناً صاغية لدفعه وتأسيساً على ذلك فقد رفضت محكمة النقض المصرية دفع وزارة الدفاع مسؤوليتها عن حادث سقوط طائرة قائلة: (..... ذلك أنه وإن جاز لحارس الأشياء أو الآلات الميكانيكية في حكم المادة (178) مدني، نفي مسؤوليته المفترضة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر

1598- د. أياد عبد الجبار ملوكي- المسؤولية عن الأشياء - المصدر السابق- ص 233- ف 185.

2599- د. أياد عبد الجبار ملوكي- المسؤولية عن الأشياء - المصدر السابق- ص 233-234.

بإثبات أن ما وقع كلن بسبب أجنبي لا يد له فيه، إلا أنه يشترط أن يكون السبب الذي يسوقه لدفع مسؤوليته محددًا لا تجهيل فيه ولا إبهام سواء أكان ممثلًا في قوة قاهرة أم حادث فجائي أم خطأ المصاب أم خطأ الغير<sup>600</sup>، ويتبين من هذا القرار أنه اشترط في السبب (سواء كان خطأ الغير أو خطأ المتضرر أو قوة قاهرة أو حادثًا فجائيًا) أن يكون واضحًا، إلا أنه يضاف إلى هذا الشرط الإثبات فلا يكفي فعل الغير أو خطأ المضرور في إبراء حارس الأشياء من القرينة المفروضة عليه، وكفي يبرهن على عكس ذلك يجب عليه إثبات الآتي:-

1- بأن الضرر الذي لم يكن يتوقعه أو يتجنبه، أما إذا كان الخطأ غير مقصود على الغير فإن مسؤولية الحارس تبقى في مجملها إزاء المضرور وكون أن الغير مسؤول معه بالتضامن أما إذا كان الخطأ غير مقصود على المضرور فإن مسؤولية الحارس تبقى جزئية.

2- بأن فعل الغير أو المضرور كان غير متوقع ولا يمكن الفرار منه (أي حتمي) وأنه يظهر بشكل قطعي سمات القوة القاهرة الحقيقية<sup>601</sup> وتحديد فعل الغير يعتمد على تحديد مفهوم الغير حتى يمكن القول بوجود سبب أجنبي من عدمه فالغير هو الشخص الذي لا يسأل عنه المدين تعاقدياً<sup>602</sup>، والتعبير بالغير في هذا الصدد..إنما ينصرف إلى كل من عدا المضرور والمدعى عليه مع ما تجب الإشارة إليه في هذا السياق من أن الاشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه مدنياً لا يعتبرون من الغير كما لو تسبب في الضرر تابع للمدعى عليه فإن

1600- نقض مدني مصري- 25 مارس 1965- مجموعة أحكام النقض- س 16 ع 1- ف 62- مشار إليه في رسالة د. أياد عبد الجبار ملوكي- ص 234- هامش رقم (1).

2601- أنظر: COLIN et CAPITANT - Traite de droit civil- tom 11- Paris- 1959- P6 77- N 1190.

3602- د. أحمد حشمت أبو شيت- نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد- الكتاب الأول- مصادر الالتزام- مطبعة مصر- 1954- ط 2- ص 337.

مسؤولية هذا الأخير قائمة بهذا الاعتبار ولا يعتبر كذلك من الغير في النطاق التعاقدى نائب المتعاقد ولا من عهد إليه بتنفيذ العقد<sup>603</sup>، ولم يشترط القانون المدني العراقي توفر صفة الخطأ التقصيرية في فعل الغير، فبمجرد أن يصدر فعلاً من الغير توافرت فيه شروط السبب الأجنبي فإنه يكفي لانقضاء الالتزام بعكس ما اشترطه بالنسبة لخطأ المتضرر<sup>604</sup>، في حين نجد المشرع المصري اشترط توافر صفة الخطأ في فعل الغير<sup>605</sup>، ولكن فعل الغير الخالي من الخطأ قد يعتبر من قبيل الحوادث المفاجئة والقوى القاهرة ويؤدي هذا إلى أعفاء المدعى عليه<sup>606</sup>، ويبدو أن خطأ الغير مثل خطأ المتضرر من شأنه أن يؤدي إلى زوال التبعة المدنية، وهذا الخطأ يجب أن يصدر عن شخص لا أن يكون نتيجة عوامل طبيعية وليس من الضروري أن يكون الشخص معروفاً بل يكفي أن يثبت أن الضرر قد حصل بفعل، فالعوامل الطبيعية لا يمكن أن تشكل إذن فعل الغير المنصوص عليه قانوناً<sup>607</sup>، ونعود للإمعان في نص المشرع المدني العراقي إذ جاء في المادة (211) منه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لايد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)، ولا يوجد مبرر لذكر عبارة (فعل الغير) والظاهر أن أداة التخيير (أو) جاءت بعدة معانٍ فالأولى للتخيير والمساواة في الحكم بين الآفة السماوية والحادث الفجائي أما أداة (أو) الثانية فجاءت على المعنى

1603- حسين عامر- المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 383- نبذة 391.

2604- أنظر: د. محمد سليمان الأحمد مع هالة مقداد الخليلي- استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي- المصدر السابق- ص 136.

3605- أنظر: نص المادة (165) من القانون المدني المصري.

4606- د. محمد لبيب شنب- المسؤولية عن الأشياء- المصدر السابق- ص 249.

5607- أنظر: حبيب فارس نمور- الغش والتواطؤ- في القانون الفرنسي وفي القانون اللبناني- 1989- ص 15.

نفسه و الحكم نفسه فهي للدلالة على المساواة في الحكم بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة فكان على المشرع استعمال حرف العطف (و) بدلاً من (أو)، فيما أن معنى الآفة السماوية في الفقه الإسلامي يلتقي مع معنى القوة القاهرة من جهة والحادث الفجائي من جهة أخرى، فلا مبرر لتكرار معانٍ متشابهة المغزى والقصد.. أما أداة التخيير (أو) الثالثة فهي جاءت لتعداد طرق الخلاص من المسؤولية فكأنما المشرع العراقي يقول: [أن الشخص (ويقصد به الشخص الطبيعي والمعنوي) يستطيع دفع مسؤوليته المدنية بأثبات أن الحادث نتج عن آفة سماوية وحادث فجائي وقوة القاهرة أو يتمسك بخطأ الغير لدفع مسؤوليته فإن لم يجد فيتمسك بخطأ المتضرر ولو تمسك بجميع ما ذكر كان غير جديد بالمساءلة إطلاقاً]، فالأمثلة أو الصور جاءت على سبيل المثال وهي في واقعها ثلاثة وليست خمسة.

يلاحظ من خلال النص أن المشرع العراقي قد ذكر فعل الغير بدلاً من خطأ الغير وكان على المشرع أن يساوي بين ما يصدر من الغير أو من المضرور بين الفعل الخاطئ والفعل الذي لا خطأ فيه، إلا أن الفقه العراقي متفق<sup>608</sup> على أن الاختلاف في التعبير غير مقصود وأن الذي يعد بذاته سبباً أجنبياً هو خطأ الغير وليس فعله الذي لا خطأ فيه<sup>609</sup>، وإذا كان الأمر كذلك فلماذا أورد المشرع العراقي تعبير (فعل الغير) ليس من الأفضل إيراد تعبير خطأ الغير؟

وبشترط في فعل الغير ما يأتي:-

1608- أنظر: د. محمود سعد الدين الشريف- شرح القانون المدني العراقي- نظرية الالتزام- ج 1- مصادر الالتزام- مطبعة العاني- بغداد- 1966- ف 414. فريد فتیان- مصادر الالتزام- شرح مقارن على النصوص- مطبعة العاني- بغداد- 1957- ص 300.

2609- استاذنا المرحوم د. إبراهيم طه الفياض- مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق مع الإشارة للقانون المصري والفرنسي- دار النهضة العربية- القاهرة- 1973- ص 396- هامش رقم (2).

أولاً- أن يكون هذا الفعل خاطئاً؛ ولعل هذا الشرط يستفاد بصورة صريحة من نص المادة (165) من القانون المدني المصري حيث ذكرت هذه المادة خطأ الغير ولم تقل فعل الغير<sup>610</sup>، ويستفاد أيضاً هذا الشرط بصورة ضمنية من نص المادة (211) من القانون المدني العراقي حيث أن صدر المادة يشير إلى أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.....)، أي يجب اثبات اسناد المسؤولية المدنية لظرف أو حادث أو شخص غير المدعى عليه، والضرر موجود بدليل إشارة المادة (211) إلى ذلك (إذا أثبت الشخص أن الضرر.....) فالضرر واقع وعلاقة السببية موجودة فهو ما أن تكون علاقة بين الضرر والظرف أو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو فعل الغير أو لا تنتفي المسؤولية وذلك بوجود علاقة السببية بين الضرر وفعل المدعى عليه أي خطأه، فعلاقة السببية موجودة والمهم في نظام دفع المسؤولية هو درجة علاقة السببية عن الشخص المدعى عليه ودفعها إلى الحادث أو القوة القاهرة أو أي صورة أخرى من صور السبب الأجنبي، أما بخصوص الخطأ فهو أساس المسؤولية وعملية دفع المسؤولية تكمن صعوبتها في من يتحمل تبعه الخطأ الذي نتج عنه الضرر، أي نقول أن الضرر الموجود في المادة (211) لمن يعود؟ أيعود إلى القوة القاهرة والحادث الفجائي وخطأ الغير؟ وبذلك تندفع المسؤولية (ولا تنتفي) أو أن تقع تبعه الخطأ على المدعى عليه وهو المقصود بتعبير (الشخص) في المادة (211).

ثانياً- أن يكون خطأ الغير هو السبب المباشر للضرر، فيجب أن تتوافر رابطة السببية بين خطأ الغير وبين الضرر<sup>611</sup>، ويرى الدكتور سليمان مرقس أن هناك شرطاً ثالثاً متعلقاً بالغير، مفاده أن يكون الغير شخصاً

1610- د. محمد لبيب شنب- المسؤولية عن الأشياء- المصدر السابق- ص 251.

1611- د. سليمان مرقس- رسالته في دفع المسؤولية المدنية- ص 391.

معروفاً ومعيناً.. فإذا لم يكن هذا الغير معروفاً فلا يمكن الجزم بأنه أجنبي عن المدعى عليه وليس ممن يلزمه ضمانهم، فالغير الذي لم تعرف شخصيته ربما كان تابعاً له فإذا لم تعرف شخصية الغير فإن خطأه لا يعفي المدعى عليه من المسؤولية<sup>612</sup>.

وليس معنى ما تقدم أن المشرع المصري يشترط بشكل عام أن يكون فعل الغير موصوفاً بالخطأ إذ إنه قد تنازل في بعض نصوص القانون المدني عن هذا الشرط وكأنه ساير المشرع المدني العراقي على الرغم من أن الثاني قد جاء متأثراً بالقانون المدني المصري فقد نصت المادة (439) من القانون المدني المصري على مصطلح (فعل الغير) حيث نصت (يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الاجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه)، ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري نص على مصطلح (فعل الغير) فعلى الرغم من أن فعل الغير صورة من صور السبب الاجنبي التي يجوز للمدين التمسك بها لدفع المسؤولية عن نفسه، فإننا نلاحظ أن البائع مسؤول اتجاه المشتري بضمان التعرض والانتفاع بالمبيع كله أو بعضه وسواء كان هذا التعرض بفعله أو بفعل الغير، ويبقى ملزماً بالضمان ولو ثبت الغير صفة بعد البيع إذا كان الحق قد آل إليه من البائع نفسه<sup>613</sup>، وفي إطار المقارنة بين موقف القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي من (خطأ الغير) نجد أن المشرع العراقي أورد مصطلح (فعل الغير) باعتباره سبباً أجنبياً معفياً للمدعى عليه من المسؤولية

2612- أنظر: د. محمد لبيب شنب- المسؤولية عن الأشياء- المصدر السابق- ص 252.

1613- أنظر: زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة- 2002- جامعة النهرين- كلية الحقوق- ص 244.

التقصيرية إلا أنه لم يستخدم مصطلح (خطأ الغير) - كما ذكرنا- الذي استخدمه المشرع المصري، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن المشرع العراقي كان عليه أن يساوي بين ما يصدر من الغير مع ما يصدر من المتضرر حيث استعمل المشرع في المادة (211) من القانون المدني خطأ المتضرر وليس فعله وبذلك استبعد الفعل الذي لا خطأ فيه ولذلك فإن المساواة تقتضي استعمال خطأ الغير بدلاً من فعله لكي يستبعد فعل الغير الذي لا خطأ فيه<sup>614</sup> ونقول في هذا الشأن أن الأولى بوضعي القانون المدني العراقي أن يستعملوا تعبير (خطأ الغير) بدلاً من فعل الغير ومثال (فعل الغير) الذي يعتبر سبباً أجنبياً يقطع علاقة السببية فيعفي من المسؤولية ما إذا لم يرضئ (سائق السيارة مصابيح سيارته وهو يسير بها ليلاً، ثم جاءت سيارة أخرى من الخلف يسوقها شخص ثمل فصدمت السيارة الأولى من الوراء فأدى ذلك إلى أن تدعس هذه السيارة شخصاً فتحدث له ضرراً في هذا المثال ارتكب سائق السيارة الأولى خطأ بعدم إضاءته مصابيح سيارته وهذا الخطأ يوجب مسؤوليته إذا نشأ عنه ضرر للغير ولكن سائق السيارة الأولى، وهو الذي أدى إلى حدوث الضرر في هذه الحالة لا يلزم سائق السيارة الأولى بالتعويض بل يلزم به سائق السيارة الثانية لأنه هو المسؤول عن وقوع الحادث))<sup>615</sup>، وإذا كان الأجر القول في المادة (211) بـ(خطأ الغير) بدلاً من فعل الغير فإننا لا نجد صواباً ما ذهب إليه الاستاذ (مصطفى أحمد الزرقاء) من أنه لا يهتم في انتفاء مسؤولية المدعى عليه أن يكون فعل الغير خاطئاً أم غير خاطئ<sup>616</sup>،

2614- زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 246.

1615- د. عبد المجيد الحكيم- الموجز في شرح القانون المدني العراقي- ج 1- مصادر الالتزام- ط 3- شركة الطبع والنشر الأهلية- بغداد- 1969- ص 543-544.

2616- مصطفى أحمد الزرقاء- الفعل الضار- ط 1- دار القلم- دمشق- 1988- ص 111.

ذلك أن هيكل المسؤولية المدنية يقوم على ركن الخطأ<sup>617</sup>. أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فلا يوجد نص يجيز دفع المسؤولية بفعل الغير إلا أن نص المادة (1147) كما أن نص المادة (1734) من القانون المدني الفرنسي يمكن الاستدلال بهما على جواز دفع المسؤولية المدنية عن المدعي عليه بفعل الغير<sup>618</sup>، على أن فعل الغير -المشار إليه بصورة ضمنية في مواد القانون المدني العراقي السابقة- يجب لكي يعتد به أن يكون خطأً ثابتاً أو مقروضاً فإن لم يكن كذلك فإنه لا يؤثر في مسؤولية المدعى عليه.. ويجب كذلك لكي يؤخذ فعل الغير بنظر الاعتبار في تحديد المسؤولية أن لا يكون هذا الغير من الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه لأنه لو كان كذلك لأصبح المدعى عليه في مركز المتبوع أو المكلف بالرقابة وعندئذ تتقرر مسؤوليته وإن كانت في هذا الفرض تقوم على أساس المسؤولية عن فعل الغير وليس على أساس المسؤولية عن الأعمال الشخصية<sup>619</sup>، ويلاحظ أن المشرع العراقي اتخذ موقف أفضل من موقف المشرع الفرنسي بخصوص ما يصدر من الغير حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة (420) من القانون المدني العراقي تعريفاً واضحاً لفعل الغير فنصت المادة (فعل الغير هو فعل لا يمكن توقعه ولا دفعه يصدر عن شخص أجنبي غير مكلف بتنفيذ التزام المدعى عليه أو ممارسة حق من حقوقه ولم يكن المدعى عليه مسؤولاً عنه بمقتضى نص أو اتفاق) وكل الذي قصده المشرع العراقي من الفقرة السالفة الذكر هو بيان

3617- أنظر: المادتان (1382-1383) من القانون المدني الفرنسي، كذلك أنظر:

mazeau et andre tunc- traite theori Que et prati Que fe La respon sabilite civile tom 1 N 368.

4618- زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 243.

5619- د. غني حسون طه- الوجيز في النظرية العامة للالتزام- الكتاب الأول- مصادر الالتزام- مطبعة المعارف- 1971- ص 475- نبذة 898.

قطبي المسألة وهما فعل الغير وعلاقته بالمدعى عليه وأراد المشرع قطع العلاقة بشتى صورها سواء أكانت تبعية أم أصولية (أي رابطة قرابة) بين كل من الغير والمدعى عليه، ولم يقصد واضعو المشرع عند ذكرهم لمصطلح (فعل الغير) استبعاد الفعل غير الخاطئ لأن تعريفه لفعل الغير في الفقرة الثالثة من المادة نفسها جاء شاملاً لفعل الغير خاطئاً كان أم غير خاطئ كما اشترطوا فيه أن يكون أجنبياً عن المدعى عليه<sup>620</sup>، وإذا ثبت أن فعل الغير هو الذي أدى إلى حدوث الضرر وكان الغير أجنبياً عن المدعى عليه فهنا تنتفي مسؤولية المدعى عليه ويعفى منها ويكون الغير هو المسؤول عن فعله إن كان خاطئاً وإذا لم يكن هناك فعل خاطيء من أي الجانبين فلا مسؤولية قبل أحد إذ يعتبر الحادث قوة قاهرة<sup>621</sup>، أي يجب أن يسند الفعل إلى شخص بالتعيين وإلا انصرف اسناده إلى المصادفة التي لا تعفي من المسؤولية إلا بتوافر القوة القاهرة<sup>622</sup>.

ويبدو من نص المادة (420) في فقرتها الثالثة أن واضعي المشروع قد اشترطوا في فعل الغير أن يكون فعلاً لا يمكن للمدعى عليه توقعه ولا دفعه وأن يكون الغير الذي صدر عنه الفعل الضار أجنبياً عن المدعى عليه وليس ممن يسأل عنهم الأخير ولم يشترطوا أن يكون فعل الغير هذا موصوفاً بالخطأ وبذلك يكون فعل الغير بموجب نص المادة (420) من المشروع سبباً أجنبياً معفياً للمدعى عليه من المسؤولية سواء كان فعلاً خاطئاً أم غير خاطئ وإذا كان القانون قد أخذ بخطأ الغير أو فعله باعتباره سبباً أجنبياً فإن الفقه منعقد اجماعه عليه<sup>623</sup>، وإذا ثبت أن سبب عدم التنفيذ راجع إلى فعل الغير فإن غالبية الفقه لا يتطلبون

1620- زينة كاظم حسون- أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية- المصدر السابق- ص 247.

2621- حسين عامر وعبد الرحيم عامر- المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية- دار المعارف- القاهرة- ط 2- 1979- ص 409.

3622- عبد الرشيد مأمون- علاقة السببية في المسؤولية المدنية- دار النهضة العربية- بدون سنة طبع- ص 87.

شرط تعيين شخصية الغير<sup>624</sup>، وإن كان هناك بعض من الفقه يرى ضرورة تعيين هذه الشخصية إذا ما كان فعل الغير لا خطأ فيه فيشترط في هذه الحالة أن يكون شخص الغير معيناً ومعلومًا حتى يتقبل من المدعى عليه دفعه وبالتالي إعفاؤه من المسؤولية والسبب في تطلب هذا التعيين أنه بدون أن يكون محددًا أو معيناً لا يمكن الحكم بأن فعل الغير يعتبر في ذاته سبباً أجنبياً، أما إذا كان فعل الغير ناتجاً عن خطأ فإنهم لا يشترطون تعيين شخص الغير<sup>625</sup> والرأي إلا وفق هو ما ذهب إليه غالبية الفقه من إنه لا يشترط تعيين شخصية الغير بدون تفرقة بين فعل الغير الخاطئ أو فعله الذي لا خطأ فيه فليس من الضروري أن يكون هذا الغير معروفاً فقد يقوم الاثبات بأن الحادث الذي وقع كان سببه شخصاً أجنبياً وقد استطاع الهروب دون أن تعرف هوية محدث الضرر سواء كان فعله هو نتيجة خطأ أو لا خطأ فيه كما أنه من جانب آخر ليس هناك الزام قانوني على المدعى عليه بالبحث عن هذا الغير كما أنه في حالة هروب هذا الغير أو عدم مواجهته للمدعى عليه يقوم هنا دليل في صالح المدعى عليه والواضح هنا هو أن الأمر المعول عليه هو فعل الغير ذاته فلا يهتم بعد ذلك إذا لم تعرف هويته مادام الدليل على أن الغير هو السبب في حدوث الضرر<sup>626</sup> وقد أجمع الفقه العراقي والمصري على أن فعل الغير الخاطيء إذا كان هو السبب الوحيد في

1623- أنظر: د. عبد المنعم البدر اوي- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري- ج 2- أحكام الالتزام - ص 420، كذلك عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي- المسؤولية المدنية في ضوء أحكام الفقه والقضاء- القاهرة- ص 248.

2624- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل- المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق- دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة- دار النهضة العربية- القاهرة- ص 308.

3625- د. سليمان مرقس- نظرية دفع المسؤولية المدنية- رسالة دكتوراه- 1922- ص 417- 419.

1626- انظر : حسين علي عبيد عودة الجيلاوي - أستحالة تنفيذ الألتزام العقدي بالسبب الأجنبي - دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والأنكليزي - جامعة بغداد - كلية القانون - 2001 - ص 79 .

أحداث الضرر كان الغير وحده هو المسؤول وأن لم يكن فعل الغير هذا خاطئاً فإنه يكون من قبيل القوة القاهرة فلا يكون هناك أحد مسؤولاً عنه أما إذا كان فعل الغير هو أحد الأسباب التي أدت إلى أحداث الضرر فيجب هنا أيضاً أن يكون فعل الغير خاطئاً فان لم يكن كذلك فلا أثر له على مسؤولية المدعى عليه ولكي تكون المسؤولية كاملة فلا بد أن يكون فعل الغير خطأ<sup>627</sup>.

مسألة أشتراك خطأ المدعى عليه مع خطأ الغير في أحداث الضرر: قد يشترك خطأ المسؤول وخطأ الغير في أحداث الضرر، بحيث أنه لولا أخذ الخطأين لما حصل الضرر، وتسمى هذه الحالة بحالة تعدد المسؤولين ويكون الجميع مسؤولين عن تعويض الضرر بالتضامن ويستطيع المضرور الرجوع على أي منهم بكل التعويض ويكون لمن دفع التعويض كاملاً أن يرجع على الباقيين كل بما يصيبه من التعويض ومثال أشتراك خطأ الغير وخطأ المسؤول في أحداث الضرر ما إذا سار سائق سيارة على الجهة اليسرى من الشارع مخالفاً بذلك أنظمة المرور، وهذا خطأ يقرر مسؤوليته الجنائية والمدنية وفي هذه الأثناء جاءت من الجهة الأخرى سيارة تسير بسرعة كبيرة مخالفة بذلك أنظمة المرور أيضاً ولأجل أن يتفادى سائق السيارة الأولى الاصطدام بالسيارة الثانية طلع على الرصيف وبطلوعه دعس شخصاً فأحدث له ضرراً، في هذا المثل أرتكب سائق السيارة الأولى خطأ بسيره على الجهة اليسرى من الشارع وأرتكب سائق السيارة الثانية أيضاً خطأ بسيره بسرعة كبيرة تتجاوز الحد الذي تسمح به أنظمة المرور والضرر الذي حدث لا يمكن عزوه إلى أحد الخطأين دون الآخر<sup>628</sup> وقد ذهب المشرع المصري إلى أنه إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا

2627- د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - ص 541 .

1628- د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - المصادر الألتزام - المصدر السابق - ص 544 .

متضامين في إلزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا في حالة قيام القاضي بتعيين نصيب كل منهم في التعويض<sup>629</sup>، ويلاحظ أن المشرع المصري قد أشرط التضامن أي اعتبر المسؤولين عن الفعل الضار متضامين مادام لم يكن في الوسع تعيين من أحدث الضرر من بين هؤلاء المسؤولين أو تحديد نية ما يكون قد ساهم كل منهم في أحداثه وفي هذه الحالة تكون القسمة سوية بينهم بقدر عدد الرؤوس وذلك لأستحالة تحديد قسط كل منهم في المسؤولية ما لم يقيم به الدليل على تفاوت التبعات<sup>630</sup> وذهب المشرع العراقي إلى ما ذهب إليه المشرع المصري أنه إذا تعدد المسؤولون عن العمل غير المشروع كانوا متضامين في إلزامهم بتعويض الضرر، وكذلك يرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامه التعدي الذي وقع من كل منهم وفي حالة ما إذا لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية في هذه الحالة يكون التوزيع بينهم بالتساوي أي لو كانوا متضامين<sup>631</sup> ويشترط في فعل الغير لكي يقطع علاقة السببية أن يكون مستغرقاً لخطأ المدعى عليه بأن يحرز أحدهم سلاحاً بدون ترخيص فيغافله آخر وبأخذه منه ويقتل به شخصاً ثالثاً فلا مسؤولية على المحرز لأن الغير قد ارتكب خطأ أستغرق خطأه فأنتفت بذلك السببية بين خطئه والضرر أو كما لو صدم الغير بسيارته عمداً سيارة المدعى عليه فأنقلبت وأصابه شخصاً آخر بضرر فلا يسأل المدعى عليه عن هذا الضرر لأن الغير قد ارتكب خطأ أكبر من خطئه فأنقطعت علاقة السببية بين خطئه والضرر<sup>632</sup> ويبقى الغير مسؤولاً تجاه المتضرر

2629- أنظر : المادة (169) من القانون المدني المصري .  
 3630- أنظر : حيدر علي مزهر النصر الله - معوقات المسؤولية المدنية الناتجة عن الضرر الجسدي - رسالة ماجستير - 2005 - ص 60 .  
 4631- لاحظ نص المادة (217) من القانون المدني العراقي .  
 1632- د. غني حسون طه - مصادر الإلتزام - المصدر السابق - ص 475-476 .

وله مقاضاته ولكن على أساس المسؤولية التقصيرية حتى لو كانت العلاقة بين المدعى عليه (المدين) والمضرور (الدائن) علاقة عقدية، لأن الغير هو شخص أجنبي تماماً عن العقد والذي أدى بفعله إلى استحالة تنفيذ المدين لالتزامه، وبترتب فعل الغير تستبعد مسؤولية المدين<sup>633</sup> ولا نقول أن خطأ الغير هو المنفذ الوحيد لدفع المسؤولية عن المدعى عليه في هذا المضمار، وإنما يمكن أن يساهم المدعى عليه في دفع مسؤوليته هو بالذات، فإنه بإمكانه أن يثبت - المدعى عليه - أنه لولا خطأ الغير لما وقع الضرر.

ولكن قد تواجه المدعى عليه بعض المشاكل، إذ عمله السالف الذكر قد لا ينفي عنه المسؤولية المدنية لما يتضمنه هذا من معنى مساهمته أحداث الضرر أي أنه أخل بواجبه في الرقابة والعناية، الأمر الذي أدى إلى صدور خطأ من الغير أدى إلى وقوع الضرر<sup>634</sup> ويجب لأنتفاء مسؤولية المدعى عليه أن يثبت أن خطأ الغير هو السبب الوحيد الذي أدى إلى وقوع الضرر، ولكن إذا أثبت المدعى عليه أن الضرر كان لابد أن يقع مهما حصل ولو بدون أي خطأ من جانبه فإن المسؤولية تنتفي بذلك أي أن المدعى عليه يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بكل ما يجب عليه فعله وأدعى بكل دقة واجب الرقابة الملقى على عاتقه، أو أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب<sup>635</sup>، إلا أن المدعى عليه قد يواجه صعوبة إذا ما كان الخطأ مفترضاً وأفتراضه لا يقبل أثبات العكس، حيث ذهب المشرع المصري إلى أن هنالك حالات من الخطأ المفترض الذي لا يقبل أثبات العكس كما في

2633- أنظر : د. محمد حسني عباس - العقد والأرادة المنفردة - مكتبة النهضة العربية - 1959 - القاهرة - ص 265 نبذة 239 ، وأنظر كذلك هاميش رقم (1) من الصفحة ذاتها.  
3634- أنظر :

Mazeud - Irait theorique et pratique de La responsabilite civile delictuelle et contractuelle tom-2-.

1635- أنظر : الفقرة الثانية من المادة 218 من القانون المدني العراقي .

مسؤولية حارس الحيوان فلا يعفي الحارس من المسؤولية حتى لو أثبت أنه قام بما يجب عليه من العناية في حراسة الحيوان ولكن المسؤولية تنتفي إذا أثبت السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه أي أن المسؤولية لا تنتفي عن حارس الحيوان إلا إذا أثبت السبب الأجنبي<sup>636</sup>، بقي أن نشير أن التضامن بين الغير والمدعى عليه مرجعه أحكام التضامن السلبي فهو لا يفترض، وينتهي هذا الألتزام بطريقتين :-  
**أولها طريق أنتهاء الألتزام بصورة جزئية:-** وهذا يتحقق - وفي ضوء المسؤولية التقصيرية - بوفاء الدين كله للمضور (الدائن) ومن ثم يرجع على المدعى عليه (المدين) الآخر أو أن ينقضي الألتزام تجاه أحد المدينين لسبب ما<sup>637</sup>.

**ثانيهما طريق أنتهاء الألتزام بصورة كلية:-** وهو عندما لا يجد المضور أمكانية أسناد الضرر إلى شخص معين بالذات<sup>638</sup>، ومصدر التضامن بين المسؤولين الذين شاركوا في أحداث الضرر هو القانون في المسؤولية التقصيرية<sup>639</sup> والعقد في المسؤولية العقدية.

### موقف الفقه الإسلامي من فعل الغير :-

<sup>636</sup>2- أنظر : المادة (176) من القانون المدني المصري .  
<sup>637</sup>3- د. عبد المجيد الحكيم مع الأستاذ البكري مع الأستاذ البشير - القانون المدني وأحكام الإلتزام - ج 2 - مطبعة وزارة التعليم العالي - 1980 - ص 210 - 211 ، كذلك أنظر المادة 321 من القانون المدني العراقي .  
<sup>638</sup>1- للتوسع في هذا الموضوع راجع د. محمد شكري سرور - مشكلة تعويض الضرر الذي سببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة .  
<sup>639</sup>2- أنظر نص المادة (186/2) من القانون المدني العراقي . التي تقول [إذا أجمع المباشر والمتسبب ضمن المتعد أو المتعمد منهما، فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان].

متى كان مصدر الهلاك فعل أجنبي أنتفت علاقة السببية بين الخطأ والضرر فلا يضمن المدين فإذا سرقت العارية من المستعير فلا يضمن لأن السرقة بفعل أجنبي ولا يد له فيها وإذا تعدى السلطان على الوديعة مهدداً المودع عنده بأذى لا يطيقه، لم يضمن المودع عنده تعدي السلطان إذ يعتبر هذا التعدي فعل الأجنبي، وإذا هلك الوديعة بفعل عدو مكابر، كان هذا فعل الأجنبي ولم يضمن المودع عنده ونورد نصوصاً في ما تقدم ((أستعار ثوباً من رجل ثم طلب المعير أن يرده فقال المستعير نعم هو ذا أدفعه إليك، ثم فرط في الدفع حتى مضى شهر فسرقت من المستعير قال أن كان المستعير عاجزاً عن الرد وقت الطلب لا ضمان عليه وأن كان قادراً على الرد فإن أظهر المعير السخط والكراهة في الأمسك ضمن المستعير وكذلك إذا لم يظهر السخط ولا الرضا لأن الرضا لا يثبت بالشك وأن صرح بالرضا لا يضمن<sup>640</sup> وجاء في رأي الحنفية عن هلاك المعقود عليه بفعل الأجنبي ما يأتي [وأن هلك المبيع بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه لأنه أتلّف مالاً مملوكاً لغيره بغير أذنه لا يد له عليه<sup>641</sup> وورد في مجمع الضمانات أنه [رجل أودع فامياً ثياباً فوضعها الفامي في حانوته وكان السلطان يأخذ الناس بمال في كل شهر جعله وظيفة عليهم فأخذ السلطان ثياب الوديعة من جهة الوظيفة ورهنها عند غيره فسرقت قالوا أن كان الفامي لا يقدر على منع السلطان من رفعها لا يضمن لأنه أمين، ويضمن المودع لأنه مرتهن الغاصب فيخير المالك أن شاء ضمن السلطان وأن شاء ضمن المرتهن<sup>642</sup>].

3640- أنظر : أبو محمد بن غانم البغدادي - مجمع الضمانات - ص 66 .  
 1641- أنظر : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - للسكاساني - ص 536 .  
 2642- أبو محمد بن غانم البغدادي - مجمع الضمانات - المصدر السابق - ص 74 .

## المطلب الرابع خطأ المضرور

من المعلوم في المسؤولية التقصيرية أن المضرور شخص غير الشخص الذي ارتكب الخطأ المؤدي إلى وقوع الضرر، ولكن ذلك لا يكون دائماً على هذا الحال، فقد يحدث في بعض الأحيان أن يرتكب شخص خطأ يؤدي إلى الأضرار به شخصياً مما يولد تقاطعاً مع المبدأ القانوني المستقر في معظم القوانين الحديثة المتضمن كل من سبب بخطئه ضرراً يلزم بتعويضه<sup>643</sup> لأن فاعل الضرر ليس بالغير وإنما المضرور نفسه ما يجعل منه شخصاً يجمع صفتين معاً فهو مضرور ومسؤول في الوقت نفسه وبالتالي يتعين عليه أن يتحمل ما أصيب به من ضرر وحده من دون الرجوع على غيره بالتعويض وعادة يتم تقديره في هذا المجال بالمعيار الموضوعي<sup>644</sup> أي بمدى الانحراف عن

1643- أنظر بهذا المفهوم المادة (204) من القانون المدني العراقي والمادة (163) من القانون المدني المصري والمادة (1382) من القانون المدني الفرنسي .

المسلك المألوف للرجل المعتاد في نفس ظروف المضرور الخارجية<sup>645</sup>، وخطأ المتضرر يعد من صور السبب الأجنبي تنتفي به علاقة السببية وبالتالي المسؤولية، فمن يندفع فجأة أمام سيارة تسير بالسرعة العادية يعد ذلك منه خطأ تنتفي به مسؤولية السائق وكذلك من يعبر الطريق وهو أصم لم يسمع آلة التنبيه التي أطلقت إليه من مسافة تسمح للشخص العادي بالابتعاد عن السيارة إلا أنه لم يفعل فدهمته السيارة فذلك يكون بخطأ المضرور لعدم أستعانتته بشخص سليم الحواس وذلك ما لم يثبت توفر خطأ المسؤول فنكون بصدد خطأ مشترك<sup>646</sup>، ولم يبرز خطأ المتضرر كسبب للأعفاء من المسؤولية المدنية في نص صريح ضمن نصوص القانون المدني الفرنسي، حيث أن القانون المذكور لم يذكر بنص صريح مصطلح (خطأ المضرور) (أو خطأ الدائن) من بين أسباب دفع المسؤولية المدنية بشقيها (العقدية والتقصيرية) محددًا لأسباب الأعفاء من تكون واردة على سبيل الحصر، إنما أكتفى في ذلك بتقدير القاعدة العامة التي تقضي بالأعفاء في حالة توافر السبب الأجنبي الذي قد يتمثل في خطأ الدائن أو خطأ المتضرر وهذا ما تضمنته المادة (1147) من القانون المدني الفرنسي التي تعتبر القاعدة العامة لدفع المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي<sup>647</sup> غير أن المشرع الفرنسي أوجد عدة نصوص نصت على خطأ المتضرر أو خطأ الدائن كسبب لدفع المسؤولية المدنية في خارج نطاق القانون المدني كنص المادة (407) من قانون التجارة والمعدلة

2644- د. أياد عبد الجبار ملوكي - المسؤولية عن الأشياء - المصدر السابق - ص 259 ف 205 .

3645- حسين عامر مع عبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - المصدر السابق - ص 356 .

1646- أنور طلبة - المطول في شرح القانون المدني - ج 3 - 2004 - ط 1 - المكتب الجامعي الحديث - ص 387 .

2647- أنظر المواد: (215) من القانون المدني المصري والمادة (168) من القانون المدني العراقي والمادة (176) من القانون المدني الجزائري والمادة (216) من القانون المدني السوري .

بتشريع 15/ يوليو / 1915 بخصوص تصادم السفن والمادة (103) التي تعفي أمين النقل من المسؤولية المترتبة عن الأضرار الناتجة من وجود عيب في كيان الشيء الذي تعهد بنقله وأعتبر هذا العيب المقياس الذي قاس عليه القضاء باقي الأسباب الأخرى للأعفاء ومنها الأعفاء في حالة خطأ مرسل البضاعة الأمر الذي أدى إلى في النهاية إلى تطبيق هذا المقياس على كل خطأ يقع من أي دائن<sup>648</sup> كذلك أقرت المادة (20) بفقرتها (1-2) من قانون حوادث العمل الصادر سنة 1898 مسؤولية رب العمل حيث ترتفع كلها أو بعضها إذا كان وقوع الحادث بسبب خطأ عمد أو خطأ جسيم من جهة العامل المصاب<sup>649</sup>، يتبين لنا مما سبق أن القانون المدني الفرنسي لم يذكر خطأ المتضرر كسبب من أسباب دفع المسؤولية المدنية، ولا يعني ذلك تمسكه بالقاعدة الرومانية وإنما أكتفى بالمبدأ العام لرفع المسؤولية الذي وضعته المادة (1147) من القانون المدني الفرنسي فلم يضع القانون المدني تعداداً محدداً لأسباب الأعفاء من المسؤولية المدنية على سبيل الحصر وإنما أكتفى بالقاعدة العامة المعروفة سابقاً في المادة (1147) التي تقضي بالأعفاء من المسؤولية في حالة توافر السبب الأجنبي الذي قد يتمثل في فصل المصاب ومن المعلوم أن خطأ الدائن في المسؤولية العقدية يقابل خطأ المتضرر في المسؤولية التقصيرية وكلاهما سبب أجنبي ينفي الرابطة السببية بين الخطأ والضرر<sup>650</sup> ففي المسؤولية العقدية قد يكون خطأ الدائن شخصياً كما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد فأمتنع البائع عن التسليم فليس للمشتري أن يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب

---

3648- د. إبراهيم الدسوقي - الأعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات - رسالة دكتوراه - المصدر السابق - ص 228 .

1649- د. عبد السلام التونجي - المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي 1966 ص 314 .

2650- زينة كاظم حسون الهاشمي - أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية - المصدر السابق - ص 171-172 .

تأخر البائع عن التسليم فإن عدم قيام البائع بتنفيذ التزامه يرجع لخطأ المشتري في عدم دفع الثمن وقد يكون خطأ الدائن راجعاً إلى تقصير أرتكبه أحد أتباعه فيحمل هو مسؤوليته كما إذا عهد إلى خادم له في أستلام ما تعهد المدين بتسليمه فتأخر الخادم عن الذهاب في الميعاد وتسبب عن ذلك تأخر المدين في التسليم ففي هذه الحالة لا يكون المدين مسؤولاً عن هذا التأخر لأنه وقع بسبب خطأ تابع للدائن<sup>651</sup> أما في إطار المسؤولية التقصيرية فقد نصت المادة (165) من القانون المدني المصري - وكذلك المادة 211 من القانون المدني العراقي - على ما يأتي [... أو خطأ من المضرور ....] وقد ذكر المشرع المصري صور السبب الأجنبي على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ومن هذه الصور خطأ المضرور ويمكننا الأستدلال بنص المادة (165) في أثبات أعراف هذا القانون بخطأ الدائن بأعتبره سبباً من أسباب دفع المسؤولية العقدية وذلك من خلال ما تضمنته هذه المادة من جواز دفع المسؤولية التقصيرية بخطأ المضرور ووجه الأستدلال يتمثل في أن المضرور في نطاق المسؤولية التقصيرية يقابل الدائن في نطاق المسؤولية العقدية وعلى هذا فقد نصت المادة (215) من القانون نفسه على ما يأتي [إذا أستحال على المدين أن ينفذ الألتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بألتزامه ما لم يثبت أن أستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ ألتزامه]<sup>652</sup> ويتبين من نص المادتين (165 و 216) ومن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أن المشرع المصري عبر عن فعل المضرور بخطأ المضرور وأعتبره سبباً من

3651- عبد الرزاق أحمد السنهوري - شرح قانون المدني العراقي - النظرية العامة للألتزامات - نظرية العقد - ج 2 - ط 2 - منشورات الحلبي الحقوقية - مصر - 1998 - ص 961 .  
 1652- أنظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء الثاني - ص 548 - 549 - 550 - 551 .

الأسباب الأجنبية يترتب على تدخله في أحداث الضرر نفي مسؤولية المدعى عليه في حالة أستغراق خطأ المضرور (الدائن) لفعل المدعى عليه (المدين)<sup>653</sup> ويعتبر المضرور مخطئاً إذا كان قد قصر فيما يجب عليه من الحيطة والتبصر إذا لم يبذل كل ما في وسعه لتلافي حصول الضرر بعد أن شعر بقرب وقوعه، أو قصر أن يصيبه ضرر من فعل غيره أو عرض نفسه للخطر<sup>654</sup> على أنه لا يجوز افتراض الخطأ في جانب المضرور، لأن قرائن المسؤولية إنما جعلت لصالح المصابين (المضرورين) لتخفيف عبء الأثبات عليهم لا للتشديد في معاملتهم مما قد يؤدي إلى حرمانهم من كل التعويض أو بعضه<sup>655</sup> وهكذا يقع على عاتق المدعى عليه أثبات خطأ المضرور<sup>656</sup>، ويتم تقدير خطأ المضرور بالمعيار الموضوعي فيقاس سلوكه بسلوك الرجل العادي<sup>657</sup> أما ما يصدر من الصغير، والمجنون فإنه وأن كان بسبب عدم تمييزه لا يكفي لجعله مسؤولاً قبل الغير إلا أنه على كل حال لا يخرج عن كونه فعلاً مادياً يجب أن يؤخذ في الاعتبار، إذا رفعت دعوى التعويض بأسم الصغير من ولي أمره ضد من تسبب في وقوع الحادث الذي أصيب فيه ما لم يثبت أنه كان في الأماكن تلافية الحادث رغم ما وقع من خطأ من جانب الصغير<sup>658</sup> ويعتبر خطأ المضرور بذاته سبباً أجنبياً فلا

2653- زينة كاظم حسون الهاشمي - أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية - المصدر السابق - ص 173.

1654- د. سليمان مرقس - نظرية دفع المسؤولية المدنية - رسالة دكتوراه - ص 293 مشار إليها في رسالة د. أياد عبد الجبار ملوكي - المسؤولية عن الأشياء - ص 258 .

2655- أنظر : مازو - المسؤولية المدنية - ج 2 - ف 1528 مشار إليه في رسالة د. أياد عبد الجبار ملوكي - المسؤولية عن الأشياء ص 258 .

3656- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل - الأعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات - المصدر السابق - ص 230 .

4657- أنظر : مازو - المسؤولية المدنية - ج 2 - ط 5 - ف 1467، كذلك د. ثروت أنيس الأسيوطي - مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن - المصدر السابق - ص 511 .

5658- د. أحمد حشمت أبو ستيت - مصادر الألتزام - ص 445 .

يشترط أن تتوافر فيه شروط القوة القاهرة والحادث الفجائي فمتى ثبت خطأ المضرور أعتبر أنه السبب الوحيد لحصول الضرر وترتب على ذلك تحقق شرط عدم الأسناد إلى المسؤول أو المدعى عليه بالإضافة إلى توفر شرط السببية بين خطأ المضرور والضرر، وبذلك يعتبر خطأ المضرور سبباً أجنبياً قائماً بذاته<sup>659</sup>، إن خطأ المضرور يثير الأهتمام حيث أنه مخالف للفرض العادي، أن يقضي الفرض العادي أن الشخص الذي أصابه الضرر غير الشخص الذي وقع منه الخطأ، ولكنه يحدث أحياناً أن يكون المضرور والمخطيء شخصاً واحداً بأن يرتكب شخص خطأ يؤدي إلى الأضرار به شخصياً وفي هذا الفرض أيضاً تنطبق القاعدة المتقدمة، وأن كانت نتيجتها لا تبدو في صورة تعويض يدفعه فرد إلى آخر وإنما يستطيع الرجوع على شخص آخر للمطالبة بتعويضه<sup>660</sup> ولا يلجأ القاضي إلى تطبيق قواعد أخرى في المسؤولية إلا إذا لم يثبت له خطأ ما فما دام توافرت شروط المسؤولية العادية فلا حاجة إلى قواعد مسؤولية أخرى<sup>661</sup> وعلى ذلك فإذا ثبت ان المضرور قد ارتكب خطأ وتبين أن هذا الخطأ هو الذي أدى إلى وقوع الضرر الذي أصابه فإنه لا يكون هناك محل لمساءلة المدعى عليه<sup>662</sup> ذلك لأنه لا يسمح للمضرور أن يرجع على أحد بتعويض ما حدث له من ضرر بخطئه، وهذا ما أراده المشرع المصري في نص المادة (165) السالفة الذكر أي أنه إذا لم توجد رابطة السببية بين التقصير والضرر فلا يكون من وقع منه التقصير مسؤولاً وفي هذا يثور الخلاف إذ متى تقوم رابطة السببية ومتى تنقضي؟ وبمعنى آخر يجب معرفة الحد الذي عنده يعتبر ما صدر عن المضرور - معاوناً في حدوث الضرر -

1659- د. محمد لبيب شنب - المسؤولية عن الأشياء - رسالة دكتوراه - المصدر السابق - ص 247 .

2660- د. محمد لبيب شنب - المسؤولية عن الأشياء - ص 238 .

3661- أنظر في هذا المعنى : د. محمد لبيب شنب - المسؤولية عن الأشياء - ص 239 .

4662- د. محمد لبيب شنب - المسؤولية عن الأشياء - الصفحة السابقة .

نافياً للمسؤولية، وأن المادة المذكورة سلفاً قد أشارت إلى خطأ من المضرور أي اشتراط أن يكون ثمن خطأ فيما صدر عنه من عمل إيجابي أو سلبي<sup>663</sup>.

ولو أنتقلنا إلى القانون المدني العراقي سنجد أن المشرع العراقي عالج خطأ المتضرر بشكل شامل وذلك من خلال تناول موضوع السبب الأجنبي وتأثيره على المسؤولية المدنية وخطأ المتضرر يعتبر صورة من صور السبب الأجنبي الذي له أثره في نطاق المسؤولية المدنية كما هو الحال بالنسبة إلى الصور الأخرى التي أشارت إليها المادة (211) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أنه [إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك] ويمكن للمدعى عليه الاستفادة من هذا النص ولكن ذلك مرهون بتوافر شرط اساسي ألا وهو استغراق خطأ المتضرر لخطأ المدعى عليه وفي نطاق المسؤولية العقدية فإن المسؤول يكون محمياً بنص المادة (210) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه [يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في أحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوى مركز المدين ويبدو أن المشرع العراقي أورد ذكر مصطلح (خطأ المتضرر) كصورة من صور السبب الأجنبي من خلال المادة (211) ولكن المادة (211) عالجت خطأ المتضرر من خلال جسامته وتأثيره في وقوع الضرر، وبما أن المادة (211) قد نصت على أن المدعى عليه (غير ملزم بالضمان) بعد أثباته أن حدوث الضرر وقع نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه كخطأ المتضرر بمعنى أن خطأ المتضرر هو السبب الوحيد في وقوع الضرر أو استغرق خطأ المدعى عليه وفي هذه الحالة فإن القاضي سيكون

5663- حسين عامر - المسؤولية المدنية - ص 333 - 334 - 335 .

ملزماً بعدم تحميل المدعى عليه أية مسؤولية بينما جعلت المادة ( 210) المسألة جوازية حتى إذا كان خطأ المتضرر يبلغ من الجسامة بحيث لا يستحق معه التعويض وترك مسألة التعويض إلى السلطة التقديرية للمحكمة المختصة.

أما مشروع القانون المدني العراقي فقد نصت المادة (420) في فقرتها الأولى على ما يأتي [إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة أو خطأ المتضرر أو فعل الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك].

ويتضح لنا أن واضعي المشروع لم يخرجوا عن نهج المشرع العراقي في القانون المدني النافذ وخاصة فيما يتعلق بخطأ المتضرر وصور السبب الأجنبي الأخرى ولكن يلاحظ على هذه المادة أن واضعي المشروع قد عرفوا القوة القاهرة وفعل الغير في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (420) دون تخصيص فقرة رابعة لتعريف خطأ المتضرر على الرغم من إيراده كصورة من صور السبب الأجنبي<sup>664</sup>، ويلاحظ أن المشرع العراقي قد خالف المشرع الأردني فقط في إيراده مصطلح (خطأ المتضرر) في نص المادة (211) من القانون المدني العراقي، في حين أن المشرع الأردني أستعمل مصطلح (فعل المتضرر)، ويبدو ذلك سببه أن المشرع العراقي قد تأثر بالمشرع المصري في مادته (165) التي ذكرت مصطلح (خطأ المتضرر)<sup>665</sup> وأن المسألة لا غموض فيها إذا كان خطأ المتضرر قد أستغرق خطأ المسؤول، وهذا يكون عند أدعاء المتضرر أن المسؤول قد أشترك معه في أحداث الضرر إلا أنه لا مناص من تحميل المتضرر المسؤولية، وإذا

1664- أنظر في كل ما تقدم : زينة كاظم حسون - أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية - رسالة ماجستير - 2002 - ص 174-175 .

2665- أنظر : زينة كاظم حسون - أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية - ص 175 - وأنظر أيضاً هامش رقم (1) .

ما أستغرق خطأ المتضرر خطأ المسؤول، أنقطعت العلاقة السببية بين خطأ هذا الأخير وبين الضرر وأنتفت مسؤوليته ولا يلزم بتعويض الضرر، مثال ذلك ما إذا كان شخص يقود سيارة بسرعة كبيرة تتجاوز ما تسمح به أنظمة المرور وهذه مخالفة تكون خطأ يوجب مسؤولية السائق، وجاء شخص وألقى بنفسه تحت عجلات السيارة قاصداً الأنتحار فالمتضرر هنا يكون قد ارتكب خطأ أستغرق خطأ السائق فالضرر الذي يحدث لهذا الشخص لم يكن نتيجة خطأ السائق، بل نتيجة خطئه هو، وعليه تنعدم رابطة السببية بين خطأ السائق والضرر، فلا تتقرر مسؤوليته فلا يستطيع المتضرر إذا بقي حياً ولا ورثته إذا مات المطالبة بتعويض عن الضرر الذي حدث<sup>66</sup> والسبب في المثال السابق الذي من خلاله حرم المتضرر من التعويض هو سلوكه الخاطيء، وأن الأمر لا يقتصر على نطاق القانون المدني، بل أن فكرة حرمان المتضرر من التعويض نتيجة سلوكه الخاطيء تتسع لتشمل القوانين الأخرى المتفرعة من القانون المدني، فعند توجيه النظر إلى نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل نجد أن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية قد طبق فكرة حرمان المضرور من التعويض لخطئه وذلك في المادة (41) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، إذ جاء في هذه المادة في فقرتها (4-ب) [إذا تم التفريق بعد الدخول، يسقط المهر المؤجل إذا كان التقصير من جانب الزوجة، سواء كانت مدعية أو مدعى عليها فإذا كانت قد قبضت جميع المهر، تلزم برد ما لا يزيد على نصفه أما إذا ثبت أن التقصير واقع من الطرفين فيقسم المهر المؤجل بينهما بنسبة التقصير المنسوب لكل منهما] ويلاحظ على هذه الفقرة أن الزوجة وأن كانت

1666- د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - مصادر الألتزام - الطبعة الثالثة - شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد - 1969 - ص 545 .

متضررة لكونها مدعية كما ورد في أفترض المشرع في الفقرة المذكورة فأنها لا تستحق المهر بسبب صدور تقصير (خطأ) من جانب الزوجة، فيعتبر سلوك المشرع هنا، أمثالاً لمبدأ رفض تعويض المتضرر الذي أحدث هذا الضرر بنفسه، ونجد أن القضاء المدني قد ساير التشريع في حرمان المتضرر من التعويض، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن [الأصل أن خطأ المضرور لا يدفع مسؤولية المسؤول وإنما يخففها وأن كان ثمة خطأ مشترك بمعناه الصحيح ولا يعفي المسؤول استثناءً من هذا الأصل إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو العامل الأول في أحداث الضرر الذي أصابه وأنه بلغ من الجسامة درجة بحيث يستغرق خطأ المسؤول]<sup>667</sup> كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه [لا حق لورثة الزاني المقتول في المطالبة بأي تعويض مدني لأن القتل قد عرض نفسه بطوعه وأختياره لخطر القتل]<sup>668</sup> ويلاحظ أن القضاء العراقي قد أكد على شرط السببية في نفي مسؤولية المدعى عليه حيث جاء في قرار محكمة التمييز ما يلي [مسبب الضرر مسؤول عن الضرر الحقيقي الذي سببه للمتضرر ولا يسأل عن الضرر الذي كان نتيجة خطأ المضرور]<sup>669</sup> وجاء في حكم آخر لمحكمة التمييز العراقية ما يلي [لا يسأل المتهم عن الحادث الذي وقع بخطأ المجنى عليه وحده دون أن يساهم المتهم فيه]<sup>670</sup>.

1667- نقض جنائي 36/26 ، 15 / 1956 م / 7-7- 1-361 ، أحمد سمير أبو شادي - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في عشر سنوات ، يناير سنة 1956 م / 1966 ص 1889 .  
 2668- نقض في 3 / 5 / 1915 المجموعة الرسمية س 8 ، ع 7 ص 8 أورده مصطفى مرعي - المسؤولية المدنية - ص 119 .  
 3669- قرار رقم 419 / 254 / مدنية أولى 1972 بتاريخ 15 / 11 / 1972  
 النشرة القضائية العدد الرابع السنة الثالثة أيلول 1974 ص 67 .  
 4670- قرار رقم 375 تمييزية 1972 في 12 / 2 / 1973 النشرة القضائية العدد الأول ، السنة الرابعة 1973 ص 238 .

### الخطأ المشترك :-

إذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر بل أشرت معهما في أحداث الضرر فالمسؤولية تتوزع بين محدث الضرر والمتضرر فإذا أمكن تعيين مقدار جسامته كل من خطأ المسؤول وخطأ المتضرر حكم على المسؤول بنسبة جسامته خطئه<sup>671</sup>، وإذا كان قد ساهم المضرور مع المسؤول في وقوع الضرر فإنه يجب أن يكون ما صدر عن المضرور فعلاً خاطئاً لا مكان أعفاء المسؤول من المسؤولية وهذا طبقاً لما تقول به نظرية تكافؤ الأسباب من أن كل سبب تدخل في حدوث الضرر يعتبر متكافئاً مع غيره من الأسباب التي شاركت في ذلك ومن ناحية أخرى فإن هذا المضرور [ بما صدر عنه من فعل ساهم في حدوث الضرر له ويلزم المسؤول بالتعويض ] قد سبب ضرراً للمدعى عليه مما يوجب طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية أن يكون هذا الفعل خاطئاً ليتمكن مساءلته هو بدوره ما يتأدى في هذا السياق بتخفيف مسؤولية المدعى عليه وليس يعفي من المسؤولية ولا يخفف منها الفعل غير الخاطيء من جانب المضرور ولو كان هذا الفعل لم يكن متوقعاً أو لم تمكن مقاومته<sup>672</sup>، وبما أن الخطأ المشترك يعني مساهمة المدعى عليه في الضرر وأن الخطأ المشترك ينتهي بتحديد نسبة مساهمة كل من المضرور والمدعى عليه في التعويض فإن المسألة لا تصب في صالح المدعى عليه، لذا لا نطيل الكلام عن هذه المسألة ونشير إلى أمرين :-

### الأمر الأول :

1671- د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في مصادر الألتزام - المصدر السابق ص 547 .

2672- حسين عامر - المسؤولية المدنية - المصدر السابق - ص 335 - 336 .

بخصوص الجانب الفقهي : فأن بعض الكتاب لا يجدون صواباً في تسمية الخطأ الصادر من المضرور والمدعى عليه (بالخطأ المشترك) لأن ذلك المصطلح يشير إلى صدور خطئين مستقلين أحدهما صادر من المدعى عليه والآخر صادر من المضرور، ولعل هذا الرأي صائب لأن كلاً من المسؤول والمضرور في حالة الخطأ المشترك ارتكب خطأه بصورة مستقلة عن الآخر ثم ساهما بخطأيهما في أحداث الضرر فالمسؤولية تبعاً لذلك تكون مشتركة بين المضرور والمسؤول وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه [متى كان الحكم المطعون به أثبت أن الأصابات التي لحقت بالمطعون عليها كانت نتيجة مباشرة لخطأ عامل المصعد وأنه وأن كان ثمة خطأ مشترك بين عامل المصعد والمصابة إلا أن هذا الخطأ ليس من شأنه أن يمحو حق المصابة في التعويض، وأن كان يؤثر في تقدير المبلغ الذي يقضي لها به، فإن هذا الذي قدره الحكم هو تقدير موضوعي لا خطأ فيه<sup>673</sup>، وأن القاعدة في هذا الشأن، هي أن صفة المضرور بأعباره كذلك لا يمكن أن تقترن بها صفة المسؤول عن الخطأ إذ أن كلاً منهما تتعارض مع الأخرى، فالمضرور هو الدائن بحق التعويض في حين يكون المسؤول هو المدين الملتزم بالتعويض ولا يستساغ أن يكون الشخص مدينًا في مواجهة نفسه بحق معين فدين التعويض هو حق للمضرور وليس التزاماً في ذمته وعلى ذلك تستبعد صفة المضرور بالضرورة صفة المسؤول فحق المضرور في التعويض مستمر من كونه مضروراً وليس بوصفه مسؤولاً وبناءً عليه فإن المضرور الذي يتسبب جزئياً فيما أصابه من ضرر ومن الطبيعي أن يظل للمضرور الحق في رفع

1673- د. سعدون العامري - تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية - منشورات مركز البحوث القانونية - بغداد - 1981 - ص 179 .

دعواه بكل قيمة التعويض منقوصاً منه الجزء الذي يعادل الضرر الناجم عن خطئه<sup>674</sup>.

الأمر الثاني بخصوص الجانب القضائي :- ذلك أنه في حالة تعدد المسؤولين عن أحداث الضرر فالأصل أن لا يلجأ القاضي إلى توزيع المسؤولية على عدد الرؤوس إلا إذا تعذر عليه تحديد جسامه خطأ كل منهم وبضمنهم المضرور فإذا تمكن القاضي من تحديد جسامه خطئهم حكم على المدعى عليهم بالتعويض حسب جسامه خطئهم بعد خصم جزء يتناسب مع جسامه خطأ المضرور في أيقاع الضرر فالمسؤولية تتوزع بين المضرور والمدعى عليهم بكامل التعويض منقوصاً منه ما يجب أن يتحمله المضرور بسبب الخطأ الذي وقد فيه<sup>675</sup> والمثال التقليدي هنا هو أن تدهس سيارة مسرعة شخصاً في حالة سكر في أثناء عبور الشارع، فالأصل أن كلاً من الخطأين يعد سبباً متكافئاً أو منتجاً في أحداث الضرر ولذلك لا يتحمل المدعى عليه في دعوى التعويض كامل المسؤولية بل توزع بينه وبين المضرور على أساس جسامه كل خطأ إلا إذا تعذر على القاضي تحديد ذلك فيوزع المسؤولية بين المضرور والمدعى عليه أو المدعى عليهم بالتساوي أي على عدد الرؤوس<sup>676</sup>.

1674- أنظر : د. شوقي محمد عبد الرحمن - الألتزام التضامني للمسؤولين تقصيماً في مواجهة المضرور - المطبعة العربية الحديثة - القاهرة - 1980 - ف(33) ص(31).

2675- د. أدوارد غالي الذهبي - مشكلات القتل والأبذاء الخطأ طبعة 21 - الراعي للنشر - 1996 - ف 79 - ص 210 .

3676- محمد المنجي - دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية بصفة عامة - الطبعة الثانية - 1999 - ف 131 - ص 445 .

## المطلب الاول

### اهمال المضرور في حصوله على التعويض

سوف ندرس هذا الموضوع عبر النقاط التالية :-

**اولاً :- اثر الاثبات في دعوى المسؤولية المدنية .**

**ثانياً :- التأخر في حصول التعويض.**

**ثالثاً :- المعوقات القانونية لدعوى المسؤولية المدنية.**

**رابعاً - التقادم.**

وفيما يلي عرض هذه النقاط تباعاً :-

### **اولاً :- اثر الاثبات في دعوى المسؤولية المدنية :-**

ان اثبات الحق هو اقامة الدليل على وجوده او بمعنى آخر هو الوسيلة التي تستعمل لاقتناع القاضي بحقيقة الواقعة مصدر الحق وللاثبات اهمية بالغة ذلك ان الفرض اننا لا نعيش في مجتمع مثالي يقوم كل فرد فيه بالاعتراف بحقوق الآخرين حتى لا يكون للاثبات ضرورة كبيرة فمثل هذا المجتمع لا وجود له في حقيقة الامر، وواقع الحال ان تعارض المصالح قد ينزع بالنفس البشرية إلى انكار حقوق الآخرين مما يجعل صاحب الحق مجبراً على اثبات حقيقة ما يدعيه امام السلطة التي اناط بها المجتمع حماية الحقوق وهي السلطة القضائية وذلك حتى يستطيع حماية حقه ويقال تعبيراً عن اهمية الاثبات في حماية الحق بانه ستوي حق لا وجود له مع حق لا دليل عليه ذلك ان صاحب الحق ان لم يستطيع ان يقدم الدليل على حقه عندما ينازعه احد فيه كان

حقه والعدم سواء من الناحية العملية<sup>677</sup>، والاثبات بهذا المعنى له أهمية كبيرة من الناحية العملية في العلاقات القانونية لان الحق يفقد قيمته العملية اذا عجز صاحبه (المدعي) عند المنازعة ان يقيم الدليل على مصدر هذا الحق بل ان كثيراً من المتقاضيين يخسرون دعواهم ويفقدون بالتالي حقوقهم لانهم لم يستطيعوا تقديم الدليل الذي يتطلبه القانون لاثبات هذه الحقوق ولذلك قيل ان الحق اذا لم يقع عليه الدليل فانه يصبح عند المنازعة هو والعدم في منزلة واحدة وان الدليل هو الذي يحمي الحق ويجعله مفيداً<sup>678</sup>، وللدليل على ذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بانه : الحق يتجرد من قيمته ما لم يقع الدليل على الحادث المبدأ له قانونياً<sup>679</sup> ويرى فقهاء القانون ان الاصل في الدليل الإباحة<sup>680</sup>، بمعنى ان للشخص ان يثبت ما يدعيه بكل طرق الاثبات كما يحق للقاضي ان يبني حكمه على اي دليل او مادة تقدم اليه ويرى فيها ما يؤكد وجود الحق من عدمه وهذا هو المعمول به في دعاوى الجنائية<sup>681</sup>، الا ان الضرورة اقتضت ان يتقيد المدعي بوسائل محدودة نظراً لكثرة؟ الذي استشرى بين الناس مما نتج عنه خراب الذمم وادى الى تلاعب امد النزاع واطالته بغير وجه حق وتدخل وسطاء السوء في الدعوى لا لشيء الا ليستفيدوا من المتداعيين لا سيما اذا طالت مدة النزاع امام القضاء، فكان لزاماً ان

1677- انظر : د. عبد القادر الفار - المدخل لدراسة العلوم القانونية - مبادئ القانون - النظرية العامة للحق - ط 1 - 2004 - دار الثقافة للنشر والتوزيع ص 222.

2678- د. مفلح عواد القضاة - البيئات في المواد المدنية والتجارية - دراسة مقارنة - دار الثقافة لنشر والتوزيع - 2007 ص 30.

3679- راجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء الثالث - ص 349.

4680- د. سليمان مرقس - اصول الاثبات - ج 1 - ص 14 وما بعدها، كذلك د. السنهوري - الوسيط - ج 2 - ص 72 وما بعدها.

5681- د. محمد فتح الله النشار - احكام وقواعد عبء الاثبات - في الفقه الاسلامي وقانون الاثبات طبقاً لاحداث احكام محكمة النقض - 2000 - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ص 74.

تحدد الطرق التي يجب على المتداعيين سلوكها وبيان حدود كل طريقة وأثرها على القاضي<sup>682</sup> وقد اهتمت الشريعة الاسلامية بمسألة الاثبات وعني القرآن الكريم باثبات عناية فائقة تتجلى في كثرة ما ورد في صدد بعض طرق الاثبات من آيات ففي الشهادة مثلاً وردت آيات تفصيلية متعددة عالجت الاثبات بهذه البيئة من جوانبه وتحديد عدد الشهود وبيان الاسس الاخلاقية في الشهادة وآيات اخرى بصدد اثبات العقود الكتابية وآيات يستشف منها شرعية العمل بالقرائن يضاف الى ذلك الاحاديث والآثار النبوية الشريفة والروايات العديدة الخاصة بالاثبات وطرقه وهي جديرة بالتأمل والبحث<sup>683</sup> ، فقد ورد في الاحاديث النبوية [لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجال واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه]<sup>684</sup> وقد قرر علماء الاسلام انه لا يقبل قول الانسان فيها يدعية بمجرد دعواه بل انه يحتاج لقبول دعواه امام الجهة المختصة ، الى دليل مقنع او تأييد من قبل المدعى عليه فالمحكمة ظاهرة من الحديث النبوي وهي انه لا يمكن صيانة الاموال والدماء وغيرها الا بالبيئة او اليمين<sup>685</sup> وان نظام الاثبات لا يقتصر على المدعي فحسب ، بل ان المدعى عليه قد ينال جانب من لزوم الاثبات مثال ذلك ما جاء في المادة (34) من مجموعة التشريعات الخاصة بالملكية الفكرية حيث نصت هذه المادة في فقرتها (أ) بانه [للمحكمة

1682- د. محمد فتح الله المنشار - احكام وقواعد عبء الاثبات في لافقه الاسلامي وقانون الاثبات طبقاً لاحدث احكام محكمة النقض - المصدر السابق - ص 74.

2683- د. صلاح الدين ناهي - فذكلة في الاثبات القضائي في الشرع الاسلامي - القسم الاول - بحث منشور في مجلة القانون المقارن - العددان الرابع والخامس - 1972 - ص 14.

3684- رواه مسلم - شرح صحيح مسلم - الجزء الثاني - المطبعة المصرية - 1972 ص 2.

4685- د. عبد الرزاق الصفار مع الدكتور عباس العبودي - الاثبات بالدليل الكتابي في الشريعة الاسلامية - مجلة القضاء - العددان الثالث والرابع - 1989 - ص 140.

بان تكلف المدعى عليه في اي اجراء مدني يتعلق بالتعدي على حقوق صاحب البراءة الواردة في هذا القانون باثبات ان طريقة تصنيع منتجه المطابق لمنتج صاحب البراءة تختلف عن طريق التصنيع المحكمة بالبراءة وذلك اذا تم الانتاج دون موافقة صاحب البراءة وتوفر احتمال كبير ان يكون المنتج المطابق قد صنع وفق الطريقة المحمية بالبراءة ولم يتمكن صاحب الحق في البراءة من تحديد الطريقة التي استخدمت فعلاً عبر بذل جهود معقولة في ذلك السبيل<sup>686</sup> ، والغاية من الاثبات : ان المدعي اذا لم يتمكن من اثبات الواقعة التي يطالب من خلالها بتعويض عما لحقه من ضرر، فان خصمه (المدعى عليه) يتمكن بكل يسر وسهولة من دفع المسؤولية عنه اذا اخفق المدعي في اثبات ما يدعيه امام محكمة الموضوع يعتبر عند المدعى عليه دليلاً لكي يتخلص به من المسؤولية وبالتالي انتفاء الدعوى جملةً وتفصيلاً.

### **ثانياً :- التأخير في حصول التعويض.**

ان دور الخطأ في المسؤولية المدنية يقتصر على مجرد تحديد شخص المسؤول فاذا ما قام الخطأ بهذه المهمة فقد انتهى دوره ليبدأ بعد ذلك تقدير التعويض وهذا التعويض يجد مداه الوحيد ومقياسه في مدى الضرر<sup>687</sup> ، ويمكن القول في هذا الصدد ان الحكم الذي صدر بتعويض المضرور هو حكم كاشف لحقه بالتعويض وليس منشئاً له لان ذلك الحق من وقت وقوع الضرر بالمضرور لا من وقت رفع الدعوى وهنا لا يشترط في الضرر ان يكون قد تحقق حين وقوع الفعل حيث يكفي ان يكون وقوعه في المستقبل امراً محققاً فمئذ تلك اللحظة

1686- مجموعة التشريعات الخاصة بالملكية الفكرية - المملكة الاردنية الهاشمية - المركز الوطني للملكية الفكرية للطباعة - ص 81 مادة رقم (34).

2687- انظر :- د. عماد محمد الملا حويش - تعويض الاضرار الناشئة عن العمل غير المشروع - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير - جامعة بغداد - 1980 - ص 169.

يحق للمضرور اللجوء الى القضاء للمطالبة بحقه في التعويض<sup>688</sup> بيد ان هذا الحق اذا ما تقدر للمضرور يمكن الا يحقق غايته وذلك لتأخير الحصول عليه ونعتقد ان اغلب الحالات التي يتأخر فيها الحصول على التعويض تعود الى ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجزائية كنتيجة لان يترتب على العمل غير المشروع الواحد كلتا المسؤوليةين (الجزائية والمدنية)<sup>689</sup> فالقاعدة ان دعوى التعويض على الفعل الضار هي دعوى مدنية تختص بها المحاكم المدنية على اختلاف درجاتها وفقاً لقواعد الاختصاص النوعي الا ان هذا في غالب الاحوال فان الفعل الضار الذي يقع على شخص المضرور ويوجب مسؤولية مرتكبه مدينياً بالتعويض عنه ينطوي بالاضافة الى ذلك على فعل يعاقب عليه جنائياً فينشأ فضلاً عن دعوى التعويض دعوى اخرى هي الدعوى الجنائية<sup>690</sup> وبالرغم من اختلاف الاساس الذي تقوم عليه كل من المسؤوليةين فان ذلك لا يمنع من ان يترتب على الفعل الواحد كلتا المسؤوليةين او احدهما فقط<sup>691</sup> وقد اكدت محكمة التمييز ذلك بقولها (ان الافراج عن المتهم دون التطرق للتعويض لا يمنع من المطالبة بالتعويض مدينياً لاختلاف اساس كل من المسؤوليةين المدنية دون الجزائية)<sup>692</sup> ، فالقتل والجرح يحدث في الوقت نفسه ضرراً للمجتمع ولل فرد ويترتب عليهما كل من

---

1688- د. سعدون العامري - تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية - بغداد - 1981 - ص 14-15.

2689- حيدر علي مزهر النصر الله - معوقات المسؤولية المدنية الناتجة عن الضرر الجسدي - رسالة ماجستير - جامعة النهرين - كلية الحقوق - 2005 - ص 89.

3690- د. طه عبد المولى ابراهيم - مشكلات تعويض الاضرار الجسدية في القانون المدني وفي ضوء الفقه والقضاء - ط 1 - دار الفكر والقانون - 2000 ص 254.

4691- حسين عامر مع عبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - العقدية والتقصيرية - مطبعة المعارف - القاهرة - 1979 - ص 194.

1692- قرار محكمة التمييز العراقية رقم (2081/م 4/1975) في 2/5/1977 منشور في مجموعة الاحكام العدلية - العدد الثاني - السنة الثامنة - 1977 - ص 17.

المسؤوليتين المدنية والجزائية ويمكن ايضاً ان يترتب على الفعل الواحد احدى المسؤوليتين دون الاخرى ففي جرائم الشروع اذا لم يحدث ضرراً مثلاً تتحقق المسؤولية الجنائية دون المدنية وفي اتلاف مال الغير تتحقق المسؤولية المدنية دون الجنائية<sup>693</sup> ، وفي هذا المقام يتركب البحث في الحالة التي تجتمع فيها كل المسؤوليتين نتيجة لفعل واحد وكيف يكون هذا الاجتماع مشكلة تأخر حصول المضرور على حقه في التعويض ونشير في هذا الصدد ان المسؤولية الجنائية اوسع من المسؤولية المدنية لانها تمثل حق المجتمع اما المسؤولية المدنية فتمثل حق الفرد وبالتالي تؤثر الاولى في الاخيرة حيث اذا نظرت المحكمة الجنائية في الدعوى واصدرت حكماً فعلى المحكمة المدنية ان تأخذ هذا الحكم بنظر الاعتبار ومن حيث ثبوت الوقائع لا من حيث التكييف القانوني لهذه الوقائع وهذا ما نصت عليه المادة (107) من قانون الاثبات رقم (107) لسنة (1979) وتطبيقاً لذلك صدر قرار لمحكمة التمييز العراقية اشارت فيه الى [عدم ارتباط الحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً]<sup>694</sup> فاذا قررت المحكمة الجنائية براءة المتهم من الافعال المنسوبة اليه فلا يجوز للمحكمة المدنية ان تحكم عليه بالتعويض لثبوت هذه الافعال<sup>695</sup> ومحور الكلام هنا ، ان الدعوى المدنية المطالب بالتعويض

2693- د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج 1 - ص 507.  
3694- قرار محكمة التمييز العراقية رقم (2018 / م / 4/1975) في  
2/5/1977 منشور في مجموعة الاحكام العدلية - العدد الثاني الثامنة -  
1977 - ص 17.

4695- جاءت الفقرة (ج) من المادة (227) من الاصول الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 فبينت ارتباط المحكمة المدنية بالحكم او القرار الجزائي البات او النهائي وواجبت ذلك الارتباط في المسائل والوقائع التي فصلت فيها محكمة الجناح او محكمة التحقيق وكان فصلهم فيها ضرورياً ، ولو ان النص قد ورد على صيغة النفي حيث قال (لا ترتبط المحكمة المدنية بالحكم او القرار النهائي البات او النهائي في المسائل والوقائع التي لم يفصل فيها او التي فصل فيها دون ضرورة ، والقواعد العامة توجب ان يكون للحكم الجزائي اثره في الدعوى المدنية المقامة

من خلالها قد ترتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة مع الدعوى الجزائية ولوجود قاعدة الجنائي يوقف المدني<sup>696</sup> فان القاضي المدني اذا وجد ان الدعوى الجزائية بعد جلب الدعوى الجزائية ذات العلاقة - لم تحسم بعد فيقرر استئخار الدعوى المدنية الخاصة بالتعويض الى حين حسم الدعوى الجزائية لكون الدعوى المدنية تتبع الدعوى الجزائية ومن ثم تتوقف الى حين الفصل في الدعوى الجزائية<sup>697</sup> أي ان قاعدة وقف الدعوى المدنية امام القضاء المدني الى حين صدور حكم بات في الدعوى الجزائية المنظورة امام القضاء الجزائي يمتد الى حين اكتساب الحكم الجزائي صفة النهائية او الحكم الكاشف لقوة الشيء المقضي به وهو يكون كذلك اذا صدر ابتداءً قطعياً بطعن واستنفذ طرق الطعن العادية وغير العادية [باستثناء الطعن لاعادة المحاكمة] ولا يعد من قبيل ذلك الاحكام الابتدائية او الغيابية ما دامت مواعيد الطعن ما زالت قائمة ، باستثناء الحكم الصادر بالادانة من محكمة الجنايات ضد المتهم الفار من وجه العدالة لانه ليس له ميعاد للطعن فهو حكم تهديدي ويسقط ضمناً بالقبض على المتهم الفار او تسليمه لنفسه وبالتالي لا يسوغ ايقاف الدعوى المدنية الى اجل غير مسمى في انتظار احتمال اعادة اجراءات المحكمة اذا ما تم ضبطه وقد لا

---

على الضرر الذي احدثته الواقعة المكونة للجريمة للمزيد راجع: عبد الامير العكلي مع د. سليم ابراهيم حربه - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية - الجزء الثاني - مطبعة السنهوري - دون سنة طبع - ص 185. 1696- انظر المادة (26) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1977 ، وانظر بخصوص تبعية الدعوى الجزائية ، المادة 6/1 من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني النافذ التي تنص [يجوز اقامة دعوى الحق الشخصي تبعاً لدعوى الحق العام امام المرجع القضائي المقام لديه هذه الدعوى كما يجوز اقامتها على حدى لدى القضاء المدني وفي هذه الحال يتوقف النظر فيها الى ان تقلص دعوى الحق العام بحكم مبرم].

2697- انظر :- الاستاذ حيدر علي مزهر النصر الله - معوقات المسؤولية المدنية الناتجة عن الضرر الجسدي - رسالة ماجستير - المصدر السابق - ص 92.

يضبط كما انه لا يأخذ اثر الحكم المبرم في ايقاف الدعوى المدنية على حكم او قرار يخرج الدعوى الجزائية من حوزة القاضي وان لم يفصل في موضوعها كما ان القرار بأن لا وجه لاقامة الدعوى الصادر من سلطة التحقيق الابتدائي الذي هو قرار مُنهِ للدعوى الجزائية بطبيعته خلال هذه المرحلة ، مما يترتب عليه انه يضع حداً لوقف الدعوى المدنية التابعة والمنظورة امام القضاء الجزائي<sup>698</sup> واخيراً نتساءل عن المدعى الذي تتوقف فيه الدعوى المدنية امام القضاء الجزائي اذا توقف السير في الدعوى الجزائية لسبب ومانع قانوني كالجنون والعتة واثر هذا المانع في الحيلولة دون السير في اجراءات الدعوى المدنية التابعة والمنظورة امام القضاء المدني فقانون اصول المحاكمات العراقي وقانون اصول المحاكمات الاردني لم يتضمن نصاً صريحاً يشير الى مسألة الجنون الذي يؤدي الى اطالة وقف الدعوى المدنية الى ما لا نهاية ، بعكس المشرع المصري في قانون الاجراءات المصري الذي جاء في مادته (265) وفي عجزها ما يلي [اذا اوقف الفصل في الدعوى الجنائية لجنون يفصل في الدعوى المدنية]<sup>699</sup>.

### **ثالثاً :- المعوقات القانونية للدعوى المدنية :-**

قد لا يحظى المدعي بدعواه المدنية ولا تكون له عوناً في اقتضاء التعويض وذلك في حالة اهمال المضرور الالتزام بما حدده القانون بخصوص مسألة الاجراءات المتبعة في رفع الدعوى من حيث الشكل والمضمون فيد تصادف المدعي معوقات يكون هو الذي صنعها بخطئه ويكون القانون هو الذي وضعها بحكمه ولذلك ، قد يقوم المشرع

1698- انظر :- ادوارد غالي الذهبي - اختصاص القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى المدنية - ط 3 - دار النهضة العربية لطباعة - 1989 - ص 48 مشار اليه في مؤلف د. نظام توفيق المجالي - نطاق الادعاء بالحق الشخصي امام القضاء الجزائي - دار الثقافة للنشر والتوزيع - 2006 ص 53.

2699- انظر :- د. نظام توفيق المجالي - نطاق الادعاء بالحق الشخصي امام القضاء الجزائي - المصدر السابق - 53-54.

بإبطال عريضة الدعوى المدنية وبذلك يكون قد اعدم الوسيلة التي يطالب من خلالها المدعي بالتعويض ويكون هذا العمل الصادر من قبل المدعى عليه بمثابة وسيلة لدفع مسؤوليته امام القضاء ، وان ابطال عريضة الدعوى قد نظمها قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ولها حالات وآثار واحكام تترتب على ابطالها (كأن لم تكن) ، أي زوال آثارها القانونية مع ابقاء اصل الحق ومن الممكن اقامة الدعوى مجدداً اما اذا خسر المدعي الدعوى وحكمت المحكمة برد دعواه فان قرار الرد يعتبر قراراً حاسماً لموضوع الدعوى ومانعاً من إقامتها مجدداً ويعتبر قرار الرد حجة بما فصلت فيه من الحقوق اذا اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً<sup>700</sup> ، ولا يجوز قبول دليل ينقص حجية الاحكام<sup>701</sup> ، وان الدعوى المدنية قد يتم ابطالها بحكم القانون من خلال الحالات الآتية:-

- 1- الحالة التي تنص عليها المادة (47) من قانون المرافعات المدنية العراقي حيث اشترطت هذه المادة عدة شروط في عريضة الدعوى فاذا لم تتوفر تكون العريضة غير جديرة بالقبول.
- 2- الحالة التي تنص عليها المادة (54) (فقرة اولى) من قانون المرافعات المدنية العراقي حيث اشارت الفقرة الاولى الى ترك الدعوى اذا :-

أ- اتفق الطرفان على ذلك.

ب- اذا لم يحضرا رغم تبليغهما او رغم تبليغ المدعي.

---

1700- انظر :- المستشار علاء سليم العامري - حالات ابطال الدعوى في قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 - موسوعة القوانين العراقية - الطبعة الاولى - 2007 - ص 5 ، وقد اشارت المادة (105) من قانون الاثبات الى هذا الشأن.  
2701- انظر المادة (106) من قانون الاثبات.

- 3- الحالة المشار اليها في المادة (82) من قانون المرافعات المدنية العراقي حيث نصت [اذا اتفق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تتجاوز ثلاثة اشهر من تأريخ قرار المحكمة لا لاتفاقهم].
- 4- الحالة المشار اليها في المادة (84) من قانون المرافعات المدنية العراقي انه [ينقطع السير في الدعوى بحكم القانون بوفاء احد الخصوم او فقد اهلية الخصومة او زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه الا اذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها] ، وقد يتم ابطال الدعوى من قبل المدعي عليه حيث اجازت المادة (56) من قانون المرافعات المدنية العراقي للمدعي عليه ابطال الدعوى اذا لم يحضر المدعي للمرافعة في اليوم المعين لها ، ان قرار الابطال لا يمس اصل الحق بل يجوز رفع الدعوى ثانيةً بعد دفع الرسم القانوني المقتضى ، واذا اشترط القانون رفع الدعوى خلال مدة معينة ورفعت الدعوى خلال المدة ثم ابطلت ورفعت ثانيةً بعد اقتضاء المدة القانونية ، يقتضي ردها ولا يجوز اعتبار المدة منقطعة برفع الدعوى الاولى لان القانون نص على ابطال عريضة الدعوى يسجل الدعوى كأن لم تكن<sup>702</sup> وما تقدم يتعلق بالمراحل الاولى لرفع الدعوى من قبل المدعي ، اما اذا تمكن المدعي من ضبط الاجراءات القانونية المتعلقة برفع الدعوى والوصول الى ساحة المحكمة فانه قد يواجه صعوبات جمة يستعين بها المدعي عليه لدفع مسؤوليته ومن هذه الصعوبات:-
- 1- طلب المدعي عليه اثناء الجلسة الحكم له بتضمينات عن ضرر لحقه من الدعوى او من أي اجراءات حصل فيها وبفترض في هذا الطلب ان المدعي قد رفع الدعوى على المدعي عليه واتضح ان

1702- عبد الرحمن العلام - شرح قانون المرافعات المدنية - الجزء الثاني - بغداد - 1972 - الطبعة الاولى - ص 146.

هذه الدعوى رفعت بقصد الكيد بالمدعى عليه كأن يطلب المدعى في الدعوى الاصلية الحجز الاحتياطي او المنع من السفر للمدعى عليه ويكون الطلب بقصد الكيد.

2- طلبات المدعى عليه التي يترتب على اجابتها عدم الحكم للمدعى بطلباته كلها او بعضها ومثال ذلك ان يطلب المدعى بدعواه الاصلية بتنفيذ عقد تسليم بناء دار فيتقدم المدعى عليه بطلب لفسخه والحكم ببطلانه او يطلب ان تحكم له المحكمة بما انفقه على هذا البناء قبل اقامة الدعوى فيها<sup>703</sup> ، وأخيراً فان المدعى اذا اخطأ في توجيه الخصومة فان دعواه تكون مستوجبة للرد ، فلو كان المدعى غير مالك للدار التي يطالب بازالة الضرر الحاصل فيها فهو ليس الخصم اما الوكيل اذا وقع عقداً فان تصرفه ينسحب الى الاصيل ويعتبر هذا هو العاقد لذا فان حقوق العقد تعود له لا للوكيل ولما كانت حقوق العقد تعود للعاقد (م 942 مدني) لذا فان الخصومة تعتبر متوجهة بالنسبة للوكيل فاذا اقيمت الدعوى على الوكيل فانها تكون واجبة الرد<sup>704</sup> ، وهذا ما اكدته محكمة التمييز العراقية في قرارها المرقم 19/استثنافية 71 في 13/5/1971 بقولها [اذا تعاقد الموظف بموجب تخويل من الوزير ولم يصف العقد الى الوزير فان حقوق العقد تعود الى الموظف ومنها الخصومة في الدعوى]<sup>705</sup>

1703- انظر :- الاستاذ الدكتور عباس العبودي - شرح قانون اصول المحاكمات المدنية المعدل بقانون رقم (140) لسنة 2001 والقانون رقم (26) لسنة 2002 - دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية لمحكمة التمييز الاردنية - دار الثقافة للنشر والتوزيع 2007 - الطبعة الاولى - الاصدار الثاني - ص 248.

1704- انظر :- المحامي جمعة سعدون الربيعي - المرشد الى اقامة الدعاوى المدنية - دراسة عملية معززة بقرارات محكمة التمييز بغداد- الطبعة الاولى - 1992 - ص 26.

2705- قرار محكمة التمييز العراقية مشار اليه في مؤلف المحامي جمعة سعدون الربيعي المرشد الى اقامة الدعاوى المدنية المصدر السابق - ص 27.

### رابعاً : التقادم

تقضي المادة (429) من القانون المدني العراقي بانه [الدعوى بالالتزام اياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه من احكام خاصة] كما قضت المادة (431) في فقرتها الاولى بانه [لا تسمع دعوى المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية...] وهذه الحقوق تتحدد في حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين<sup>706</sup> والاساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة بوجه عام وكذلك حقوق التجار والصناع وحقوق العمال والخدم والاجراء ، وان التقادم يؤدي الى ان لا تسمع الدعوى المطالبة بالتعويض الناشئة عن العمل غير المشروع اياً كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي احده حتى وان كانت المطالبته هذه تستند الى دعوى سابقة اكتسب الحكم الصادر فيها درجة البتات<sup>707</sup> هذا وقد نصت المادة (954) من القانون المدني المصري بانه [تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول تهدم او انكشاف العيب]<sup>708</sup> ، في حين نجد ان المشرع العراقي في القانون المدني قد اشار الى حالات التقادم بالنسبة للدعوى المدنية الخاصة بالعمل غير المشروع حيث لا تسمع الدعوى بعد مرور ثلاث سنوات من يوم علم المتضرر بحدوث الضرر او

3706- اما المحامون فقد تغير الحكم الوارد بشأنهم في القانون المدني بالمادة (31) من قانون المحاماة رقم (84) لسنة 1960 فقد نصت على انه [يسقط حق المحامي في مطالبة موكله باتعاب المحاماة عند عدم وجود سند بها بمضي الخمس سنوات من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية].

1707- قرار محكمة التمييز رقم (86)/موسعة اولى في 3/3/1986 - مشار اليه في مؤلف المحامي جمعة سعدون الربيعي - المرشد الى اقامة الدعاوى المدنية - المصدر السابق - ص 40.

2708- انظر :- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء الخامس - ص 28 وما بعدها.

اعتراف محدث الضرر بذلك وفي جميع الحالات لا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع<sup>709</sup> ، وهناك بعض القوانين نصت على انقضاء الدعوى المدنية بعد مرور ثلاثة اشهر<sup>710</sup> ويترتب على تمسك المدعى عليه بالتقادم سقوط الدين وتوابعه كالفوائد والكفالة وحق الامتياز وغير ذلك بقاعدة (اذا سقط الاصل سقط الفرع) فالتأمينات والفوائد عبارة عن ملحقات وتوابع للدين فإذا سقط الدين سقطت هي معه<sup>711</sup> وبالنسبة للقانون المدني العراقي فانه يختلف عن القوانين المدنية الاخرى بخصوص التقادم ، فالقوانين المدنية الاخرى تعتبر التقادم سبباً من اسباب انقضاء الالتزام ، وان كانت النتيجة النهائية واحدة ، ففي القوانين المدنية الاخرى اذا تمسك المدين بالتقادم سقط الدين وتوابعه وملحقاته فلا يمكن اجبار المدين على الوفاء به وتسقط مع الدين التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به شخصية كانت هذه التأمينات ام عينية ويسقط مع الدين كذلك فوائده ولو لم تمضِ عليها مدة التقادم الخمسي ، فلو فرضنا ان الدين ينتج فوائد وان هذه الفوائد تسقط بخمس سنوات بينما الدين لا يسقط الا بخمس عشرة سنة ولم تدفع بعد فوائد السنوات الاربع الاخيرة واكتملت مدة التقادم بالنسبة لأصل الدين وتمسك به المدين وفي هذه الحالة يسقط الدين وتسقط فوائده كذلك ، هذا هو الحكم في القوانين المدنية ، اما في القانون المدني العراقي فقد سبق ان رأينا ان الدين لا يسقط بالتقادم ولكن الدعوى به لا تسمع ورأينا كذلك ما يترتب على ذلك من نتائج وهي ان اذا أقر بحق الدائن امام المحكمة فانه يؤخذ باقراره ويلزم بالدين ، ويلخص مما تقدم ان الاثر الذي يترتب على

3709- انظر :- المادة (1234) من القانون المدني الفرنسي والمادة (429) من القانون المدني العراقي.

4710- انظر :- المادة (2 / أ) من قانون الاجراءات الفرنسي.

5711- المحامي جمعة سعدون الربيعي - المرشد الى اقامة الدعاوى المدنية - المصدر السابق - ص 39.

التقادم بعد التمسك به واحد ، سواء اخذنا بما ذهب اليه القانون المدني العراقي من ان الحق لا يسقط بالتقادم ولكن الدعوى به لا تسمع ، او اخذنا بما ذهب اليه القانون المدني المصري والقوانين المدنية الاخرى من ان الدين يسقط بالتقادم ، هذا الاثر هو عدم تمكن الدائن من الحصول على حقه ولكن يختلف القانون المدني المصري والقوانين المدنية الاخرى عن القانون المدني العراقي في انها تنص على تخلف التزام طبيعي في ذمة المدين ، بينما لا ينص القانون المدني العراقي على تخلف مثل هذا الالتزام والسبب واضح ، فالقانون المدني المصري والقوانين المدنية الاخرى ما دامت ترتب على التقادم سقوط الدين من دون الوفاء ، فهي تنص على تخلف التزام طبيعي في ذمة المدين اما القانون المدني العراقي فلما كان لا يرتب على التقادم مثل هذا الاثر بل يرتب عليه عدم سماع الدعوى فقط فهو لا ينص على تخلف مثل هذا الالتزام<sup>712</sup> ويبقى التقادم سلاحاً بيد المدعى عليه يستطيع ان يدفع دعوى المدعي ، باعتبار ان المدعى عليه له مصلحة في التقادم لذا فالجاري ان المدعى عليه يتمسك بهذه الوسيلة لدفع مسؤوليته وقد نصت المادة (301) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (77) لسنة 1949 بانه [لكل ذي مصلحة من الخصوم في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعي او امتناعه ان يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت سنة من آخر اجراء صحيح من اجراءات التقاضي]<sup>713</sup> اما فيما يتعلق بمدى ارتباط التقادم

1712- انظر في كل ما تقدم :- د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - الجزء الثاني - احكام الالتزام مع مقارنة للفقه الإسلامي - ط 1 - شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد - 1965 - ص 484-485.

1713- للمزيد :- راجع المحامي عبد المجيد مصطفى ابو العز - موسوعة المواعيد القانونية - كتاب المواعيد - قانون المرافعات المدنية والتجارية - ط 1 - 1958 - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر - ص 43.

بالنظام العام فان التقادم ليس متعلقاً بالنظام العام ومن ثم لا بد ان يتمسك به من له مصلحة كما يجوز النزول عن التمسك به ولا تستطيع المحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها بل لا بد ان يتمسك به من له مصلحة وهذا ما نصت عليه المادة (387) من القانون المدني المصري والمادة (450) من القانون المدني الكويتي حيث نصت المادة الاولى على انه [1- لا يجوز للمحكمة ان تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب ان يكون ذلك بناءً على طلب المدين او بناءً على طلب دائنيه او أي شخص آخر له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين] ، اما المادة (450) من القانون المدني الكويتي فانها جاءت مطابقة للمادة (387) من القانون المدني المصري الا ان الفارق الوحيد كان في عبارة [ان تقضي بالتقادم] وان الامر ليس بتلك الصعوبة اذ ان مرور الزمان هو ذاته التقادم ، وهذه المادة من القانون المدني الكويتي تنص على انه [1- لا يجوز للمحكمة ان تقضي بعدم سماح الدعوى بمرور الزمان من تلقاء نفسها وانما يجب ان يكون ذلك بناءً على طلب المدين او دائنيه او أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين]<sup>714</sup> وهذه المواد السابقة تشير الى كون التمسك بالتقادم يكون اساساً للمدين ، ويجب ان يدفع به بعبارة واضحة لا تحتمل الابهام ، ولا يكفي في ذلك مجرد طلبه رفض الدعوى واذا تعدد المدينون المتضامنون وكانت مدة التقادم قد اكتملت بالنسبة لاحدهم فلباقي المدينين التمسك بالتقادم بقدر حصة ذلك المدين<sup>715</sup> ، كذلك يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم

1714- انظر :- د. صبري محمد السنوسي محمد - احكام التقادم في مجال القانون العام - دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون المصري والقانون الكويتي في ضوء احداث الاحكام الصادرة من محكمة النقض والمحكمة الادارية ومحكمة التمييز - 2005 - ط 1 - جامعة الكويت - إصدارات مجلس النشر العلمي - ص 39- ط 1 - انظر كذلك هامش (2) و (3) ، وقارن ايضاً مع نص المادة 442 من القانون المدني العراقي.  
2715- د. عبد المجيد الحكيم مع الاستاذ البكري مع الاستاذ البشير في احكام الالتزام - المصدر السابق - ص 322 . وانظر كذلك المادة 329/1 من الاقنون المدني العراقي.

باسمه شخصياً فحائز العقار المرهون ، له ان يدفع بتقادم الالتزام المضمون بالرهن ومصلحته في هذا هو منع الدائن المرتهن من التنفيذ على عقاره والكفيل اذا ما طالبه الدائن بالوفاء له ان يدفع بتقادم الالتزام الاصلي بالتقادم ينقضي التزامه التبعية<sup>716</sup> ، وينبغي في هذه الفقرة بيان ان القانون قد يحدد بنصوص معينة مواعيد للقيام باعمال معينة او رفع دعوى وهذه المواعيد تمثل مواعيد السقوط ، وهو ما يطلق عليه بالتقادم المسقط<sup>717</sup> ، وينبغي قبل ان ننتهي من موضوع التقادم المسقط ان نقول كلمة موجزة للتمييز بين التقادم المسقط وسقوط الحق يختلف في تقادمه في الغرض الذي تقرر من اجله فالتقادم المسقط انما يقرر لحماية الاوضاع المستقرة او ليقوم قرينة على الوفاء ، اما سقوط الحق فجزاء قدره المشرع على عدم استعمال حق او رخصة من قبل صاحبهما في مدة معينة<sup>718</sup> ، وقبل ختام هذا المطلب لا بد من بيان المقصود ببعض المصطلحات التي تتعلق بنظرية الدعوى فالحق والدعوى قد يجتمعان وقد يفترقان على الوجه التالي :-

### **اجتماع الحق مع الدعوى :-** ان الدعوى - وحسب النظرية المدنية

في الدعوى - جزءاً لا يتجزأ من الحق وانه لا يتصور وجود دعوى دون ان تستند الى حق ولا يوجد حق دون ان يكون محمياً بالقانون عن طريق اقامة الدعوى ، فالحق سببه واقعة قانونية يستند الى واحد من مصادر الالتزامات كالعقد او العمل الضار ، فصاحب الدعوى حسب قانون المرافعات يكون محقاً في طلبه وقد لا يكون محقاً في طلبه فالمحكمة بعد التأكد تقرر في هذا الشأن فاذا كان محقاً قضى له في

3716- د. عبد المجيد الحكيم مع الاستاذ البكري مع الاستاذ البشير في احكام الالتزام - المصدر السابق - ص 323.

4717- د. عبد المجيد الحكيم مع الاستاذ البكري مع الاستاذ البشير في احكام الالتزام - المصدر السابق - ص 324 .

1718- انظر :- د. عبد المجيد الحكيم - احكام الالتزام - المصدر السابق - ص 486 نبذة 946.

مطلبه والا فلا وهنا تتجلى الصلة بين الحق المقرر في القوانين الموضوعية والدعوى المرسومة معالمها في قانون المرافعات<sup>719</sup> افتراق الحق عن الدعوى:- قد تتخلف الدعوى عن الحق الذي تحميه من حيث سبب كل منهما وشروطه وآثاره فسبب كسب الحق - في القانون المدني - مثلاً العقد والارادة المنفردة ، العمل غير المشروع ، الاثراء بلا سبب والقانون ، اما الدعوى فستؤسس تحت حكم قانون المرافعات في حالة وجد نزاع او خصومة بين شخصين او اكثر<sup>720</sup> ، وليس من اليسير القول بحتمية التصاق الحق مع الدعوى فالمنطق يقتضي التسليم بانه من الناحية الامنية يجب ان يكون الحق سابقاً من حيث وجوده على الدعوى وذلك مادامت الدعوى ليست سوى الحق الذي ينتقل بمقتضى واقعه الاعتداء عليه من حالة السكون الى حالة الحركة وقد يصح هذا من النظر السطحي للامور ذلك حيث ان الدعوى يمكن لاول وهلة اعتبارها من الناحية الزمنية نتيجة لاحقة للاقرار بوجود الحق في القانون الوضعي بحيث يمكن القول بانه اذا رتب القانون لشخص ما حقاً معيناً فانه تترتب لهذا الحق دعوى تحميه بحكم طبيعة الاشياء ومن غير حاجة الى نص خاص بذلك غير ان هذا النظر لا نراه مستقيماً مع فكرة الحق في ذاتها فاذا تناسينا الخلافات الكثيرة في الفقه في خصوصية تعريف الحق الشخصي واخذنا مبدئياً بالتعريف التقليدي الموروث عن المدرسة الالمانية لخلصنا الى هذا الحق انما ينشأ في الدولة وبها وانه لا يعدو ان يكون مصلحة فعلية<sup>721</sup> ،

2719- انظر :- استاذنا د. ممدوح عبد لكريم حافظ - شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 - ط 1- الجزء الاول - 1971- 1972 - مطبعة الازهر - بغداد - ص 45-46.  
3720- استاذنا د. ممدوح عبد لكريم حافظ - شرح قانون المرافعات المدنية العراقي - المصدر السابق - ص 46.  
1721- انظر :- د. طعيمة الجرف - شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الاداري - ط 1 - الناشر مكتبة القاهرة - الحديثة - مطبع النصر - ص 52.

وينتقد (موتو لسكي) الاتجاه التقليدي الذي يدمج الحق مع الدعوى ويرى عدم صحته وحجته في هذا الشأن ان الحق الشخصي الذي يقرره القانون الموضوعي يتقرر بناءً على قاعدة في هذا القانون ولا تهتم هذه القاعدة - بطبيعة الحال بالموقف الاجرائي ولا تستقر الدعوى وهي حق شخصي في نظره الا بناءً على قاعدة ينشئ حكمها الأمر هذا الحق ويختلف القانون الذي ينشئ الدعوى عن القانون الذي ينشئ الحق الموضوعي لان القانون الاجرائي هو الذي ينشئ الدعوى وبعبارة اخرى فان الحق الشخصي يتقرر بناءً على قاعدة في القانون الاجرائي وحيث ان النص الذي يقرر الحق الموضوعي غير النص الذي يقرر حق الدعوى (وهي حق اجرائي) فان الدعوى تكون شيئاً آخر غير الحق الموضوعي ولا يمكن القول ان الدعوى هي الحق في حالة حركة واستناداً الى هذا الشرح الموجز فان الفقه الحديث يرفض مبدأ ادماج الدعوى بالحق او دمج الحق بالدعوى بادئاً من منطلق بديهي وهو ان الحق لا يمكن ان يكون هو الدعوى التي لم توجد الا لحمايته<sup>722</sup> فتدبر.

1722- انظر :- الاستاذ (موتولسكي) - الحق الشخصي والدعوى - كتابات - ص 78 و 91 مشار اليه في بحث للدكتور عزمي عبد الفتاح عطية - الطبيعة القانونية للدعوى امام القضاء المدني دراسة تأصيلية وتحليلية لماهية الدعوى في الفقه وفي التشريع الفرنسي والمصري والكويتي - القسم الاول - البحث منشور في مجلة الحقوق - السنة التاسعة - العدد الثالث - سبتمبر 1985 - ط 2 - 1997 تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت ص 97 و 99.

## المطلب الثاني

### نطاق التعويض الذي يسأل عنه المدعى عليه

لا يكون التعويض الذي يسأل عنه المدعى عليه ، مطلقاً بحيث يسأل المدعى عليه عن أي ضرر ، والصورة التي نحن بصددتها ، تفترض ان المدعى عليه احدث عملاً وانتج هذا العمل ضرراً غير مباشر فقط أي لم ينتج سوى فئة واحدة من الضرر هو الضرر غير المباشر وليس من بين الاضرار التي حدثت ، اضرار مباشرة واخرى غير مباشرة بل ان الحالة التي نقصدها خلو فعل المدعى عليه من اية اضرار مباشرة ، وبالمفهوم نفسه فانه قد توجد اضرار اخرى لم تكن في حسابان المدعى عليه ، وهذه الاضرار يطلق عليها مصطلح (الاضرار غير المتوقعة) او (الضرر غير المتوقع) ومن السائد قانوناً ان الاضرار غير المباشرة والاضرار غير المتوقعة لا يسأل عنها المدعى عليه بالتعويض ولا يكون له محل ، ويصبح غير جدير بالاهتمام ، والبارز في الفرض السابق ان القانون في هذا الموضوع بالذات (أي مسألة الضرر المباشر والضرر غير المباشر والضرر المتوقع والضرر غير المتوقع) يقف - القانون - الى جانب المدعي عليه ، وهذا هو الجديد في المسألة ، فلقد ذكرنا فيما سبق ان القانون المدني عموماً يقف الى جانب المدعي (المضرور) بوصفه يمثل الجانب الضعيف في المعادلة المدنية ، ولنصرة هذا الشخص الضعيف فانه يقرر له احكاماً تكون عادة في صالحه ، ومثال ذلك ما قضت به المادة (207) من القانون المدني العراقي اذ جاء فيها [1- تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع 2- ويدخل في تقدير

التعويض الحرمان من منافع الاعيان ويجوز ان يشتمل الضمان على الاجر] وكذلك المادة (208) فقد جاءت لحفظ حق المدعي للحصول على التعويض مستقبلاً فقد نصت على انه [اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها ان تحتفظ للمتضرر بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة باعادة النظر في التقدير] وقد وضع المشرع المدني العراقي سبلاً لتأمين حق المتضرر في التعويض ومثال ذلك ما أورده المادة (209) من القانون المدني العراقي بقولها [1- تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح ان يكون التعويض اقساطاً او ايراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة الزام المدين بان يقدم تأميناً ، 2- ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان تأمر باعادة الحال الى ما كانت عليه ا وان تحكم باداء امر معين او برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض] ، وفيما سبق ذكره من نصوص ، فانه يتضح اهتمام المشرع بتعويض المتضرر الا انه على الرغم من ذلك الاهتمام الصريح فانه وضع حدوداً يلتزم بها المدعى عليه والمدعي في التعويض ، والرأي الذي تتأثر به هو رأي الاستاذ بوتيه (Pothier) حيث قال : (انه لا يلتزم من ارتكب الفعل الضار الا بتعويض الاضرار المباشرة ولقد ضرب لهذا المبدأ المثال المعروف عنه في النطاق العقدي ، لذلك التاجر الذي باع بقرة مصابة بالطاعون مما ادى الى نقل العدوى لابقار المشتري ومواشيه فنفقت جميعاً مما ترتب عليه عجزه عن زراعة ارضه فنضبت موارده مما اقعده عن سداد ديونه وانتهى به الى الافلاس فما هو الحد الذي تقف عنده مسؤولية ذلك التاجر من بين تلك الاضرار جميعاً ، يمكن الاجابة على ذلك بالقول ان المسؤولية لا تكون الا عن المواشي التي نفقت نتيجة انتقال العدوى اليها فهذا هو الضرر المباشر وقد اشارت المادة (1151) من القانون المدني الفرنسي الى ان تكون مسؤولية المدين (المدعى عليه) في الالتزام العقدي عن الضرر

المباشر ولو كان عدم تنفيذ الالتزام ناتجاً عن غش وقد استقر القضاء في فرنسا على تطبيق هذا المبدأ في حالة المسؤولية التقصيرية<sup>723</sup> وان التعويض يجب ان يكون عن الضرر المباشر وهو يترتب مباشرة على ما صدر من خطأ أي المعقبات الحتمية للخطأ كالجراحة البالغة الخطورة ، واذا فقدت الملابس التي عهد بها الى المصبغة الى امين النقل لنقلها فلا يلزم هذا الاخير عما تدعيه المطبعة من حرمانها من عملائها الذي ساءهم فقد ملابسهم ، لان هذا لا يترتب نتيجة مباشرة للاخلال بعقد النقل وفي هذا السياق يثور التساؤل عما اذا كان ما يرتكبه سارق السيارة من حادث يعد نتيجة مباشرة لاهمال صاحبها في المحافظة عليها ، ان صاحب السيارة لم يكن قائماً باستعمالها عند سرقاتها ولم تكن هي تحت امرته وتوجيهه حينذاك مالم يمكن معه اعتبار انها في حراسته على ما تشير اليه المادة (178) من القانون المدني المصري واذن فليس ثمة من علاقة بين ترك صاحب السيارة لسيارته في الطريق العام وبين ما يقع من حادث يقترفه بها سارقها<sup>724</sup> واذا اقتلعت سيارة عمود النور فلا يسأل سائقها عما يترتب على ظلمة مكانه من حادث اذ ان ذلك انما يرجع الى عدم اتخاذ الحيطة اللازمة في هذا الشأن ، كالقيام باضاءة مؤقتة ولكن كما يكون صاحب الكلب مسؤولاً عن تعويض ما اصاب به عامل البريد من عقره فانه يلزم ايضاً قبل الحكومة بما تكون قد تكبدت من مصاريف ندب آخر للقيام باعمال المصاب ومن تكاليف في هذا الصدد<sup>725</sup> ، وتميز الاحكام في النطاق العقدي بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر وليس من

1723- راجع :- حسين عامر مع عبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - العقدية والتقصيرية - الطبعة الثانية دار المعارف - مصر - 1979 ص 420 بند 547 - 548.

2724- انظر : حسين عامر مع عبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - المصدر السابق - ص 420-421.

1725- حسين عامر مع عبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - المصدر السابق - ص 397 و398 نبذة 410.

المستطاع حصر تلك الاحوال وانما يعول فيها على ظروف كل حالة بذاتها والمعيار في كل ذلك ان الضرر غير المباشر هو الذي يحدث عند وقوع جريمة ولكن كنتيجة عرضية وليس من صلة بينهما<sup>726</sup> والمعيار الذي يعول عليه في قياس الضرر غير المباشر هو الا يكون وسع المصاب ان يتوقاه ببذل جهد معقول ، واستدلالاً على ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلط المصرية بانه [من المبادئ المقررة ان من صدر عنه خطأ لا يلزم بتعويضه الا في حدود ما لا يمكن للمضرور ان يتوقاه بجهد معقول]<sup>727</sup> ، وهذا المعيار قد اخذ به المشرع المدني المصري بنظر الاعتبار في المادة (221) حيث نصت [اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد او بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول] ، وجاء في الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بخصوص المادة (299) المقابلة للنص (221) السالفة الذكر انه [اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد (الشرط الجزائي) او مقدراً بنص القانون (الفوائد) تولى القاضي تقديره] ، وبناط هذا التقدير كما هو الشأن في المسؤولية التقصيرية ، بعنصرين قوامها ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ويشترط لاستحقاق التعويض ، ان يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او للتأخر فيه سواء أكان اساسه فوات هذا الكسب ام تحقق تلك الخسارة وبراعى ان عبارة ((النتيجة الطبيعية)) امعن في الدلالة

2726- حسين عامر مع عبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - المصدر السابق - ص 398 نبذة 411.

3727- حكم محكمة الاستئناف المختلط في 7 يونيو سنة 1928 م 40 ص 418 مشار اليه في حسين عامر - المسؤولية المدنية - المصدر السابق - ص 398 هامش رقم (3).

على المقصود من عبارة ((النتيجة الحالة المباشرة))... وقد عني المشروع بتحديد دلالة عبارة النتيجة الطبيعية تحديداً وافياً ، فنص في المادة (299) من المشروع ، على أنها تنصرف الى الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه وان الدائن في الخطا المشترك يقاسم مدينه تبعة الخطأ ويتحمل المسؤولية عن شق من الضرر اذا امتنع عن دفع هذا الشق ، متى كان في استطاعته ان يفعل ذلك ببذل قسط معقول من الحيطه ومؤدى هذا ان نصيب المدين من تبعة الضرر ينحصر فيما لا يكون للدائن قبل بتوقيه على الوجه الذي تقدمت الاشارة اليه وهذا هو المقصود بالنتيجة الطبيعية لتخلف المدين ان الوفاء بالالتزام<sup>728</sup> ، ومهما يكن من امر فان الضرر المباشر هو الذي يكون عنصراً في تقدير التعويض اما الضرر غير المباشر الذي ينشأ عن عدم تنفيذ الالتزام والذي كان يستطيع الدائن ان يتوقاه فلا يحسب في تقدير التعويض<sup>729</sup> ولتوضيح اهمية ان يكون الضرر مباشراً نضرب المثال التالي : فلو ان مستأجراً اضطر الى تخلية المنزل قبل انقضاء مدة الايجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر فينتقل الى منزل مساوٍ للمنزل الاول ولكنه اعلى اجرة وتلف بعض المفروشات اثناء النقل ، ثم يكون في المنزل الجديد مرض معدٍ ينتقل اليه هذا المرض ، فالفرق في الاجرة بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع ، وما يتسبب عن مرض هو الضرر في المباشر والمدين في الالتزام التعاقدي لا يكون مسؤولاً الا عن الضرر المباشر المتوقع ما لم يكن قد اخل بالتزامه عمداً فيكون مسؤولاً عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما في المسؤولية التقصيرية ولا يكون

1728- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء الثاني - ص 564.

2729- النظر : د. محمد حسني عباس - العقد والارادة المنفردة - 1959 - مكتبة النهضة المصرية - ص 266 - نبذة 240.

مسؤولاً عن الضرر غير المباشر اصلاً حتى في المسؤولية التقصيرية<sup>730</sup> و بالمعنى نفسه فان القانون العراقي والتشريعات العربية الاخرى ومعظم القوانين المدنية الاجنبية تفرق في نطاق المسؤولية العقدية بين ما اذا كان الخطأ الذي صدر من المتعاقد مجرد اهمال او تقصير غير متعمد وفي هذه الحالة لا يكون هذا المتعاقد مسؤولاً الا عن تعويض الضرر المباشر الذي كان متوقعاً وقت ابرام العقد وبين ما اذا كان الخطأ الذي صدر عن هذا المتعاقد جسيماً - او كان خطأ عمداً - وفي هذه الحالة يسأل هذا المتعاقد عن تعويض الضرر المباشر كله متوقعاً كان او غير متوقع ، وليست هذه القاعدة بقاعدة جديدة استحدثها مشرعنا المدني بل انه نقلها بطريقة غير مباشرة عن التشريع الفرنسي (م 1150 مدني فرنسي)<sup>731</sup> ، بل ان هذه القاعدة اقدم عهداً من تشريع نابليون فقد نقلها هذا التشريع بدوره عن القانون الفرنسي القديم ونقلها هذا القانون الروماني الذي كان يقضي بمضاعفة التعويض في حالة الغش او الخطأ الجسيم<sup>732</sup> ، والمدين لا يسأل الا عن الضرر المباشر سواء في المسؤولية العقدية او المسؤولية التقصيرية ، والضرر المباشر اما ان يكون متوقعاً او غير متوقع ويسأل المدين في المسؤولية العقدية عن الضرر المتوقع ولكنه لا يسأل عن الضرر المباشر غير المتوقع الا في حالة الغش او الخطأ الجسيم (كما مر سابقاً) وعلى غير ذلك فان المدين في المسؤولية

---

1730- د. عبد الرزاق احمد السنهوري - شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد - ج 2 - ط 2 - منشورات الحلبي واولاده - لبنان - 1998 - ص 959.

2731- وتنص هذه المادة على انه [المدين غير ملزم الا بدفع التعويض الذي توقعه العاقدان او امكن توقعه عند التعاقد طالما ان عدم تنفيذ الالتزام لم يكن بسبب غش المدين].

3732- د. حسن علي ذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية - 1 - الضرر - شركة التايمس للطباعة - ص 298 نبذة 434.

التقصيرية يسأل عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع<sup>733</sup> ، وينتج الضرر بصورة غير مباشرة من عدم تنفيذ العقد او من سوء تنفيذه كما هو حال التاجر الذي ارتبط مع فندق لتسليمه يومياً المواد الغذائية لتقديمها لزبائنه وتخلف عن ذلك بسبب عدم قيام الموزع بتسليمه هذه المواد مما ادى بادارة الفندق الى فسخ عقدها مع التاجر وتحمله التعويض عن الاضرار التي لحقت بها ، فالضرر اللاحق بالتاجر نتيجة لفسخ عقده مع الفندق يشكل ضرراً مباشراً بالنسبة اليه بالاضافة الى ضرره الناتج عن عدم انفاذ الموزع لتعهدده ، فهل يستطيع ان يجعل الموزع المتخلف ملوماً بالتعويض عليه عن نتائج فسخ عقده مع الفندق؟ يمكن الاجابة على ذلك ، بانه يجب ان تقوم الصلة السببية بين عدم التنفيذ وبين هذه الاضرار بصورة لا يرقى اليها الشك بحيث يعتبر الضرر فعلاً متصلاً بعدم التنفيذ وفي المثل السابق يعتبر الضرر الحاصل للتاجر من جراء فسخ عقده مع الفندق ضرراً غير مباشر ناتجاً عن عدم قيام الموزع بواجباته مما يحمله التعويض عنه لاسيما انه من الاضرار التي توقع حصولها عند ابرام العقد<sup>734</sup> والنقطة المهمة في هذا الموضوع هو ان المدعى عليه لا يسأل عن الضرر غير المباشر وهذا ما يتفق عليه القانون المدني الفرنسي في المادة (1151) والقانون المدني المصري في المادة (221) والقانون المدني العراقي في المادة (207) على ان التعويض يشمل الضرر المباشر ، الا انه على الرغم من هذا الاتفاق نجد بعض القوانين تخالف ذلك ، ومن بينها قانون الموجبات والعقود اللبناني اذ نصت المادة (261) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه [ان الاضرار غير المباشرة ينظر

1733- انظر :د. السيد محمد السيد عمران - الاسس العامة في القانون المدخل الى القانون - نظرية الالتزام - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - 2002 - ص 255-256.  
 2734- انظر : د. مصطفى العوجي - القانون المدني - الجزء الثاني - المسؤولية المدنية - ط 2 - 2004 - منشورات الحلبي الحقوقية - ص 63 و62.

اليها بعين الاعتبار كالأضرار المباشرة ولكن بشرط ان تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب] والجدير بالذكر ان هذه المادة تشبه المادة (1151) من القانون المدني الفرنسي الا ان المادة (1151) اضافت انه حتى عندما يكون عدم تنفيذ الموجب نتيجة لخداع من المدين فان التعويض لا يشمل لجهة الخسارة الحاصلة او الربح الفائت الا الاضرار الحالية والمباشرة الناتجة عن عدم التنفيذ مما ينفي التعويض عن الاضرار غير المباشرة بعكس ما ذهب اليه القانون اللبناني في المادة (261) حيث لحظت امكانية التعويض عن الاضرار غير المباشرة بشرط ان تكون متصلة اتصالاً وثيقاً واكيداً بعدم انفاذ الموجب ولا نجد صواباً في اتجاه المشرع اللبناني في اخذه بنظر الاعتبار الاضرار غير المباشرة ، حيث ان الضرر غير المباشر الذي يؤخذ في الاعتبار في تقدير التعويض يشترط فيه ان يكون ناتجاً عن الحادث بصورة اكيده والمادة المذكورة لم توضح ما هو المقصود من هذه العبارة كما انه قد يصعب في اوقات عديدة التفرقة بين الضرر المباشر الذي له صلة اكيده بالضرر ، وذلك الذي ليست له صلة اكيده به لذلك فمن الافضل والافوق ان يكتفي بالقول ان التعويض يمنح عن الضرر الذي تربطه بالفعل الخطأ رابطة السببية الاكيده من دون التورط في عنصر الضرر غير المباشر الناتج عن الحادث بصورة اكيده<sup>735</sup> واطافة الى ذلك فان المشرع اللبناني قد جعل قبول التعويض عن الاضرار غير المباشرة مرهوناً بشرط ان تكون هذه الاضرار ثبوتها او ثبوت علاقتها وتأصيرها بعدم تنفيذ الموجب او الالتزام ولو اننا افترضنا ان المشرع اللبناني ما كان يقصد اعتبار الاضرار غير المباشرة كقصر في تقدير التعويض ومساواتها مع الاضرار المباشرة لامكن القول في هذا الفرض ، ان

---

1735- ملحم مارون كرم - الجرم المدني - دراسة مقارنة في القانون والفقه والاجتهاد - منشورات زين الحقوقية - 2004 - ط 1 - بيروت - ص 204.

الالفاظ قد اختلفت مع التشريعات السالفة الذكر - القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والقانون المدني العراقي - ولكنها اي الالفاظ قد اشتركت مع مقاصد هذه التشريعات من الاخذ فقط بالاضرار المباشرة التي تكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، ورداً على هذا الموقف المتبع مع المشرع اللبناني فانه يجب ذكر ان المسؤولية العقدية تتميز بانها تقوم على العقد فارادة المتعاقدين اهي التي تحدد مداها وقد افترض القانون ان هذه الارادة قد انصرفت الى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين فهذا هو المقدار الذي يمكن ان يفترض افتراضاً معقولاً ان المدين قد ارتضاه ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع ولكن لما كان هذا الشرط باطلاً في حالتي غش المدين وخطئه الجسيم اصبح المدين في هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض عن كل ضرر<sup>736</sup> ومهما يكن الضرر فان الرأي فقهاً وقضائياً هو قصر التعويض على الضرر المباشر وحده والقول بغير ذلك يؤدي الى تحكم القضاء وتضارب الاحكام وضياح العدالة ومن هنا حق للاساتذة (مازد وتونك) ان يقولوا ان تحطيم التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر امر ينطوي على قدر كبير من الخطورة<sup>737</sup> ، اما فيما يتعلق بالضرر المتوقع والضرر غير المتوقع فان الاصل في التعويض ان يكون مقصوراً على مقدار الضرر وانه لا يتاثر بجسامة الخطأ الذي صدر عن المسؤول ومع ذلك فقد خرج المشرع على هذا الاصل العام في نطاق المسؤولية العقدية ، حيث جعل مقدار التعويض فيها يختلف باختلاف

1736- انظر : د. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - 1  
 - المجلد الثاني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - ط 3 -  
 منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - 2000 - ص 770-771.  
 1737- د. حسن علي ذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية - 1 - الضرر  
 - المصدر السابق - ص 289 ف 420.

جسامة الخطأ الذي اقترفه المسؤول فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (169 مدني عراقي) على انه [اذا كان المدين لم يرتكب غشاً او خطأ جسيماً فلا يجوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة او كسب يفوت] ومعنى هذا ان المشرع العراقي وتشريعات البلدان العربية ومعظم القوانين الاجنبية تفرق في نطاق المسؤولية العقدية بين ما اذا كان الخطأ الذي صدر من المتعاقد مجرد اهمال او تقصير غير متعمد وفي هذه الحالة لا يكون هذا المتعاقد مسؤولاً الا عن تعويض الضرر المباشر الذي كان متوقعاً وقت ابرام العقد وبين ما اذا كان الخطأ الذي صدر عن هذا المتعاقد جسيماً - او كان الخطأ عمداً - وفي هذه الحالة يسأل هذا المتعاقد عن تعويض الضرر المباشر كله متوقعاً كان او غير متوقع<sup>738</sup> والمهم اذن ان تحدد عند البس اما اذا كانت المسؤولية عقدية لا تعوض فيها الا عن الضرر المتوقع او هي مسؤولية تقصيرية يكون التعويض فيها حتى عن الضرر غير المتوقع فاذا اصيب الراكب في حادث وتحققت مسؤولية امين النقل العقدية لم يكن امين النقل مسؤولاً قبل الراكب وورثته بعده الا عن الضرر المتوقع عن هذا الحادث اما اذا طالبت الورثة بتعويض باسمائهم الشخصية لا باعتبارهم ورثة ، فان ذلك يكون على اساس المسؤولية التقصيرية ، ولكن ماذا يبرر قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع ؟ والجواب يكمن في ان المتعاقدين لم يتعاقدوا الا على ما يتوقعانه من الضرر ، فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد فلا تعويض عنه اما اذا كان هناك غش او ما يعادل الغش من خطأ جسيم في جانب المدين فمسؤولية المدين تنقلب الى مسؤولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع<sup>739</sup> وينتقد الاستاذان

2738- د. حسن علي ذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية - 1 - المصدر السابق - ص 290 - نبذة 422.

1739- انظر د. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - المجلد الثاني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - ط 3 -

(هنري) و (ليون مازو) فكرة انقلاب المسؤولية العقدية بالغش الى مسؤولية تقصيرية اذ لا يزال المدين مسؤولاً بالعقد حتى لو كان سيء النية في عدم تنفيذه ، ويرى ان المسؤولية عن الضرر غير المتوقع في هذه الحالة ليست الا عقوبة مدنية نص عليها القانون ، وان الاصل في المسؤولية عقدية كانت او تقصيرية وجوب التعويض عن الضرر المباشر باكماله حتى لو كان غير متوقع ذلك ان المدين مسؤول عن كل هذا الضرر فهو الذي احدثه مباشرة بخطئه الا ان المسؤولية العقدية تتميز بانها تقوم على العقد فارادة المتعاقدين هي التي تحدد مداها وقد افترض القانون ان هذه الارادة قد انصرفت الى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين فهذا هو المقدار الذي يمكن ان يفترض افتراضاً معقولاً بمثابة شرح اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع ولكن لما كان هذا الشرط باطلاً في حالتي غش المدين وخطئه الجسيم ، اصبح المدين في هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض عن كل الضرر<sup>740</sup> اما اذا كان المدين لم يرتكب غشاً او خطأ جسيماً فانه يسأل فقط عن الضرر المباشر المتوقع ، والضرر المتوقع الذي يسأل عنه المدين هو ما كان متوقعاً في سببه وفي مقداره ويرجع في تقدير ذلك الى معيار موضوعي وهو معيار الرجل العادي في التوقع ، فالطرد المرسل بالبريد الى جهة قد لا يصل بسبب ضياعه وهو سبب متوقع ولكن يشترط ان يكون المرسل قد احاط مصلحة (دائرة) البريد علماً بمحتويات الطرد حتى يكون مقداره الذي يدعيه المرسل متوقعاً كذلك<sup>741</sup> ، وقد يكون الدائن (المدعي) هو الذي افتعل الطريق لدفع

منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - 2000 - ص 770 ف 451-452.  
 2740- د. السنهوري - الوسيط - 1 - المصدر السابق - ص 770-771.  
 1741- د. السيد محمد السيد عمران - الاسس العامة في القانون - المصدر السابق - ص 256 ، ايضاً انظر : د. حسن علي ذنون - المبسوط - الضرر - المصدر السابق - ص 292 ف 427.

المسؤولية عن المدين (المدعى عليه) ومثال ذلك حالة سكوت المدعى وذلك بالنسبة لصاحب السيارة التي اودعها (كراجاً) فاحترقت اذ لا يسال صاحب الكراج عن تعويض ما عسى ان يكون مالك هذه السيارة قد ترك فيها من اشياء او مواد - عدا ما يترك في السيارة عادة من ادوات احتياطية مثلاً - الا اذا كان مالك السيارة قد اخطر صاحب الكراج بوجود هذه الاشياء او المواد داخل السيارة لان سكوته عن اخطار صاحب الكراج يجعل الضرر غير متوقع بالنسبة لهذه المواد او الاشياء فلا يسال صاحب الكراج عن تعويضه<sup>742</sup> ومما يلزم ملاحظته انه يجب للحكم على المدين بالتعويض عن الضرر الناشيء عن اخلاله بتنفيذ التزامه قد توقع الضرر عند ابرام العقد فاذا لم يتوقعه في هذا الوقت وتوقعه بعد ذلك فلا يكون مسؤولاً عنه ، مثال ذلك فيما اذا اشترى شخص سيارة واتفق مع البائع على ان يكون التسليم في تاريخ معين ولكن لم يخبره اذا لم يحصل على السيارة في هذا التاريخ سيصيبه ضرر وسيكون هو (اي البائع) مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر وفي هذه الحالة اذا تأخر البائع في تسليم السيارة فانه لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب المشتري<sup>743</sup> ويلاحظ التعويض في نطاق المسؤولية العقدية يكون عن الضرر المباشر المتوقع سببه ومقداره عند التعاقد اما الضرر غير المتوقع فلا يعرض عنه المدين الا اذا نشأ عن غشه او عن خطئه الجسيم ، اما في نطاق المسؤولية التقصيرية فان التعويض يكون عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع وسبب ذلك ان ارادة الطرفين تتحكم في دائرة المسؤولية العقدية فلا تجيز التعويض الا عن الضرر الذي يتوقعه المتعاقدان وقت التعاقد اما اذا نشأ الضرر عن غش المدين او عن خطئه الجسيم فانه

2742- د. حسن علي ذنون - المبسوط - المصدر السابق - ص 296.  
 1743- د. عبد المجيد الحكيم مع الاستاذ البكري مع الاستاذ البشير - مصادر الالتزام - المصدر السابق - ص 169 نبذة 106.

يخرج من دائرة المسؤولية العقدية ليدخل في دائرة المسؤولية التقصيرية ، وفي دائرة المسؤولية التقصيرية يلتزم المدين بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع لان القانون الزمه بالتعويض عن كل ضرر يعتبر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع<sup>744</sup> ، واخيراً نقول ان الضرر يجب ان يكون محققاً ، فالكسب الذي كان يصبو اليه المدعي وكان بالنسبة له املاً منشوداً وهدفاً مرغوباً يسعى الى تحقيقه ونتيجة فعل المدعي عليه يصبح ذلك الكسب مستحيلاً ، وحرمان المدعي منه نهائياً فلا يمكن عد ذلك ضرراً واجب التعويض ذلك ان الضرر القابل للتعويض يتعين ان يكون محققاً بالتأكيد والتيقن من الخسارة التي لحقت المضرور وهذا ما لم يتحقق فالحرمان يرد هنا على كسب احتمالي والحرمان من كسب احتمالي فقط لا يمثل ضرراً فعلياً محققاً ولعل ذلك ما يبرر حذر القضاء وعدم تقبله بسهولة لتحقيق الضرر الاحتمالي في هذه الحالة التي تتضمن احتمالاً مزدوجاً الذي يقلل فرص التحقق ويقضي مجرد الاحتمال او الافتراض على الرجحان في الكثير من الحالات ، وتطبيقاً لذلك فقد قرر القضاء الفرنسي بصدد رسوب فتاة تبلغ من العمر التاسعة عشرة في شهادة الثانوية العامة بسبب حادث تعرضت له ، عدم صحة ما تدعيه هذه الفتاة من ضرر

2744- الاستاذ عبد الباقي البكري - تنفيذ الالتزام - ص 40 - مشار اليه في مؤلف د. عبد المجيد الحكيم مع الاستاذ عبد الباقي البكري مع الاستاذ محمد طه البشير في مصادر الالتزام - المصدر السابق - ص 58 ، ومع احترامنا لرأي الاستاذ البكري فان المسؤولية المعقدية لا تنقلب الى مسؤولية تقصيرية ، اذا ببقى العقد نافذ وكل الذي يحدث هو فرض تعويض على المدين يتناسب مع غشه او خطئه الجسيم فالاحرى ان نقول ان المسؤولية العقدية تلتقي مع المسؤولية التقصيرية في حالة الغش والخطا الجسيم فان يعوض عنه بالضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع فالقانون احترم ارادة المدين عند التعاقد بشرط عدم الخروج على العقد فلما خرج المدين واساء تنفيذ التزامه بغش او خطا جسيم ، كان الاجدر بالمشرع ان يفرض عليه تعويضاً مناظر لما قام به من غش او خطأ جسيم.

يتمثل في فوات فرصة التحاقها بمهنة الصيدلة نظراً لانعدام الضرر  
 وكونه نظرياً او افتراضياً فالكسب الذي تدعي الفتاة حرمانها منه  
 والمتمثل في عدم التحاقها بمهنة الصيدلة لم يكن الا نظرياً افتراضياً  
 ومن ثمة فلا يكون هناك ضرر يتخذ اساساً للتعويض<sup>745</sup> فالضرر يشترط  
 فيه ان يكون محققاً حالاً او مستقبلاً الا انه ينبغي ان لا يكون احتمالياً  
 لان الضرر الاحتمالي قد يقع وقد لا يقع لانه ضرر وهمي لا يعرض عنه  
 الا اذا وقع<sup>746</sup>.

---

1745- انظر : د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل - تعويض تفويت الفرصة -  
 القسم الاول - بحث منشور في مجلة الحقوق - السنة العاشرة - العدد  
 الثاني يونيو 1986 - تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت - ص 86 و  
 92.

2746- انظر : د. منذل الفضل - الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية -  
 الموسوعة الصغيرة - دار الشؤون الثقافية العامة - 1990 - بغداد - ط  
 1 - ص 8.

## المبحث الثاني

### المطلب الاول

#### الدفع والشكلية والدفع الموضوعية في دعوى المسؤولية المدنية

تولت المادة الثامنة من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 ، تعريف الدفع فقالت الفقرة الاولى منها : الدفع هو الاتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع الدعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً ، وهو بمعناه العام كل وسيلة من وسائل الدفاع التي يلجأ اليها المدعى عليه للرد على مزاعم خصمه ، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه ، ودفاع المدعى عليه يتصور باحدى طرق ثلاث الاول ان ينكر وجود الحق الموضوعي الذي يطلب المدعي حمايته بالدعوى ، وعندئذ يسمى الدفع بالدفع الموضوعي ومثاله الدفع ببطلان العقد مصدر الالتزام المطالب بادائه او الدفع بالوفاء ، الثاني : الا يتعرض لهذا لحق الموضوعي في ذاته ، ولكنه يعترض على قبول طلب المدعي في مواجهته لحماية هذا الحق وعندئذ يسمى الدفع بدفع بعدم القبول ومثاله الدفع بعدم حلول اجل الدين او الدفع بانعدام صفة المدعي ، الثالث : الا يتعرض للحق في الدعوى للمدعي في مواجهته ولكنه يحاول تعطيل سير الدعوى او ينكر صحة عمل من اعمال الخصومة وعندئذ يسمى بالدفع الشكلي<sup>747</sup> ، ويمكن ايضاً تعريف الدفع بانه : مايجيب به الخصم على دعوى خصمه ، والدفع في اصطلاح الفقهاء الشرعيين هو اتيان المدعى عليه بدعوى يريد بها اسقاط

1747- انظر : عبد الرحمن العلام - شرح قانون المرافعات المدنية رقم ( 83 ) لسنة 1969 مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق مرتبة على مواد القانون - الجزء الثاني - 1972 - مطبعة العاني - بغداد - ص 290.

دعوى المدعي<sup>748</sup> والدفع (exception) بمعناه العام يطلق على جميع وسائل الدفاع (moyens des defense) التي يجوز للخصم ان يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه سواء اكانت هذه الوسائل موجهة الى الخصومة او بعض اجراءاتها او موجهة الى اصل الحق المدعى به او الى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرًا اياها ، ويطلق تعبير ، بمعناه الخاص في اصطلاح قانون المرافعات على المسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة اجراءات الخصومة دون ان يتعرض لاصل الحق الذي يزعمه خصمه فيتفادي بها مؤقتاً الحكم عليه بمطلوب خصمه<sup>749</sup> ومجمل هذه الدفوع التي قررها القانون للمعدى عليه تنقسم الى ثلاث وسائل يدفع بها دعوى المدعي الموجهة ضده ، فالدفوع ثلاثة انواع:

- 1- دفوع شكلية.
- 2- دفوع موضوعية.
- 3- دفوع بعدم القبول.

1748- راجع : الاستاذ ضياء شيت خطاب - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي - مطبعة العاني - بغداد 1967 - ص 57 ، انظر ايضاً هامش الصفحة ذاتها ، ويلاحظ ان الفقرة الاوى من المادة الثامنة من قانون المرافعات المدنية العراقي قد مستقاة من نص المادة (1631) من مجلة الاحكام العدلية حيث عرفت المادة الاخيرة الدفع بانه : الاتيان بدعوى من جانب المدعى عليه وتستلزم ردها كلاً او قسماً . انظر : الاستاذ عبد الرحمن العلام - شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 - الجزء الثاني - 1970 - مطبعة العاني - بغداد - ص 114.

2749- د. احمد ابو الوفا - نظرية الدفوع في قانون المرافعات - الطبعة الثانية - 1957 - دار المعارف مصر - ص 11.

## الفرع الاول الدفع الشكلية

وهذه الدفوع تتعلق بصحة اجراءات الخصومة وشكلها كالدفع بعد اختصاص المحكمة او باحالة الدعوى الى محكمة اخرى او ببطلان اوراق التكليف بالحضور ، فالدفوع الشكلية دفوع لا ينازع بها الخصم في حق المدعى به وانما ينازع بها في صحة الخصومة شكلاً امام المحكمة وتهدف الى منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى<sup>750</sup> فمن خلال هذه الدفوع يتوصل المدعى عليه الى الطعن بقانونية الاجراءات قبل الدخول في موضوع الدعوى<sup>751</sup> ، وهذه الدفوع اما ان تكون غير متعلقة بالنظام العام ويقتصر حق التمسك بها على الخصم ومثالها الدفع بعدم اختصاص المحكمة المكان او الدفع بعدم قانونية التبليغات او دفوع شكلية متعلقة بالنظام العام كالدفع بعدم اختصاص المحمة الوظيفي او النوعي او القيمي وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به الخصوم<sup>752</sup> ويعد الدفع الشكلي عند الشراح الفئسين ، وسيلة دفاع بمقتضاها يدفع الخصم دعوى خصمه بقصد تفادي الحكم عليه مؤقتاً بما يدعيه ، ويطعن به في اجراءات الخصومة اما لانها رفعت الى محكمة غير مختصة او رفعت باجراء باطل او يتعين وقف اجراءاتها لمدة معينة وحتى يستوفي اجراء من الاجراءات وذلك من غير المساس باصل الحق المدعى به<sup>753</sup> ويجدر ملاحظة ما يأتي :

---

1750- ينظر : د. احمد السيد حياوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلاً بالقانون رقم (23) لسنة 1992 - والقانون رقم (81) لسنة 1996 - دار النهضة العربية - القاهرة - 1997 - ص 279 - ص 280.

2751- الاستاذ ضياء شيت خطاب - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي - المصدر السابق - ص 59.

3752- راجع القاضي : متحت المحمود - شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1996 وتطبيقاته العملية - ط 1 - 2005 - ص 18.

1753- د. احمد ابو الوفا - نظرية الدفوع - المصدر السابق - ص 12.

أ- ان الدفوع الشكلية يبتدئ التكلم بها قبل التطرق لموضوع الدعوى ،  
 أي في بديء النزاع (in pimine litis) والا سقط الحق في الادلاء بها  
 على اعتبار ان صاحب الحق فيها قد تنازل عنها وهذه قاعدة تتمشى  
 مع المنطق السليم اذ من الطبيعي الا يسمح للمدعى عليه بالتراضي  
 في ابداء هذه الدفوع التي لا تمس اصل الحق بعد التكلم في الموضوع  
 وذلك منعاً من تأخير الفصل في الدعوى هذا بالنسبة للدفوع التي لا  
 تتعلق بالنظام العام ، اما الدفوع المتعلقة بالنظام العام فيجوز ابدؤها  
 في اية حالة تكون عليها الدعوى كالدفع بعدم اختصاص المحكمة  
 المتعلقة بالوظيفة او بنوع القضية او بقيمتها<sup>754</sup> ، ولكن متى يتمسك  
 الخصم بهذه الدفوع الشكلية؟ ، راي المشرع ان منطق الامور يقتضي  
 ان يبدأ الخصم اولاً وفي بدء النزاع بالتمسك بكل جزاء رتبه القانون  
 على مخالفة الشكل ثم يتدرج بعد ذلك الى الموضوع ، فان تعرض  
 للموضوع ولم يطرق ما يتعلق بشكل الاجراءات من دفوع شف ذلك  
 عن تنازله عن التمسك بها أي تنازله عن التمسك بالجزاء الذي رتبه  
 القانون على مخالفة الشكل<sup>755</sup> ويجب ابداء الدفوع الشكلية قبل  
 الدخول في اساس الدعوى<sup>756</sup> والغرض من التمسك بالدفوع الشكلية (هـ)  
 (xceptions) هو كون المدعى عليه يسعى الى الطعن في صحة اجراءات  
 الخصومة ، دون ان يتعرض لاصل الحق الذي يزعمه خصمه فينفادي  
 بها مؤقتاً الحكم عليه بمطلوب خصمه كأن يجيب بان الدعوى قد  
 رفعت الى محكمة غير مختصة او رفعت باجراء باطل<sup>757</sup> وتزول فائدة

2754- د. احمد ابو الوفا - نظرية الدفوع - المصدر السابق - ص 12-13.  
 3755- د. احمد ابو الوفا - نظرية الدفوع - المصدر السابق - ص 168.  
 4756- انظر : المادة (108) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري  
 والمواد (73 و 74 و 95) من قانون المرافعات المدنية العراقي.  
 1757- انظر : د. مدحت محمد سعد الدين - نظرية الدفوع في قانون  
 الاجراءات الجنائية - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة بقانون المرافعات -  
 شاملة آراء الفقه واحكام النقض - 2003 - شركة الاعلانات الشرقية  
 للطباعة - ص 239.

التمسك بالدفع الشكلية اثناء المرافعة في حالة ما اذا تطرق الخصم للموضوع متجاهلا الشكل وبهذا الخصوص قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية بما يأتي [...] وحيث تبين ان المميز المدعى عليه القول كان قد حضر في جلسة 16/8/1980 ودخل في موضوع الدعوى مقراً انه كان يسوق سيارته قرب مدينة جميلة حيث حصل حادث الدهس وبذلك يكون قد اسقط حقه بالدفع بعدم الاختصاص المكاني ... [758]

فالدفع هو وسيلة الخصم الذي يريد مجرد دحض طلب المدعي او منع صدور حكم فيه او تأخير صدوره فهو يعد وسيلة لاستعمال الحق في الدعوى حيث يحمي من خلاله المدعى عليه حقه بواسطة القضاء تماماً مثل الطلب وان كان يختلف عنه من حيث انه وسيلة دفاعية او سلبية ، بينما الطلب ، وسيلة هجومية او ايجابية<sup>759</sup> ويتبين مما تقدم ان المشرع بموجب ابداء سائر الدفع الشكلية اي المتعلقة بالاجراءات. قبل التكلم في الموضوع ، كما يوجب ابداءها معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ويجب ابداء جميع الوجوه التي بنى عليها الدفع المتعلق بالاجراءات معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ، ويستثنى مما تقدم:

(1) الدفع المتعلقة بالنظام العام ، وهذه يجوز الادلاء بها في اية حالة تكون عليها الاجراءات ولو لاول مرة امام النقض (او التمييز).

(2) الدفع التي ينشأ الحق في الادلاء بها بعد التكلم في الموضوع بعد السير في الدعوى ، ومثال ذلك الدفع بالتمسك بميعاد معين او الدفع بالتأجيل لأي سبب جد بعد رفع الدعوى وذلك لأن الحق في التمسك بالتأجيل للاطلاع على المستندات للرد عليها او

2758- انظر: د. آدم وهيب النداوي - المرافعات المدنية - مديرية دار الكتب للطباعة - 1988 ص 214 هامش رقم (1).

3759- انظر: د. نبيل اسماعيل عمر مع د. احمد خليل ، مع د. احمد هندي - قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة - 2004 - ص 302.

لتقديم مستندات او طلبات عارضة او ادخال خصوم هو مما تملك المحكمة تقديره عملاً بالمادة (97) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري<sup>760</sup> وفي قانون المرافعات فان المستثنى من قاعدة وجوب ابداء الدفع الشكلي قبل التطرق لموضوع الدعوى ، الدفوع المتعلقة بالنظام العام فقط دون سواها وهذه الدفوع يمكن حصرها في الدفع بتوحيد دعويين والدفع بعدم جواز اقامة الدعوى في اكثر من محكمة واحدة والدفع بعدم الاختصاص والولائي او الوظيفي او النوعي<sup>761</sup>.

(1) التمسك بانعدام الاجراء ، يجوز ان يدلي به في اية حالة تكون عليها الاجراءات ، لان المعدوم لاتلحقه اية حصانة ، ولا يتصور ان يزول حالة الانعدام ولو بالرد على الاجراء بما يدل على اعتباره صحيحاً لان المعدوم لا يرتب اي اثر قانوني.

(2) يجوز التمسك في اية حالة تكون عليها الدعوى بعدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى عملاً بالمادة 146 من قانون المرافعات المصري.

(3) الاحوال التي يسقط فيها الحق في التمسك بالبطلان بمجرد حضور الخصم .

(4) الدفوع ببطلان الاجراءات التي تتم اثناء نظر الدعوى<sup>762</sup>.

1760- د. احمد ابو الوفا - نظرية الرقوع في قانون المرافعات - المصدر السابق - ص 171 ، كذلك انظر المادة 74/2 من قانون المرافعات الفرنسي النافذ.

2761- انظر: د. آدم وهيب النداوي - المرافعات المدنية - المصدر السابق - ص 216-217-218.

1762- د. احمد ابو الوفا - نظرية الدفوع في قانون المرافعات - المصدر السابق - ص 171-172 ، وبخصوص الرابعة المذكورة اعلاه فاننا لا ندرك ما المقصود بـ(عدم صلاحية القاضي) هل هو (رد القاضي) المعروف في قانون المرافعات المدنية العراقي ام هو عدم اختصاص (صلاحية) المحكمة المكاني ، فعدم الصلاحية في الفقرة المذكورة موجه الى

- ونود ان نبين ان المحكمة من وجوب ابداء الدفوع الشكلية قبل التطرف لموضوع الدعوى يرجع الى عدة اسباب من بينها:
- (أ) تجنب مفاجأة المحكمة بدفع شكلي قد يرتب عليه زوال الخصومة امامها قبل الفصل في موضوعها بعد ان تكون قد سارت شوطاً كبيراً في تحقيقها واوشكت على الفصل فيها.
- (ب) لا يصح ان يبقى الخصم مهددا طيلة مراحل الدعوى بما قد يثيره خصمه من دفوع شكلية ، فضلاً عما ينطوي عليه تحدث الخصم في موضوع الدعوى من اعتباره متنازلاً عن الدفوع الشكلية التي لم يتمسك بها<sup>763</sup>.

---

القاضي في ذاته ، فاذا كان كذلك فهو في القانون العراقي يأخذ حكم المادة (95) فقرة (2) من قانون المرافعات المدنية ، واما اذا كان يقصد به عدم الاختصاص الوظيفي للمحكمة فيأخذ حكم المواد (29-30) من الفصل الاول في الباب الاول من قانون المرافعات المدنية العراقي.

2763- د. احمد السيد حياوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - المصدر السابق - ص 281.

## الفرع الثاني الدفع الموضوعية

وهذه الدفع توجه الى الحق المدعى به بذاته، ولذا فلا يمكن حصرها ، كالدفع بانقضاء الدين بالوفاء او المقاصة القانونية ، والدفع بانتفاء المصلحة القانونية في الدعوى ، او الدفع بعدم ترتب الدين بذمة المدعى عليه او قد ينكر وجوده اصلاً فالدفع الموضوعية تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي كلياً او بعضاً ، ولهذا لا يتصور حصرها لتعلقها بالحقوق ، كما لو ادعى احد على آخر ان له بذمته (1000) دينار مستندا الى مستند كتابي خطي في يده فدفع المدعى عليه بان كان قد اداه هذا الدين نقدا او عينا ، او ان الدائن كان قد قبل منه سيارة قبضها بدلاً عن هذا الدين (الوفاء بمقابل) فاذا اثبت المدعى عليه دفعه رفضت المحكمة طلب المدعي وردت دعواه<sup>764</sup> ، وهذا معنى واسع للدفع الموضوعي اما الدفع الموضوعي بمعناه الضيق فهو يشير الى الوقائع المانعة او المنهية التي يتمسك المدعى عليه بها وتنقسم الى طائفتين:

(أ) وقائع على القاضي اخذها في اعتباره من تلقاء نفسه مادامت قد قدمت اليه ، ولو لم يتمسك بها المدعى عليه ومثالها واقعة عدم مشروعية السبب او واقعة الوفاء بالدين وعندئذ يكون التمسك بالواقعة من جانب المدعى عليه هو مجرد تقديم واقعة للقاضي لم تقدم اليه.

(ب) وقائع ليس لها اثر في حكم القاضي ، إلا اذا تمسك بها المدعى عليه بقصد رفض الدعوى ، فاذا تمسك بها حكم القاضي برفضه الدعوى ، فرفض الدعوى عندئذ يكون نتيجة

---

1764- استاذنا ، د. ممدوح عبد الكريم حافظ - شرح قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 لسنة 1969 الطبعة الاولى - 1971 - 1972 - الجزء الاول - مطبعة الازهر - بغداد - ص 150.

لاستعمال حق مجرد للدعوى عليه وهذا هو الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق<sup>765</sup> ، وهذا الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق يختلف عن سائر الدفوع الموضوعية التي لا تعتبر كذلك في وجهين:

**الوجه الاول:** الدفع يقبل التنازل عنه ، وبهذا لا تنتج الواقعة اثرها اما وسائل الدفاع الاخرى فان التنازل عنها لا يمنع القاضي من ان يأخذ في اعتباره ما تتضمنه من وقائع.

**الوجه الثاني:** الدفع بالمعنى الضيق باعتباره حقاً يقبل التقابل شأنه شأن الدعوى اما الدفاع الذي لا يعتبر كذلك فانه لا يقبل التقادم<sup>766</sup> ، ويجري الفقه على التفرقة بين الدفوع الموضوعية التي تتعلق بالنظام العام ، وتلك التي لا تتعلق به ، فتقضي المحكمة بالاولى من تلقاء نفسها دون الثانية وهذا المعيار غير كافٍ فالمسألة في الواقع لا تتعلق بالنظام العام قدر تعلقها بسلطة القاضي في الخصومة ، ويمكن في هذا الشأن القول انه يجب على القاضي ان يشير من تلقاء نفسه عند عدم وجود الواقعة المنشئة لحق المدعي ولو كان النظام العام غريباً عنها ، وعلّة هذا ان الخصومة يجب ان لا تكون وسيلة لحماية حق غير موجود وهذا الواجب يقع على القاضي سواء كان الخصم غائباً او كان حاضراً ولم يدفع بهذه الواقعة فمن واجب القاضي ان يدفع الطلب الذي لا يقوم على اساس الواقعة او من القانون وهناك وقائع مانعة ومنهية للنزاع تتميز بانها لا ترتب اثرها الا اذا تمسك بها المدعى عليه ، بحيث اذا لم يتمسك بها المدعى عليه ، فإن حق المدعي يعتبر قائماً ويجب قبول دعواه ومثال الدفع بالابطال والدفع

1765- د. مدحت محمد سعد الدين - نظرية الدفوع في قانون الاجراءات الجنائية - المصدر السابق - ص 240-241.

2766- د. مدحت محمد سعد الدين - نظرية الدفوع في قانون الاجراءات الجنائية - المصدر السابق - ص 242.

بالمقامة<sup>767</sup> ، وندرك مما سبق ان سلطة القاضي قد تتفوق على سلطة النظام العام ، وفي تقديرنا انه لا يجوز للقاضي اثاره الدفع الموضوعي من تلقاء نفسه ، لانه لما كان لا يجوز له الحكم للمدعي بشيء دون طلب فكذلك لا يجوز له ان يثير دعواً موضوعياً للمدعي عليه من تلقاء نفسه ، ولاننا امام دعوى مدنية تحمي حقوقاً خاصة لا يحكم بها القاضي الا بسبق دعوى حتى ولو كانت عائدة للدولة ، ولكن القاضي المدني لا يتعرض للنزاع بمجموعه وانما يتعرض للجزء الذي دفعت به الدعوى فقط لهذا لا يجوز له الحكم باكثر مما طلبه الخصم ولو كان يستحقه ولو يجوز له الحكم بغير ما طلبه فإن فعل ، فان حكمه سوف ينقض عند الطعن به تمييزاً<sup>768</sup> ، وهناك رأي في الفقه يتجه الى ان للقاضي اثاره الدفع الموضوعي من تلقاء نفسه سواء تعلق الامر بالنظام العام ام لا ويبررون رأيهم هذا بانه مرتبط بمدى دور القاضي في الخصومية وحيث ان الدفع الموضوعي يعبر عن الوجه السلبي للنزاع وحيث ان قواعد العدالة تفرض على القاضي ان يتعرض للنزاع باكماله فيكون له ان يحكم بالدفع الموضوعي من تلقاء نفسه اذا تبين له ذلك من الوقائع المعروضة عليه<sup>769</sup> ، ولكن قد توجد بعض النصوص التي تحدد سلطة القاضي في قبول الدفع الموضوعي من عدم قبوله ومثال ذلك ما أورده المادة (442) من القانون المدني العراقي حيث نصت : [1- لا يجوز للمحكمة ان تمنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب ان يكون ذلك بناءً على

1767- انظر : الاستاذ . عبد الرحمن العلام - شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 - المصدر السابق - ص 290-291.

2768- د. آدم وهيب النداوي - المرافعات المدنية - المصدر السابق - ص 2220 هامش رقم (2).

1769- انظر بهذا الخصوص : فتحي والي - قانون القضاء المدني اللبناني - ص 687-688 ، ايضاً انظر : ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائي الخاص - الجزء الاول - ص 642 مشار اليها في مؤلف د. آدم وهيب النداوي - المرافعات المدنية - المصدر السابق - ص 220.

طلب المدين او بناءً على طلب دائنيه او أي شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع ، 2- ويجوز التمسك بالدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو امام المحكمة الاستئنافية الا اذا تبين من الظروف ان المدعي عليه قد تنازل عن دفع [ونريد ان نقف هنا على سمة مميزة من قانون المرافعات العراقي اشارت اليها الاسباب الموجبة لقانون المرافعات فيما يخص مرور الزمان للتقادم المانع من سماع الدعوى ، فقد نهج القانون فيها نهجاً آخر ، فلم يرد حكم الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون المرافعات السابق رقم (88) لسنة 1956 التي كانت تسمح بابداء هذا الدفع حتى في مرحلة الطعن بالتمييز ذلك ان هذا الدفع موضوعي بحت وحق الخصوم اسقاطه صراحةً او ضمناً والاصل في التشريع العراقي المستمدة اصولاً من الشريعة الغراء (فيما يتعلق بمرور الزمان) ان الحق لا يتقادم وانه لا يسقط حق امرئ وان قدم<sup>770</sup> .

وختاماً لموضوع الدفوع الموضوعية فان سلوك المدعي عليه طريق الدفوع الموضوعية هو لدفع الدعوى المقامة عليه حيث ان هذا الطريق يكسبه - اذا نجح - حكماً لمصلحته برد دعوى خصمه، والدفوع الموضوعية من حيث بيانها او تنظيم ايداءها ليست من خصائص قانون المرافعات وانما تنظمها وتضع احكامها القوانين المقررة للحقوق وهي القانون المدني والقانون التجاري وغيرها ولا يلتزم بها ترتيباً معيناً سوى ما يقتضيه حسن دفاع المدعى عليه عن نفسه من تقديم الدفوع

2770- انظر : د. آدم وهيب النداوي - المرافعات المدنية - المصدر السابق - ص 221 ، وفي تقديرنا فان هذا النهج ينسجم مع منطق العدلي والقانوني ، فالمدين اذا اوفى الدين يستطيع ان يدفع بالتقادم المانع من سماع الدعوى حتى ولو لم يكن بحوزته دليل الوفاء اما اذا لم يف بالدين فلماذا تيسر له السبيل التملص من ايفاء حقوق الاخرين ، وبهذا يختلف التشريع العراقي عن اغلب التشريعات العربية التي تجعل هذا الدفع الموضوعي من النظام العام الذي يجوز للشخص اثارته حتى امام محكمة =التمييز من كما ان للمحكمة ان تشير من تلقاء نفسها ، انظر : د. آدم وهيب النداوي - المرافعات المدنية - المصدر السابق - ص 221.

الحاسمة على الدفوع الاقل قوة ومن اعتبار الدفع الاقل قوة مقدا على سبيل الاحتياط ومراعاة عدم التناقض بين الدفوع الموضوعية حتى لا يهدم بعضه بعضا ويجوز ان تقدم هذه الدفوع في اية حالة تكون عليها الدعوى ولا يعتبر تنازلا عن الدفع الموضوعي لتقديم دفع آخر عليه وابداء الدفع الموضوعي تعرضا للموضوع والحكم فيه هو حكم بموضوع المدعى به ويجوز التمسك حجة الشيء المحكوم به فلا يجوز تجديد النزاع امام المحكمة التي اصدرته ام امام اية محكمة اخرى<sup>771</sup> اضافة الى الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية فانه بامكان

المدعى عليه التمسك بنوع اخر من الدفوع يدعى بالدفوع بعدم القبول، وهذا نوع من الدفوع هو الوسيلة القانونية التي يرمي بها الخصم الى اعلان عدم جواز النظر في ادعاء خصمه لانتفاء حقه في الدعوى، أي لانتفاء حقه في الحصول على الحماية القانونية، من خلال اجراء معين هو الطلب او الدفع، فانه يمكن القول بان عدم القبول هو الوسيلة القانونية التي يرمي بها الخصم الى اعلان عدم جواز النظر في الطلب او الدفع، ونظرا لان الطعن يمارس ايضا من خلال طلب قضائي فيجوز ايضا الدفع بعدم قبوله<sup>772</sup>، وفي قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر في 5 ديسمبر لعام 1975 والنافذ مطلع عام 1976 في المادة (122) منه، قد تبين ان الدفوع بعدم القبول ينصرف معناها الى كل دفع ينكر به الخصم ودون المساس بالموضوع دعوى خصمه على اساس انتفاء شروط قبول دعواه ويكون ذلك بسبب فقد الصفة او الاهلية او المصلحة<sup>773</sup>، وصحيح ان هذا الدفع منفرد عن باقي الدفوع الشكلية والموضوعية الا انه يقترب بعض الشيء من الدفوع

1771- الاستاذ: عبد الرحمن العلام - شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 - الجزء الاول - المصدر السابق - ص 116.  
1772- انظر: د. نبيل اسماعيل عمر مع د. أحمد خليل مع د. أحمد هندي - قانون المرافعات المدنية والتجارية - المصدر السابق ص 325.  
2773- د. آدم وهيب النداوي - المرافعات المدنية - المصدر السابق ص 222.

الشكلية ومرد هذا التقرب ان الدفوع بعدم القبول كالدفوع الشكلية لانها لا تتعلق باصل الحق المدعى به ولكنها تختلف في انها لا تتعلق باجراءات التقاضي كالاختصاص والتبليغات، وانما تتعلق بحق رفع الدعوى وتوافر شروط قبولها هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان الدفوع الموضوعية في انها يجوز التقدم بها في اية مرحلة من مراحل الدعوى ولكنها تختلف عن الدفوع الموضوعية في انها لا تتعلق بالحق الموضوعي محل النزاع وانما تهدف الى انكار وجود الدعوى، وهذا الدفع هو من حق الخصوم وللمحكمة ان تشير من تلقاء نفسها لانه متعلق بالنظام العام وقد نصت المادة (80) من قانون المرافعات العراقي على انه [ 1- اذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في اساسها، 2- للخصم ان يبدي هذا الدفع في اية حالة تكون عليها الدعوى]<sup>774</sup>، وتقول محكمة التمييز العراقية في هذا الشأن: [لدى التدقيق والمداولة وجد ان المميز قد دفع بعريضته التمييزية انه من مواليد 1/7/1952 وانه لم يكن كامل الاهلية عند رفع الدعوى وانشاء المرافعة ابرز دفتر نفوسه لاثبات دفعه وحيث ان هذا الدفع لم يسبق ايراده امام محكمة الصلح (البداء) غير ان الفقرة الثالثة من المادة (209) من قانون المرافعات اجازت ايراده لاول مرة امام محكمة التمييز ولما كان ثبوت هذا الدفع له تأثيره على الخصومة في الدعوى لذا قرر نقض الحكم المميز]<sup>775</sup> وفي قرار آخر لمحكمة التمييز العراقية اشارت فيه الى الدفع بعدم القبول حيث قالت: [لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن مدته القانونية فقرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على

1774- انظر: د. آدم وهيب الندوي - المرافعات المدنية - المصدر السابق ص-222-223.

2775- قرار محكمة التمييز العراقية، رقم القرار 828/ حقوقية رابعة / 1970 في 9/7/1970 النشرة القضائية - العدد الثالث - السنة الاولى 1970 - ص 6.

القرار المميز وجد ان محكمة الموضوع قررت اجراء الكشف وفق الطلب رغم دفع المطلوب الكشف ضده بعدم توجه الخصومة وحيث ان الخصومة في الدعوى تختص المحكمة بالتحقيق فيها ولو من تلقاء نفسها لانها من النظام العام استنادا الى احكام المادة (80/1) من قانون المرافعات المدنية ومما ينطبق على الدعوى في هذا الخصوص يسري على الطلبات المتعلقة بالقضاء المستعجل (المادة - 150 من قانون المرافعات المدنية) فكان على المحكمة قبل اتخاذ أي اجراء التحقق من الخصومة في طلب الكشف المستعجل ومعرفة الخصم الحقيقي لاجراء الكشف بمواجهته حفاظا على حقوقه وحقوق طالب الكشف، عليه وحيث ان المحكمة سارت بخلاف ذلك قدر نقض قرارها بعدم الاستجابة لطلب التأكد من الخصومة، واعادة الاضبارة اليها للسير فيها وفق ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر قرار بالاتفاق في 4/10/1989<sup>776</sup>، اما بخصوص راي القضاء المصري فان محكمة النقض المصرية قد ناقشت في حكمها الصادر في 29/3/1963 السنة 13 ص 336، ان الدفع بعدم القبول يرمي الى الطعن بعدم توافر الشروط الازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة، والحق في رفع الدعوى باعتباره مستقلا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كانه عدمه في الدعوى او سقوطه لسبق الصلح فيها او لانقضاء المدة المحدودة لرفعها وان الدفع بعدم قبول الدعوى ينحصر في الاحوال التي ينكر فيها الخصم صفة خصمه، او ينفي صفته هو في اقامة الدعوى عليه، او ينكر وجود دعوى لدى خصمه لسبق صدور حكم في موضوعها او لسبق الصلح فيها او لسبق الاتفاق على عرض ذات النزاع على محكمين، او لدفع الدعوى في غير

1776- القرار التمييزي المرقم 203/مستعجل/1989 الصادر من محكمة استئناف بغداد (غير منشور)، اورده القاضي مدحت المحمود - شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 - المصدر السابق - ص 133، هامش رقم (5) المادة (80).

مناسبة او الميعاد المحدد لذلك كرفعها قبل هذا الميعاد او تلك المناسبة اوبعده، او لعدم رفعها على كل من يوجب القانون اختصاصهم او لعدم رفعها من جانب اشخاص معينين يوجب القانون رفعها من جانبهم او لعدم اتخاذ الاجراء الذي يوجبه القانون قبل رفع الدعوى<sup>777</sup> ويتجه غالبية فقه المرافعات المصري<sup>778</sup> الى ان الدفع بعدم القبول لا يوجه الى اجراءات الخصومة، ولا يوجه الى ذات الحق المدعى به، بل يرمي الى انكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى<sup>779</sup> فهو يوجه الى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، وما اذا كان من الجائز استعمالها، ام ان شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التي يتعين ان تتوافر لقبول الدعوى، او لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة<sup>780</sup>.

---

2777- استاذنا د. ممدوح عبد الكريم حافظ - شرح قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 لسنة 1969 - المصدر السابق - ص 156.  
 3778- د. أحمد ابو الوفا - نظرية الدفع في قانون المرافعات - المصدر السابق ص 16.  
 4779- د. أحمد ابو الوفا - نظرية الدفع في قانون المرافعات - المصدر السابق ص 17 وما بعدها.  
 1780- د. مدحت محمد سعد الدين - نظرية الدفع في قانون الاجراءات الجنائية - المصدر السابق - ص 243.

## المطلب الثاني

### دفع المسؤولية المدنية بدحض القرائن

القرين : لغة ، هي اجتماع شيئين او اشياء في معنى من المعاني ، قال تعالى : [ او جاء معه الملائكة مقترنين ] ويقال قارنت الشيء بالشيء جمعت بينهما ، وقال تعالى : [ انى كان لي قرين ] وقال قرينه هذا مالدي ، ( فهو له قرين ) ، والقرن القوم المقترنون ، والقرون النفس لاقترانها بالجسم ، او الذي يضع رجله مكان يديه في مشيه وكأنه يقرنها ولها معان اخرى لا مساس لها بهذا الموضوع<sup>781</sup> ، وتعرف القرائن بوجه عام بانها : استنباط امر غير ثابت (مجهول) من امر ثابت (معلوم) على اساس انه يغلب في الواقع ان يتحقق الاثبات من الواقعة المراد اثباتها الى واقعة اخرى قريبة منها او متصلة بها ، اذا اثبتت ، اعتبرت دليلاً كاملاً على اثبات صحة الواقعة الاولى<sup>782</sup> ، فالقرينة تنطلق من واقعة معينة كي تصل الى وجود واقعة اخرى مجهولة ، والاستدلال بالقرائن يكون بالاستنباط المبني على الكثرة الغالبة من الاحوال فيضع منشيء القرينة مشرعاً كان ام قاضياً مستلهماً

1781- انظر : الاستاذ عبد الله القماطي - القرائن ومدى اعتمادها على القضاء المدني - بحثه منشور في مجلة القضاء والتشريع التونسية - تصدر عن كتابة الدولة للعدل الجمهورية التونسية - 1964 - ص 4.  
1782- النظر : الاستاذ الدكتور عباس العبودي - شرح قانون البينات - دراسة مقارنة معززة بالتعديلات التشريعية والمبادئ القانونية - دار الثقافة - الاردن - عمان - الطبعة الاولى - 2007 - ص 173.

من طبيعة الاشياء ويقوم باستدلال يضع بموجبه صلة منطقية بين الوقائع المعلومة والوقائع المراد اثباتها<sup>783</sup> ، واذا كانت طرق الاثبات كافة لا تعطي في حقيقتها اكثر من احتمال راجح ، ولا توصل الى يقين ، فان فكرة الرجحان تظهر بشكل اوضح في القرائن ، فحيث يكون الراجح الغالب الوقوع ، ان تقوم الواقعة المنشئة للآثر المتنازع فيه كلما قامت واقعة اخرى ، فانه يكتفي باثبات هذه الواقعة التي تحل محل الواقعة الاصلية في الاثبات<sup>784</sup> ، ومن القرائن ما لا يسوق تعطيل شهادته اذ منها ما هو اقوى من البيئة والاقرار ، وهما خبران يتطرق اليهما الصدق والكذب<sup>785</sup> ، فالقرائن اذاً ادلة غير مباشرة لانه لا يتسلط الاثبات على الشيء عينه الذي هو مصدر الحق ومناطه بل على شيء آخر اذا ثبت امكن استخلاص الواقعة المراد اثباتها منها وهذا النوع من تحويل الاثبات من محل لغيره ، مثال توضيحي : اذا ثبتت الزوجية بين المتعاقدي استفيد ان العقد المبرم بينهما صوري في حالة المرض المتصل بالموت واستغراق الديون لذمة من صدر منه التفويت

1783- الاستدلال : هو استنتاج قضية او عدة قضايا اخرى والاستدلال قد يكون استنباطاً او استقراء ، والاستنباط هو انتقال الذهن من قضية او عدة قضايا (المقدمات) الى قضية اخرى (النتيجة) وفق قواعد المنطق اما الاستقراء فهو حكم على كلي لوجود ذلك الحطكم في جزئيات ذلك الكلي اما كلها واما اكثرها : انظر بهذا الخصوص د. علي عبد المعطي محمد - المنطق ومناهج البحث العلمي - دار الجامعة المصرية - الاسكندرية - 1967 - ص 138-139.

2784- انظر : Roger De cottignies , Les presumption in droit prive , paris , 1950 , p11. مشار اليه في رسالة الدكتورة نجلاء توفيق نجيب - عبء الاثبات في الدعوى المدنية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة الموصل - كلية القانون - 1998 - ص 218 .-

3785- قرار محكمة النقض المصرية في 23 مارس 1966 - مجموعة احكام النقض 7- 666 - 92- اورده د. مفلح عواد القضاة - البيئات في الواد المدنية والتجارية - دراسة مقارنة - دار الثقافة للنشر والتوزيع - 2007 ط 1 - الاردن - عمان - ص 255 - 256 هامش وُقْم (1).

ووجود حجة الدين بيد المدين قرينة على خلاصة فيه وهكذا<sup>786</sup> ،  
ومن خلال هذا التوضيح الموجز لمعنى القرينة يتضح ان للمدعى  
عليه دحض القرائن بكافة الوسائل التي يقتنع بها القاضي ويرى  
انها كفيلة بدفع المسؤولية المدنية عن المدعى عليه ولوصول  
المدعى عليه لهذه النتيجة وهي انتفاء مسؤوليته او دفعها، عليه  
دحض القرينة (كما اسلفنا) الا ان القرائن لا تكون على نوع واحد  
بل تختلف من قرينة الى اخرى فتوجد قرائن قانونية واخرى قرائن  
قضائية ولكل منها اسلوبها الخاص المؤدي الى الغاء اثرها او  
دحضها ولذا يجب عرض القرائن بنوعها القانونية والقضائية لكي  
يتبين كيفية دحض كل منها :

## الفرع الاول

### دحض القرائن القانونية

القرائن القانونية هي التي وردت بها نصوص خاصة ولا مجال  
للتوسع فيها والقياس عليها ويجب الوقوف عندها فركانها الاساسي  
وعنصرها الوحيد هو القانون وحده لا شيء سواه واصلها ومصدرها  
الذي انبثقت منه هي القرائن الفعلية غير ان القانون احتضنها  
وتبناها بعد ان تعهدتها بالتنقيح والضبط والتهذيب وفرض مراعاتها  
واحترامها على القاضي والمتقاضي معاً بعد ان كانت اختيارية  
الاخذ بها او الغائها<sup>787</sup> ، اي ان هذه القرينة هي من استنباط  
المشرع امراً غير ثابت من امر ثابت ، ومن ثم فهي تغني من  
تقررت لمصلحته عن تقديم اي دليل آخر من ادلة الاثبات على

4786- الاستاذ عبد الله القماطي - القرائن ومدى اعتمادها في القضاء  
المدني - المصدر السابق - ص 5.

1787- انظر : الاستاذ عبد الله القماطي - القرائن ومدى اعتمادها في  
القضاء المدني - المصدر السابق - الصفحة السابقة.

الواقعة المستنبطة<sup>788</sup> ومن الامثلة التي يقتبسها الفقه الفرنسي على القرائن القانونية تابسيطة في القانون المدني الفرنسي المادة (1283) مدني فرنسي) التي تنص على تسليم الصورة التنفيذية للسند تسليماً اختياراً يفيد البراء او الوفاء ، ما لم يقع الدليل على العكس ، اما في القانون المدني المصري فمن النصوص التي تقيم قرائن قانونية غير قاطعة المادة (917) التي تجعل الاحتفاظ في التصرف لاحد الورثة بحيازة العين وبالحق في الانتفاع قرينة غير قاطعة على ان التصرف مضاف الى ما بعد الموت ، ويشير الفقه الانكلو أمريكي الى ان القرائن القانونية القابلة للنقض الرئيسية في التشريعات الانكلو أمريكية تتعلق بقضايا الاحوال الشخصية<sup>789</sup> ومن الامثلة على القرائن القانونية القاطعة للمادة (64) في فقرتها الاولى من قانون التجارة العراقي ذي الرقم (30) لسنة (1984) حيث نصت على انه [يعتبر قبول الحوالة قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى القابل ولا يجوز نقض هذه القرينة في علاقة المسحوب عليه بالحامل].

والقانون المدني الفرنسي قد حدد امور معينة تظهر فيها القرينة القانونية وهذه الامور هي :

أ- التصرفات التي يقرها القانون انها باطلة ، مفترضاً انها ابرمت للاحتيال على احكامه ، وذلك نظراً لصفاتها وحدها.

1788- انظر : المادة (98) من قانون الاثبات العراقي والمادة (99) من قانون الاثبات المصري والمادة (301) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني والمادة (1249) من القانون المدني الفرنسي.

2789- انظر : P st . J . Langan , civil procedure and Evidence , sweet and Maxwell , London : 1970 . p70

مشار اليه في رسالة د. نجلاء توفيق نجيب - عبء الاثبات في الدعوى المدنية - دراسة مقارنة - المصدر السابق - ص 219.

- ب- الاحوال التي يقرر فيها القانون ان كسب الملكية او براءة الذمة تنتج عن بعض ظروف معينة.
- ت- الحجية التي يرتبها القانون على الامر المقيض.
- ث- القوة التي يجعلها القانون لاقرار الخصم او ليمينه<sup>790</sup> اسباب اختيار القرائن كوسيلة لدفع المسؤولية المدنية :
- رب سائل يسأل ، لماذا وقع الاختيار على القرائن لاستعمالها وسيلة لدفع المسؤولية المدنية وذلك بدحض تلك القرائن؟
- ان الاجابة تكمن بالاسباب التالية :-
- 1- ان المشرع المدني نفسه قد نص على دحض هذه القرائن (القرائن القانونية البسيطة او غير القاطعة) وذلك باثبات عكسها<sup>791</sup>.
  - 2- ان هذه القرائن البسيطة جاءت لنصرة المدعى عليه.
  - 3- ان نطاق اثبات عكس القرينة يشمل كل طرق الاثبات لذا يكون لدى المدعى عليه المساحة الكافية ليستعمل ما يشاء من طرق الاثبات لدحض القرينة المقامة ضده.

1790- انظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط - ج 2 - الاثبات - آثار الالتزام - ط 3 2000 - منشورات الحلبي الحقوقية - ص 599 ، ونصت المادة (1350) من القانون المدني الفرنسي على هذه الامور او الحالات حيث جاء في هذه المادة : La Presomption Legale est celle qui est attaché A

2791- انظر : المادة (40) من قانون البيئات الاردني رقم 37 لسنة 2001 ، المادة (100) من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 ، المادة (404) من القانون المدني المصري ، المادة (301) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، المادة (1352) من القانون المدني الفرنسي ، علماً ان المشرع الفرنسي لم ينص في هذه المادة بصورة صريحة عن امكانية دحض القرينة القانونية.

- 4- ان القرائن عبارة عن الجمع بين الواقعة الحقيقية والافتراض ويكون الاخير مجاله اوسع من الواقعة الحقيقية ، لذا فان من الممكن تحقق الواقعة وتطابقها مع الافتراض.
- 5- ان فكرة الدليل (بصورة عامة) تقتضي دائماً ان يتاح اثبات عكسه من جانب من يتمسك ضده بهذا الدليل<sup>792</sup>.
- 6- القرائن هي اضعف ادلة الاثبات لذا من السهولة دحضها باثبات ما يخالفها<sup>793</sup>.

---

1792- أ. د. عباس العبودي - شرح احكام قانون البنات - المصدر السابق - الصفحة السابقة.

2793- انظر : احمد نشأت - رسالة الاثبات - الجزء الثاني - دار الفكر العربي - الطبعة السابعة - 1972 ص 425 ق 751.

## ادلة نقض القرائن لقانونية:-

### اولاً :- الادلة التشريعية :-

نصت المادة (100) من قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 على انه [يجوز نقض القرينة القانونية بالدليل العكسي ما لم ينص القانون على غير ذلك] وايضاً نجد حق نقض القرينة القانونية البسيطة في المادة (40) من قانون لابينات الاردني رقم 37 لسنة 2001 حيث نصت هذه المادة على ان [القرينة التي ينص عليها القانون يغني من تقرر لمصلحته عن اية طريقة اخرى من طرق الاثبات على انه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك] ، وهذا المجال الذي وضعه المشرع للمدعى عليه باثبات عكس القرينة القانونية ، التي تكون ضده ، ينحصر في القرائن القانونية البسيطة او غير القاطعة اذ ان القرائن القانونية منها ما يكون بسيطاً ممكناً اثبات عكسه ، ومنها ما يكون قاطعاً لا يقبل اثبات العكس ، والاصل في القرائن القانونية ان تكون قرائن بسيطة قابلة لاثبات العكس<sup>794</sup> ومن الامثلة ايضاً على النصوص التي اشارت الى امكانية دحض القرينة القانونية البسيطة المادة (1283) من القانون المدني الفرنسي التي تنص [ان تسليم الصورة التنفيذية للسند تسليمياً اختيارياً يفيد البراء او الوفاء ، ما لم يقيم الدليل على العكس ، اما في القانون المدني المصري فمن النصوص التي تقيم قرائن قانونية غير قاطعة المادة (917) التي تجعل

1794- انظر في هذا المعنى :- أ.د. عباس الصراف مع الدكتور جورج حزبون - المدخل الى علم القانون - نظرية القانون - نظرية الحق - دار الثقافة للنشر والتوزيع - 2005 - ص 238 و 240 ، أ.د. عباس العبودي شرح احكام قانون البيئات - المصدر السابق - ص 175.

الاحتفاظ في التصرف لاحد الورثة بحيازة العين وبالحق في الانتفاع قرينة غير قاطعة على ان التصرف مضاف الى ما بعد الموت ومن الامثلة ايضاً على القرائن القانونية القابلة لاثبات العكس المادة (132 ف 2) من القانون المدني العراقي التي تفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد<sup>795</sup>.

### **ثانياً :- الادلة الفقهية :-**

ان علة القرائن القانونية التي يسمح المشرع باثبات عكسها تكمن في ان العدالة تقتضي بانه اذا سمح لشخص باثبات دعواه يجب ايضاً ان يسمح لخصمه ان يثبت ما ينفي هذه القرينة واقامة الدليل على نفيها بطرق الاثبات كافة مهما كانت قيمة النزاع<sup>796</sup>، ويرى الفقيه (جني Geny) في هذا الصدد ان المشرع الحكيم عندما يقيم قرينة قانونية ينبغي في الاصل ان يجعلها قابلة لاثبات العكس فالقرينة القانونية دليل يقوم على الراجح الغالب الوقوع لا على التأكيد المطلق ، فيجد افساح المجال لمن قامت ضده القرينة ان يثبت ان حالته لا تندرج تحت هذا الراجح الغالب الوقوع ، فاذا ما اراد المشرع ان يجعل القرينة غير قابلة لاثبات العكس ، فلا بد ان يكون عنده من الاسباب الجوهرية ما يدعوه الى اقفال الباب دون نقض القرينة وقلب الراجح الغالب الوقوع الى التأكيد المطلق حتى يجعل القرينة تسيطر في كل حالة دون ان يمكن دحضها ، ثم ينبغي الى جانب ذلك ان ينص المشرع على ان القرينة لا تقبل

1795- انظر : د. نجلاء توفيق نجيب - عبء الاثبات في الدعوى المدنية - دراسة مقارنة - المصدر السابق - ص 219.

2796- المحامي حسين عبد الهادي البياع - شرح قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 مدعم بالامثلة والقرارات التمييزية مع نص القانون - الطبعة الاولى - 1986 - مطبعة الاقتصاد - ص 79.

اثبات العكس ، كما فعل المشرع الالمانى في المادة (292) من تقنين المرافعات ، وينص (جنى) على المشرع الفرنسى انه لم يخطط هذه الخطة ، بل لجأ الى معيارين ينطويان على درجة كبيرة من الابهام والغموض ، ثم يقول ان هذا الغموض قد افسح المجال للقضاء والفقهاء في تفسير النصوص بما يتحقق مع القواعد الصحيحة فتكون القرينة قاطعة او غير قاطعة تبعا للاعتبارات التي حملت المشرع على اقامتها<sup>797</sup> ويرى جانب آخر من الفقهاء ان القرينة البسيطة تقبل دائماً بينة العكس واثبات حكمها هو حق للخصم انطلاقاً من القاعدة العامة في الاثبات التي تفيد بجواز نقض الدليل بدليل معاكس ، وبديهي التفكير ان الاصل ، في القرائن القانونية البسيطة ، انها قابلة لبينة العكس - ولا يشذ عن هذا الاصل الا النص الخاص القاضي بعدم جواز اقامة الدليل المعاكس - ما يعني انه يعود للخصم ان يقيم الدليل على انها لا تنطبق على واقع الدعوى ، أي على الحالة المراد تطبيقها عليها<sup>798</sup> ، فالقرائن تبنى على اساس القابلية للتصديق ، بناءً على فكرة ان اليقين امر نادر في مجال القانون ، فكان من الضروري لاعمال القانون ، ان نحول ما هو غير مؤكد الى مؤكد ، والشكوك الى حقائق اعتماداً على ما يحدث وفقاً للسير العادي للامور<sup>799</sup> الا ان

1797- انظر : الاستاذ جنى (Geny) - العلم والصياغة في القانون الخاص - الجزء الثالث - القرائن - ص 298 و 301 و 309 و 312 مشار اليه في مؤلف د. السنهوري - الوسيط - الجزء الثاني - المصدر السابق - 610-611 هامش رقم (1).

2798- انظر : د. ادوارد عيد - موسوعة اصول المحاكمات المدنية - الجزء السابع عشر - ص 51- اورده المحامي الياس ابو عيد - نظرية الاثبات في اصول المحاكمات المدنية والجزائية - لبنان - الجزء الثالث - منشورات زين الحقوقية - 2005 - ص 160.

1799- د. عبد الحي حجازي - المدخل لدراسة العلوم القانونية - الجزء الاول - الكويت - 1972 ص 422 ف 330.

هذه الامور غير المؤكدة وهذه الشكوك تبقى على حقيقتها مما يمكن اثبات ما يخالفها ومثال القرائن التي يمكن دحضها ، قرينة التأثير على السند بما يفيد براءة المدين منه الوصل الذي يأخذه المستأجر من المؤجر عن الايفاء بقسط معين والذي يؤخذ منه ، ان المستأجر قد سبق له ان سدد الاقساط السابقة على القسط الذي يحمل الوصل المعطى من الدائن دليل وفائه ، فإن المؤجر يستطيع بطرق الاثبات كافة اثبات خلاف هذه القرينة وبأن المستأجر لم يدفع في حقيقة الحال سوى القسط الذي هو موضوع الوصل المبرز من قبله ، وكثيراً ما يستفاد من نص القانون ان القرينة التي يقيمها المشرع هي قرينة بسيطة غير قاطعة بأن يقرر هذه القرينة قابلة لاثبات العكس<sup>800</sup> ، ومهما يكن من امر فإن الفقه المدني قد اهتم بمسألة تأثير القرائن القانونية في عبء الاثبات وذلك ببحثها ووضع الحلول لها ، وقد ذهبت الغالبية الى ان القرائن تقلب او تعدل عبء الاثبات<sup>801</sup> ، أي انها تنقل عبء الاثبات الى عاتق الطرف الاخر في الخصومة<sup>802</sup> ، في حين يشير رأي آخر الى ان القرائن تعفي من الاثبات بالنتيجة ومن ثم من يتمسك بقرينة قانونية يكون على رأي بعضهم بمنجى من مخاطر الاثبات<sup>803</sup> ويذهب جانب آخر من الفقه الى ان مهمة

2800- أ.د. عباس الصراف مع د. جورج خربون -المخل الى علم القانون - المصدر السابق - ص 240-241.  
3801- انظر :

Pipert and olanio L(cabolde) tvll , no 1421 , Boris starck , Henri Ronald et Laurent Boyer : Introduction Au droit Imprimerie du sud , toulouse , Paris 1988 P559.

4802- د. نجلاء توفيق نجيب - عبء الاثبات في الدعوى المدنية - رسالة دكتوراه - المصدر السابق - ص 221.  
1803- انظر:

Salmond , on Jurisprudence 12th ed , P , J , fitlgerall n 130 , P30.

القرينة القانونية هي الاعفاء من الاثبات فالخصم الذي يقوم لمصلحته قرينة قانونية يسقط عن كاهله عبء الاثبات وان على القرينة القانونية اذا كانت قابلة لاثبات العكس فانها تنقل عبء الاثبات ممن يتمسك به من الاثبات اعفاءً نهائياً ولا تقتصر على نقل عبء الاثبات ولكنه يستدرك فيشير الى ان على الخصم اثبات الواقعة التي تقوم عليها القرينة القانونية<sup>804</sup> ، ان التعمق في تحليل الدور الذي تحتله القرينة القانونية تجعنا نسلم بأن القرينة القانونية بمعناها الدقيق تقوم باستبدال محل الاثبات ، ومن ثم فهي لا تتدخل في موضوع اسناد مخاطر الاثبات ، وانما تعمل على تعديل عبء الاقناع ، ذلك ان الدعوى تحسم بموجب قواعد مخاطر الاثبات عندما يفشل طرفا الدعوى في اقناع القاضي بصحة الوقائع المدعى بها وبعبارة اخرى عندما يكون القاضي في شك وتردد بين الادعاءين<sup>805</sup> لذا فان القرينة القانونية تعد من عناصر الاثبات او وسائل الاثبات بمعنى ادق ان القرينة القانونية سواء بالتمسك بها او دحضها فهي بالنتيجة تؤدي الى الاثبات أي انه ممكن القول ان الاثبات في هذا الصدد بالذات : اقامة المدعي الدليل على حقيقة ما يدعيه بتقديم العناصر التي سوف تقوم عليها قناعة المحكمة<sup>806</sup> وعندما نريد تطبيق التعريف السابق الذكر على

2804- انظر هذا المعنى : د. ادوارد عيد - قواعد الاثبات في القضايا المدنية والتجارية - ج 2 - مطبعة شاركو - بيروت - 1962 - ص 89 ، عبد الحميد الشواربي - القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والاحوال الشخصية - دار الفكر الجامعي - مكتبة ومطبعة الاشعاع - الاسكندرية - 1995 - ص 7.

3805- , P77 , J chevalier , 1291 , no , 1291 , Beudant (perot) P243 , Dabin , et ss , P218 et P287 , Geny .et ss

1806- انظر:

Colin et Capitan , Refondu par L.J de L. amoradiere traite de Droit civil , Paris , 1957 tome premier no 447 P 204.

المدعى عليه فانه لا يحتاج سوى وضع هذا التعريف امام المرآة أي بمعنى ان هذا التعريف يظهر لنا - من جانب المدعى عليه بالصورة ذاتها التي ظهر امام المدعي.

### **كيفية دحض القرينة القانونية غير القاطعة :-**

ان الاصل في القرينة القانونية غير القاطعة انه يجوز اثبات ما يخالفها بجميع الطرق بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن مهما كانت قيمة الدعوى وليس من العدل في شيء ان تعفي خصماً من الاثبات بناءً على قرينة غير قاطعة ، ونحرم خصمه من اثبات ما ينقض هذه القرينة بجميع الطرق بما فيها القرائن الموضوعية والقضائية على انه في بعض الاحوال يكون سند مكتوب فهل يجوز اثبات القرينة ان تستنتج منه بغير الكتابة ؟ ان المقصود بالكتابة في السند المكتوب ، الكتابة التي تثبت امراً على سبيل اليقين اما الاستنتاج من هذه الكتابة فهو امر غير مكتوب وغير يقيني ، ولذا اجاز الشارع اثبات ما يخالفه ، فمثلا المادة (137) من القانون المدني المصري نصت على [ان كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض ان له سببا مشروعاً ما لم يقع الدليل على غير ذلك] فانه لا شك اولاً في انه اذا كان السبب غير مشروع يجوز الاثبات بجميع الطرق لان عدم المشروعية من قبيل الغش ، والغش يجوز اثباته بجميع الطرق ، اما اذا كان يراد اثبات انه لم يكن له سبب فقد يقال انه يجب الاثبات بالكتابة لان العقد مكتوب ، ولكن ما يجب اثباته هنا هو عكس افتراض او استنتاج لا عكس كتابة ولذلك يجوز الاثبات بجميع الطرق ايضاً<sup>807</sup> ويلاحظ من هذا النص

1807- انظر : احمد نشأت - رسالة الاثبات - المصدر السابق - ص 409-420.

والنصوص السالفة الذكر ان عنصر القرينة القانونية هو نص القانون ولا شيء غير ذلك ، ولا يمكن ان تقوم قرينة قانونية بغير نص من القانون واذا وجد النص قامت القرينة القانونية ، فانه لا يمكن ان يقاس عليها قرينة قانونية اخرى بغير نص ، اعتماداً على المماثلة او الاولوية ، بل لا بد من نص خاص او مجموع من النصوص لكل قرينة قانونية<sup>808</sup> والجدير بالذكر ان النصوص القانونية الخاصة ، التي تقرر وتوجد القرائن القانونية ، تفسر تفسيراً ضيقاً ، ولا يجوز خلق قرائن قانونية عن طريق الاجتهاد<sup>809</sup> ، ما كان الاصل هو ان كل دليل يقبل اثبات العكس ، فالدليل الكتابي يقبل اثبات العكس بدليل كتابي مثله ، والبينة تقبل اثبات العكس ببينة مثلها او ببينة او بدليل كتابي ، وذلك كله وفقاً لمبدأ اساسي في الاثبات هو حرية الدفاع فان هذا يؤدي بنا الى النتيجة الاتية : كل قرينة قانونية - وقد اثبتت واقعة معينة - تقبل في العكس اثبات عكس هذه الواقعة ، وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي المصري في هذا الصدد ما يأتي :

[الاصل ان كل قرينة قانونية يجوز دلالتها باثبات العكس ، وقد حرص المشروع على ابراز هذا الاصل ولو ان نصوص التقينيات الاجنبية لا تجزم به في عبارة صريحة ، بل ان التزام ظاهر هذه النصوص يوحي الى نقيض ذلك ان الاصل ، في منطقتها ان تكون قرائن قاطعة ، وان البساطة فيها ليست سوى مجرد استثناء ، بيد ان امثال تلك النصوص ونظيرها في المشروع الفرنسي الايطالي

2808- د. السنهوري - الوسيط - ج 2 - الاثبات - آثار الالتزام - المصدر السابق - ص 600.

3809- انظر في هذا المعنى : توفيق حسن فرج و عصام توفيق فرج - قواعد الاثبات - طبعة 2003 - ص 212 مشار اليه في مؤلف المحامي الياس ابو عيد - نظرية الاثبات - المصدر السابق - ص 155.

(المادة 304) لا تواجه الا طائفة خاصة من القرائن القانونية عن طريق اقامة الدليل العكسي ما يفيد ان الاصل فيها عدا هذا الاصل الذي خص بالنص ، ان تكون القرائن بسيطة بوجه عام اكثر عدداً من القرائن القاطعة وازاء ذلك تكون بساطة القرينة هي القاعدة ، على ان القواعد العامة في الاثبات تنهض لتوجيه هذا الاصل ، ذلك ان الدليل الكتابي يجوز نقضه اما بطريقة الطعن بالتزوير واما باقامة الدليل العكسي ، والقرينة القانونية ليست الا حجة يقيمها الشارع ، فاذا لم يقم الدليل بوجه عام على صحة هذه الحجة ، فهي لا تعدو ان تكون احتمالاً يصح فيه الخطا في بعض الاحوال ولذلك يكون الاصل هو جواز اقامة الدليل العكسي لنفي القرينة ، في ما عدا الاحوال التي ينص فيها القانون صراحة على عدم جواز ذلك والاحوال التي تؤسس فيها القرينة على النظام العام<sup>810</sup> فان القرينة القانونية البسيطة يمكن اثبات عكسها ولكن ما المقصود باثبات العكس هنا؟ ان معنى اثبات العكس هنا هو اثباته في الحالة الخاصة التي يكون الخصم بصددها والا فانه لا يجوز اثبات عكس القرينة في عمومها وبوصفها قاعدة تشريعية ، فان هذا الاثبات معناه الغاء التشريع ذاته الذي اقام القرينة القانونية ، ولا يلغى التشريع الا بتشريع مثله<sup>811</sup> ، بيد ان هناك قرائن قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس (كما اسلفنا) ، فهي في الاصل لا تقبل بينة العكس اذا تأثرها مستمد من كون المشرع قد اقر عناصرها وقوتها في الاثبات بسلطته المطلقة ،

1810- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء الثالث - ص 417 - 418 ، د. السنهوري - الوسيط - ج 2 - الاثبات - اثار الالتزام - المصدر السابق - ص 606.  
1811- د. السنهوري - الوسيط - ج 2 - الاثبات - اثار الالتزام - المصدر السابق - الصفحة السابقة.

أخذاً بدرجة الأهمية والخطورة التي تتميز بها الوقائع التي تقوم عليها فكان عنده من الأسباب الجوهرية ما دعاه إلى إقفال الباب أمام نقض قوتها<sup>812</sup> وثمة نصوص أقرت جواز إثبات عكس القرينة القاطعة (باليمين) وكذلك في حالات معينة (بالاقرار) إلا أن اللجوء إلى إثبات عكسها باليمين أو الاقرار لا يصح إلا في الأحوال التي لا تتعلق فيها هذه القرينة بالنظام العام ما يعني أنه ، كي تجوز إقامة الدليل المعاكس على القرينة القاطعة يتعين أن تكون هذه القرينة متعلقة بمصلحة فردية لا بمصلحة عامة وعلى هذا أن القرائن المنصوص عليها في المواد (378) إلى (381) من قانون الموجبات والعقود اللبناني (مثلاً) التي تعتبر ، الجاري في الحالات المبينة فيها بواسطة أشخاص مستعارين ، بيعاً باطلاً ، هي قرائن مقررة لمصلحة فردية وعلى ذلك يمكن دحضها بالاقرار أو باليمين الحاسمة ، وقد جاء في قرار محكمة التمييز المدنية اللبنانية أنه [حيازة المنقول حجة قاطعة على ملكيته يصح دحضها بأي دليل]<sup>813</sup> وفي نظر القانون المدني الفرنسي فإن القرينة القانونية القاطعة يكون لها معيار تقاس عليه ففي الفقرة الثانية من المادة (1352) نص المشرع الفرنسي على أنه [لا يجوز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها بعض التصرفات أو يجعل الدعوى غير مقبولة ، هذا ما لم يحفظ القانون الحق في إقامة الدليل العكسي ، وذلك مع عدم الإخلال بما سيتقرر في

2812- انظر : Francois Geny : science et technique en droit prive positif tome 111 P298 , 301 , 309 .

3813- انظر : المحامي الياس ابو العيد - نظيرة الإثبات - المصدر السابق - ص 160 - 161 وهناك نصوص في القانون المدني المصري اجازت دحض القرائن القاطعة على سبيل المثال المواد [177 ، 239 ، 238 ، 916 ، 917 ، 963].

خصوص اليمين والاقرار القضائيين] ويمثل الفقهاء الفرنسيون للقرينة القانونية التي يبطل القانون على اساسها تصرفاً قانونياً في المادة (911) من التقنين المدني الفرنسي ، وتنص على ان [كل تبرع صادر لعديم الاهلية يكون باطلاً سواء صدر في صورة عقد معاوضة او صدر لشخص مسخر (personne Interposee) ويعتبر شخصاً مسخراً لعديم الاهلية ابوه وامه واولاده وفروعه وزوجته] فهنا يبطل القانون تصرفاً قانونياً على اساس قرينة قانونية اذ الهبة تكون باطلة اذا صدرت لعديم الاهلية ويقوم القانون قرينة قانونية اذا صدرت الهبة لاحد من اقارب عديم الاهلية المذكورين في النص على ان الصادر له الهبة هو شخص مسخر لعديم الاهلية ، وتكون الهبة قد صدرت من الامر لعديم الاهلية نفسه ، ومن ثم تكون باطلة ويمثل الفقهاء الفرنسيون للقرينة القانونية التي يجعل القانون على اساسها الدعوى غير مقبولة بحجة الامر المقضي بالتقادم بتسليم سند الدين للمدين فحجية الامر المقضي تقوم على قرينة قانونية غير قابلة لاثبات العكس لان الدعوى التي تدفع بهذه الحجية لا يجوز سماها والتقادم يقوم على قرينة قانونية غير قابلة لاثبات العكس لان الدعوى تكون غير مقبولة اذا دفعت بالتقادم وتسليم الدائن باختياره سند الدين للمدين قرينة على قراءة ذمة المدين ، والقرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس ، لان الدائن اذا رفع الدعوى على مدينه بعد ان سلمه سند الدين ، ودفع المدين بهذه القرينة تكون الدعوى غير مقبولة<sup>814</sup> وفي هذا كله ينتقد المشرع الفرنسي وذلك في امرين :

1814- د. السنهوري - الوسيط - ج 2 - الاثبات - اثار الالتزام - المصدر السابق - ص 607 - 608.

### الامر الاول :

فيما يتعلق بابطال التصرف القانوني على اساس القرينة القانونية : حيث انه لا يعبر بامانة عن الغرض الحقيقي للمشرع فقد اراد هذا ان يجعل القرينة قاطعة ليسد بها السبيل على ضروب التحايل للخروج على نواهي القانون المبنية على النظام العام<sup>815</sup>.

الامر الثاني : جعل الدعوى غير مقبولة على اساس القرينة القانونية ، فيقول (جني Geny) ان المقصود بهذا المعيار ان يكون هناك دفع يمنع من الدخول في موضوع الدعوى فترفض على هذا الاساس، لا الا ترفع دعوى اصلاً فان اية دعوى ترفع يجب نظرها والا كان هذا انكارا لاداء العدالة ، ولما كان الدفع لاية قرينة - قانونية قاطعة كانت او غير قاطعة - يؤدي الى عدم الدخول في الموضوع والوقوف عند هذه القرينة ، كان هذا المعيار ان فهم على المعنى الاول يتناول كل القرائن القانونية القاطعة وغير القاطعة دون تمييز فيما بينهما ، وان فهم على المعنى الثاني فانه لا يتناول شيئاً منها على الاطلاق<sup>816</sup> والرأي الراجح في الفقه الفرنسي هو ان الاصل في القرينة القانونية ان تكون غير قاطعة فتقبل اثبات العكس ، وهذا شأن كل دليل ينظمه القانون ، ولكن هناك قرائن اقامها المشرع لاعتبارات هامة وخطيرة يحصر كل الحرص على عدم الاخلال بها ، ومن ثم يجعل هذه القرائن غير قابلة لاثبات العكس حتى يستقيم له غرضه ولا يرجع ذلك ضرورة الى ان القرينة القانونية القاطعة هي اكثر انطباقا على الواقع من

.Francois Geny : science et technique en droit prive positif tome 111 P 306 -2815

.Francois Geny : science et technique en droit prive positif tome 111 P 307 -3816

غيرها ، بل يرجع لاعتبارات يستقل بتقديرها المشرع فهو وحده الذي يضع القرينة القانونية وهو وحده الذي يقدر ما اذا كان يجعلها غير قابلة لاثبات العكس<sup>817</sup>.

### **القرائن في الشريعة الاسلامية :**

قد يجد الباحث في نصوص الفقه الاسلامي طائفة من القرائن الشرعية تعدل القرائن القانونية ، وهي موجودة ومنتشرة في كتب الفقه وقد جمع الاستاذ احمد ابراهيم جملة صالحة منها :

- 1- ثبوت نسب الولد من ابيه وهو الزوج شرعاً ، فالولد للفراس ، قيام الزوجية قرين على ان الولد من الزوج وهذه القرينة تقبل اثبات العكس ، ولكن بطريق خاص هو طريق اللعان.
- 2- الحكم بموت المفقود اذا مات اقرانه ، واتخاذ ذلك قرينة على موته.
- 3- التصرف في مرض الموت قرينة على ان التصرف وصية\* .
- 4- تصرفات المفلس الضارة تحت يد المدين قرينة مردودة لقيام القرينة على سوء قصده.

1817- د. السنهوري - الوسيط - ج 2 - الاثبات - اثار الالتزام - المصدر السابق - ص 610 - ف 330.

\* . انظر المادة (109) من القانون المدني العراقي والمادة (1128) من القانون المدني الاردني.

5- وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة ظاهرة على ايفاء الدين<sup>818</sup> ولكل قرينة من هذه القرائن طريقة معينة لنقضها ومثال ذلك نقض قرينة ان يكون الولد من ابيه وذلك بموجب (اللعان) المعروف في الشريعة الاسلامية ، حيث انه اجراء مشروع ذو الفاظ مخصوصة يتلفظ بها الزوجان في امر الزنا او نفي الولد<sup>819</sup> ويلاحظ في هذا الموضوع بالذات (نفي قرينة الولد للفراش) ان القانون المصري و قانون الاحوال الشخصية العراقي - رقم 188 لسنة 1959 المعدل - لم ينص على طريقة نفي النسب ، في حين نجد ان القانون الفرنسي قد خفف الكثير من العقوبات التي كانت قد وضعت للحد من دعاوي انكار النسب ، وذلك بموجب تعديل قانون النسب في 3/1/1972 اذ يحق للزوج ان يتمسك وبحرية كاملة بالوقائع التي تجعل الابوة اقل احتمالية مثلاً اذا اثبت فحص الدم اختلاف فصيلة دم المولود مع فصيلة دم الوالد<sup>820</sup> ومن الامثلة كذلك على القرائن في الشريعة الاسلامية التي تقبل النقص قاعدة [ما ثبت بزمان يحكم

1818- انظر المادة (107) من قانون التجارة العراقي رقم (149) لسنة 1970 (الملغى) اذ نصت على انه [وجود سند الدين في حيازة المدين يقوم قرينة على براءة ذمته من الدين حتى يثبت خلاف ذلك] وتعد هذه القرينة من اقوى القرائن القانونية التي تصف الى جانب المدين وتقوي مركزه القانوني ، انظر في كل ما تقدم : الاستاذ احمد ابراهيم - طرق القضاء في الشريعة الاسلامية - ص 427 - 430 - اورده د. السنهوري - الوسيط - ج 2 - المصدر السابق - ص 600 - 601.  
 2819- انظر في هذا المعنى : د. احمد حمد - موضوع النسب في الشريعة الاسلامية والقانون - ط 1 - 1983 - الكويت - ص 265.  
 3820- انظر :

ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه] فاذا ثبت كون الشيء في زمن على حال ، فاذا لم يقع الدليل على تغيير حالة يعتبر انه متلبس بتلك الحال ، لان البقاء هو الاصل والعدم الطارئ ، وهذا ما يسمى في اصول الفقه بـ(الاستصحاب) أي استبقاء حكم في الزمن الماضي على ما كان عليه واعتباره موجوداً ومستمراً الى ان يوجد دليل يغيره ، فكل امر علم وجوده ثم حصل شك في عدم وجوده حكم ببقائه استصحاباً للاصل فما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه فالاستصحاب هنا حجة في الدفع لا في الاثبات فاذا ثبت شيء لاحد يحكم ببقاء الملك له ما لم يوجد دليل على زواله فاذا قام الدليل فانه يعمل به ، كما لو ادعى هذا الشيء ملكه في الحال وشهد الشهود انه ملكه قبل سنة فان الشهادة مطابقة للدعوى بقاء على الاستصحاب المستقيم.<sup>821</sup>

---

1821- انظر : د. عصمت عبد المجيد بكر - الوسيط في شرح القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 - ج 1 - الدار العربية للموسوعات - 1978 - ص 968 - 970.

## الفرع الثاني

### نقض القرينة القضائية

نصت المادة (1353) من التقنين المدني الفرنسي على انه  
[القرائن التي لم ينص عليها القانون تترك لنظر القاضي وتقديره ولا  
يجوز ان ياخذ الا بقرائن قوية الدلالة ، دقيقة التحديد ، ظاهرة  
التوافق ، ولا يؤخذ بها الا في الاحوال التي يجيز فيها القانون الاثبات  
بالبينة ، ما لم يطعن في التصرف بالغش او التدليس ، وبالفرنسية :  
[Les presomptions qui ne sont point etablies par La Loi sont aband onnees aux  
lumieres et ala prudence du magistrat , qui ne doit admettre que des presomptions  
graves , precises et concordantes , et dans les cas seulement ou La loi admet Les  
preuves testimoniales amoins que La acte ne soit attaque pour cause de fraude ou  
de dol]

ونصت كذلك المادة (407) من القانون المدني المصري على انه  
[يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ، ولا يجوز  
الاثبات بهذه القرائن الا في الاحوال التي يجيز فيها القانون الاثبات  
بالبينة] اما المشرع العراقي فقد ذكر معنى القرينة القضائية في قانون  
الاثبات رقم (107) لسنة 1979 في المادة (102) اولا حيث نصت  
هذه المادة [القرينة القضائية هي استنباط القاضي امراً غير ثابت من  
امر ثابت لديه في الدعوى المنظورة ، ثانياً للقاضي استنباط كل قرينة  
لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز اثباته بالشهادة]<sup>822</sup> اما في  
التشريع اللبناني فانه يستدل من احكام المادة (302) من قانون اصول

1822- د. السنهوري - الوسيط - ج 2 - الاثبات - اثار الالتزام - المصدر  
السابق - ص 327 - 328 ، وعجبت لما وجدت ان المنقحين د. عبد  
الباسط الجميعي و د. مصطفى محمد الفقهي لم ينتبها الى ان المادة ( 505  
من القانون المدني العراقي قد الغيت بموجب قانون الاثبات النافذ  
بحكم المادة (147) اولا من قانون الاثبات ، حيث ان طبعت المؤلف د.  
السنهوري هي لعام 2000 وقد مضى وقت طويل جداً على الغاء نص  
المادة (505) من القانون المدني العراقي وقد نشر هذا الاجراء ف  
الوقائع العراقية تحت عدد 2728 والمؤرخ في 3/9/1979.

المحاكمات المدنية اللبنانية ان القرينة القضائية هي التي لم ينص عليها القانون ، بحيث يعود للقاضي استنباطها من موضوع الدعوى وظروفها ، لذا سميت قضائية ، لانها مستنبطة من قبل القاضي ، او الموضوعية ، لان القاضي يقدر وجودها انطلاقاً من ((موضوع)) الدعوى العالقة امام القاضي<sup>823</sup> ونصت المادة (92) من قانون البينات السوري على انه [1- القرائن القضائية هي القرائن التي لم ينص عليها القانون وامكن القاضي ان يستخلصها من ظروف الدعوى وان يقتنع بان لها دلالة معينة ، ويترك لتقدير القاضي استنباط هذه القرائن ، 2- لا يجوز الاثبات بالقرائن القضائية الا في الاحوال التي يجوز فيها الاثبات بالشهادة]<sup>824</sup>.

### **كيفية دحض او نقض القرينة القضائية أو دحضها:**

ان ايراد النصوص السالفة الذكر ليس اعتباطاً ، بل لايجاد المحور المشترك ما بين تلك النصوص ، حيث يفهم مما ذكر منها ان كلاً من التقنين المدني المصري وقانون الاثبات العراقي وقانون البينات السوري يشير الى ان القرائن القضائية لا يجوز الاثبات بها الا في الاحوال التي يجوز فيها الاثبات بالشهادة<sup>825</sup> ويترتب على هذا الحكم ان جميع القواعد التي ترعى الاثبات بالبينة الشخصية تسري على القرائن القضائية وقد اعتمد الاجتهاد بشكل متواصل اعتبر ان البينة الشخصية والقرائن القضائية امران متلازمان كدليل اثبات ، فما يجوز اثباته بالاولى ، يجوز اثباته بالثانية والعكس صحيح ، والقرينة القضائية كالبينة الشخصية ، تقبل دائماً اثبات العكس اما بالكتابة او بالبينة او بقرينة

1823- انظر : المحامي الياس ابو عيد - نظرية الاثبات في اصول المحاكمات المدنية والتجارية - المصدر السابق - ص 162.

2824- د. السنهوري - الوسيط - ج 2 - الاثبات - اثار الالتزام - المصدر السابق - ص 328 هامش رقم (1).

3825- انظر : المادة (102) فقرة 2 من قانون الاثبات العراقي ، كذلك المادة (100) من قانون الاثبات المصري.

مثلها ولقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير قيمة البينة والقرائن بمعزل عن رقابة محكمة التمييز<sup>826</sup> ، والقاضي باستخدامه القرائن القضائية يقوم بدور مهم بالتخفيف من عبء الاثبات الملقى على عاتق احد الخصوم ، والقرائن القضائية وان كانت من ادلة الاثبات الا انها تعد من قبيل الاثبات غير المباشر لانها تقوم على اساس الاستدلال من واقعة معلومة للتوصل الى واقعة مجهولة ، فالاستدلال يسمح للقاضي بالعبور من واقعة الى واقعة اخرى يجب اثباتها ، وهذا الاستدلال في القرائن القضائية يكون من عمل القاضي الذي عليه في كل دعوى ان يبدأ بالبحث من جديد عما اذا كانت توجد هناك قرائن قضائية ، وذلك في الحالات التي يجوز فيها الاثبات بالقرائن القضائية ، خصوصا عندما يصعب او يتعذر على المكلف بالاثبات اقامة الدليل المباشر على دعواه ، مع ملاحظة ان المشرع لم يخول القاضي دائماً مثل هذا الحق في استبدال محل الاثبات وانما قيده في ذلك ، عندما عد القرائن القضائية من ادلة الاثبات ذات القوة المحدودة<sup>827</sup> ، والقاضي يستعين بالقرائن القضائية في نقل عبء الاثبات وذلك في حالة ما اذا كانت الواقعة الاصلية الواجب اثباتها صعبة الاثبات او مستحيلة، ما دام قد اقتنع بان الادعاء راجح الوقوع بناءً على تفسيره للدلائل الثابتة في الدعوى تفسيراً معيناً ، فينقل عبء الاثبات الى الخصم الاخر لنفي الادعاء ثم يقوم القاضي بتكوين قناعته من مجموع ما يدلي به الخصم لنفي الادعاء ثم يقوم القاضي بتكوين قناعته من مجموع ما يدلي به الخصمان اثباتاً ونفياً فعندما لا يوجب القانون الاثبات بطرق ذات حجية مطلقة ويصعب ايجاد الدليل تكون القرائن القضائية هي الوسيلة الاكثر

1826- المحامي الياس ابو عيد - نظرية الاثبات في اصول المحاكمات المدنية والتجاري - المصدر السابق - ص 166 - 167.  
 2827- انظر : د. نجلاء توفيق نجيب - عبء الاثبات في الدعوى المدنية - رسالة دكتوراه - المصدر السابق - ص 230 ، وانظر ايضا : مادة (102) فقرة 2 من قانون الاثبات العراقي.

استعمالاً في التطبيق القانوني<sup>828</sup> وبعبارة اخرى فان القرائن القضائية فيما يتعلق بعبء الاثبات تأتي من اكتفاء المحاكم غالباً بدلالات بسيطة يتم جمعها من وقائع الدعوى او من خلال تأكيدات مادية بسيطة تدعم ادعاء المدعي<sup>829</sup> ولما كان الاثبات غير المباشر في القرينة القضائية حيث ينتقل من الواقعة الاصلية الى الواقعة المعلومة ، وكان القاضي غير مقيد في سبيل استيفاء عناصر اقتناعه بان تكون الدلائل ثابتة وفقاً للقواعد العامة للاثبات ، وكان له البحث عن عناصر اقتناعه خارج الدعوى بان يدخل عناصر جديدة للاثبات في النزاع ، دون ان يخرق بذلك مبدأ الحياد فان الاخذ بالقرائن القضائية يخفف دون شك من حدة التنظيم القانوني للاثبات ، فان لم يسعف القاضي الدليل الذي بين يديه من ناحية الشكل لنقص في قوة اثباته ، تلمسه من ناحية الموضوع باعتباره قرينة قضائية ، فالادلة التي يشوبها عيب من العيوب ، يفقدها صفتها الاصلية ، تنزل في الدرجة الى مرتبة القرائن القضائية<sup>830</sup> وقد تقدم ان القرائن القضائية هي امر يستنبطه القاضي من امور اخرى ثابتة لديه في دعوى معينة فيعتبر هذا الامر ثابتاً من طريق الاستنباط لا من طريق الاثبات المباشر ، فهي دليل غير مباشر ، يتطلب اولاً ثبوت بعض الوقائع قضاءً ، ثم اعمال القاضي عقله وقواعد المنطق ليستنبط من هذه الوقائع الثابتة دلالاته على ثبوت وقائع غيرها لو يقدم عليها دليل اخر ، وبذلك فهي تقوم على عنصر مادي يتكون من وقائع يتحقق القاضي من ثبوتها باي طريق يراه وهذه الوقائع هي التي يفسرها القاضي ويستنبط منها دلالاته على الوقائع المراد اثباتها فلا بد من ان يثبت هذا الاساس بشكل قاطع حتى يكون

1828- انظر : مهدي صالح محمد امين - ادلة القانون غير المباشرة - مطبعة اوفسيت المشرق - بغداد - 1987 - ص 81.

2829- د. نجلاء توفيق نجيب - عبء الاثبات في الدعوى المدنية - رسالة دكتوراه - المصدر السابق - ص 232.

3830- انظر د. ادوارد عيد - قواعد الاثبات في القضايا المدنية والتجارية - ج 2 - المصدر السابق - ص 333 ف 355.

الاستنباط الذي يبنى عليه سليماً فإذا كانت الواقعة المستنبطة منها محتملة او غير ثابتة بيقين ، فلا تصلح مصدراً للاستنباط وعنصر اخر هو العنصر المعنوي ، والاستنباط الذي يقوم به قاضي الموضوع على اساس العنصر المادي ومرجعه ذكاء القاضي وفطنته<sup>831</sup> ، واخيراً فان هدف الاثبات القضائي هو حماية الحقوق ، وضمان حسن تمتع اصحابها بمزاياها في اطار المصلحة الاجتماعية للحق ، لانها مصلحة يقرها القانون ويحميها ، يفرض التزام على الكافة محله احترام هذا الحق ، وتمكين صاحبه من الحصول على مزاياه ، ومباشرة السلطات التي ينطوي عليها لذا فان المدعي عندما يطالب بحماية حق او مركز قانوني فان ذلك يستلزم بالضرورة وجود قاعدة قانونية تعترف بهذا الحق او المركز القانوني وتحميه ، وهذا ما يطلق عليه عنصر القانون ، وثبوت وقائع معينة تنطبق عليها القاعدة القانونية المجردة<sup>832</sup> والجوهرية في هذا الصدد كما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري [ان الاثبات يرد على الواقعة ذاتها بوصفها مصدراً للحق او الالتزام ، وهذا ما يمكن تسميته بعنصر الواقع]<sup>833</sup> وفي بعض الاحيان فان عنصر الحق نفسه قد يكون فكرة محددة كأن يكون ذلك الخطأ او العمل غير المشروع ، واما كان الخطأ او العمل غير المشروع فكرة مجردة ولا يمكن اثباتها في ذاتها لذلك لا بد من نقل محل الاثبات من هذه الفكرة الى الوقائع او الاعمال التي يمكن ان يستدل منها على تحقق الخطأ<sup>834</sup> ونؤكد في هذا الصدد بان

1831- د. مفلح عواد القضاة - البيئات في المواد المدنية والتجارية - المصدر السابق - ص 275.

2832- انظر د. آدم وهيب النداوي - شرح قانون الاثبات - دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة - الطبعة الثانية - 1986 - بغداد ص 24.

3833- مجموعة الاعمال التوضيحية للقانون المدني المصري - الجزء الثالث - ص 349-350.

1834- وفي هذا الصدد تقول محمة التمييز العراقية [ان تكييف واقعة الدعوى واقعة قانونية لا يتقيد فيها القاضي بتكييف المدعي لدعواه ولا بما يرتبه على هذا التكييف من اثار قانونية لان المدعي قد يخطيء في

القرينة القضائية يمكن معارضتها مطلقاً بقرائن قضائية (او فعلية) مساوية او اقوى وبالقرائن القانونية والحجة الكتابية والاقرار والبيئة والشهادة واليمين<sup>835</sup> فكل قرينة قضائية او موضوعية قابلة بداهة لاثبات ما يخالفها بجميع طرق الاثبات ، اذ لا يخفى ان القرائن القضائية في مجموعها من اضعف الادلة فيمكن اثبات ما يخالفها بمثلها وبما هو اقوى من باب اولى<sup>836</sup>.

### المطلب الثالث

#### بعض الاتفاقات المبرئة من المسؤولية المدنية

قد يقع التعويض في صورته المعدلة الموصوفة في بعض الحالات، ومن هذه الحالات، الحالة التي يتفق فيها الطرفان قبل تحقق المسؤولية على تعديل احكامها، وتتميز هذه الحالة، بأن الوصف

---

تكييف دعواه عن جهل او يعتمد ذلك للوصول الى غرض يريده] رقم القرار 221 / هيئة موسعة اولى / 1981 تاريخ القرار 25/7/1981 - مجموعة الاحكام العدلية - العدد الثالث - السنة 12 - 1981 - ص 49. 2835- انظر : الاستاذ عبد الله القماطي - القرائن ومدى اعتمادها في الاثبات المدني - مجلة القضاء والتشريع التونسية - المصدر السابق - ص 12. 3836- احمد نشأت - رسالة الاثبات - ج 2 - المصدر السابق - ص 425 ف 751.

لحق التعويض في هذه الحالة يتصل بالمسؤول<sup>837</sup>، وميدان هذه الحالة هو العقد، فيجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن عدم تنفيذه لالتزامه، سواء أكان ذلك راجعاً إلى خطئه ام إلى خطأ الاشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه<sup>838</sup> شريطه ان يتحدد العقد والالتزام وعندئذ تصبح مسألة المسؤولية مجرد مسألة بسيطة من مسائل الواقع<sup>839</sup>.

بادئ ذي بدء نقول: ان الكتاب والباحثين يقرون دون تردد أو تأمل أو على الاقل دون فترة وجيزة للتفكير، بأن الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية غير جائز واما الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية فجائز، ولمناقشة هذا الموضوع نطرح السؤال التالي، هل يمكن الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية، لا نتسرع بالاجابة بـ(لا) بل نترك للمناقشة الحكم وعلى النحو الآتي: يقول الدكتور السنهوري: اذا تحققت المسؤولية التقصيرية فإن الاتفاق على تعديل احكامها اعفاءً أو تخفيفاً أو تشديداً جائز اطلاقاً، ويكون في الغالب بمثابة صلح جائز فيها هو ليس من النظام العام، فاذا صور خطأ من شخص سبب ضرر لآخر فللمضرور ان يعفي المسؤول من التعويض ويكون ذلك قد نزل عن حقه<sup>840</sup>، ولنتمسك بهذا القول ونعتبر ان الاتفاق على الاعفاء

1837- د. عبد الرزاق احمد الشهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - 1 - المجلد الثاني نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - ط 3 - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - 2000م ص 1104.  
2838- د. عبد المجيد الحكيم مع الاستاذ عبد الباقي البكري مع الاستاذ محمد طه البشير - مصادر الالتزام - المصدر السابق - ص 171.  
3839- د. سعدي البرزنجي - شروط الاعضاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي - الطبعة الاولى - 2003 - اربيل ص(2).  
1840- د. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - المصدر السابق - ص 1105.

من المسؤولية التقصيرية جائز ولكن في صورة (صلح) ولكن ما هو الصلح؟

الصلح: هو عقد من عقود التصرف<sup>841</sup>، ويترتب على هذا ان محل الصلح يجب ان يكون من الحقوق التي يجوز التصرف فيها وبعبارة اخرى يشترط في محل الصلح ان يكون قابلاً للتعامل والقاعدة العامة، ان كل الحقوق المتنازع فيها تصح ان تكون محلاً لعقد الصلح بصرف النظر عن مصدر الحق وطبيعته وكل هذا تطبيق محض للقواعد العامة، وعلى هذا الحقوق المستقبلية هذا ما لم يقض القانون أو فكرة النظام العام أو الآداب بخلاف ذلك<sup>842</sup> وفي الفقه الاسلامي فإن الصلح يعني الصلوح والصلاح فهو اقرب إلى

2841- عرف القانون المدني العراقي الصلح في المادة (698) منه بأنه (صلح عقد يدفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي) وعرفته المادة (549) من القانون المدني المصري بأنه (عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقبان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته).

1842- تقضي المادة (704) من القانون المدني العراقي بأنه (1- يشترط ان يكون المصالح عنه مما يجوز اخذ البديل في مقابلة ويشترط ان يكون معلوماً ان كان مما يحتاج إلى القبض والتسليم 2- ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب احدي الجرائم) ويلاحظ على هذه المادة انها مزج غير موفق بين فقه الشريعة الاسلامية وبين فقه القانون المدني الوضعي، وبيان هذا أن الفقرة الاولى من المادة المتقدمة منقولة عن المادة (1016) من كتاب مرشد الحيران وان الفقرة الثانية لها من المادة (551) من القانون المدني المصري ولم يوفق المشرع العراقي في الجمع بين هاتين الفقرتين فهما تؤديان إلى معنى واحد مع اختلاف التعبير، فقول المشرع في الفقرة الاولى انه يشترط في المصالح عنه (ان يكون مما يجوز اخذ البديل في مقابله) قول يريد به فقهاء الشريعة الاسلامية ان الحق الذي ينتهب عليه النزاع يجب ان يكون مما يقبل التعامل فيه في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب وكان على المشرع العراقي حذف الفقرة الأولى من المادة المذكورة والاستغناء عنها بالفترة الثانية انظر: د. حسن علي ذنون - شرح القانون المدني - العقود المسماة - شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة بغداد - 1954 ص 238 و 255 و 256.

الموافقة والملاءمة من المسالمة، فإن السلم والمسالمة بمعنى الخلوص تقريباً، والسالم هو الخالي عن الآفات والخالص منها<sup>843</sup>، وقد يتعلق الصلح بالمال، عيناً أو منفعة فيفيد التمليك وقد يتعلق بالحقوق فيفيد الاسقاط أو الانتقال<sup>844</sup> وقد يكون معنى الصلح هو التراضي والتسالم والتوافق بين شخصين أو أكثر على ايجاد حل لمشكلة بينهما لتمليك عين من احد الشخصين للشخص الآخر بعوض أو بغير عوض أو تملك منفعة، كذلك أو نقل حق أو اسقاط حق يعوض أو بغير عوض كذلك أو نقل حق ثابت أو محتمل الثبوت أو ابراء من دين ثابت أو محتمل الثبوت ونحو ذلك فلو ادعى زيد انه يطلب عمرو مائة دينار فتصالحا على ان يدفع عمرو إلى زيد خمسين ديناراً كان ذلك صلحاً صحيحاً سواء كان عمرو معترفاً ومقرراً بأن زيد يطلبه شيئاً ام كان منكرأ<sup>845</sup> وللجمع بين الفقه الاسلامي والفقه القانوني فإن الفقه الفرنسي انعقد اجماعه على مبدأ بطلان شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية اذا كنا امام غش، وهذا هو في الحقيقة المبدأ أو القاعدة التي تمسك به القضاء الفرنسي بكل احترام<sup>846</sup>، ومفهوم المخالفة انه في حالة عدم وجود الغش أو عدم اثره فإن الاتفاق على الاعضاء من المسؤولية التقصيرية يعد جائزاً، وقد ذهب المؤلف (جيراند مولان)

2843- انظر: صادق الطهوري - مُحصّل المطالب في تعليقات المكاسب - الجزء الأول - الطبعة الاولى - 1419 - انتشارات انوار الهدى - مطبعة امين - ص 44 هامش (32).

3844- صادق الطهوري - محتمل المطالب في تعليقات المكاسب المصدر السابق ص 45.

1845- انظر: الشيخ عبد الله ابراهيم الغديري - القاموس الجامع للمصطلحات الفقهية - دار الحجة البيضاء - دار الرسول الاكرم - الطبعة الثانية - 1426هـ - 2005م صفحة 308 مادة (25).

2846- د. سعدي البرزنجي - شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي - المصدر السابق ص 97.

وهو احد الكتاب الفرنسيين - إلى انه يمكن اشتراط عدم المسؤولية عن عدم التنفيذ قصد من التزام قانوني أو عقدي ذي علاقة بالاموال والمثل الذي يضربه هو التالي: (اذا اشترطتُ أنا بأنني لا أكون مسؤولاً عن الضرر اذا اطلقت حيواناتي في حقوله أو في ساحته أي ساحه جاره الذي تعاون معه فان اتفاقي صحيح) وقد تساءل (يعتود) - وهو احد الكتاب الفرنسيين - تساءل عن أي غش نجده في هذه الفرضية<sup>847</sup>، والمثال السابق يشير إلى جواز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية، واذا كان الاصل ان احكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام وقد تكفل القانون بتقديرها فهي ليست كأحكام المسؤولية العقدية التي هي صنع المتعاقدين فيستطيعان التخفيف فيها والاعفاء منها الا في العمد والخطأ الجسيم، الا انه يمكن الرد على ذلك بأن الفقه في فرنسا يستند هذه القاعدة (أو الاصل) ويرى ان غير الجائر من هذه الاتفاقات هو الاتفاق الخاص بالمسؤولية التقصيرية اذا ترتبت على خطأ يسير ولحق الضرر الجسم دون المال فإن جسم الانسان لا يجوز ان يكون محلاً للاتفاقات المالية، لكن اذا كان الضرر يلحق بالمال ويترتب على خطأ يسير، فليس في القواعد العامة ما يمنع من الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية عنه أو التخفيف من هذه المسؤولية من باب اولى<sup>848</sup>، ويترتب على ذلك ان الشرط مدار البحث لا يصطدم بالنظام العام اذا استثنينا على أية حال حالات

3847- د. سعدي البرزنجي - شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونيين الفرنسي والعراقي، المصدر السابق ص 96 وهامش رفع (251).

1848- انظر: د. النسهوري - الوجيز في النظرية العامة للألتزام - المصادر الاتيان - الاثار - الاوصاف - الانتقال - الانقضاء 2004م - مضيف المعارف بالاسكندرية - ص 436 فقرة (410) وانظر كذلك هامش رقم (3).

الاطحاء العمدية أو الجسمية والاضرار اللاحقة بالسلامة البدنية للاشخاص والحالات التي يرد بشأنها نص قانوني محرم (كالمواد 837 و 857 من المجموعة الزراعية الفرنسية على سبيل المثال)، وغالبية الفقه المعاصر يؤيد هذه النظرية<sup>849</sup>، وان كان الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية أو على تحديد نطاقها امراً قليل الوقوع في الحياة العملية لمخالفته للنظام العام، لكنه محتمل الوقوع في حالات معينة ومن ابرز الامثلة على وقوع الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية هي حالة مضار الجوار، وقد يتم الاتفاق بعد وقوع الضرر وفي هذه الحالة اما ان يأخذ الاتفاق صورة عقد صلح أو صورة تحكيم<sup>850</sup>، وننتهي بذلك من الاجابة على السؤال الذي طرحناه مسبقاً.

وبعد ان فرغنا من مناقشة ما سبق نأتي إلى تقسيم هذا المطلب إلى فقرات الاولى لتعريف شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية والثانية لبيان موقف القانون والقضاء والفقه من شروط الاعفاء من المسؤولية والفقرة الثالثة هي لتمييز شروط الاعفاء على

2849- د. سعدي البرزنجي - شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الفرنسي والعراقي المصدر السابق ص 114، كذلك انظر هامش رقم (313) وهو يشير إلى الفقهاء المؤيدين للفكرة المطروحة اعلاه، وفي رأينا المتواضع ان تأكيد المشرع المدني على حرمة الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية جاء لغرض التحرز من كون الناس يتفقون على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الغش والخطأ الجسيم وهذان تحييد محيدان لدى المشرع فما الذي يضمن لو ان المشرع اجاز الاعفاء من المسؤولية التقصيرية ان الناس لا يتفقون على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الغش والخطأ الجسيم، الا اننا لا نتفق مع تعميم هذه الحرمة وياحبذا لو كان المشرع اقل صرامة في هذه المسألة وجعل هذه الحرمة غير مؤثرة على الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الضرر الذي اصاب لاشياء المادية فقط.

1850- انظر: أحمد حسين حسن شلال - التعويض عن الفعل الضار - بحث مقدم إلى المعهد القضائي - بغداد 2000 - ص 47.

الاتفاقات المتعلقة بمحتوى العقد وبنطاق الالتزام اما الفقرة الرابعة والاخيرة فهي لبيان ما تنتجه شروط الاعفاء من المقولة العقدية، وسنبحث الفقرات السابقة وفق التقسيم الآتي:

### **اولاً: تعريف شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية:**

تعرف شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية أو شروط عدم المسؤولية بانها: تلك التي يشترط من خلالها في العقد بأن المدين هو غير مسؤول ولا يجب عليه دفع اية تعويضات في حال عدم تنفيذ التزاماته أو التنفيذ المتأخر أو الناقص لها أو عدم تنفيذ بعض منها، ولم ينص القانون المدني الفرنسي على استخدام هذه الشروط، لذا كانت لهذه الاخيرة ميل نحو التجميع، علماً انها افرزت الكثير من الصعوبات في الفقه والقضاء الفرنسيين، وما زالت هذه الصعوبات قائمة كما ان حدة الخلافات بشأنها لم تهدأ بشكل كامل وهذا ما دفع المشرع إلى التدخل لحل مثل هذه الاشكاليات، ولكن ضمن حدود بعض العقود الخاصة ليس الا<sup>851</sup>.

### **ثانياً: موقف القانون والقضاء والفقه من شروط الاعفاء**

#### **من المسؤولية العقدية:**

**أ- موقف القانون المدني من مشروعية شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية:**

1- في القانون المدني الفرنسي: لا بد ابتداءً من تسجيل ملاحظة وهي انه حتى في المجال الذي تدخل فيه المشرع لتحريم شروط عدم المسؤولية فإنه لم يرحم هذه الشروط كلياً باستثناء بعض الحالات = المعلقة بنص المادة 1792 - ف 5 من القانون المدني الفرنسي - لانه وبالرغم من التدخل الواسع جداً للمشرع في

مجال النقل لتعدد حرية المتعاقدين فيما يخص الاعفاء العقدي من مسؤولية الناقل، فإن مجال النقل ليس مغلقاً تماماً امام شرط الاعفاء من المسؤولية، الشرط المحدد للمسؤولية يمكن ان يشترط من قبل ناقل بري أو بحري أو جوي بشرط ان لا يحدد سقفاً أدنى من الارقام المثبتة بالقانون الصادر في 18 حزيران 1966، والقانون المدني الفرنسي يجيز صراحة في بعض المواد اشتراط شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية وكما يأتي:

تخول المادة (1627) من القانون المدني الفرنسي البائع ان يشترط عدم مسؤوليته في حالة الاستحقاق باستثناء الاستحقاق بسبب فعل يمكن اسناده للبائع وكذلك المادة (1643) التي تخول البائع الذي لم يكن يعلم بعيوب الشيء المبيع ان يشترط عدم تحمله لاي ضمان من تلك العيوب، ايضاً المادة (98) من قانون التجارة الفرنسي التي تسمح للوكيل بالعمولة بالنقل ان يتخلص من مسؤوليته عن ضياع أو تضرر البضائع التي عهد بها إليه، ايضاً لدينا المادة (7) من اتفاقية بروكسل المعقودة في 25 آب 1924 بصدد النقل الدولي للبضائع بواسطة البحر، تجيز شروط الاعفاء من المسؤولية التي تستحق قبل شحن البضائع على الباخرة وبعد تفريغها منها<sup>852</sup>.

## 2- في القانون المدني المصري:

يسمح التشريع المصري بالاتفاق على شروط الاعفاء من المسؤولية بصريح نص المادة ( 217/2) فلقد وردت هذه المادة بصحة الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية الناجمة عن التعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية بشروط الا يكون عدم التنفيذ راجعاً الى غش او خطأ جسيم، ولقد جاء هذا النص بعد ان استقر هذا المبدأ في ظل التقنين القديم نتيجة لموقف القضاء المصري المماثل لما استقر عليه القضاء الفرنسي في هذه الحقبة، كما ان الفقه المصري كان دائماً مؤدياً لصحة هذه الشروط ومرحياً بالنص التشريعي الصريح الذي ورد بصحتها تأسيساً على مبادئ حرية الارادة<sup>853</sup>، وازافة الى النص المتقدم الذكر فان القانون المدني المصري يقرر في المادتين (445 و 452) جواز اشترا الاعفاء من الاستحقاق و ضمان العيب، وتقرر المادة (446)

1852- د. سعيد البرزنجي - شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية القانونية الفرنسي والعراقي - المصدر السابق ص 53-52.  
1853- انظر في الصور: د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - 1969 - ف 513 ص 354، د. محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - ج 2 ف 106، د. احمد حمشي ابو متين - مصادر الالتزام في 496 ص 465.

والمادة (452 ف 2) عدم جواز الشروط الاعفاء عن الافعال الشخصية (المسؤولية التقصيرية) وكذلك تعرض المادة (149) من القانون المدني المصري الى شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية حيث اجازت هذه المادة للقاضي ان يبطل شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية اذا وجده مدروجاً في عقود الازعان.<sup>854</sup> وقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري انه (لا ينبغي ان يعتد بذلك الرضاء الا حيث يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية، وفي حدود هذا الجواز فحسب)<sup>855</sup>.

### 3- في القانون المدني العراقي:

بعد دخول القانون المدني العراقي حيز التنفيذ حصل تطور تشريعي جوهري تجاه الاعفاء من المسؤولية العقدية، فقانوننا المدني بخلاف القانون المدني الفرنسي يعلن دون لبس او ريب ودون ان يترك أي مجال للخلاف والنقاش، صحة شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية كمبدأ، ان المادة (259) من القانون المدني العراقي وبعد ان اعلنت فقرتها الاولى جواز الاتفاق على ان تحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة، اضافت في فقرتها الثانية بانه يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية الا التي تنشأ عن غشه او خطئه الجسيم ومع ذلك فان المتعاقد يستطيع ان يشترط عدم مسؤوليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ثم تضيف هذه المادة في فقرتها الثالثة انه ((يقع باطلاً كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع)) والمبدأ الذي تضمنته المادة (259) من القانون المدني العراقي، قد يرى تطبيقه في مواد اخرى في القانون نفسه فيما يخص عقدي البيع والايجار مع ملاحظة ان قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970 قد انشأ نظاماً خاصاً بالنسبة لعقود النقل البري والجوي دون ان ينسجم هذا النظام مع المادة (259) المشار اليها<sup>856</sup> وفي عقد البيع يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تخفيض هذا الضمان فمثلاً للبائع ان يشترط على المشتري عدم ضمانه لما عسى ان يظهر في المبيع من حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها البائع كذلك للبائع ان يشترط على اسقاط الضمان على انه لا يضمن التعرض ولا الاستحقاق على الاطلاق<sup>857</sup>.

- 
- 2854- انظر: د. عباس حسن الصراف - المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن - رسالة دكتوراه - 1954 - جامعة القاهرة - كلية الحقوق - مطابع دار الكتب العربي - بمصر - 1945 ص 160، كذلك انظر الدكتور عبد الرزاق احمد الشهوري - الوسيط - الجزء الرابع - المجلد الاول - البيع والمقايضة - 1960 مطابع دار النشر للجامعات المصرية - ص 755 - 756 - 757 ف 379.
- 3855- المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي المصري - ج 2 - ص 55.
- 1856- د. سعيد البرزنجي - شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية - المصدر السابق ص 55.
- 2857- د. سعيد مبارك مع د. طه الملاحويش مع د. صاحب عبيد الفتلاوي - الموجز في العقود المسماة - البيع الايجار - المقالة - وزارة التعليم العالي - دار الحكمة للطباعة بغداد - 1992 - 1993 ص 129 - 130 كذلك انظر المواد اظر المادة 556 التي تشير الى شرط التخفيف من

#### 4- في القانون المدني اللبناني:

عالج القانون اللبناني مسألة الاعفاء من المسؤولية على ضوء الاراء العلمية التي تمخض عنها الفقه الفرنسي، واخذ بنظرية الاستاذ (جوسران)، معتبراً أن كل بند او شرط يخص على الاعفاء من المسؤولية او تخفيفها يكون باطلاً في حال الغش او الخطأ الجسيم، سواء اكان هذا البند مدرجاً في عقد سابق او اتفاق لاحق، اذ لا يجوز للمرء ان يبرئ ذمته كلياً او جزئياً من موجب التعويض عن جرم ارتكبه (م 138 من القانون اللبناني)، اما اذا كان البند (او الشرط) يرمي للشخص من المسؤولية الناجمة عن الخطأ غير المقصود، فانه معتبر في كل ما له من علاقة بالاضرار المادية التي تلحق الاشياء ويكون باطلاً في كل ماله علاقة بالاضرار التي تصيب الاشخاص لان حياة الانسان وسلامته الشخصية تخرجان عن نطاق أي اتفاق<sup>858</sup>.

#### 5- قانون المعاملات المدنية الامارتية:

يذهب قانون المعاملات المدنية الاماراتي الى ان مبادئ الحرية التعاقدية تتمتع بذات القدر من الاحترام الذي تتمتع به في ظل التشريع المصري واوضح الدكتور محمد وحيد الدين سوار في مؤلفه القيم عن الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، ان المشروع الاماراتي حرص على اعلاء شأن سلطان الارادة في المجال العقدي مجارياً في ذلك المذهب الحنفي وهو اكثر المذاهب الاسلامية تمسكاً بهذا، وقد اوضح الدكتور محمد وحيد الدين سوار ايضاً ان المشروع الاماراتي كرس لمبدأ الحرية التعاقدية (وهو جوهر مبدأ سلطان الارادة) مما يعني حرية الافراد في تنظيم علاقاتهم وبالتالي استبعاد جميع النماذج التي يقترحها هو<sup>859</sup>.

#### ب- موقف القضاء المدني من مشروعية شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية.

1- موقف القضاء الفرنسي: لما كان التقنين الفرنسي لم يرد فيه نص صريح يبيح شروط الاعفاء من المسؤولية، على ان القضاء قد استقر على صحة هذه الشروط بعد ان كان في مرحلة اولى

المسؤولية (552/3 و 557/1) من القانون المدني العراقي التي تشير الى اسقاط الضمان بالكلية.

1858- انظر: خليل جريح - النظرية العامة للموجبات - الجزء الاول - مصادر الموجبات الخارجية عن الارادة - 1957 - ص 311 ، كذلك انظر نص المادة (139) من قانون الموجبات العقود اللبناني.

1859- انظر: د. محمد وحيد الدين سورا - الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة - دراسة موازنة بالمرونة العربية - مطبوعات جامعة الامارات 1988 - ف 5 - ص 21 - مشار اليه في مؤلف د. حسن عبد الباسط جميعي - شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفيفة - دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري وقانون دولة الامارات والقوانين الادارية - جامعة القاهرة - 1993 ص 27 - 28 ف 33.

قد اعتبرها باطلة بطلاناً مطلقاً وفي مرحلة تالية عدل قضاء النقص الفرنسي عن النظر الى شروط الاعفاء باعتبارها تهدف الى نقل عبء الاثبات من على عاتق المدين الى الدائن، وفي مرحلة اخيرة استقر احكام محكمة النقص على اعتبار هذه الشروط صحيحة باعتبارها كذلك وليس باعتبارها مؤدية لنقل عبء الاثبات، وذلك استنادا على مبدأ سلطان الارادة ومبادئ الحرية التعاقدية ومنذ ذلك الحين فقد استقر هذا القضاء على صحة شروط الاعفاء من المسؤولية باعتبارها تطبيقاً من تطبيقات الحرية التعاقدية مادام ان المستفيد من هذه الشروط لم يرتكب غشاً او خطأً جسيماً<sup>860</sup>، واورد القضاء الفرنسي بعض القرارات التي تشير الى صحة شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية ومثال ذلك قرار محكمة الاستئناف في مونتبيلا الصادر في 21 شباط 1898<sup>861</sup>.

## 2- موقف القضاء المصري من صحة شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية:

جاء في قرار لمحكمة استئناف مصر الوطنية ما نصه (اجمع الفقهاء على ان شرط الاعفاء من المسؤولية عن الخطأ التعاقدى باطل اذا كان الخطأ بالغاً جسامة الغش او الخطأ الفاحش اما اذا كان الخطأ يسيراً فبين الفقهاء خلاف، فمنهم من يقول بصحة الشرط، ومنهم من يقول ببطلانه اما شرط الاعفاء عن الخطأ اللاتعاقدى فهو باطل اجماعاً وفي كل الاحوال)<sup>862</sup>، كما قضت محكمة النقص المصري - في الميدان التجاري - بان (مسؤولية امين النقل، مسؤولية تعاقدية، التزامه بتعويض الشاحن عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب مالم يتفق على اعفائه من المسؤولية او تخفيفها، المادتان 217 و 221 مدني)<sup>863</sup> و اشارت محكمة الاستئناف المختلط في مصر بانه (وبالنظر الى المشكلات التي تشيرها هذه الشروط والانتقادات الموجهة اليها فقد ذهب القضاء الفرنسي - وتابعه في ذلك القضاء المختلط من المسؤولية في نقل عبء الاثبات من على عاتق المدين الى الدائن)<sup>864</sup>.

## 3- موقف القضاء العراقي من صحة شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية:

كان القضاء العراقي، يرفض من باب اولى ان يعترف باثر للشرط عند وجود نص قانوني محرم، وهو كذلك عندما يشترط الناقل البري عدم مسؤولية عن الضياع والتلف في ظل النظام الذي

1860- د. حسن عبد الباسط جميعي - شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفية - المصدر السابق ص 32 ف 42.

2861- د. سعدي البرزنجي - شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية - المصدر السابق ص 75 ف 127.

3862- استئناف مصر الوطنية في 12/2/1928- المحاماة رقم 25/2 - ص 44 مشار اليه في البحث القاضي رعد صبري هاشم - العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار - دراسة مقارنة - مجلس العدل - شباط 1992 - ص 26.

4863- الطعن رقم 735 لسنة 43 ف - جلسة 19/12/1977 من 28 ص 1832 مشار اليه في مؤلف المستشار انور العمرومي - قضاء النقص التجاري ط 1 - 2001 - دار المطبوعات الجامعية ص 1113 فقرة 53. 1864- استئناف مختلط 3 نوفمبر 1898 - مجلة التشريع والقضاء 1327 - ص 2 - اورده حسن عبد الباسط جميعي - شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفية - المصدر السابق ص 19.

تبناه قانون التجارة العراقي السابق رقم 60 سنة 1943 الذي نصت المادة (315) منه على ان كل شرط من هذا القبيل يعد باطلاً<sup>865</sup>، الا ان القضاء العراقي الحالي هو قضاء مؤيد لشرط عدم ضمان العيوب الخفية وعدم ضمان الاستحقاق هكذا فان محكمة التمييز نقضت قراراً إذ ان البائع الذي باع اطارات باعادة الثمن الى المشتري بسبب العيب المكتشف بعد البيع دون حساب لشرط ادراج في كميالة مسحوبة من قبل المشتري لمصلحة البائع في مقابل الاطارات التي بموجبه (أي بموجب الشرط يقبل المشتري البضاعة بعيوبها ونواقصها)<sup>866</sup>، وان القضاء العراقي قد اتجه نفس اتجاه القضاء المصري قبوله اتفاقات الاعفاء المسؤولية، ففي الوقت الذي رفضها بالنسبة للمسؤولية التفصيلية فانه جوزها بالنسبة للمسؤولية التعاقدية، ففي قرار لها تقول محكمة التمييز بانه (اذا اتفق المتبايعان على رفع تعويض لمشتري السيارة عند حجزها فيستحق التعويض من تأريخ البائع بالانذار المشعر بوقوع الحجز فأن لم يندر فمن تأريخ تبليغه بوقوع الحجز)<sup>867</sup>.

ج- رأي الفقه القانوني من شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية يوجد حيال شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية اتجاهان، احدهما منكر لشروط الاعفاء والاخر مؤيد لها.

#### **الاتجاه المنكر لشروط الاعفاء او التخفيف من المسؤولية:**

لقد قيل أن شرط الاعفاء بعدم فكرة الالتزام ويخل بالمادة (1174) من القانون المدني الفرنسي حيث ان المدين كما تقول الانسة (ج، روش) عندما يتحمل التزاماً ما يوجب عقداً ويشترط في الوقت ذاته بانه لا يكون مسؤولاً اذا لم ينقذ هذا الالتزام فان كل شيء هنا يشبه حالة ما اذا التزم هذا المدين تحت شرط ارادي محض واذا ابطلنا شروط الاعفاء من المسؤولية عن الخطأ الجسيم مع تصحيح هذه الشروط في حالة الخطأ اليسير او التافه فاننا سنصل الى النتيجة التالية: ان المدين سيكون ببساطة ملتزماً ببذل ادنى حد من العناية وفوق هذا الحد لا يعود ملتزماً الا تحت شرط ارادي محض وهذا يعني اذن تحايلاً على التحريم الوارد في (1174) من القانون المدني الفرنسي، والسيد (اسمان) كان قد ابدى رأياً في الاتجاه نفسه للدفاع عن نظريته في عدم الاعتراف لصحة الشرط في حضور خطأ ثابت لانه كما يؤيد (اسمان) ((اذا قلنا ذلك فاننا نقول: لا يوجد التزام بتنفيذ ما تم التعهد به وذلك يعني انكار قاعدة العقد شريطة المتعاقدين (Pacta sant servanda)<sup>868</sup>)) كما ان (اسمان Esmein) يبين ان شروط الاعفاء من المسؤولية تؤدي الى التعارض من المصالح بين المدينين والدائنين، فالمدينين هم اصحاب المصلحة في التخلص من قيود المسؤولية التي تفرضها القواعد العامة ويستخدمون في ذلك

2865- تمييز (هـ مدنية) 173/ صلحية / 1966 في 25 ايلول 1966 النشرة القضائية لمحكمة التمييز 1969 ص 117.

3866- تمييز 2065 - مدينة - 1985 في 25 نيسان - 1959 منشور في مجلة القضاء سنة 1959 - العدد الخامس - ص 734.

1867- محكمة التمييز - رقم القرار 1175/ مدينة ثالثة/ 1975 تأريخ القرار 9/10/1976 - مجموعة الاحكام العدلية - العدد الرابع - السنة السابعة - وزارة العدل - بغداد - 1976 - ص 36.

1868- د. سعدي البرزنجي - شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي - المصدر السابق - ص 114 - 115.

مبادئ الحرية التعاقدية التي تبدو بغير حد في ضوء المنظور التقليدي لمبدأ سلطان الارادة وهكذا قسم يتصورون ان صلاحية هذه الشروط ليست الا اعمالاً بديهيّاً لمبدأ سلطان الارادة وتأكيداً لما وردت به نصوص المواد (2234) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (147) من القانون المدني المصري، اما الدائنون فهم اصحاب المصلحة في عدم اهدار المبادئ العامة للمسؤولية التعاقدية، ويستندون في المحافظة على هذه المبادئ على مقضيات النظام العام التي قد تمثل مبادئ المسؤولية جزءاً منها<sup>869</sup>.

### الاتجاه المؤيد لشروط الاعفاء او التخفيف من المسؤولية العقدية:

يذهب الاستاذ (سالي) الى جواز الاشتراط كما هو الراجح في الفقه والقضاء ويقول: يجب ان نقرر كما فعلت القوانين الحديثة، صحة اشتراطات شروط الاعفاء وان الاستثناءات التي قد ترد مقيدة لهذا المبدأ، يلزم ان تفرض بواسطة القانون وحده، وان تكون مبنية على اسباب تتعلق بالمصلحة العامة والى هذا يذهب (رينو) ايضاً، مؤسساً رأيه على النظرية التي ذهب اليها الاساس القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير وهي نظرية الضمان الضمني<sup>870</sup> وقد لاحظ بعض العلماء ان اتصال احكام المسؤولية بالنظام العام لا يقضي حتماً الى منع الاتفاق على تعديل هذه الاحكام منعاً مطلقاً، اذ يجب التمييز بين الاضرار بالنسبة للناحية التي اصابها الاذى وبين درجة الخطأ الذي انبعثت عنه هذه الاضرار بحيث يتناول حكم المنع مسؤولية الاضرار اللاحقة بالاشخاص دون الاموال، والاضرار المنبعثة عن الغش او الخطأ الجسيم دون سواه من الاخطاء اليسيرة، وهذه النظرية لا تتعارض مع نهج المشرع الذي اجاز صراحة في بعض حالات معينة صحة الاتفاق على التنصل من حكم نص له صلة بالنظام العام كما في مرور الزمن<sup>871</sup> ولا بد وبعد استعراض اراء الفقهاء بشأن الشروط المعفية او المخففة من المسؤولية العقدية، ان تبين بعض الاشارات المتعلقة بنص المادة (259) من القانون المدني العراقي حيث نصت هذه المادة على ان (1- يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة 2- وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية الا التي تنشأ عن غشه او خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. 3- ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالاعفاء عن المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع)، وكما تقدم فانه توجد بعض الاشارات بخصوص هذا النص وكما يأتي:

أ- اجازت الفقرة الاولى من النص السابق الذكر على تحمل المدين تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة وتلاحظ ان المشروع

2869- د. حسن عبد الباسط جميعي - شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفية - المصدر السابق - ص 21 كذلك انظر هامش رقم (24).  
1870- د. عباس حسن الصراف - المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن - رسالة دكتورا - المصدر السابق ص 156.  
2871- انظر: خليل جريح - النظرية العامة للموجبات - المصدر السابق - ص 309.

لم يميز بين الحادث الفجائي وبين القوة القاهرة اذا استعمل المصطلحين وكأنهما يختلفان في اللفظ والمعنى والحقيقة غير ذلك، اذ ان معظم الفقه في الوقت المعاصر لا يفرق بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة لان كلاً منهما يشير الى معنى وامر وهو السبب المعني من المسؤولية المدنية وان المشروع (يجوز الاتفاق .....). ثم تابع بالقول (على ان يتحمل المدين) ولا يختل المعنى في جعل العبارة (على تحمل المدين) حيث أن الحرف الناصب (أن) للفعل المضارع (يتحمل) يكون مع الفعل مسؤولاً بالمصدر والتقدير (على تحمل المدين)، اما (تبعة) فهي اشارة إلى النتيجة الضارة المتوخاة من الحادث الفجائي أو القوة القاهرة.

ب- وقد سار المشرع العراقي على نحو الصواب عندما نص في الفقرة الثانية من المادة المذكورة بانه (وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا التي تنشأ عنه أو عن خطئه البيع) الا ان المشرع قد جانب الصواب في قوله (ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم) ومجانبة الصواب تكمن في فقرتين:

الاولى: انه خالف بذلك اتجاه المشرع المصري في المادة (217 ف 2) من التقنين المدني، فلقد وردت هذه المادة بصحة الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية الناجمة عن المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية بشرط الا يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غش أو خطأ جسيم اضافة لمخالفته ما استقر عليه القضاء الفرنسي<sup>872</sup>.

1872- د. حسن عبد الباسط جمعي - شروط التحقيق والاعفاء من ضمان العيوب الخفية - المصدر السابق - ص 31.

الفقرة الثانية: انه من المبادئ المستقر عليها ان سيء النية يرد بمثلها فاذا كان المدين الحق في الاستفادة من شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية على الرغم من ارتكابه الغش الدال على النية السيئة وهل هذا يناسب مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود؟

ثالثاً: تمييز شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية والاتفاقات المتعلقة بمحتوى العقد وبنطاق الالتزام: اذا اجري التمييز بين مسألة المسؤولية من جهة ومسألة تحديد محتوى العقد بالمعنى الواسع من جهة اخرى، يسهل عندئذ التمييز بين شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية والاتفاقات التي تبعد التزاماً من العقد أو تحدد من نطاق التزام ذلك لان المهم هو ان نلاحظ بأنه في الحالة التي يبعد فيها التزام من العقد أو يحدد من نطاق التزام عقدي فيها فإن المدين لا يكون مسؤولاً عن عدم تنفيذه للالتزام قصدياً، والشرط الذي يبعد التزاماً أو الذي يخفض من مستوى العناية المستحقة على المدين بموجب صنف العقد، وهذا الشرط يمحو ذلك الالتزام أو ذلك الجزء من العناية مباشرة في حين ان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية على العكس من ذلك لا يلعب مباشرة لا على محتوى العقد ولا على درجة العناية المستحقة صحيح أنه يجوز ان يؤثر بصورة غير مباشرة على درجة العناية المبذولة - وليست العناية المطلوبة - الا ان المدين لا يستطيع ابدأً أن يمتنع ارادياً (قصدياً) من ابداء العناية المستحقة واذا امتنع ارادياً عن ابدائه فانه سيتحمل المسؤولية عن الاضرار الناتجة عن ذلك ومثال ما تقدم:

الوديع المأجور ملتزم بموجب الفقرة الثانية من المادة (1928) من القانون المدني الفرنسي بأن يبدي في سبيل الحفاظ على

الشيء المودع لديه عناية رب الاسرة الحريص فاذا اشترط، فرضاً بأنه ليس ملزماً الا بابداء العناية التي يبديها في الحفاظ على اشياءه الخاصة، فانه لا يكون قد اخل بالتزامه اذا ترك بابه مفتوحاً مما سهل على السراق سرقة واختلاسه الشيء المودع<sup>873</sup>.  
 رابعاً: النتيجة المترتبة على نفاذ شروط الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية:

يجب القول بأن شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية يلزم أن ينتج أثره الطبيعي وهو اعفاء المدين الكامل من المسؤولية ولا يمكن للدائن ان يرجع بدعوى المسؤولية التقصيرية لمقاضاة المدين، ويفترض في الدائن المتوسط الحرص انه ما رضى بشرط الاعفاء مجاناً، بالعكس ان الغرض الاقرب إلى الواقع هو ان الدائن قد نال مقابلاً برضائه عن هذا الشرط، اما في احوال عقود التبرع فلا ضرر ينال الدائن عندما يشترط المدين عدم مسؤوليته، اذ المفروض أن المدين قد تبرع، وهو يتبرع في الحدود التي يرتضيها هو، والدائن منتفع على كل حال<sup>874</sup> ويكون الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية بين المسؤول والمضروب مباشرة وقد يرفع المسؤولية اصلاً عن المسؤول قبل المضروب<sup>875</sup>، ومثاله ان يشترط البائع عدم التزامه بالضمان في حالة ظهور حقوق إتفاق لا علم له بها وقت البيئه أو يشترط المشتري وفاء الذي باع المبيع إلى اخوانه غير ملزم الضمان اذا فسخت ملكيته بسبب استعمال البائع

1873- د. سعدي البرزنجي - شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية. المصدر السابق - ص 23.

1874- د. عباس حسن الصراف - المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن - رسالة دكتوراه - المصدر السابق - ص 161.

2875- د. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - المصدر السابق ص 1106 نبذة 652.

وفاء حقه في الاسترداد، ويترتب على هذا الشرط ان البائع لا يكون مسؤولاً قبل المشتري اذا استحق المبيع بناءً على السبب المعين الذي اشترط عدم ضمانه<sup>876</sup> واذا ما استحق المبيع بفعل الغير، فيعتبر شرط عدم الضمان صحيحاً ومنتجاً لآثاره، ولكن مع ذلك يبقى البائع مسؤولاً عن رد الثمن المبيع ويعفي المشرع المصري (وكذلك المشرع الفرنسي) البائع من رد الثمن في الحالتين التاليتين:

الحالة الاولى:- اذا اثبت البائع بشرط عدم الضمان ان المشتري كان عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق اذ لا يلزم البائع بشيء نحو المشتري اذا استحق المبيع.

الحالة الثانية:- اذا اقترن شرط عدم الضمان باعتراف المشتري بانه يتحمل وحده ما قد يترتب على استحقاق المبيع للغير من النتائج (م 446 مدني مصري و م 1629 مدني فرنسي) ولا يوجد حكم مماثل في التشريع العراقي<sup>877</sup>.

---

3876- د. سليمان مرقس مع د. محمد علي امام - عقد البيع في التقنين المدني الجديد - مطبعة نهضة مصر - 1955 - ص 374 فقرة 218.  
1877- د. سعيد مبارك مع د. طه الملاحويش مع د. صاحب عبيد الفتلاوي الموجز في العقود المسماة - البيع - الايجار - المقاوله - دار الحكمة للطباعة والنشر - بغداد 1992 - 1993 - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - ص 130.

## الخاتمة

وبعد إتمام هذا البحث، فإنه خير ما أختتم به هو الحمد والثناء لله تعالى الذي وفقني لانجاز هذا الجهد ومن الله التوفيق، أما بعد فإن رسالتي الموسومة بـ(وسائل دفع المسؤولية المدنية في القانون الخاص) الغاية منها هو بيان للقارئ بأنه لا توجد مسؤولية حتمية أبدية، إذ من الممكن أن ترتفع هذه المسؤولية ومن الممكن أن يعفى من هو في مركز المدعى عليه، فالناس لا يعطون بدعواهم.

وقد تبين لنا أن موضوع الرسالة مقتصر على دراسة الوسائل الكفيلة بدفع المسؤولية التقصيرية عن المدعى عليه إضافة إلى تناول الموضوعات الأخرى المتعلقة بدفع المسؤولية، والوسائل المشتركة ما بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية كالسبب الأجنبي الذي يعتبر وسيلة مميزة لدفع المسؤولية التقصيرية والعقدية على حد سواء، وأدركنا في الفصل الأول من هذه الرسالة كيفية نفي الخطأ الثابت والمفترض فقد ظهر لنا أن الخطأ الثابت لا بد له من دليل إثبات وهذا العبء (أي الإثبات) يقع على عاتق المدعي الذي يطالب بالتعويض من خلال القضاء، فإذا لم يفلح المدعي في إثبات الخطأ الشخصي الثابت فإنه لا توجد مسؤولية على الإطلاق، فضرية الادعاء هنا هو عبء الإثبات وإنه أمر غير يسير. هذا عن المطلب الأول من

المبحث الأول أما المطلب الثاني فإنه تناول بالتفصيل كيفية دحض الخطأ المفترض أو نفيه، ففي القوانين المدنية التي تأخذ بقريئة الخطأ تجعل من هذه القريئة قابلة لإثبات العكس، وذلك بأن يثبت المدعى عليه بأنه قام بما يجب عليه القانون أن يقوم به إلى أنه يذل عناية الرجل المعتاد لذا لا يكون هناك محل للمساءلة المدنية، إضافة إلى أن المشرع نفسه يشير إلى هذا الموقف إذ جاء في نص المادة (219) من القانون المدني العراقي {ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية.....}، أما في المبحث الثاني فإننا درسنا موضوعات ذات أهمية سواء في القوانين المدنية أم في الشريعة الإسلامية، ففي القوانين المدنية المتأثرة بالشريعة الإسلامية تأخذ بضرورة رفع المسؤولية المدنية أو تخفيفها في حالات ثلاث وهي حالة الدفاع الشرعي وحالة تنفيذ أمر صادر من رئيس تجب طاعته وحالة الضرورة، كذلك في الشريعة الإسلامية فإن الضمان لا يكون مطلقاً بل يتأثر بكل حالة يكون عليها المدعى عليه، فالضمان في حالة الدفاع الشرعي منعدم ولا يكون هناك سبب للمساءلة المدنية. أما في الفصل الثاني فإننا تحدثنا عن وسيلة تندفع بها المسؤولية المدنية، وتعد هذه الوسيلة بمثابة العمود الفقري لوسائل دفع المسؤولية المدنية عموماً وهذه الوسيلة هي السبب الأجنبي، وذلك بعد مناقشة العلاقة السببية التي تربط الخطأ مع الضرر وما يصاحب ذلك من نظريات كمنظرة السبب المنتج ومنظرة تعدد الأسباب، وناقشنا ماذا تعني هذه النظريات ومدى أهميتها في تحديد سبب الضرر وفي هذا الموضوع بالذات فإن علاقة السببية إذا لم توجد لا توجد المسؤولية فوجود علاقة السببية يدور مع المسؤولية وجوداً وعدمياً، أما بالنسبة للسبب الأجنبي فلأهميته تم ذكره قبل موضوع علاقة السببية ومن صور السبب الأجنبي القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وخطأ الغير وخطأ المضرور نفسه.

وإن هذه الصور لا يختلف عليها اثنان، فجميع الكتاب متفقون على أن هذه الصور تدفع المسؤولية المدنية.. وقد بحثنا هذه الصور على محمل من التفصيل ووجدنا في هذه الصور أسباباً لدفع المسؤولية المدنية عن المدعى عليه، ثم تبين لنا في الفصل الثالث كيفية التصدي لدعوى التعويض التي ترفع ضد المدعى عليه الذي ندافع عنه في بحثنا هذا وقد خصصنا المبحث الأول لدراسة كيفية إهمال المدعى المطالبة بالتعويض وأثر ذلك على المسؤولية المدنية وقد تكلمنا أيضاً عن نطاق التعويض.. فالتعويض ليست حدوده مفتوحة بل تحده بعض الضوابط، فالتعويض يشمل الضرر المباشر والمتوقع فقط فإذا ما حدث ضرر غير مباشر وغير متوقع فلا محل للتعويض عنه هذا هو المبدأ اللهم إلا إذا ظهر في المستقبل رأي يقول بالتعويض في كل الأحوال وأعتمد هذا الرأي.

وقد تبين لنا في دراسة المبحث الثاني من الفصل الثالث بعض الدفوع الواردة في دعوى المسؤولية المدنية التي يلتزم بها المدعى عليه ففي ساحة المحكمة وفي إطار دعوى المسؤولية المدنية التي ترفع من قبل المدعى يستطيع المدعى عليه أن يتمسك بهذه الدفوع وهي على نوعين دفوع موضوعية تتعلق بموضوع الدعوى ودفوع شكلية تتعلق بإجراءات رفع الدعوى. هذا ما تناولناه في المطلب الأول من المبحث الثاني أما المطلب الثاني فقد تبين لنا الإجراءات المعتمدة في دحض القرائن القانونية وكذلك الغاء القرائن القضائية متى ما قامت ضد المدعى عليه.

أما المطلب الأخير في هذه الرسالة فكان مخصصاً لدراسة الاتفاقات على الإغفاء من المسؤولية العقدية وما صاحب ذلك من خلاف فقهي حول مسألة الاتفاق على الإغفاء من المسؤولية التقصيرية.

ومن خلال صفحات هذا البحث فإنه لابد من تدوين بعض الملاحظات حول موضوع دفع المسؤولية المدنية.. ثم نأتي إلى ترتيب ما استنتج من هذا البحث ثم نبين التوصيات التي نأمل أن تكون جديرة.

### أولاً: الملاحظات:-

أ- أن وسائل دفع المسؤولية المدنية عديدة أما مصدر المسؤولية فهو واحد، وهو المبدأ القائل (بأن كل من سبب ضرراً للغير يلتزم بالتعويض)، ومن هذا المنطلق تصيح المسؤولية التي هي في موضع الاتهام هشة وتكاد أن ترتفع، فأى سبب يدعو إلى رفع المسؤولية هو كفيلاً بدحض هذا الاتهام وهو المسؤولية.

ب- إن بعض الوسائل التي ترفع المسؤولية مقررة بنص القانون والاستناد إلى نص القانون يعفي من المسؤولية بلا شك، فالمدعي عليه حين يتمسك بنص المادة (211) من القانون المدني العراقي يجعل نفسه في مركز ممتاز عندما ترفع دعوى المسؤولية ضده أمام القضاء.

ج- إن المسؤولية المدنية بوجه عام هي ارتكاب أمر يوجب مؤاخذة فاعلة وقد تكون هذه المسؤولية أدبية وهي تبعة مخالفة الإنسان لما تجب عليه طاعته وجزاؤها يتمثل في تأنيب الضمير وسخط الناس، وقد تكون مدنية وهي موضوع البحث إذ بموجبها يطالب المدعى عليه بالتعويض.

د- تعتبر المسؤولية المدنية من أهم الموضوعات القانونية التي كانت ومازالت جديرة بالبحث والدراسة ولا غرابة في ذلك حيث تعتبر موضوعاتها ترجمة وانعكاساً حقيقياً لواقع الحياة وما فيها من منازعات حتى قيل إننا نعيش اليوم في عصر المسؤولية الذي أصبح فيه الإنسان يسأل عما لم يكن يسأل عنه بالأمس، فما كان مقبولاً في زمان معين لم يعد كذلك اليوم.. فالحياة متطورة ومنازعاتها متنوعة تتطور بتقدم الحياة وفي كل مرة كانت قواعد المسؤولية تزداد تطوراً وازدهاراً.

هـ-ولما كانت المسؤولية تقتضي وضع الشخص موضع السؤال، ثم تقدير مسؤوليته بعد ذلك فإن صياغة مبدأ المسؤولية ذاته المتمثل في مساءلة من يضر بغيره وإلزامه بالتعويض وتنظيم حدوده وآثاره لم يكن محل اتفاق في الفقه والتشريع.

و-إن الغاية من إقامة المسؤولية المدنية التقصيرية التعويض على المتضرر عن الأضرار التي لحقت به شرط حصول هذه الأضرار بسبب تصرف خطأ صادر عن أحد الناس ومرتبطة سبباً به ولم يكن من مانع قانوني لقيام هذه المسؤولية يتناول بالبحث التالي أركان هذه المسؤولية وسبل التعويض عن الأضرار، فالركن الأول لهذه المسؤولية هو الضرر غير المشروع لأنه في غيابه لا محل لمساءلة إنسان عن أفعاله.

### **ثانياً- النتائج:-**

أ-إن مجرد مخالفة السلوك لقاعدة قانونية قد لا يعتبر خطأً مدنياً تقوم عليه المسؤولية المدنية إذا كانت مخالفته سبباً لما وقع من ضرر وإنما تجعل ذلك متوقفاً على الهدف من القاعدة، فإذا كانت القاعدة لا تستهدف سوى حماية مصلحة عامة لم يكن لمن أصابه ضرر من مخالفته أن يطالب بالتعويض استناداً إلى مجرد مخالفة القاعدة لأن العبرة يجب أن تكون بالهدف لا بالسبب، أما إذا كانت القاعدة تستهدف إلى جانب حماية المصلحة العامة حماية مصلحة خاصة فإن من لحقه ضرر من مخالفة القاعدة يكون له أن يطالب بالتعويض بشرط أن يكون من بين الأشخاص الذين تستهدف القاعدة حمايتهم.

ب-أن الحادث الفجائي والقوة القاهرة مصطلحان مختلفان من حيث التسمية ومن حيث الفعل إلا أنهما يتشابهان في الأثر أو النتيجة فكلاهما يعفي من المسؤولية المدنية، وعلى هذا الأساس يمكن التمييز

بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة.. فإذا لم يكن هناك تمييز بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة فلماذا ذكرهما المشرع العراقي في المادة (211)، وإذا كان المصطلحان متشابهين فكان على المشرع ذكر واحد منهما إلا أنه ذكر المصطلحين للدلالة على وجود الاختلاف بينهما من حيث الفعل لا الأثر، ففعل الحادث الفجائي يكمن في انعدام عنصر التوقع للحادث أو الفعل في حين أن القوة القاهرة تنعدم في فعلها الإرادة فتحدث رغماً على إرادة البشر كالزلازل.

ج- إذا كانت المسؤولية تقوم على الضرر والخطأ والعلاقة السببية فإنه لا بد من توافر هذه الأركان لتوافر المسؤولية، فالضرر لا ينشأ إلا إذا توافر الخطأ (في غالب الأحيان) والخطأ ينتج الضرر أما ركن السببية فإنه يتوافر بصورة تلقائية إذا كان الضرر ناتجاً عن الخطأ إلا أنه قد يوجد خطأ بلا ضرر كالسائق الذي لا يلتزم بإضاءة مصابيح السيارة ليلاً عند القيادة إلا أنه لا يتسبب في ضرر لأي شخص وقد يوجد ضرر بلا خطأ كالذي يستعمل حقاً له كما هو الحال في المنافسة الشريفة والمشروعة بين التجار.

د- إن الحق الذي يدعيه المدعي لا يصدق عليه هذا الوصف إلا لأنه يستند إلى قاعدة في القانون تقرر وجوده، هذه القاعدة هي التي تجعل كسب الحق نتيجة لواقعة قانونية أي لوضع معين يوجد في الشخص صاحب الحق فإذا توافر هذا الوضع للمدعي صح له أن يطالب بهذا الحق وعندئذ يقع عليه عبء إثباته ومع ذلك فإن محل الإثبات في الفقه القانوني ليس كما هو متوقع -الحق المدعى به؛ لأن الحق فكرة مجردة تستعصي عن الإثبات، وإنما يقع الإثبات على مصدر هذا الحق أي الواقعة التي أنشأت هذا الحق.

هـ- إن حكم المتسبب في القانون المدني العراقي يتطابق مع حكمه في الشريعة الإسلامية مادام شرط التعدي في الفقه الإسلامي مماثلاً للخطأ التقصيري في القانون ولدى الفقه القانوني، حيث أن التعدي

وكما هو واضح من نص المادة (186/1) شرط في إضافة الحكم إلى المتسبب، أما في حالة اجتماع المباشرة والتسبب فمع أن المشرع العراقي قد أضاف الحكم إلى المتعمد أو المتعدي منهما وذلك في المادة (186/2) فإنه يمكن لنا أن نجد تطبيقات لتقديم التسبب على المباشرة خلافاً للقاعدة العامة في هذا المجال وهي: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر)، ومن تلك الحالات ما ورد في المادة (189) إذ نصت: (إذا غير أحد آخر ضمن الضرر فلو قال شخص لأهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فإني أذنته بالتجارة ثم ظهر بعد ذلك أن الصبي ولد غيره فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي وبالتعويض عن الأضرار الأخرى)، وهذا تطبيق لتقديم المتسبب على المباشر.

### ثالثاً- التوصيات:-

أ-تعديل المادة (186) من القانون المدني العراقي وجعل نصها: (1- يكون الإضرار بالمباشرة والتسبب. 2-فإن كان بالمباشرة لزم الضمان

ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي لضمانه.)، أسوة بما ذهب إليه المشرع الأردني في المادة (257).

ب-تعديل المادة (212/2) من القانون المدني العراقي، بحيث تستوعب حالة الدفاع الشرعي الموجه إلى مال المدافع أو مال غيره ويكون نصها: (2-فمن أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو نفس الغير أو ماله أو مال الغير كان غير ملزم بالضمان على أن لا يجاوز في ذلك القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة).

ج-استبدال عبارة (خطأ المتضرر) الواردة في المادة (211) والمادة (210) من القانون المدني العراقي بعبارة (فعل المتضرر).

د-تعديل نص المادة (8) من قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 وجعل نصها كالتالي: (1-يمنع على القاضي أن يحكم بما حاز عليه من أدلة ليس لها مساس بالدعوى موضوع النزاع، إلا أن له الأخذ بما علم به الجمهور أو الوسط الذي يعيش فيه. 2-للقاضي الاعتماد على ذكائه الشخصي والتجارب والعادات والخبرة والاستعداد الذهني والأفكار التي يعتنقها والقيم التي يحملها في تقدير الأدلة المقدمة لديه).

هـ-كان على المشرع العراقي في المادة (219) أن يرفع التعارض بين الفقرتين المذكورتين في المادة المشار إليها، إذ أن الفقرة الأولى تشترط وجود خطأ من الموظف أثناء قيامه بعمله، وهذا دليل على أن الإدارة لم تبذل العناية اللازمة في رقابة الموظف، أي أن صدور خطأ من الموظف أثناء قيامه بعمله يعني وجود قرينة قاطعة على صدور خطأ من الإدارة أو المتبوع، وإذاً كيف يمكن السماح للإدارة أو المتبوع بعدئذ في الفقرة الثانية إثبات العكس وذلك ينفي الخطأ في الرقابة والتوجيه.

## مكتبة البحث

- أ -

### المراجع العربية

#### أولاً: القرآن الكريم

#### ثانياً: كتب الفقه الاسلامي

- 1- ابو القاسم جعفر بن الحسن بن يحيى الهذلي - المحقق الحلبي - شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام - ج 1.
- 2- السيد محمد تقي المدرسي - احكام المعاملات - دار محبي الحسين للطباعة.
- 3- احمد بن ادريس (القرافي) - انوار البروق في انواع الفروق - عالم الكتب.
- 4- ابو الفرج عبد الرحمن بن احمد ابن رجب الحنبلي - القواعد لأبن رجب - دار المعارف.
- 5- ابو محمد غانم بن محمد البغدادي - مجمع الضمانات - الفصل الاول - دار الكتاب الاسلامي.
- 6- احمد بن محمد بن علي الفيومي - المصباح المنير في غريب شرح الكبير - 1368 - المكتبة العلمية.
- 7- ابو بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي - غمز عيون البصائر في شرح الاشباه والنظائر - 1090 هـ.
- 8- ابو محمد عز الدين عبد العزيز عبد السلام - قواعد الاحكام في مصالح الانام - دار الكتب العلمية للطباعة.
- 9- المهدي لدين الله احمد بن يحيى بن المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الانصار - دار الكتاب الاسلامي.
- 10- احمد الدردير - الشرح الكبير على مختصر خليل - دار الكتاب العربي - بيروت - ج 2.
- 11- احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي - الفروق - ج 4 - دار احياء الكتب العربية - القاهرة - 1346 هـ.
- 12- ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي - الموافقات في اصول الشريعة - ج 1 - مطبعة المكتبة التجارية.

- 13- السيد سابق - فقه السنة - دار الكتاب العربي - المجلد الثالث - في المعاملات - 1985 - بيروت.
- 14- الامام احمد بن حجر العسقلاني - بلوغ المرام من ادلة الاحكام - تحقيق ابراهيم عسر - دار العلوم الحديثة - بيروت - مكتبة الشرق الجديد - 1983.
- 15- بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الزركشي - المنثور في القواعد الفقهية - 1394 - وزارة الاوقاف الكويتية.
- 16- جلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر بن محمد بن سابق الدين السيوطي - الاشباه والنظائر.
- 17- جمال الدين محمد بن يوسف - تذكرة الفقهاء - النجف الاشرف - ج 2.
- 18- زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم - الاشباه والنظائر على مذهب الامام ابي حنيفة - دار الكتب العلمية - بيروت.
- 19- سيد عبد الحكيم الصافي - الضمان في الفقه الاسلامي - مطبعة الاداب - النجف الاشرف - 1977.
- 20- سليم رستم باز اللبناني - شرح المجلة - ط 3 - المجلد الاول - بيروت - 1305.
- 21- شمس الدين السرخسي - المبسوط - ج 11 - ط 3 - دار المعرفة للطباعة - بيروت - 1978.
- 22- صادق الطهوري - محصل المطالب في تعليقات المكاسب - ج 1 - ط 1 - 1419 هـ - منشورات انوار الهدى - مطبعة امين.
- 23- علي بن سليمان بن احمد المرداوي - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف - دار احياء التراث العربي.
- 24- علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري - المحلى بالاثار - ج 1.
- 25- علي حيدر - درر الحكام في شرح مجلة الاحكام - الباب الثاني - الفصل الثاني.
- 26- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - ج 7 - ط 1 - 1910.
- 27- علاء الدين عبد العزيز بن احمد البخاري - كشف الاصرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي - بيروت - ج 2.
- 28- عثمان بن علي بن صحجن فخر الدين الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - دار الكتاب الاسلامي.
- 29- محمد الحسين ال كاشف الغطاء - تحرير المجلة - المجلد الاول - 1359 هـ.

- 30- محمد الحسيني الشيرازي - الفقه - كتاب الديات - دار العلوم - ط 2 - 1988.
- 31- محمد بن محمد بن محمد - ابن امير الحاج - التقدير والتحبير في شرح التحرير - 1474م - دار الكتب العلمية - الفصل الرابع.
- 32- محمد بن محمد الغزالي - المستصفي - اقسام الاحكام - دار الكتب العلمية.
- 33- محمد الشربيني الخطيب - مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج - ج 4 - دار الكتب العربية الكبرى.
- 34- الامام محمد بن جمال الدين مكي العاملي - اللمعة الدمشقية - ج 7 - ط 1 - جامعة النجف الاشرف الدينية.
- 35- محمد امين بن عمر بن عبد العزيز بن احمد - ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الابصار - حاشية ابن عابدين - ج 6 - دار الكتب العلمية.
- 36- محمد بن عبد الرحمن الشافعي الدمشقي - رحمة الامة في اختلاف الائمة - طبعة سنة 40هـ.
- 37- محمد بن احمد بن رشد القرطبي - ابن رشد - بداية المجتهد - المكتبة التجارية - مصر - ج 2 .
- 38- محمد بن محمد ابي حامد الغزالي - الوجيز - ج 1 - 1318هـ - مطبعة حوش قدم - القاهرة.
- 39- محمود بن اسرائيل الشهير بابن قاضي سماونة - جامع الفصولين - ج 2 - ط 1 - مصر - المطبعة الكبرى الاميرية - 1301هـ.
- 40- منصور علي ناصف - التاج الجامع للاصول في احاديث الرسول - ج 3 - ط 4 - 1986.
- 41- منصور بن يونس البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع - مطبعة انصار السنة المحمدية - 1948.
- 42- د. مصطفى احمد الزرقاء - المدخل الفقهي العام - ج 2 - دمشق - 1968.

ثالثاً: الكتب القانونية

- 43- د. آدم وهيب النداوي - شرح قانون الاثبات - بغداد - دار القادسية - 1986.
- 44- د. آدم وهيب النداوي - مع د. هاشم الحافظ - تاريخ القانون - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - بغداد - 1989.
- 45- د. آدم وهيب النداوي - المرافعات المدنية - مديرية دار الكتب للطباعة - 1988.
- 46- ابراهيم ابراهيم الصالحي - دراسات في نظرية القانون - جامعة الازهر - 1991.
- 47- الان بينابنت - القانون المدني - الموجبات.
- 48- د. انور سلطان - النظرية العامة للالتزام - ج 1 - مصادر الالتزام - دار المعارف.
- 49- د. انور سلطان - موجز في مصادر الالتزام - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - 1998.
- 50- انور طلبة - المطول في شرح القانون المدني المصري - ط 1 - 2004 - المكتب الجامعي للطباعة.
- 51- د. احمد شرف الدين - مسؤولية الطبيب وادارة المرفق الصحي العام - 1983.
- 52- احمد فتحي بهنسي - المسؤولية الجنائية في الفقه الاسلامي - القاهرة - 1969.
- 53- د. احمد ابراهيم البسام - الشركات التجارية - في القانون العراقي - ط 2 - 1967.
- 54- د. احمد محمد ابراهيم - القانون المدني معلق على نصوصه بالاعمال التحضيرية واحكام القضاء وآراء الفقهاء - ط 1 - 1964 - دار المعارف.
- 55- د. احمد ابو الوفا - نظرية الدفوع في قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي - مطبعة العاني - بغداد - 1967.
- 56- د. احمد السيد حياوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلاً بالقانون رقم 23 لسنة 1992 والقانون رقم 81 لسنة 1996 - دار النهضة العربية - القاهرة - 1997.
- 57- احمد نشأت - رسالة الاثبات - ج 2 - دار الفكر العربي - ط 7 - 1972.
- 58- د. احمد حمد - موضوع النسب في الشريعة الاسلامية والقانون - ط 1 - 1983 - الكويت.
- 59- د. احمد حشمت ابو ستيت - مصادر الالتزام - دار الفكر العربي - 1963.

- 60- د. امجد محمد منصور - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - دراسة في القانون المدني الاردني والمصري والفرنسي ومجلة الاحكام العدلية والفقہ الاسلامي - 2001.
- 61- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل - الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات - دار النهضة العربية.
- 62- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل - المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق - دراسة تحليلية للانظمة القانونية المعاصرة - دار النهضة العربية - القاهرة.
- 63- د. ابراهيم زكي اخنوخ - حالة الضرورة في قانون العقوبات - دار النهضة العربية - القاهرة - 1969.
- 64- د. ابراهيم طه الفياض - مسؤولية الادارة عن اعمال موظفيها في العراق مع الاشارة للقانون المصري والفرنسي - دار النهضة العربية القاهرة - 1973.
- 65- د. ابراهيم المشاهدي - المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - القسم التجاري - مطبعة الجاحظ - 1994.
- 66- السيد محمد السيد عمران - الاسس العامة في القانون المدخل إلى القانون - نظرية الالتزام - بيروت - لبنان - 2002.
- 67- ادوارد غالي الذهبي - مشكلات القتل والايذاء الخطأ - ط 2 - الراعي للنشر - 1996.
- 68- ادوارد غالي الذهبي - اختصاص القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى المدنية - ط 3 - دار النهضة العربية للطباعة - 1989.
- 69- الياس ابو عيد - نظرية الاثبات في اصول المحاكمات المدنية والجزائية - لبنان - الجزء الثالث - منشورات زين الحقوقية - 2005.
- 70- د. باسم محمد صالح مع د. عدنان احمد ولي العزاوي - القانون التجاري - الشركات التجارية.
- 71- د. توفيق حسن فرج الصدة - القانون الروماني - بيروت - 1985.
- 72- د. ثروت انيس الاسيوطي - مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن - ط 1 - المطبعة العالمية - 1960.
- 73- د. جورج بوييه شمار - المسؤولية الجزائية في الاداب الاشورية والبابلية - 1981.
- 74- د. جلال علي العدوي - اصول الالتزام - الاسكندرية - 1970.

- 75- د. جورج سعد - دولة القانون - كلية الحقوق - الجامعة اللبنانية - بيروت - 2000.
- 76- د. جميل الشرقاوي - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - 1981 - دار النهضة العربية.
- 77- المحامي جمعة سعدون الربيعي - المرشد إلى اقامة الدعوى المدنية - دراسة عملية معززة بقرارات محكمة التمييز - بغداد - ط 1 - 1992.
- 78- د. حسن علي ذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية - ج 1 - 1991 - بغداد.
- 79- د. حسن علي ذنون - النظرية العامة للالتزام - المصادر - الاحكام - الاثبات - دار الحرية للطباعة - بغداد - 1976.
- 80- د. حسن علي ذنون - حالة الضرورة واثرها في المسؤولية المدنية - محاضرات القيت على طلبة الماجستير - القسم الخاص - في كلية الحقوق جامعة النهرين - 1999 - 2000.
- 81- د. حسن علي ذنون مع د. محمد سعيد الرحو - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - ج 1 - مصادر الالتزام - دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي - ط 1 - 2002.
- 82- د. حسن علي ذنون - اصول الالتزام - مطبعة المعارف - بغداد - 1970.
- 83- د. حسن علي ذنون - شرح القانون المدني - العقود المسماة - شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة - بغداد - 1954.
- 84- د. حسن عبد الباسط الجميعي - شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب الخفية - دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري وقانون دولة الامارات والقوانين الادارية - جامعة القاهرة - 1993.
- 85- د. حسن عكوش - المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد - ط 2 - 1970 - دار الفكر الحديث للطباعة.
- 86- د. حسن الخطيب - نطاق المسؤولية التقصيرية والعقدية - جامعة باريس - 1955.
- 87- حسين عامر - المسؤولية المدنية - العقدية والتقصيرية - ط 1 - مطبعة مصر - 1956.
- 88- د. حسين عامر مع د. عبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية - ط 2 - دار المعارف بمصر - 1979.

- 89- حسين عبد الهادي البياع - شرح قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1969 مدعم بالامثلة والقرارات التمييزية مع نص القانون - ط 1 - 1986 - مطبعة الاقتصاد.
- 90- حبيب فارس نمور - الغش والتواطؤ في القانون الفرنسي والقانون اللبناني - 1989.
- 91- د. حلمي بهجت بدوي - اصول الالتزامات - الكتاب الاول - نظرية العقد - مطبعة نوري - القاهرة - 1943.
- 92- د. حميد السعدي - شرح قانون العقوبات الجديد - ج 1 - الاحكام العامة - مطبعة المعارف - بغداد - 1970.
- 93- د. حميد السعدي - شرح قانون العقوبات الخاص - مطبعة المعارف - بغداد - 1964.
- 94- خليل جريج - المسؤولية المدنية - المحاضرة الثانية - الخطأ المهني في نطاق العمل الطبي - 1994 - تونس.
- 95- خليل جريج - النظرية العامة للموجبات - الجزء الاول - مصادر الموجبات الخارجة عن الارادة - 1957.
- 96- د. رمضان ابو السعود - مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني - الدار الجامعية للطباعة - 1984.
- 97- د. رؤوف عبيد - السببية في القانون الجنائي - دار الفكر العربي - 1966.
- 98- د. سليمان مرقس - اصول الاثبات واجراءات في المواد المدنية - ج 1 - 1981 - مطبعة اطلس.
- 99- د. سليمان مرقس - محاضرات في المسؤولية المدنية - القسم الاول - الاحكام العامة - 1958.
- 100- د. سليمان مرقس - المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الاول - معهد البحوث والدراسات العربية - 1971.
- 101- د. سليمان مرقس - نظرية دفع المسؤولية المدنية - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - 1922.
- 102- د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - ج 2 - ط 5 - 1988.
- 103- د. سليمان مرقس - شرح القانون المدني - المجلد الثاني - الالتزامات - الفعل الضار والمسؤولية المدنية - القسم الاول - الاحكام العامة.
- 104- د. سليمان مرقس - الموجز في اصول الالتزامات 1961 - القاهرة - مطبعة لجنة البيان العربي.

- 105- د. سليمان مرقس - مسؤولية الراعي المفترضة - عن فعل المرعي في تقنيات البلاد العربية مع مقارنة بالقانون الفرنسي - معهد البحوث والدراسات العربية - 1968.
- 106- د. سليمان مرقس - احكام الالتزام - القاهرة - 1980.
- 107- د. سليمان مرقس مع د. محمد علي امام - عقد البيع في التقنين المدني الجديد - مطبعة مصر - 1955.
- 108- د. سليمان محمد احمد - ضمان الممتلكات في الفقه الاسلامي - مطبعة السعادة - 1985.
- 109- د. سمير الجنزوري - الاسس العامة لقانون العقوبات القاهرة - 1977.
- 110- د. سعدون العامري - تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية - منشورات مركز البحوث القانونية بغداد - 1981.
- 111- د. سعدي البرزنجي - شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي - ط 1 - 2003 - اربيل.
- 112- د. سعيد مبارك مع د. طه الملا حويش مع د. صاحب عبيد الفتلاوي - الموجز في العقود المسماة - البيع - الايجار - المقالة - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - دار الحكمة للطباعة - بغداد - 1992 - 1993.
- 113- د. شوقي عبد الرحمن - الالتزام التضامني للمسؤولية تقصيراً في مواجهة المضرور - المطبعة العربية الحديثة - مصر - 1980.
- 114- د. صبيح بشير مسكوني - تأريخ القانون العراقي القديم - ط 1 - مطبعة شفيق - بغداد - 1971.
- 115- د. صوفي ابو طالب - مبادئ تأريخ القانون دار النهضة العربية - 1965.
- 116- د. المحامي صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية - الجزء الاول - 1948.
- 117- د. صالح احمد محمد اللهبي - المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية - ط 1 - الاصدار الاول - 2004.
- 118- د. صلاح الدين الناهي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - جزآن في مجلد واحد - مطبعة العاني - بغداد - 1950.

- 119- د. صلاح الدين الناهي - مجموعة القوانين والانظمة التجارية المرعية في الجمهورية العراقية وسائر البلاد العربية - ج 1 - 1958 - شركة الطبع والنشر الاهلية.
- 120- د. صلاح الدين الناهي - مبادئ الالتزامات مطبعة دار التضامن - بغداد - 1970.
- 121- د. صبري محمد السنوسي محمد - احكام التقادم في مجال القانون العام - دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون المصري والقانون الكويتي في ضوء احدث الاحكام الصادرة من محكمة النقض والمحكمة الادارية ومحكمة التمييز 2005 - ط 1 - جامعة الكويت.
- 122- ضياء شيت خطاب - الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية - مطبعة العاني - بغداد - 1973.
- 123- ضياء شيت خطاب - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي - مطبعة العاني - بغداد - 1967.
- 124- طه عبد المولى ابراهيم - مشكلات تعويض الاضرار الجسدية في القانون المدني وفي ضوء الفقه القضاء - ط 1 - دار الفكر والقانون - 2000.
- 125- د. طعيمة الجرف - شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الاداري - ط 1 - الناشر مكتبة القاهرة الحديثة - مطبعة النصر.
- 126- د. عبد المجيد الحكيم مع الاستاذ عبد الباقي البكري مع الاستاذ محمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - مصادر الالتزام - مطبعة السنهوري - 1980.
- 127- د. عبد المجيد الحكيم - الكافي في شرح القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية - ج 1 - مصادر الالتزام - العقد.
- 128- د. عبد لمجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - ج 1 - مصادر الالتزام - ط 3 - بغداد - 1969.
- 129- د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - الجزء الثاني - احكام الالتزام مع مقارنة بالفقه الاسلامي - ط 1 - شركة الطبع والنشر الاهلية - بغداد - 1965.
- 130- المحامي عبد المجيد مصطفى ابو العز - موسوعة المواعيد القانونية - كتاب المواعيد - قانون المرافعات المدنية

- والتجارية - ط 1 - 1958 شركة مكتبة ومطبعة مصطفى  
الباي الحلبي واولاده بمصر.
- 131- د. عبد الحكم فودة - الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية  
- دار الالفى لتوزيع الكتب.
- 132- د. عبد الحكم فودة - التعويض المدني - الطبعة الاولى -  
القاهرة - دون سنة طبع.
- 133- د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط - ج 1 - المجلد  
الثاني - مصادر الالتزام - ط 3 - منشورات الحلبي الحقوقية  
- لبنان - 2000.
- 134- د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط - ج 2 - الاثبات  
- اثار الالتزام - ط 3 - 2000 - منشورات الحلبي الحقوقية.
- 135- د. عبد الرزاق احمد السنهوري - شرح القانون المدني  
العراقي - النظرية للالتزامات - نظرية العقد - ج 2 -  
منشورات الحلبي الحقوقية - 1998.
- 136- د. عبد الرزاق احمد السنهوري - مصادر الحق في الفقه  
الاسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي - 6 - ط 2 -  
منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 1998.
- 137- د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون  
المدني - ج 4 - البيع - مطبعة دار النشر للجامعات  
المصرية - 1960.
- 138- د. عبد الرزاق عبد الوهاب - المسؤولية المدنية في القانون  
السويسري - 1980.
- 139- د. عباس العبودي - شريعة حمورابي - مطبعة التعليم  
العالي والبحث العلمي - الموصل - 1990.
- 140- د. عباس العبودي - شرح قانون البنات - دراسة مقارنة  
معززة بالتعديلات التشريعية والمبادئ القانونية - دار الثقافة  
- الاردن - عمان - ط 1 - 2007.
- 141- د. عباس العبودي - شرح قانون اصول المحاكمات المدنية  
المعدل بقانون رقم 140 لسنة 2001 والقانون رقم 26  
لسنة 2002 - دراسة مقارنة - دار الثقافة للنشر والتوزيع -  
ط 1 - 2007 - الاصدار الثاني.
- 142- د. عباس الصراف - المسؤولية العقدية عن فعل الغير في  
القانون المقارن - مطبعة دار الكتاب العربي - مصر 1945.
- 143- د. عباس الصراف مع د. جورج حزبون - المدخل إلى علم  
القانون - نظرية القانون - نظرية الحق - دار الثقافة للنشر  
والتوزيع - 2005.

- 144- د. عدنان ابراهيم السرحان مع د. نوري حمد خاطر - شرح القانون المدني الاردني - مصادر لحقوق الشخصية - الالتزامات - 2000.
- 145- عبد الباقي البكري - محاضرات في المسؤولية عن الاعمال الشخصية غير المشروعة - القيت على طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص - 1976 - 1977.
- 146- عبد الباقي البكري - شرح القانون المدني العراقي - ج 3 - احكام الالتزام - تنفيذ الالتزام - 1971 - مطبعة الزهراء .
- 147- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الاسلامي - ج 1 - القسم العام - ط 4 - 1985 - دار احياء التراث العربي - بيروت.
- 148- د. عبد المهيم بكر - جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال - نشر دار النهضة العربية.
- 149- د. عبد الكريم زيدان - الوجيز في اصول الفقه - 1967 - ط 3 - مطبعة سلمان الاعظمي - بغداد.
- 150- د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - دراسة مقارنة في قانون اللبناني والمصري - مطبعة دار النهضة العربية - 1971.
- 151- د. عبد المنعم البدر اوي - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري - ج 2 - احكام الالتزام.
- 152- عبد الرشيد مأمون - علاقة السببية في المسؤولية المدنية - دار النهضة العربية - بدون سنة طبع.
- 153- عبد السلام التونجي - المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الاسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي - 1966 دون مكان طبع.
- 154- د. عبد القادر الفار - مصادر الالتزام - مصادر الحق الشخصي في القانون المدني مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع - ط 1 - 1998.
- 155- د. عبد القادر الفار - المدخل لدراسة العلوم القانونية - مبادئ القانون - النظرية العامة للحق - ط 1 - 2004 - دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 156- عبد الامير العكيلي مع د. سليم ابراهيم حربة - شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية - الجزء الثاني - مطبعة السهنوري - بغداد - دون سنة طبع.
- 157- عبد الرحمن العلام - شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز

- العراق مرتبة على مواد القانون - الجزء الثاني - 1972 - مطبعة العاني - بغداد.
- 158- د. عبد الحي حجازي - المدخل لدراسة العلوم القانونية - الجزء الاول - الكويت - 1972.
- 159- عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزامات - الالتزام بذاته - ج 1 - مطبعة النهضة - 1954.
- 160- د. عبد الحميد الشواربي - القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والاحوال الشخصية - دار الفكر الجامعي - مكتبة ومطبعة الاشعاع - الاسكندرية - 1995.
- 161- د. عبد الحميد عمر وشاحي - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني - القاهرة - دون سنة طبع.
- 162- د. عبد السلام الترماني - تاريخ النظم والشرائع - جامعة الكويت - 1975.
- 163- د. عبد حسن الزيات - مذكرات في القانون الروماني - ج 1 - الاشخاص - 1936.
- 164- د. علي صادق ابو هيف - القانون الدولي العام - منشأة المعارف - 1996.
- 165- علي الخفيف - الضمان في الفقه الاسلامي - القسم الاول - معهد البحوث والدراسات العربية - القاهرة - 1976.
- 166- د. علي عبد الواحد وافي - المسؤولية والجزاء - دار احياء الكتب العربية.
- 167- د. علي عبد المعطي محمد - المنطق ومناهج البحث العلمي - دار الجامعة المصرية - الاسكندرية - 1967.
- 168- عز الدين الديناصوري مع د. عبد الحميد الشواربي - المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - القاهرة الحديثة للطباعة - 1988.
- 169- د. عصمت عبد المجيد بكر - شرح القانون المدني الاردني رقم 34 لسنة 1976 - ج 1 - الدار العربية للموسوعات - 1978.
- 170- د. عامر سليمان - القانون في العراق القديم - دار الشؤون الثقافية - ط 2 - 1987.
- 171- د. عمر ممدوح مصطفى - القانون الروماني - ط 4 - دار المعارف بمصر - 1961.
- 172- د. عادل احمد الطائي - المسؤولية المدنية للدولة عن اخطاء موظفيها - 1999.

- 173- علاء سليم العامري - حالات ابطال الدعوى في قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 - موسوعة القوانين العراقية - الطبعة الاولى - 2007.
- 174- د. غني حسون طه - مصادر الالتزام - مطبعة المعارف بغداد - 1971.
- 175- د. فخري عبد الرزاق الحديشي - شرح قانون العقوبات العام - بغداد - 1992.
- 176- د. فخري رشيد مهنا - اساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز - 1974.
- 177- د. فخري رشيد مهنا - الشرائع العراقية القديمة - دار الرشيد - ط 2 - 1979.
- 178- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الاول - مصادر الالتزام غير الارادية - مكتبة الجلاء الجديدة - ط 1 - 1999.
- 179- فريد فتیان - مصادر الالتزام - 1957 - مطبعة العاني - بغداد.
- 180- د. محمد جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - ج 1 - مطبعة القاهرة - 1978.
- 181- د. محمد جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري - ط 3 - مطبعة القاهرة.
- 182- د. محمد جمال موسى - تأريخ القانون في مصر وفي العهود القديمة - دار النهضة العربية القاهرة.
- 183- د. محمد وحيد الدين سوار - التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي - ط 1 - رسالة من القاهرة - مكتبة النهضة المصرية - 1960.
- 184- د. محمد وحيد الدين سوار - الاتجاهات العامة في القانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة - دراسة موازنة بالمدونات العربية - مطبوعات جامعة الامارات - 1988.
- 185- د. محمد لبيب شنب - المسؤولية عن الاشياء - دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي - 1957 - مكتبة النهضة المصرية.
- 186- محمد مصطفى القللي - المسؤولية الجنائية - مطبعة جامعة فؤاد الاول - القاهرة - 1948.

- 187- د. محمد ابو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي - العقوبة - دار الفكر العربي.
- 188- محمد شلتوت - الاسلام عقيدة وشرعية - ط 3 - دار القلم - 1966.
- 189- محمد طه البشير مع د. هاشم الحافظ - القانون الروماني - الاموال والالتزام - طبع جامعة بغداد - 1980.
- 190- محمد حسني عباس - العقد والادارة المنفردة - مكتبة النهضة العربية - 1959 - القاهرة.
- 191- محمد المنجي - دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية بصفة عامة - ط 2 - 1999.
- 192- د. محمد فتح الله النشار - احكام وقواعد عن الاثبات في الفقه الاسلامي وقانون الاثبات طبقاً لاحداث احكام محكمة النقض - 2000 دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية.
- 193- د. محمد عبد المنعم بدر مع د. عبد المنعم البدر اوي - مبادئ القانون الروماني - 1954 - مطابع دار الكتاب العربي.
- 194- د. محمد ابراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - مؤسسة الثقافة الجامعية.
- 195- محمد حمزة عبد الرحمن - التزامات الناقل الجوي بسلامة المسافرين - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا - المغرب - 1993.
- 196- د. محمد شريف احمد - مصادر الالتزام في القانون الاردني - دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي - جامعة آل البيت - 1999.
- 197- د. محمد سعود المعيني - الاكراه واثره في التصرفات الشرعية - ط 1 - 1985.
- 198- محمد سامي عبد الحميد - اصول القانون الدولي - ج 2 - القاعدة الدولية - ط 6 - 1984.
- 199- د. محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام واحكامها في القانون المدني الجزائري - المؤسسة الوطنية - 1983.
- 200- د. محمود نجيب حسني - علامة السببية في قانون العقوبات - دار النهضة العربية - القاهرة.
- 201- محمود ابن الشيخ - مجلة الالتزامات والعقود التونسية معلقاً على فصولها بأحكام القضاء - 1966.

- 202- د. محمود المظفر - موانع المسؤولية - محاضرات في  
حانن من قانون المدني المعمق القيت على طلبة  
الماجستير بقسم القانون 2002.
- 203- د. مجيد حميد العنبيكي - اثر المصلحة في التشريعات  
الكتاب الاول - في التشريع الاسلامي - جامعة النهرين -  
بغداد 2001.
- 204- د. مجيد حميد العنبيكي - قانون النقل العراقي المبادئ  
والاحكام - بغداد - 1984.
- 205- منير القاضي - ملتقى البحرين - الشرح الموجز للقانون  
المدني العراقي - المجلد الاول 1925 - مطبعة العاني.
- 206- منير القاضي - محاضرات في القانون المدني العراقي -  
معهد الدراسات العربية - القاهرة - 1954.
- 207- ميشيل فيليه - القانون الروماني - ترجمة وتعليق د. هاشم  
الحافظ - مطبعة الارشاد - بغداد - 1964.
- 208- د. مؤيد طوالبه مع د. زالة انور علي - المدخل لدراسة  
القانون - كلية بغداد للعلوم الاقتصادية - القسم الاول.
- 209- د. منذر الفضل - الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية -  
الموسوعة الصغيرة - دار الثقافة والاعلام - بغداد - 1990.
- 210- د. مصطفى مرعي - المسؤولية المدنية في القانون  
المصري - ط 1 - 1936 - مطبعة نوري.
- 211- د. مصطفى محمد جمال - القانون المدني في ثوبه  
الاسلامي الجديد - مصادر الالتزام - ط 1.
- 212- د. مصطفى ابراهيم الزلمي - موانع المسؤولية الجنائية في  
الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية - 2002.
- 213- د. مصطفى ابراهيم الزلمي - المسؤولية الجنائية في  
الشريعة الاسلامية - دراسة مقارنة بالقانون - ط 1 - مطبعة  
اسعد - 1982 - بغداد.
- 214- د. مصطفى ابراهيم الزلمي - دلالات النصوص وطرق  
استنباط الاحكام في ضوء الفقه الاسلامي - مطبعة اسعد -  
بغداد - 1983.
- 215- د. مصطفى احمد الزرقاء - الفعل الضار - ط 1 - دار العلم  
- دمشق - 1988.
- 216- د. مصطفى احمد الزرقاء - المدخل الفقهي العام - ج 2 -  
دمشق - 1968.

- 217- د. مصطفى العوجي - القانون المدني - الجزء الثاني -  
المسؤولية المدنية - ط 2 - 2004 - منشورات الحلبي  
الحقوقية.
- 218- د. مصطفى احمد فؤاد - فكرة الضرورة في القانون الدولي  
العام - منشأة المعارف بمصر - 1977.
- 219- مدحت المحمود - شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83  
لسنة 1969 وتطبيقاته العملية - ط 1 - 2005.
- 220- د. مدحت محمد سعد الدين - نظرية الدفع في القانون  
الاجراءات الجنائية - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة بقانون  
المرافعات - شاملة آراء الفقه واحكام النقض 2003 -  
شركة الاعلانات الشرقية للطباعة.
- 221- د. ممدوح عبد الكريم حافظ - شرح قانون المرافعات  
المدنية العراقي - رقم 83 لسنة 1969 - ط 1 - الجزء  
الاول - 1971 - 1972 - مطبعة الازهر.
- 222- ملحم مارون كرم - الجرم المدني - دراسة مقارنة في  
القانون والفقه والاجتهاد - منشورات زين الحقوقية - 2004  
- ط 1 - بيروت.
- 223- د. محي هلال السرحان - القواعد الفقهية ودورها في اثراء  
التشريعات الحديثة - بغداد 1986 - 1987.
- 224- د. مشاعل عبد العزيز - الالتزامات المدنية والاثبات -  
المسؤولية عن الضرر الناجم عن الاشياء - 2000.
- 225- منصور علي رجه - تأملات في فلسفة الاخلاق مكتبة الانجلو  
المصرية - ط 3 - 1961.
- 226- مهدي صالح محمد امين - ادلة القانون غير المباشرة -  
مطبعة اوفسيت المشرق 1987 - بغداد.
- 227- د. نظام توفيق المجالي - نطاق الادعاء بالحق الشخصي  
امام القضاء الجزائري - دار الثقافة للنشر والتوزيع - 2006.
- 228- د. نبيل اسماعيل مع د. احمد خليل مع د. احمد هندي -  
قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة -  
2004.
- 229- د. وجدي عبد الواحد علي - التعويض عن الاخلال بالتزام  
ضمان سلامة الراكب والمسافر - ط 1 - 2004 دار الكتب  
المصرية.
- 230- د. وهبة الزحيلي - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي - دار  
الفكر بدمشق - 1402هـ.

### رابعاً: القرارات القضائية

- 231- قرار محكمة التمييز رقم 254/419/ مدنية اولى 1972 في 15/11/1972.
- 232- قرار رقم 375 تمييزية 1972 في 12/2/1973.
- 233- قرار محكمة التمييز العراقية رقم 2081/م/4/1975 في 2/5/1977.
- 234- قرار محكمة التمييز العراقية رقم القرار 828/ حقوقية رابعة 1970 في 9/7/1970.
- 235- قرار محكمة التمييز العراقية رقم القرار 221/ هيئة موسعة اولى/ 1981 تاريخ القرار 25/7/1981.
- 236- قرار محكمة التمييز العراقية رقم القرار 173 (مدنية)/ صلحية/ 1966 في 25 ايلول 1966.
- 237- تمييز رقم القرار 2065 مدنية - 1985 في 25 نيسان 1985.
- 238- قرار محكمة التمييز العراقية رقم 175/ مدنية ثالثة/ 1975 في 9/10/1976.
- 239- قرار محكمة التمييز العراقية - المرقمة 530 - ح- 67 في 29/6/1967.
- 240- قرار محكمة التمييز العراقية رقم 288/ جنایات/ 1976 في 2/5/1976.

### خامساً: المجلات والمجاميع والموسوعات القانونية

- 241- مجلة القضاء - العدد الاول والثاني السنة الثامنة والخمسون - 2005.
- 242- مجلة القضاء - العدد 12 - السنة 3 - 1960.
- 243- احمد سمير ابو شادي مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في عشر سنوات - يناير 1956 - 1966.
- 244- النشرة القضائية - العدد الرابع - السنة الثالثة - 1974.
- 245- النشرة القضائية - العدد الاول - السنة الرابعة - 1973.
- 246- مجموعة التشريعات الخاصة بالملكية الفكرية - المملكة الاردنية الهاشمية - المركز الوطني للملكة - الفكرية للطباعة.

- 247- مجموعة الاحكام العدلية - العدد الثاني - السنة الثامنة - 1977.
- 248- مجموعة الاحكام العدلية - العدد 3 - سنة 12- 1981.
- 249- مجموعة الاحكام العدلية - ع 4 - س 7 - وزارة العدل - 1976 - بغداد.
- 250- مجموعة سلمان بيات - القضاء المدني العراقي - ج 1 - 1962.
- 251- مجلة القضاء العدد الاول والثاني - 1978.
- 252- مدونة جستنيان في الفقه الروماني - نظام المواريث - ترجمة عبد العزيز فهمي - دار الكتاب المصري - 1964.
- سادساً: الرسائل الجامعية والبحوث والمقالات
- 253- د. اياد عبد الجبار ملوكي - المسؤولية من الاشياء - رسالة دكتوراه - جامعة بغداد - 1987.
- 254- د. حسن الخطيب - نطاق المسؤولية التقصيرية والعقدية - رسالة دكتوراه - جامعة باريس 1955.
- 255- د. رؤوف عبيد - القضاء الجنائي عند الفراعنة - بحث قانوني.
- 256- حيدر علي النصر الله - معوقات المسؤولية المدنية الناتجة عن الضرر الجسدي - رسالة ماجستير - جامعة النهرين - 2005.
- 257- عبد الجبار ناجي الملا صالح - مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود - رسالة ماجستير - 1973.
- 258- ليلي عبد الله سعيد - المسؤولية التقصيرية في اقدم القوانين العراقية - مجلة الحقوق الكويتية - سنة 10 - عدد 1 - 1986.
- 259- عامر غانم العلواني - تعدد الاسباب واثره في المسؤولية المدنية - رسالة دكتوراه - جامعة النهرين كلية الحقوق - 2002.
- 260- يوسف الياس حسو - المسؤولية الجنائية عن الخطأ غير العمدي - رسالة ماجستير - جامعة بغداد - 1971.
- 261- علي عبيد عودة - العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية - رسالة ماجستير - جامعة بغداد.

- 262- جبار صابر طه - اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر - رسالة ماجستير - جامعة بغداد - كلية القانون.
- 263- محمد يوسف الزغبى - مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الاردني - بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات - المجلد الثاني - العدد الاول - 1987.
- 264- حسين علي عبيد عودة - استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي - رسالة ماجستير جامعة بغداد - 2001.
- 265- زينة كاظم حسون - اثر السبب الاجنبي في المسؤولية المدنية - رسالة ماجستير جامعة النهرين - 2005.
- 266- د. محمد سليمان الاحمد مع هالة مقداد الخليلي - استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي - بحث قانوني منشور في مجلة القانون المقارن - عدد 29 - 2001.
- 267- ابراهيم محمد شريف السندي - الضرر الجسدي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية - رسالة ماجستير.
- 268- د. صلاح الدين الناهي - فزلكة في الاثبات القضائي في الشرع الاسلامي - بحث منشور في مجلة القانون المقارن - العددان الرابع والخامس - 1972.
- 269- د. عماد محمد الملا حويش - تعويض الاضرار الناشئة عن العمل غير المشروع - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير جامعة بغداد - 1980.
- 270- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل - تعويض تفويت الفرصة - القسم الاول - البحث منشور في مجلة الحقوق السنة العاشرة - العدد الثاني - يونيو - 1986.
- 271- عبد الله القماطي - القرائن ومدى اعتمادها على القضاء المدني - بحث قانوني منشور في مجلة القضاء والتشريع التونسية - 1964.
- 272- رعد صبري هاشم - العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار - دراسة مقارنة - بحث مقدم إلى مجلس القضاء - شباط 1993.
- 273- فيصل عبد الصمد العمر - الاساس الذي تقوم عليه مسؤولية الشخص المعنوي وموقف التشريع العراقي - بحث مقدم إلى المعهد القضائي - 1991.
- 274- د. عدنان العابد - الانهاء غير المشروع لعقد العمل في القانون العراقي - مجلة القانون المقارن العددان السادس والسابع - السنة السادسة - 1977.

- 275- اسعد فاضل منديل الجياش - التعويض المدني الطريق  
الافضل لضحايا جرائم التعذيب في التشريع المصري - مجلة  
القضاء - العددان الاول والثاني - السنة الثامنة والخمسون -  
2005 - بغداد.
- 276- سمير قزاز - حالة الضرورة في القوانين الجزائية - بحث  
منشور في مجلة العدالة - بغداد - العدد الاول - 1970.
- 277- عمار عباس كاظم العزام - حالة الضرورة واثرها في  
المسؤولية الجنائية - دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية  
والقانون الوضعي - رسالة ماجستير - جامعة النهريين -  
2001.
- 278- د. حسن زكريا المحامي - الاتجاه الحديث لمسؤولية الدول  
في القانون الامريكى الاتحادي - بحث منشور في مجلة  
ديوان التدوين القانوني وزارة العدل - 1964.
- 279- انشاء عبد اللطيف عبد القادر - مسؤولية الاب والجد  
المدنية عن اعمال الصغير الضارة - بغداد - 1985.
- 280- عبيد نايل عواد - موقف القضاء العراقي من تجاوز حق  
الدفاع الشرعي - 2003.
- 281- د. عبد المنعم يحيى عواد - الخطأ في المسؤولية التقصيرية  
- اطروحة دكتوراه - جامعة بغداد - 1999.
- 282- د. ضياء الدين مهدي حسين الصالحي - حق الدفاع  
الشرعي في القانونين العراقي والالمانى - مجلة القانون  
المقارن - عدد 23 - سنة 1994.
- 283- د. عبد الكريم زيدان - حالة الضرورة في التشريع الاسلامي  
- بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الاسلامية - بغداد -  
1970.

### سابعاً: القوانين:

- 284- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 285- القانون المدني المصري لسنة 1949
- 286- القانون المدني السوري لسنة 1949
- 287- القانون المدني الليبي لسنة 1952
- 288- القانون المدني اليمني لسنة 1992.
- 289- القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976.
- 290- قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 لسنة 1969.
- 291- قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل.

- 292- قانون البيئات الاردني رقم 37 لسنة 2001.  
 293- قانون المحاماة العراقي رقم 84 لسنة 1960.  
 294- قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970.  
 295- قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997.  
 296- قانون النقل العراقي رقم 80 لسنة 1983.  
 297- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.  
 298- قانون اصول المحاماة الجزائي العراقي رقم 23 لسنة 1971.  
 299- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980.  
 300- قانون رعاية الاحداث العراقي رقم 64 لسنة 1972.  
 301- قانون الاصلاح الزراعي العراقي رقم 117 لسنة 1970.

### ثامناً: القواميس:

- 302- لسان العرب المحيط - ابن منظور - المجلد الاول - دار لسان العرب - بيروت.  
 303- الشيخ عبد الله ابراهيم الغديري - القاموس الجامع للمصطلحات الفقهية - دار الحجة البيضاء - دار الرسول الاكرم - ط 2 - 1426هـ - 2005م.  
 304- الصحاح في اللغة والعلوم - نديم مرعشي واسامة مرعشي بن يعقوب الشيرازي ط 3 - المطبعة المصرية - 1933 ج 2.

### تاسعاً: مجاميع الاعمال التحضيرية للقوانين:

- 305- المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني.  
 306- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج 2 - الحكومة المصرية - وزارة العدل - الالتزامات - مصادر الالتزامات مطبعة دار الكتاب العربي.  
 307- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج 5.  
 308- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج 3.

