

الخطا

وحقيقة أساس المسؤولية المدنية

في

القانون العراقي

نزل

دراسة تحليلية

الدكتور

محمد سيماء احمد

أستاذ القانون المدني المساعد - كلية الحقوق

جامعة السليمانية



الدكتور
محمد سيماء احمد

- مؤيد مدينة الموصل / العراق ١٩٧٣.
- دكتوراه فلسفة في القانون الخاص - كلية الحقوق جامعة الموصل ٢٠٠٠.
- استاذ القانون المدني المساعد المشارك - كلية القانون جامعة السليمانية ٢٠٠٤.
- لديه العديد من الكتب والبحوث القانونية المنشورة في الاردن ومصر ولبنان والامارات العربية المتحدة.

- سيصدر قريباً للمؤلف - باذن الله -
- نوايا نظرية عامة للقصد المدني.
- دراسات تحليلية في القانون الخاص.
- خبرات مدنية.
- عقد انتقال لاعب كرة القدم المحترف.
- الاسباب غير المسماة في كسب الملكية.



مكتب التفسير
للنشر والاعلان

www.al-tafseer.com

E-mail: tafseerooffice@yahoo.com

altafseer@hotmail.com



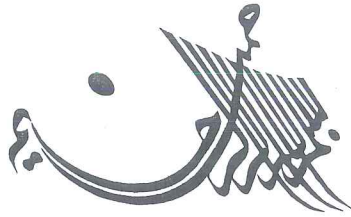
اربيل - شارع المحاكم - تحت بناية فندق شيرين بالاص

ت: 2518138 - 2221695 - 2230908

موبايل: 07701387291 - 07504605122



2008



(الخطأ)

و حقيقة أساس المسؤولية المدنية
في
القانون العراقي

(الخطأ)

و

حقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي

دراسة تحليلية

الدكتور

محمد سليمان الأحمد

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية القانون – جامعة السليمانية



حقوق الطبع محفوظة
لمكتب التفسير للنشر والاعلان

اسم الكتاب: (الخطأ) و حقيقة اساس المسؤولية
المدنية في القانون العراقي
اسم المؤلف: د. محمد سليمان الأحمد
النشر: مكتب التفسير للنشر والاعلان / اربيل
خط الغلاف: نوزاد كويى
الغلاف: أمين مخلص
الطبعة: الأولى 1429 هـ - 2008 م
عدد النسخ: 1000 نسخة

رقم الايداع في المكتبة العامة اربيل (1553) سنة 2008

التفسير

للنشر والاعلان

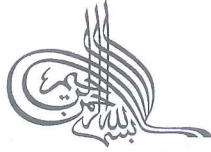
اربيل - شارع المحاكم - تحت بناية فندق شيرين بالاص

ت: 2518138-2230908-2221695

موبايل: 07701387291 - 07504605122

tafseerooffice@yahoo.com

altafseero@hotmail.com



﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾

(البقرة: 286)

﴿ أَفَمَنْ يَمْشِي مُكِبًّا عَلَى وَجْهِهِ أَهْدَىٰ أَمَّنْ يَمْشِي
سَوِيًّا عَلَىٰ صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾

(الملك: 22)

الأهداء

الى

شهيد الكلمة والموقف

(خالد عثمان)

الامل الذي كان يرفرف فوق منابر الألباب

محمد سليمان الاحمد

المقدمة

(1) مدخل لفكرة الموضوع:

أحياناً تضطرد الأفكار و تتكرر و يشاع تداولها في وسطها المختص ، و تتولد عن ذلك قناعة لدى المهتمين بالأخذ بها و التأسيس عليها و الإستناد إليها في آرائهم ، فقد تكون مقنعة لأنها صحيحة في ذاتها ، و أنها صحيحة في ذاتها إنما قد يكون لمنطق الحجة التي إنطلقت منها ، أو أنها صحيحة بالنسبة لمن إقتنع بها ، لكن هذا لا يعصم تلك الأفكار من أنها كانت قائمة على أسس غير سليمة، اذ انها اضحت غير مقبولة في الوقت الحالي ، و ليس ثمة فكرة في القانون معصومة من التغيير ، لطالما أن محركها بدا عاجزاً من أن يشتغل بالمادة التي كان يتحرك و ينطلق بها ، و الثوب الملبوس لفكرة من غير أن يكون ملائماً لها في جميع أدوار حياتها ، سوف يُبلى عنها ، لكن هذا لا يستقيم بغير مبررات و حجج تقنع بأن يغير صاحب القناعة من موقفه ، فقناعته كانت قائمة في الأصل على أساس بقاء ما كان على ما كان.

فليس من السهل القول بأن مصادر الإلتزام قد وردت في القانون على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر ، و الأول في الحقيقة - هو الصحيح ، و ليس من السهل القول بأنه لا وجود لقاعدة: (الحيازة

في المنقول سند الملكية) في القانون المدني العراقي ، في حين أن هذا هو الصحيح ، فالحيازة في المنقول سند الحائز و ليست سند الملكية ، كما ليس من السهل القول بأن المسؤولية المدنية تقوم على الخطأ و ليس على الضرر ، و هذا أيضاً صحيح ، فقد انعقد الفكر على ان كل من هذه الافكار ، واعني اقتصار مصادر الالتزام على خمس ، وان القانون العراقي قد اخذ بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، واقامة المسؤولية المدنية على عنصر الضرر ، هذه الافكار اوضحت مرسخة في اذهان البعض بحيث اصبحت جزءاً لا يتجزأ من معتقدتهم العلمي ، في حين ان التفكير وامعان النظر في تحليلها وغيرها من المواضيع ، سيوجه الفكر نحو اعتناق فكر اخرى ، ولعل عدّ الخطأ اساساً حقيقياً للمسؤولية المدنية في القانون العراقي بدلاً من الضرر هو واحد منها ، وسنحاول إثبات ذلك من خلال هذا البحث.

(2) مشكلة الموضوع:

إذا سلمنا بأن المسؤولية المدنية تقوم على عنصر الخطأ و ليس على عنصر الضرر ، فإن هذا القول ، و فضلاً عن كونه من الصعب لدى الكثيرين الأخذ به نظراً للتواتر و الإضطراب لدى فقه القانون المدني في إعتمادهم تقرير فكرة قيام المسؤولية المدنية على عنصر الضرر ، فإنه يثير تساؤل أصولي مفاده: هل أن جميع الذين قالوا قبلنا بهذا القول هم على خطأ؟ و كيف؟

أقول: أنه من الخطأ عدم الأخذ بالخطأ أساساً للمسؤولية المدنية ، و الخطأ الذي وقع فيه عموم الفقه ، بل غالبيتهم ، بل الغالبية الساحقة منه ، يعود للأسباب الآتية:

أ- المجتمعات الشرقية ، تتكون من شعوب ، في غالبيتها العظمى تحكمها العاطفة و الحنين نحو أصلها العرقي أو الديني ، و هي بالتالي -تفكر- حتى لدى طبقها المثقفة الواعية ، من هذه الزاوية أو من زاوية الخوف من اللوم الإجتماعي الذي سيوجه إليها عندما تتحرف بالتفكير بعيداً عن معتقداتها السائدة في المجتمع ، و بالتالي ينعقد كل من العلم و الرأي و الحكمة على أساس غير سليم ، فالكثير ممن توجهوا إلى إقرار أن المسؤولية المدنية تنهض بالضرر فحسب، إنما تأثروا -بما يظنوا- أنه المقرر في الفقه الإسلامي الحنيف ، في حين أن الفقه الإسلامي الحنيف لم يقم المسؤولية على عنصر الضرر، بل أقام الضمان على هذا العنصر ، و ثمة فرق بين المسؤولية من جهة ، و الضمان من جهة أخرى.

ب- المسؤولية ، و مهما كانت صورتها ، أخلاقية ، دينية ، إجتماعية ، سياسية ، قانونية ، تنهض بالفعل لا بنتائجها ، فالمسؤولية تقع على عاتق الشخص المحرك لها بفعله ، أو بخطئه ، لذا فإن النظر إلى المسؤولية -أياً كانت- جنائية ، مدنية ، عقدية أو غير عقدية ، يجب أن يكون من زاوية ، لماذا الشخص مسؤول؟ و من هو المسؤول؟ و ماذا يترتب على كونه مسؤولاً؟ و كل هذه أسئلة تدور حول مقترب الخطأ.

ج- ثمة فرق واضح بين الأساس و الركن ، فنحن لا نقول أن المسؤولية تنهض بالخطأ فقط ، كما ذهب الكثير إلى اقتصار نهوضها بالضرر ، إذ يقول أن المسؤولية المدنية تنهض بالضرر فقط ، كما

لا تتفق مع من يقول بنهوض هذه المسؤولية بالخطأ وحده ، فالقولين عاريين من الصحة ، فمثلما الضرر ركن في المسؤولية ، كذلك فإن الخطأ ركن فيها أيضاً ، و الرابطة السببية بينهما هي ركنها الثالث ، و إنتفاء أي ركن من هذه الأركان الثلاثة ، سيؤدي حتماً إلى عدم وجود أيما مسؤولية ، لذا فإن وجود الأركان الثلاثة ملزم لوجود المسؤولية المدنية.

أما أساس المسؤولية ، فهو سببها ، لماذا الشخص مسؤول؟ هل لأنه أحدث ضرراً؟ لا: بل لأنه ارتكب خطأ ، و الفرق بين المسؤولية المدنية و المسؤولية الجنائية ، أن المسؤول في الأولى يكون مسؤولاً لأنه إقتترف خطأ مدنياً ، أما المسؤول في الثانية فيكون مسؤولاً لأنه إقتترف خطأ جنائياً.

د- إن العدالة تقضي بأنه لا يجوز أن يوجد متضرر من غير تعويض ، و نحن مع هذا الإقتضاء ، لكن تعويض المتضرر لا يكون في جميع الأحوال من خلال إقرار نظام المسؤولية المدنية ، بل يمكن أن يكون هناك ضرر و لا يوجد خطأ ، فيجب أن نقول أن المسؤولية المدنية لا وجود لها هنا لأن أحد أركانها قد إنعدم ، و لطالما أن المتضرر يجب ألا يكون من دون تعويض ، فإن الحماية المدنية (الموضوعية) المقررة لكل شخص يتمتع بالحقوق ، كفيله بتعويض هذا الشخص، كما ان (الضمان) المقرر في الفقه الاسلامي والذي اخذ به المشرع، هو احد مظاهر هذه الحماية لا يقل شأناً عما توفر احكام المسؤولية المدنية من حماية للمتضرر .

فالسببي غير المميز أو المجنون ، عندما يقتترف فعلاً يضر بالغير ، لا نستطيع أن نقول عنه أنه (أخطأ) ، و بالتالي لا يمكن أن يكون (مسؤولاً) ، بل هو (ضامن) ، للضرر الحاصل ، ليس على

أساس المسؤولية ، بل على أساس ما يتمتع به المتضرر من حماية مدنية (موضوعية) مجردة ؛ لكل هذا اخترنا هذا الموضوع لبحثه هنا.

(3) خطة البحث:

و نرى أن نقسم بحثنا هذا إلى أربعة مباحث هي:

- **المبحث الأول:** إستعراض حجج و مبررات النظريتين الشخصية و المادية و تقويمهما.

- **المبحث الثاني:** أساس إفتراض الخطأ و تحليل الغاية من المؤاخذه المدنية.

- **المبحث الثالث:** تحليل نصوص المسؤوليتين العقدية و غير العقدية في القانون المدني العراقي.

- **المبحث الرابع:** حقيقة الدور الذي يلعبه القصد في المسؤولية المدنية.

و يسبق هذه المباحث مطلب تمهيدي نوضح فيه مفهوم المسؤولية و مفهوم الحماية المدنية (الموضوعية) و حقيقة العلاقة بينهما.

ثم نختم البحث بخاتمة نوضح فيها أهم الإستنتاجات و التوصيات... و الله ولي التوفيق.

الباحث

مطلب تمهيدي

في المسؤولية والحماية المدنية (الموضوعية)

وحقيقة العلاقة بينهما

في هذا المطلب نتناول بالبحث مفهومي المسؤولية المدنية والحماية المدنية ولا سيما الموضوعية منها وذلك في فرعين كي تتضح حقيقة الاختلاف بينهما تمهيدا لمعرفة أساس كل منهما :-

الفرع الأول

مفهوم المسؤولية:

4) المسؤولية مصطلح شائع الإستعمال في الوسط القانوني ، بل هي أكثر إستعمالا في هذا الوسط من غيره ، و يعرفها الفقه⁽¹⁾ بصورة

(1) لاحظ كل من: د. عبدالرزاق أحمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، (طبعة منقحة) ، 2000 ، ص842 و د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار و المسؤولية المدنية ، المجلد الأول ، (طبعة منقحة) ، 1992 ، ص1 و حسين عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية ، مطبعة مصر ، القاهرة ، 1956 ، ص2 و عز الدين الدناصورى و د. عبدالحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء ، القاهرة الحديثة للطباعة ، القاهرة ، 1988 ، ص6 . د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج1 ، بغداد ، 1991 ، ص11 . د. محمد سليمان الأحمد ، عقود تنظيم المسابقات الرياضية و المسؤولية الناجمة عنها ، دار وائل للنشر ، عمان ، 2002 ، ص183 . د. محمد سليمان الأحمد ، تعدد الأسباب في المسؤولية المدنية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون ، جامعة الموصل ، المجلد الأول ، العدد (24) ، السنة العاشرة ، 2005 ، ص49

عامة- بأنها: حالة الشخص الذي ارتكب أمرا يستوجب المؤاخذه ، فإذا كان هذا الأمر مخالفا لقواعد الأخلاق فحسب ، وصفت مسؤولية مرتكبه بأنها مسؤولية أدبية ، و إقتصرت على إيجاب مؤاخذته مؤاخذه أدبية لا تعدو إستهجان المجتمع ذلك المسلك المخالف للأخلاق⁽¹⁾ ، أما إذا كان القانون هو الموجب للمؤاخذه على ذلك الأمر ، فإن مسؤولية مرتكبه لا تقف عند حد المسؤولية الأدبية ، بل تكون وفقا لذلك مسؤولية قانونية تستتبع جزاء قانونيا ، و المسؤولية القانونية ، إما أن تكون جنائية أو مدنية ، فالأولى تنهض بسبب ارتكاب فعل جرمه قانون العقوبات و وضع لمرتكبه عقابا محددا⁽²⁾ ، أما المسؤولية المدنية ، فهي: المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام أو إلزام مقرر في ذمة المسؤول⁽³⁾ ، و مصدر ذلك الإلتزام هو العقد أو ما في حكمه ، أما مصدر الإلزام فهو القانون ، فإذا كانت المسؤولية ناجمة عن إخلال بالالتزام (أي بالالتزام مصدره

(1) يذكر الدكتور سليمان مرقس أن المسؤولية الأدبية -دائما- أوسع نطاقا من المسؤولية القانونية ، إذ أن كل مسؤولية قانونية تنجم عنها -بالضرورة- مسؤولية أدبية ، في حين أنه يذكر في موضع آخر ، من مؤلفه (المرجع السابق): ((أن المسؤول مدنيا يمكن إلزامه بالتعويض و لو لم يمكن نسبة أي خطأ أدبي إليه ، كما في مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه)) (لاحظ: مؤلفه، الوافي، المرجع السابق ، ص(1-5)).

(2) لاحظ: د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص844 و د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص5 . الدناصوري و الشواربي ، مرجع سبق ذكره ، ص7 و حسين عامر ، مرجع سبق ذكره ، ص3 و د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج1 ، مرجع سبق ذكره ، ص15 و د. محمود سعدالدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الإلتزام ، ج1 ، مصادر الإلتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1955 ، ص356 و د. محمد سليمان الأحمد ، عقود تنظيم ، مرجع سبق ذكره ، ص184

(3) لاحظ: الدناصوري و الشواربي ، المرجع السابق ، ص11 و د. محمد سليمان الأحمد ، تعدد الأسباب ، بحثه سبق ذكره ، ص49

العقد) ، فإن المسؤولية تكون عقدية ، أما إذا كانت ناجمة عن إخلال بالزام (أي بإلزام مصدره القانون) ، فإن المسؤولية تكون غير عقدية (أي تقصيرية)⁽¹⁾.

و لما كانت لفظة المسؤولية لفظة محدثة تعني التبعة⁽²⁾ ، فإنها بهذا تعني تحمل عاقبة الفعل

الذي قام به الشخص ، و الذي يعد خروجاً و إنتهاكاً لما أوجبه القانون⁽³⁾ ، و ليس كما إستقر عليه الفكر القانوني من قناعة هشة من أنها تبعة الضرر الذي يحدثه الشخص للغير⁽⁴⁾ ، و هنا لا بد لي أن

(1) ينتقد بعض الفقهاء استخدام لفظة (المسؤولية التقصيرية) عن الإخلال بواجب أقره القانون ، فيرى د. محمد لبيب شنب: (أنه على الرغم من أن مصطلح المسؤولية التقصيرية هو السائد ، فإنه غير دقيق لسببين: الأول ، أنه يوحي أن المسؤولية التقصيرية وحدها هي التي تقوم على التقصير و الخطأ ، في حين أن المسؤولية العقدية تفترض بدورها وجود تقصير أو خطأ ، الثاني: أنه يوحي أن التقصير أو الخطأ ركن ضروري في جميع صور المسؤولية التقصيرية ، و ذلك غير صحيح). و إن كنت لا أتفق معه في السبب الثاني ، لكنني أتفق معه في أن التسمية غير دقيقة ، و هو لم يقترح تسمية بديله لتلك اللفظة ، كما أن الأستاذ عبدالحميد عمر وشاحي إنتقد هذه التسمية و إقترح تبديلها بمصطلح (المسؤولية اللاتعاقدية) ، و قد أخذ بهذه التسمية الأستاذ الدكتور صلاح الدين الناهي ، (لاحظ على التوالي: د. محمد لبيب شنب ، موجز في مصادر الإلتزام ، (المصادر غير الإرادية) ، دار النهضة العربية ، ، بيروت ، 1969 ، ص11 ، هام11) و عبدالحميد عمر وشاحي النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني ، القاهرة ، (بدون ذكر مطبعة و سنة نشر) ، ص210 و د. صلاح الدين الناهي ، مبادئ الإلتزامات ، بغداد ، 1968 ، ص161 و ما بعدها).

(2) لاحظ: د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج1 ، الضرر ، دار وائل للنشر ، عمان ، 2006 ، ص12

(3) هكذا عرف التبعة الأستاذ الدكتور حسن علي الذنون) ، لاحظ مؤلفه: المبسوط ، المرجع السابق ، ص12

(4) لاحظ هذا المفهوم لـ(تحمل التبعة) في بحث الدكتور حسن علي الذنون ، المسؤولية المادية (نظرية تحمل التبعة) ، مجلة العلوم القانونية و السياسية ، تصدرها كلية القانون

أوضح ما قد ألام عليه بشدة ، لكن إقتناعي به وصل حد جعلني ارضى أن أتحمّل مسؤولية الإفصاح عنه ، و هو أن المسؤولية لفظ مرتبط بفعل ما مع آثاره ، و ليس بآثاره فقط من دونه ، فالمسؤولية ينظر إليها من جهة المسؤول و ليس من جهة الشخص المتضرر ، اذ أن المسؤول يُسأل على أساس فعله ، سواء أكانت مسؤوليته جنائية أم مدنية ، و سواء أكانت مسؤوليته المدنية عقدية أم غير عقدية ، فالمسؤولية تنجم عن حالة الإخلال بالالتزام ، و ليس عن وجود ضرر ، أما ما يقابل المسؤولية ظاهراً- فهي الحماية ، و التي ينظر إليها من زاوية المدعي في دعوى المسؤولية ، أي المجنى عليه ، إن كانت الحماية جنائية ، و من زاوية المتضرر ، إن كانت الحماية مدنية ، و لهذا فإن من الخطأ القول أن المسؤولية تقوم على الضرر ، فلا مسؤولية قائمة على الضرر -إطلاقاً- لا في القانون المدني العراقي و لا في غيره من القوانين.

و السياسة في جامعة بغداد ، عدد خاص بمناسبة الإحتفال باليوبيل الماسي للكلية، مايس، 1984، ص21 ، كذلك لاحظ كتابه: المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج2 ، الخطأ ، بغداد ، 2001 ، ص6 (علماً إن الأستاذ الدكتور الذنون قد تناول نظرية تحمل التبعة في جزء المبسوط الخاص بالخطأ ، و ليس في الجزء الخاص بالضرر). كذلك لاحظ: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج1 ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1978 ، ص1

الفرع الثاني

مفهوم الحماية المدنية (الموضوعية)

(5) لا شك أن الحق قد وضعت له تعريفات عديدة⁽¹⁾ ، لكن أرجحها لدى الفقه⁽²⁾ ، ذلك التعريف الذي يضع لعناصر الحق عنصراً لا يتجزأ منه ، و هو عنصر الحماية القانونية ، الذي يضيف على الإستئثار بالمال أو بالملكية أو المصلحة طابعاً قانونياً ، و هو الذي يجعل الحق حقاً.

فالحق دون حماية ، كالمحرك من غير حركة ، و هذه الحماية تكفل لصاحب أيما حق ممارسة حقه على أفضل وجه ، و الرجوع على القانون لحمايته إذا ما تعرض لمضايقة في هذه الممارسة ، و وسيلة هذه الحماية هي الدعوى⁽³⁾.

و الدعوى التي يباشرها صاحب الحق كفيلة بوصفها وسيلة لعنصر الحماية في الحق- بإرجاع الحق إلى نصابه الطبيعي ، من خلال معاقبة كل من يجروء على الإعتداء على حقوق الغير ، فكل

(1) لاحظ: د. عبدالمنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 431 و ما بعدها، د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، (النظرية العامة للحق) ، الدار الجامعية ، بيروت ، (بدون سنة نشر) ، ص 19 و ما بعدها ، عبد الباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بيت الحكمة ، بغداد ، (بدون سنة نشر) ، ص 221

(2) لاحظ: د. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 33

(3) لاحظ: د. محمد علي عرفة ، مبادئ العلوم القانونية ، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، (بدون سنة نشر) ، ط 2 ، ص 291

إنسان يمارس حقه محمياً من قبل القانون حماية قانونية تتجزأ إلى نوعين: حماية مدنية و حماية جنائية.

والحماية القانونية يقصد بها توفير الامان⁽¹⁾ والاطمئنان والضمان للشخص في ممارسة حقوقه ومصالحه ومكنااته القانونية بصورة تجعله مكفولاً ومتسلحاً بسلاح الدفاع عن اي مس بحقوقه ومصالحه ومكنااته ، من خلال وسائل وادوات هيأ القانون له استخدامها عند مواجهته لخطر او تعرضه لضرر.

والحماية القانونية ، إما حماية جنائية أو حماية مدنية ، كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية القانونية ، لكن الحماية المدنية ، لا تقابل – بالضرورة- المسؤولية المدنية ، فلا توجد حماية عقدية⁽²⁾ أو غير عقدية ، بل ان الحماية المدنية على ثلاثة أنواع: الأولى: حماية موضوعية ، قوامها ضمان تعويض المتضرر من المسؤول عن الخطأ المحدث للضرر ، أو مؤمن المسؤول ، أو من الدولة . الثانية: حماية شكلية ، تتدرج قوة و ضعفاً من خلال إقرار القواعد الموضوعية ، أو القرائن القانونية القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس ، أو القرائن القانونية البسيطة التي تقبل إثبات العكس . و الثالثة: حماية احترازية ، عن طريق منع حصول الضرر ، عن طريق التسجيل أو التثبيت أو الإجراءات التحفظية التي من شأنها دفع الضرر المحتمل ،

(1) تم اقتباس عبارة (توفير الامان) من : د. عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، منشأ المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص43 ، بصدد تعريفه لحماية المستهلك .

(2) يذكر ان الدكتور عمر محمد عبد الباقي ، في مؤلفه (المرجع السابق) الذي يحمل عنوان (الحماية العقدية للمستهلك) ، لم يعرف هذا النوع من الحماية ولم يحدد لماذا اقرن الحماية بالصفة العقدية ؟

كتسجيل ملكية العقارات وسائر الحقوق العينية العقارية وتسجيل
العلامات التجارية وتسجيل براءات الاختراع والحماية الحدودية
للملكية الفكرية .

ففيما يتعلق بالحماية المدنية الموضوعية ، فإن حركة الحياة
تفرز في كثير من الأحيان حالات كثيرة يقع فيها الضرر للأشخاص
في المجتمع ، كالأضرار التي تسببها العواصف والأعاصير
والزلازل والبراكين والحرائق والحروب وغيرها من الكوارث التي
تعود الى قوة قاهرة ، كما قد يحدث الضرر من قبل مجهول أو
شخص غير معروف أو شخص لا يثبت عليه شيء أو غير مسؤول
أصلاً ، فعلى النظام الاجتماعي أن يتحمل مسؤوليته هنا في تعويض
هذا الضرر ، وهذا التعويض -حتماً- لا يعود بالضرورة- للمسؤولية
، لعدم وجود الخطأ في بعض الحالات ، وهو ركن فيها ، بل يرجع
لتقرير الحماية المدنية الموضوعية⁽¹⁾ . فالحماية المدنية الموضوعية
هي حماية حقوق ومصالح ومكنات مقرة ومكتسبة ومحترمة من قبل
القانون وهي كثيرة لا حصر لحالاتها المتناثرة في عموم نصوص
القانون وخصوصها ، لكي يمكن ارجاعها وتقسيمها الى ثلاثة أنواع :

أ- النوع الاول من الحماية المدنية الموضوعية يتمثل في تقرير
المسؤولية المدنية بنوعها العقدية وغير العقدية على الشخص
الذي ينحرف في سلوكه ويرتكب فعلاً يضر بالغير ، فالشخص
المتضرر من جراء خطأ الفاعل يستطيع رفع دعوى المسؤولية

(1) وقد سبق للقاضي البلجيكي (لكرق Leclercq) أن دعا الى اقرار مبدأ حماية المتضرر
(لاحظ تفاصيل ذلك لدى د. صبري حمد خاطر، بحثه : تطور فكرة المسؤولية
التقصيرية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، العدد الاول، 2001، ص75) .

على المخطيء ويطالبه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه ، وهذا التعويض – بهذا الشكل - هو فحوى الحماية المدنية الموضوعية في هذا النوع.

ب- أما النوع الثاني من الحماية المدنية الموضوعية فيتمثل في الحماية من غير مسؤولية لعدم وجود ركن الخطأ ، فانعدام الخطأ يؤدي الى انعدام المسؤولية ، لكن هناك حالات يقع فيها ضرر دون امكان نسبته الى خطأ معين ، لكن مع ذلك فان القانون يوجب على جهة ما القيام بتعويضه ، وهذه الجهة إما ان تكون متمثلة في محدث الضرر ، كما لو كان شخص غير مميز او مجنون أو لم ينسب اليه خطأ في فعله ، فهو يعرض لا على اساس انه مسؤول بل على اساس انه ضامن ، وقد تكون الجهة المعوضة شركة تأمين ، أو الخزينة العامة ، كما في الاضرار الناجمة عن الكوارث والزلازل والحروب وما الى ذلك.

ج- وأما النوع الثالث من الحماية المدنية الموضوعية فيتمثل في حماية الشخص الذي اكتسب حقاً أو مصلحة من عقود أو اتفاقات لم يكن طرفاً فيها ، أو من خلال اقرارات أو تشريع معين أو لوائح تنفيذية ، كما في الحماية المدنية المقررة للغير في عقد الاشتراط لمصلحة الغير ، وكما في حماية المستهلك المستفيد من بعض الانظمة والتشريعات والاشتراطات التي تلتزم بها الجهات المنتجة أو الجهات التجارية أو الجهات المروجة للبضائع ، وكذلك حماية المواطنين الذين تقررت لهم حقوقاً ومصالح من خلال عقود الترخيص (التزام المرافق

العامة) المشوطة من قبل الحكومة لمصلحة المواطنين ، كما في عقود ترخيص قطاع الكهرباء والاتصالات والنقل والمواصلات والماء وغيرها .
وهذه الانواع الثلاثة من الحماية المدنية الموضوعية ، يمكن اطلاق التسميات الاتية عليها :

أ/ الحماية المشروطة ، وهي الحماية المدنية بدعوى المسؤولية ضد محدث الضرر ، وهي تشترط توافر اركان المسؤولية المدنية الثلاثة ، ولاسيما ركن الخطأ .

ب/ الحماية المجردة ، أي غير المشروطة ، وهي لا تكون عن طريق دعوى المسؤولية ، بل عن طريق دعوى ضمان الضرر ، اذ لا يوجد خطأ في احداث الضرر .

ج/ الحماية المكتسبة ، وهي المكتسبة للشخص في عقود واتفاقات لم يكن طرفاً فيها، أو من تشريعات أو لوائح او انظمة⁽¹⁾ .

والقاسم المشترك بين الانواع الثلاثة للحماية المدنية الموضوعية هو تعويض الضرر ، فهو مرتبط هذا النوع من الحماية .

والجدير بالملاحظة أن الضرر يعجز أن يكون أساساً للمسؤولية المدنية مادام لا يوجد خطأ منسوب الى مسؤول ، وبالتالي فإن إلزام أي شخص بتعويض ضرر ما ، دون أن يصدر منه خطأ ، إنما يكون على أساس أن المتضرر يتمتع بحماية مدنية موضوعية مجردة ، إذ لو أن مالا مملوكاً لـ (ب) أثلفه (أ) من دون خطأ ، فإن من العدل أن

(1) وإن كانت الانواع الثلاثة من الحماية تتوفر لدى ساحات المحاكم في دعوى المسؤولية ، وهذا ناجم عن الخلط بين المسؤولية المدنية والحماية المدنية .

يتحمل (أ) ضمان هذا المال أي تعويضه ، وكأنما ننظر في هذه الحالة الى الأصل العام في أن الجميع يتحملون ضرر أموالهم الناجم عن أفعالهم ، فكيف لو كان المال مملوكا للغير ؟ فتعويض المتضرر هنا إنما يقوم على فكرة الضمان بوصفها تطبيق من تطبيقات الحماية المدنية الموضوعية المجردة .

كما أن من تطبيقات الحماية المدنية الموضوعية بنوعها الثاني المتمثل في الحماية المجردة ، صعوبة تحديد شخص المسؤول عندما يكون الضرر ناجما عن فعل شخص مجهول موجود ضمن أشخاص محددين ، فنكون أمام مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد ضمن مجموعة محددة من الأشخاص¹ .

وقد إتجه البعض² إلى الأخذ بفكرة (بوستاسيوجلي)³، التي تقوم على أساس أنه من الخطأ النظر إلى الأفعال التي تتزامن مع الفعل بالذات الذي سبب الحادث أو تتلوه بفواصل زمنية قصيرة للغاية على أنها مبتوتة الصلة تماما بالضرر الذي لحق بالغير ، ففي حوادث الصيد ، على سبيل المثال ، لا تكون الأسلحة الأخرى غير السلاح بالذات الذي أصاب المتضرر ، أجنبية تماما عن الضرر الذي وقع لهذا الأخير ، لأن الحقيقة أن الضرر عند صاحب هذه الفكرة ، لا يتمثل فقط في هذه الإصابة ، وإنما -أيضا- في أنه قد أصبح يستحيل على المتضرر ، وقد تزامن إطلاق النيران ، تحديد السلاح بالذات

¹ لاحظ : د. محمد شكري سرور ، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، (بدون سنة طبع) ، ص93.

² لاحظ : المرجع السابق نفسه ، الإشارة نفسها .

³ (postaioglu) نقلا من المرجع السابق ، الإشارة نفسها .

الذي خرج منه الطلق الناري الذي أصابه ، أو بعبارة أخرى ، إقامة الدليل على شخص مرتكب الحادث من بين المطلقين جميعاً¹. وتقود فكرة (بوستاسيوجلي) الى نتيجة منطقية قوامها أنه لو كان سلاحاً واحداً -والكلام عن المثال السابق-، لكان من السهل عليه إثباته وتحديده ، أو تحديد ذات من أطلقه ، وإهدار الأدلة يشكل ضرراً محققاً لمن كان بإمكانه الاستفادة منها ، لذا من الواجب مساءلتهم جميعاً عن تعويضه ، ولإقامة رابطة السببية بين فعل الشيء والضرر ، فإن سلاح كل من المطلقين قد أطلق في اتجاه المتضرر ، وإلا كان لمن أطلق منهم في اتجاه آخر أن يقيم الدليل على أنه كان بعيد الصلة تماماً ، سواء عن الإصابة التي لحقت بالمتضرر أو عند إهدار أدلته² . وقد يفترض المشرع في المطلقين الآخرين ركن الخطأ ، ونكون امام دعوى المسؤولية المدنية (أي حماية مدنية مشروطة) ، لكنه ان لم يفعل ذلك ، فإن القاضي ليس بإمكانه افتراض الخطأ وصولاً الى اقرار المسؤولية ، بل هو يؤسس الزام المطلقين بالتعويض على اساس دعوى ضمان الضرر ، وهنا تكمن اهمية الحماية المدنية المجردة .

والحماية المدنية الموضوعية (المجردة) ، ليست وليدة العصر الحديث ، بل أن القوانين القديمة كانت تقرر هذه الحماية بطريقة أو باخرى ، فعلى سبيل المثال جاء في المادة (23) من قانون حمورابي

¹ . لاحظ: د. ممدوح محمد خيرى هاشم ، المسؤولية التقصيرية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة (المسؤولية دون خطأ في القانون المدني) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 239 .

² . لاحظ: د. محمد شكري سرور ، مرجع سبق ذكره ، ص 95 . ود. ممدوح محمد خيرى هاشم ، مرجع سبق ذكره ، ص 240 .

: ((إذا لم يقبض على السارق، فالرجل الذي قد سُرق سوف يعلن رسمياً عما يكون قد فقده أمام الآلهة ، والمدينة والمحافظ اللذين إرتكبت السرقة في أرضهما أو مقاطعتهما سوف يعوضانه عما يكون قد فقده))⁽¹⁾، فهذه المادة تؤسس نظام التأمين ضد الاضرار بشكل يبدو في غاية من التحضر⁽²⁾، وهذا النظام لا شك أنه قائم على فكرة الحماية المدنية الموضوعية المجردة التي لا تترك أحداً متضرراً من غير تعويض .

كما أن نظام التأمينات الاجتماعية هو احد ابرز تطبيقات الحماية المدنية الموضوعية المجردة ، ذلك أن الهيئة الاجتماعية في النهاية ستكون (المسؤولة) عن التعويض أيما متضرر وقع له ضرر من غير وجود خطأ⁽³⁾ على الرغم من عدم إمكان نسبة أي خطأ إليها .

والعلاقة بين المسؤولية المدنية (أي الحماية المدنية الموضوعية المشروطة) والحماية المدنية الموضوعية المجردة ، أن الاولى لا تنهض إلا بتوافر ثلاثة أركان هي : الخطأ⁽⁴⁾، والضرر والرابطة

(1) النص مأخوذ من كتاب د. محمود سلام زنتي ، قانون حمورابي ، مطبعة جامعة عين شمس ، 1971 ، ص14 .

(2) لاحظ : د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، دار الكتب ، الموصل ، 1999 ، ط2 ، ص109 .

(3) لاحظ : د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج1 ، الضرر ، طبعة الاردن ، ص499 ومابعدھا .

(4) وقد اختار كل من د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، استعمال كلمة (الإضرار) بدلاً من (الخطأ) تصوراً منهما، أن هذه الكلمة منسجمة مع القوانين المدنية التي أسست المسؤولية المدنية - حسب اعتقادهم - على عنصر الضرر ، في حين أن (الإضرار) هو تعمد إلحاق الضرر بالغير، فهو خطأ بحت بل أعلى درجاته (لاحظ : كتابهما : شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات) ، دار الثقافة ، عمان ، 2000 ، ص376) .

السببية ، أما الثانية فركنها هو الضرر الذي لايسببه الشخص لنفسه دون وجود مسبب مسؤول ، لذا فان ركن الحماية الموضوعية المجردة الوحيد وأساسها العتيد هو الضرر ، أما اساس المسؤولية فهو الخطأ⁽¹⁾ حسبما سيتبين لاحقاً .

إن المسؤولية المدنية بنوعيتها -العقدية وغير العقدية- تقوم على اساس الخطأ وهذا ما نريد اثباته في هذه الدراسة ، لكننا نود ان نذكر هنا ، ان فحوى الاختلاف بين نوعي المسؤولية يكمن في الخطأ ، ومهما كانت المحاولات التي نهضت لكي توحد عنصر الخطأ في المسؤولية العقدية وغير العقدية⁽²⁾، فانها باءت بالفشل وتداعت حتى اصبح الفاصل بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري هو الفاصل بين المسؤولية العقدية والمسؤولية (التقصيرية)⁽³⁾ .

وبالعكس من ذلك فان الفقه قد اختلف في تفسير اساس المسئوليتين ، ففي الوقت الذي يذهب البعض⁽⁴⁾ الى ان اساس المسؤولية العقدية هو الخطأ واساس المسؤولية (المسؤولية) هو الضرر ، يذهب البعض الاخر⁽⁵⁾ الى العكس فيقول ان اساس المسؤولية العقدية هو الضرر واساس المسؤولية (التقصيرية) غير العقدية هو الخطأ ، ولسوف يتبين لنا من خلال هذه الدراسة ان اساس المسئوليتين واحد هو الخطأ ، لكن نوع الخطأ مختلف فيما بينهما .

(1) وقد ذهب البعض -وهو على حق- الى ان انتفاء عنصر الخطأ يعد مانعاً من موانع المسؤولية المدنية .(د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج 2 ، المسؤولية المدنية ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2004 ، ط 2 ، ص 349) .

(2) لاحظ : د. مصطفى العوجي ، مرجع سابق ، ص 128 .

(3) لاحظ : د. محمد حسين عبد العال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، في اطار المجموعات العقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 15 .

(4) د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971 ، ص 429 .

(5) د. حسن عبد الباسط جميعي ، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية ، (بدون ذكر ناشر ومكان نشر) ، 2004 ، ص 9 .

المبحث الأول

إستعراض حجج ومبررات النظريتين الشخصية والمادية وتقويمها

- (6) يذهب الفقه⁽¹⁾ -عموما- إلى أنه لا مسؤولية مدنية بدون ضرر ، و أنا أذهب إلى أنه: (لا مسؤولية مدنية بدون خطأ) ، بل الخطأ أساس المسؤولية المدنية منطقاً وقانوناً ، فلماذا الشخص مسؤول؟ لأنه إرتكب فعلاً مؤاخذاً عليه قانوناً ، فالمسؤولية هي الحكم المحيط بالخطأ ، أما الحماية -و أعني الحماية الموضوعية- فهي الحكم المحيط بالضرر ، فحيث لا مسؤولية بغير خطأ ، فلا حماية بغير ضرر⁽²⁾ ، و يمكن الإستناد إلى أ- إدراج حجج أنصار نظرية إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الخطأ (النظرية الشخصية).
- ب- الرد على مبررات أنصار نظرية إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الضرر (النظرية المادية).
- ج- الإختلاف في حقيقة السند التاريخي.

(1) د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج2 ، الخطأ ، طبعة بغداد ، مرجع سبق ذكره ، ص5 و د. سليمان مرقس ، الوافي ، ج1 ، مرجع سبق ذكره ، ص133 و د. عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج1 ، مصادر الإلتزام ، شركة الطبع و النشر الأهلية ، بغداد ، 1963 ، ط2 ، ص525 و الأستاذ جبار صابر طه ، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، جامعة صلاح الدين ، أربيل ، 1984 ، ص104

(2) إذ من الممكن أن تنهض الحمايتين الشكلية و الاحترازية دون قيام ضرر ، إذ تنهض هاتين الحمايتين لمنع وقوع الضرر.

المطلب الأول

حجج أنصار نظرية إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الخطأ (النظرية الشخصية)

(7) و يمكن توضيح هذه الحجج بالنقاط الآتية:

أ- إن إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الخطأ أمر تدعمه الأخلاق ، و إن التعويض الناجم عن المساءلة المدنية ، ما هو إلا جزاء عن الانحراف في السلوك الذي سبب الضرر ، و السند الأخلاقي يلزم بأن لا يقع أيما جزاء على شخص إلا عن فعل ينطوي على لوم أخلاقي ، لذا فلا بد من توافر قصد الإضرار لدى الفاعل لكي يلزم بأداء التعويض ، و هذا هو العنصر النفسي في الخطأ⁽¹⁾.

ب- إن نظرية الخطأ هي قرينة العدالة -كما يقول بعض الفقهاء الفرنسيين⁽²⁾- ، فالمسؤولية المدنية إذا كانت بدون خطأ⁽³⁾ ، فمعناها أنها مسؤولية متجردة من العدالة ، فكيف يكون الشخص مسؤولاً بدون أن يخطيء؟ و هو إن كان مسؤولاً ، فالسؤال الذي يطرح نفسه ، عن ماذا هو مسؤول؟ فهو مسؤول بالتالي عن خطأ صادر منه ،

(1) لاحظ: الاستاذ جبار صابر طه ، مرجع سبق ذكره ، ص(70 ، 74)

(2) الفقيه (بلانيول) لاحظ: Henri Laiou: Traite pratique de la responsabilité civile, 6th edition, Paris, 1962, p78

(3) في مفهوم الخطأ ، لاحظ: خليل أحمد الأرباح ، المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية بين الشريعة الإسلامية و القانون ، دار رباح ، مصراته ، ليبيا ، 1995 ، ص73

فإن لم يصدر منه أيما خطأ ، و تمت مع ذلك- مساءلته ، فإن تصورنا لهذه الحالة لا يخرج عن تصورنا لمعاقبة بريء في نطاق قانون العقوبات.

ج- إن النظرية التي تقول بعكس إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الخطأ ، إنما تقف عائقا أمام مصلحة المجتمع ، فقد لا يقوم أحد في المجتمع على الإقدام على عمل ما تخوفا من حصول ضرر لآخر يستوجب هو تعويضه و إن لم يكن قد خالف القانون في أدائه ، كما أن إلغاء فكرة الخطأ تماما ، و إحلال فكرة المسؤولية المادية محلها سيؤدي إلى القضاء على الشعور بالمسؤولية لدى الفرد ، ثم أن التعويض الذي يُلزم به محدث الضرر ، إنما هو عقاب عليه لأنه يأخذ هذا المعنى على أساس أنه سينتقص من ذمته المالية ، فعلى ماذا يعاقب؟⁽¹⁾

د- صحيح أن التعويض يقدر بقدر ما أصاب المتضرر من ضرر ، فإن الضرر مقياسا له لا أساسا يستند عليه ، و لهذا كانت هناك نظرية لتدرج الخطأ ، و لا توجد نظرية لتدرج الضرر⁽²⁾.

هـ- كما ان الخطأ اصبح مقياساً للتعويض عن الضرر ، كما لو ارتكب محدث الضرر خطأ جسماً أو غشاً ، كما ان لخطأ المتضرر دور في التقليل من مقدار التعويض ، او عدم الحكم به أصلاً ، حسبما سنراه لاحقاً .

(1) لاحظ: حسين عامر ، مرجع سبق ذكره ، ص4 و د. محمود سعدالدين الشريف ، مرجع سبق ذكره ، ص316

(2) لاحظ لمزيد من التفصيل في هذه الحجج و الرد عليها أيضاً: جبار صابر طه ، مرجع سبق ذكره ، ص(70 ، 76) و ما بعدهما.

المطلب الثاني

الرد على مبررات أنصار نظرية إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الضرر (النظرية المادية)

(8) تقول النظرية المادية أو الموضوعية ، إن المسؤولية المدنية للشخص تنهض عندما يرتكب فعلاً أدى إلى احداث الضرر بالغير ، و إن لم يصدر منه خطأ⁽¹⁾ ، أي إنحرافاً في السلوك⁽²⁾ ، فهذه النظرية تعطي الأهمية لعنصر الضرر على حساب عنصر الخطأ ، و تسمى أيضاً في فقه القانون بـ(نظرية تحمل التبعة)⁽³⁾ ، أو (نظرية تحمل التبعات المستحدثة)⁽⁴⁾ ، و قد

(1) لاحظ تفاصيل هذه النظرية: د. سليمان مرقس ، الوافي ، ج1 ، مرجع سبق ذكره ، ص119 و د. حسن علي الذنون ، بحثه في المسؤولية المادية ، سبق ذكره ، ص21 و د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج2 ، طبعة بغداد ، سبق ذكره ، ص31 و د. عبدالمجيد الحكيم ، الموجز ، ج1 ، مرجع سبق ذكره ، ص418 و د. محمود سعدالدين الشريف ، مرجع سبق ذكره ، ص317

(2) لاحظ: مفهوم الخطأ لدى كل من: د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج2 ، طبعة بغداد ، مرجع سبق ذكره ، ص66 و د. سمير عبدالسيد تناغو ، نظرية الإلتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، (بدون سنة نشر) ، ص285 و د. سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، القسم الأول ، معهد البحوث و الدراسات العربية ، القاهرة ، 1971 ، ص178

(3) لاحظ: د. حسن علي الذنون ، بحثه في المسؤولية المادية ، سبق ذكره ، ص22
(4) لاحظ: د. أنور سلطان ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني ، دار الثقافة ، عمان ، 2005 ، ص291 (و قد ظهرت هذه النظرية أول الأمر بمناسبة إصابات العمل تحت تأثير الرغبة في تسهيل حصول العمال الذين يصابون في أثناء تأدية عملهم على تعويض مناسب، و قد تبلورت سنة 1898 في كتاب (سالي) المشهور عن حوادث العمل و المسؤولية المدنية، وهي تلخص في أن رب العمل يجب أن يعرض العمال عن=

أحسن بعض الفقهاء⁽¹⁾ ، في إيراد مبررات لهذه النظرية ، و قد ناضل البعض في الدفاع عنها من دون حجج مقنعة⁽²⁾ ، نطرحها نصا و نحاول الرد على كل مبرر على حده ، في النقاط الآتية:
أ- المبرر الأول: مبادئ الأخلاق و العدالة:

(9) (ليس من ريب في أن العدالة تقضي بإلزام الفاعل بتعويض ما أحدثه من ضرر بخطئه ، فإذا لم يكن ثمة خطأ من جانبه ، فإن تلك العدالة تأبى أن يتحمل المتضرر ما وقع من ضرر ، و لا يصح أن تتحكم الصدف في الموقف و إنما يقتضي عدلا أن يتحمل نتائج الضرر ، من تسبب في حدوثه و ليس من لا دخل له فيه ، لذلك فالقانون يجب أن يقرر محو الضرر ، و بعكسه فإن اشتراط الخطأ لتقرير المسؤولية معناه -كما يقول (سالي)- أن المتضرر يتحمل ضررا يحيق به ، في حين أن العدالة تتطلب أن يتحمل كل فرد نتائج أعماله...

إنه من البساطة بمكان إذا وقع ضرر و لم يكن هناك خطأ ، فالعدالة تقتضي أن يلزم محدثه بالتعويض عنه لأننا في هذه الحالة عندما يكون ضرر ما قد وقع ، و أمامنا شخصان لم يصدر من أي منهما خطأ ، فأيهما أجدر بتحملة ، محدث الضرر ، أم الذي وقع

=إصاباتهم بقطع النظر عن وقوع الخطأ منه ، لأن المصنع الذي أنشأه يعود عليه ربحه و لأن إصابات العمل من المخاطر الملازمة لإنشاء المشروعات الصناعية و غيرها ، فيجب أن يتحمل رب العمل نتائج هذه الإصابات لأن الغرم بالغنم) نقلا عن د. سليمان

مرقس ، الوافي ، ج 1 ، مرجع سبق ذكره ، ص120

(1) الأستاذ جبار صابرطه ، مرجع سبق ذكره ، ص124 و ما بعدها.

(2) د. ممدوح محمد خيرى هاشم ، مرجع سبق ذكره ، ص73 و ما بعدها.

ضحية فعل محدث الضرر ، فلا شك في أن المنطق و العدالة تقتضي بأن يتحمله محدث الضرر⁽¹⁾.

و الرد على هذا المبرر هو أن إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الخطأ ، لا يعني إهدار حق المتضرر في الحصول على التعويض ، لأن إعتداد منطق إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الخطأ ، يقبله بالضرورة إعتداد منطق إقامة الحماية الموضوعية على عنصر الضرر ، فالمسؤولية المدنية شيء ، و الحماية الموضوعية المجردة شيء آخر ، و إلا فما ضرورة أن تشتترط وجود ثلاثة أركان في المسؤولية ، ثم نأتي و نعرب عن عدم ضرورة توافر ركن الخطأ؟ فالمسؤولية تقوم على ثلاثة أركان يجب أن تتوافر فيها حتى تنهض ، فإن نهضت لا نقول أن أساسها الضرر ، بل أساسها الخطأ ، فإن لم يوجد الخطأ ، مع وجود الضرر ، فلا مسؤولية ، و ذلك لتخلف أحد أركانها ، بل توجد حماية موضوعية مجردة قوامها أن المتضرر يجب أن يعرض ، أما كيف يعرض و من يعرضه؟ فهذا موضوع آخر ، فإذا شاءت الكيفية أن تفرض على محدث الضرر تعويض المتضرر ، فإنه يقوم بالتعويض لا على أساس أنه مسؤول ، بل على أساس أنه ضامن ، اذ انه يخسر قيمة مالية من ذمته نتيجة فعل إرتكبه ترتب عليه ضررا بالغير ، كأني فعل ممكن أن يرتكبه الشخص بنفسه و يترتب عليه ضررا لنفسه ، سواء قصد الضرر لنفسه ، كما في التصرفات الضارة ضررا محضا ، أم لم يقصد ، كما في التكاثر و الإهمال في إستعمال الخيارات القانونية أو الإرادية التي يؤدي إستعمالها إلى إغناء الذمة ، أو الحيلولة دون إفتقارها.

(1) نقلا عن: الاستاذ جبار صابر طه ، ص126

أما عن وجود شخصين: محدث الضرر ، و المتضرر ، و عدم صدور أيما خطأ من أحدهما ، فأنا أيضاً مع ما تقضي به العدالة من أن محدث الضرر هو الذي يتحمل هذا الضرر ، لكنه يتحمله لا على أساس انه مسؤول بل على أساس انه ضامن ، ثم ان الاحكام القانونية المدنية لا تتأسس في جميع الاحوال على تحقيق مبادئ العدالة ، بل قد تنتصر للمصلحة العامة ، فمثلاً تقضي مبادئ العدالة في موضوع آخر ، بأن نقف مع المالك ضد الحائز حتى و إن كان حسن النية ، لكن القانون - أحياناً - يقف مع الحائز حسن النية تحقيقاً للمصلحة العامة في إستقرار المعاملات⁽¹⁾.

كما أن ظهور نظام التأمين ضد المسؤولية قد أخذ بعين الإعتبار أن محدث الضرر ، إذا لم يكن مخطئاً ، فإنه في خطر يحتاج إلى تأمين ، لا يقل عن الخطر الذي يواجهه المتضرر عندما يصاب بالضرر⁽²⁾ ، ثم أن التعويض - كأثر - لا يقتصر على المسؤولية المدنية فحسب ، بل من الممكن أن ينشأ التعويض عن الكسب دون سبب⁽³⁾ ، كما يمكن أن ينشأ التعويض من المسؤولية بنص القانون⁽⁴⁾.

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد ، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة ، عمان ، 2001 ، ص 67

(2) لاحظ: د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج 2 ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1990 ، ص 232 ، عبد علي رضا جعفر ، رجوع المؤمن على الغير المسؤول عن الضرر ، بغداد ، 1983 ، ص 35 و د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، حقيقة أزمة المسؤولية و دور تأمين المسؤولية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، 1993 ، ص 76

(3) لاحظ: د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، مرجع سبق ذكره ، ص 555
(4) لاحظ: د. سليمان مرقس ، الوافي ، ج 1 ، مرجع سبق ذكره ، ص 12 (و من الأمثلة على هذا النوع من المسؤولية و التعويض الناجم عنها ما نصت عليه المادة (1127) مدني عراقي: ((التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الإلتزام بالتعويض ، إذا أحل أحد الطرفين بتعهده سواء إشتراط التعويض في التعهد أم لم يشترط))).

، كما ان التعويض قد ينشأ قيام الدولة بنزع ملكية عقار للمصلحة العامة (الاستملاك)⁽¹⁾ ، على الرغم من انها تقوم باستعمال حق من حقوقها ، والمعروف ان (الجواز الشرعي ينافي الضمان)⁽²⁾ ، فهي لا يمكن ان تنسب اليها ايما خطأ ، انما جاء التعويض ثمناً للملك الذي انتقل بالاستملاك ، كما يمكن أن ينشأ التعويض عن تطبيق الحماية الموضوعية المجردة أو المكتسبة أيضاً.

ب-المبرر الثاني: النزعة المادية في القانون:

(10) النزعة المادية في القانون تعول على المظهر الخارجي للإرادة و لا تعتد بالإرادة الباطنة في ذاتها (و غايتها إعلاء شأن الناحية المالية من الحقوق و الواجبات على ناحيتها الشخصية و تنظر إلى تلك الحقوق و الواجبات على أنها مجرد عناصر للذمم المالية ، و قد وصل بها الأمر إلى اعتبار الإلتزام علاقة بين ذمة مالية و أخرى ، يمكن نقلها من إحداها إلى أخرى دون توقف على إرادة المدين ، و قد ساعدت هذه النزعة المادية على تبرير النظرية الموضوعية من وجوب التعويض لما حدث من نقص الذمة المالية بغير اعتبار لما أدى إليه من فعل سواء كان خاطئاً أو غير خاطيء مما يستدعي بحث الحالة النفسية للفاعل و هو ما لا شأن له بالعلاقات المالية ، لذا يمكن القول بأن المسؤولية تقوم بدون خطأ لأن النظر فيها هو إلى عنصر الضرر ، و هذا الأخير

(1) لاحظ : المادة (1050) مدني عراقي والمادة (9) من قانون الاستملاك العراقي رقم (12)

لسنة 1981 .

(2) لاحظ : المادة (6) مدني العراقي .

يتمثل بالجانب المالي ، الذي يتخذ صورة التعويض بخلاف ذلك أن الخطأ لصيق بالشخص و خطايا النفس ، مما يسترعي الإهتمام بالسلوك الشخصي⁽¹⁾.

و الحقيقة أن النزعة المادية في القانون ليس لها علاقة بالنظرية الموضوعية ، فقبل هذه النزعة ، فإن علاقات الأشخاص فيما بينهم محكومة أصلاً بالقواعد القانونية ، و القاعدة القانونية هي أولاً و أخيراً قاعدة سلوك⁽²⁾ ، قبل أن تكون قاعدة ذمم و ديون⁽³⁾ ، ثم أن الدين في الذمة ، و إن كان يأخذ شكل التعويض ، فهو لم ينشأ إلا بسبب سلوك ، فليس من العدل أن تنشغل الذمة بدونه - نحن نتحدث عن مسؤولية- ، و لو كان على شكل سبب غير مباشر لإحداث الضرر ، ثم أن القول بأن المسؤولية تقوم بدون خطأ ، قول غير مقبول ، فهو بمستوى عدم قبول القول بأن المسؤولية تقوم بدون ضرر ، فكل من الخطأ و الضرر ركنان في المسؤولية المدنية ، و لا يستقيم أن تقوم هذه المسؤولية بدون أحدهما أو كليهما أو بدون الرابطة السببية بينهما.

(1) نقلاً عن: الاستاذ جبار صابر طه ، مرجع سبق ذكره ، ص128

(2) لاحظ: د. عبدالحى حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج1 ، (القانون) ، جامعة الكويت ، 1972 ، ص99 و د. محمد علي عرفة ، مرجع سبق ذكره ، ص34 و د. سعيد

عبدالكريم مبارك ، أصول القانون ، دار الكتب ، الموصل ، 1982 ، ص30

(3) وهذا رد على من قال بارتكاز المسؤولية الى علاقة بين الذمم ! ، اذ يرد الاستاذ الدكتور صبري حمد خاطر ، بان هذا الارتكاز (يستلزم تحول القانون المدني الى قواعد تخاطب الاشياء لا الاشخاص ، ويثور التساؤل كيف تلزم ذمة أخرى ، فهل ترتكب إحداها خطأ ، واذا استلزمنا تدخل الشخص فهذا يعني ضرورة تجرد العلاقة من طابعها المادي ومن ثم سيؤول الموضوع الى إطار حلقة مفرغة) . بحثه ، سبق ذكره ، ص74 .

ج- المبرر الثالث: مبادئ النظرية الوضعية في القانون الجنائي: (11) (إن مؤدى هذه النظرية أن العقوبة ليست جزاء يوقع على المجرم قصاصا له أو إنتقاما منه حتى تقاس بقدر خطئه و جسامته ، أي بمقدار ما ينطوي عليه نفس المجرم من عوامل شريرة دفعته إلى إرتكاب جرمه ، و بناءا عليه فقد ضربت هذه المدرسة عرض الحائط عنصر الخطأ ، و إبتنت مسؤولية المجرم الجنائية على حق المجتمع بالدفاع عن نفسه ، بغض النظر عن نيته الجرمية ، لأن كل فعل يصدر من إنسان ينتج عنه رد فعل معين للمجتمع ، و هذا الإنسان مهما كانت حالته العقلية و النفسية يجب أن يتحمل رد الفعل من المجتمع الذي يعيش فيه ، و الناتج عن أفعاله و سلوكه في هذا المجتمع ، و رد العقل هذا يكون متعادلا مع نوعية و خطورة تلك الأعمال الصادرة من الفاعل؛ إن تدخل المجتمع قبل المجرم لا يقوم على أساس خلقي ، و إنما على أساس دفاع المجتمع عن نفسه إزاء خطر ، و في هذا يقول (فيري): إنه بإستبعاد حرية الإختيار يصبح القاتل المجنون كالقاتل المتعمد أو قاتل زوجته الزانية ، كلها أفعال محتومة لا تجدي معها الإرادة و المقاومة ، و يضيف أن اللوم و الإستهجان المقترن بالجريمة مآله الزوال بإنتشار مبادئ المدرسة الجديدة ، كما زال الإستهجان الذي كان سائدا في الماضي بالنسبة للمصابين بالجنون)⁽¹⁾.

و هذا المبرر هيئ جداً من السهولة بمكان رده ، فالنظرية الوضعية لم تعد و لم تبق مقبولة في نطاق القانون الجنائي ، فقد تم

(1) نقلا عن: الاستاذ جبار صابر طه ، مرجع سبق ذكره ، ص129

انتقادها بشدة من قبل الفقه الجنائي⁽¹⁾ ، فهي تتكرر القيمة الذاتية للجريمة في حين أنه لولا هذه القيمة لما عدَّ المجرم مجرماً ، ثم يعييبها بشكل كبير إنكارها المطلق لمبدأ حرية الاختيار ، كما أن من عيوبها إنكارها لفكرتي الردع العام و العدالة⁽²⁾ ، فهي غير صالحة في نطاق محيطها التي ولدت فيه ، فكيف نساي بين الذي يقتل عمداً و بين القاتل المجنون أو القاتل الذي يتفاجأ بتلبس زوجته مع آخر بالزنا؟ ثم أن هذه النظرية غير صالحة أيضاً في محيط القانون المدني ، على خلاف ما ذهب إليه البعض⁽³⁾ ، فهي تفقد كل قيمة للسلوك ، في حين أن الأحكام قائمة على السلوك و مقاصدها ، و لولا أهمية هذه المقاصد لما كان لمبدأ حسن النية المكانة العظمى في المعاملات المدنية⁽⁴⁾.

د- المبرر الرابع: آراء المدرسة التاريخية في القانون:

(12) المدرسة التاريخية في القانون هي من المدارس المهمة التي ظهرت في تفسير وظيفة القانون ، يتزعمها الفقيه الألماني

(1) لاحظ: د. محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1973 ، ط2 ، ص75 و د. ماهر عبد شويش الدرة ، الأحكام العامة ، في قانون العقوبات ، دار الكتب ، الموصل ، 1990 ، ص48

(2) لاحظ: د. ماهر عبد شويش الدرة ، المرجع السابق ، ص48

(3) الأستاذ جبار صابر طه ، مرجع سبق ذكره ، ص130

(4) لاحظ: د. عبدالحليم عبداللطيف القوني ، حسن النية و أثره في التصرفات في الفقه الإسلامي و القانون المدني ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004 ، ص92 و ما بعدها و عبدالمنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، ص125

(سافيني) ، و قد نشأت في بداية القرن التاسع عشر⁽¹⁾ ، على إثر تصديه للفقهاء (تیبو) الذي دعا إلى وضع تقنين لألمانيا على غرار فرنسا⁽²⁾؛ إن القانون من وجهة نظر هذه المدرسة هو وليد البيئة و ثمرة التطور ، يتغير من تلقاء نفسه و ينمو بشكل غير محسوس⁽³⁾؛ (وفقاً لهذه الفكرة فقد تعيّن أن القاعدة التي جعلت الخطأ أساساً هاماً للمسؤولية المدنية ، إنما تقرر في ظروف لم تكن فيها المدنية الحديثة قد بلغت هذا الحد من التقدم الذي نراه اليوم⁽⁴⁾) ، إذ أن التقدم الآلي و ما صاحبه من إزدياد منقطع النظير لعدد الحوادث الضارة ، لا يعقل أن تقتصر تنظيم الأمور على القاعدة السابقة التي كانت تنظم علاقات مجتمعات تقوم على الزراعة و الصناعات اليدوية ، حيث كان النقل فيها يقوم على ظهور الدواب⁽⁵⁾ ، هذه القاعدة لن تكون صالحة لتنظيم مجتمع اليوم ، ذلك المجتمع الذي تقدمت فيه الحضارة بالشكل الذي يعتمد فيه على الآلات الميكانيكية و الكهرباء ، و على التقدم التقني الحاضر... إن بناء المسؤولية على الخطأ كان بسبب

(1) لاحظ: د. سعيد عبدالكريم مبارك ، أصول القانون ، مرجع سبق ذكره ، ص 71

(2) لاحظ: الأستاذ جبار صابر طه ، مرجع سبق ذكره ، ص 130

(3) لاحظ: المرجع السابق ، الإشارة نفسها.

(4) النص مكتوب قبل عام 1984

(5) كما أن النقل كان في العصر الذي ظهر فيه المشاهير من الفقه الإسلامي ، كان يقوم على ظهور الدواب أيضاً ، في حين أن الكثير من الباحثين قد ذهبوا إلى أن النظرية السائدة في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بأساس المسؤولية المدنية ، هي النظرية الموضوعية فتغير المجتمع و تطوره ليس له علاقة باختيار أساس المسؤولية (لاحظ: د. سليمان مرقس ، الوافي ، ج 1 ، مرجع سبق ذكره ، ص 96 و د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، موانع المسؤولية الجنائية ، دار وائل للنشر ، عمان ، 2005 ، ص 13 و د. محمد وحيد الدين سوار ، الإتجاهات العامة في القانون المدني مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 1996 ، ص 133 و لاحظ أيضاً ما ذكره الأستاذ جابر صابر طه ، مرجع سبق ذكره ، ص 172).

إتصال العقوبة بالتعويض ، و لما انفصلت العقوبة عن التعويض ، فلم يعد محلاً للتمسك بالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية ، فوظيفة المسؤولية جبر الضرر ، لا مجازاة الفاعل ، فهذا يتطلب إيجاد أساس جديد للمسؤولية المدنية ، فما دام المجتمع في تغير و تحول ، فإن القانون هو الآخر في متابعته لمجتمع يرد عليه التحول و التغير و لو كان في شكل شريعة مقدسة⁽¹⁾.

و من خلال ما سبق لم تظهر أية علاقة ما بين المدرسة التاريخية و ضرورة قيام المسؤولية المدنية على عنصر الضرر ، ثم أن المسؤولية المدنية فيما ترتبه من أثر من وجوب التعويض ، فإن هذا التعويض و إن كان ليس ذو طبيعة عقابية ، بل أنه ذو طبيعة مزدوجة ، فهو يجبر الضرر و يرتب على خطأ محدث الضرر جزاء مدنيا ، إذ أن إلزامه بالتعويض هو جزاء يقع على محدث الضرر ، و بالتالي يجب أن يكون قد صدر منه ما يعد إنحرافا في السلوك.

هـ المبرر الخامس: النزعة (الإشترابية) في القانون:

(13) و هذا المبرر هو أسهل ما يمكن الرد عليه ، فلم تعد للنزعة الإشترابية دور مهم في الحياة على مختلف نواحيها الإقتصادية و الإجتماعية و السياسية و القانونية⁽²⁾ ، بل أن التحول أخذ يتجه نحو إقتصاد السوق و تحرير التجارة ، فتلك التركة كانت مؤثرة في بعض النظم القانونية لفترة مؤقتة فحسب ، ثم زالت.

(1) نقلا عن: الاستاذ جبار صابر طه ، المرجع السابق ، ص 131

(2) لاحظ: الاستاذ جبار صابر طه ، مرجع سبق ذكره ، ص 132

المطلب الثالث

الإختلاف في حقيقة السند التاريخي

(14) الأمر المهم الذي يجب أن ننتقل منه عند حديثنا عن السند التاريخي لأساس المسؤولية ، أن القوانين القديمة لم تكن تفرق بين ما هو معروف لدينا من فروق و تمييز بين المسؤوليتين المدنية و الجنائية ؛ و لو عدنا إلى الوراء بهذه الدراسة ، لوجدنا أن المسؤولية مدنية أو جنائية- كانت تقوم على أساس مادي صرف ، و لا سيما في العصور التي سادت فيها المبادئ و الأحكام الكنسية ، فلا ننسى ما تم إقراره من مبدأ: (من أتى فعلا كان مسؤولاً عن جميع النتائج التي أفضى إليها دون بحث في إتجاه إرادته)⁽¹⁾ ، و قد كان ذلك في القانون الروماني في عصوره الأولى ، و قد بقي القانون الجرمانى منتبهاً إلى التشريعات التي أقرت بوجود مسؤولية دون خطأ (مسؤولية مادية) حتى بلوغه عصر متأخر⁽²⁾ ، ولكن حصل تطور فيما بعد ، إذ أخذت فكرة الخطأ تحتل مكانتها أساساً للمسؤولية في أواخر العصر الجمهوري للإمبراطورية الرومانية ، و من ثم ورث القانون الفرنسي القديم و من بعده النافذ قاعدة: (لا مسؤولية بدون خطأ) ، و بدت بوادر التمييز بين المسؤوليتين المدنية و الجنائية تظهر منذ أواخر عهد القانون الفرنسي

(1) لاحظ: د. محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (بدون سنة نشر) ، ص13

(2) لاحظ: المرجع السابق ، ص14

القديم⁽¹⁾ ، و قد تم تحقيق ذلك بفضل جهود الفقيه (دوما)⁽²⁾ ، فقد صاغ عنه الفقهاء قاعدة عامة مفادها أن: (كل فعل أيا كان يقع من الإنسان و يحدث ضررا بالغير ، يلزم مرتكبه بالتعويض إذا كان قد أخطأ)⁽³⁾ ، ثم حذوا حذو الفقيه (بوتيه) في التفرقة بين الجنحة و شبه الجنحة ، حيث قرروا أن: (المرء لا يسأل عن الضرر الذي سببه بفعله فحسب ، بل يسأل أيضاً عما سببه بإهماله أو عدم تبصره)⁽⁴⁾ و يرى بعض الفقه⁽⁵⁾ أن (الأعمال التحضيرية زاخرة بالأقوال التي تدل على قصد واضعي هذين النصين في تقرير قاعدة عامة توجب مساءلة كل من سبب بخطئه ضررا للغير ، و تحول دون مساءلة من لم يرتكب أي خطأ).

مما تقدم فإن هناك إختلاف و اضطراب في الأقوال حول تحديد أساس المسؤولية في القوانين القديمة ، ولكن الذي يمكن أن نفهمه من خلال السند التاريخي و إستخلاص حقيقته ، أن المسؤولية تطورت من كونها مقتصرة على عنصر الضرر ، إلى إبراز عنصر الخطأ فيها ، و هو تطور لا بد أن تأخذه بعين الإعتبار دائما في تفسير أنه تعاصر مع ظهور التمييز بين المسؤوليتين المدنية و الجنائية ، الأمر الذي لا ينفي عند كبار الفقهاء آنذاك ، أمثال (دوما) و (بوتيه) ، أن

(1) لاحظ: د. سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، سبق ذكره ،

ص80 و جبار صابر طه ، مرجع سبق ذكره ، ص74

(2) لاحظ: د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص81

(3) نقلا عن المرجع السابق ، ص81

(4) نقلا عن المرجع السابق ، ص82

(5) الأستاذ الدكتور سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص82

في كلتا المسؤوليتين لا بد من ركن الخطأ ، لأن المسؤولية أثر بارز له ، و إن اختلف أثرها بحسب ما إذا كانت مدنية أم جنائية .
ثم أن التمييز بين المسؤوليتين المدنية والجنائية ، لا يقوم على اساس اختلاف عنصر الضرر في كل منهما ، ذلك أن المسؤوليتين قد تتحققا سواء أكان الضرر عاماً ام خاصاً . أما اختلافهما فيكمن في جنس الخطأ ، فاذا كان الخطأ خطأ مدنياً فالمسؤولية مدنية ، واذا كان الخطأ خطأ جنائياً فالمسؤولية جنائية .

المبحث الثاني

أساس إفتراض الخطأ وتحليل الغاية من المواخذة المدتية

(15) قد يرى البعض أن لجوء المشرع إلى إفتراض الخطأ دليل على عدم أهميته! كما أن هناك تجاهل فقهي لقيمة و حقيقة الغاية الأساسية من الجزاء بصورة عامة -مدنياً كان أم جزائياً- ، ثم أن الجزاء المدني قد لا يخرج عن معنى العقوبة ، و هذا ما سنعالجه في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول

أساس إقرار فكرة الخطأ المفترض

(16) عندما يتضرر شخص ما من جراء خطأ ارتكبه آخر ، فإن على المتضرر أن يثبت أن ضرراً ما أصابه ، و أن هذا الضرر ناجم عن خطأ صدر من آخر ، أي عليه أن يثبت وجود أركان المسؤولية المدنية ليتسنى للقاضي الحكم بها ، فعليه أن يثبت الضرر و الخطأ و العلاقة السببية. و للتقليل من كاهل المتضرر الذي وقع عليه عبء الإثبات هذا ، فإن المشرع أحياناً ما يفترض الضرر⁽¹⁾ ، و أحياناً يفترض الرابطة

(1) كما في العقود الإدارية و الفوائد التأخيرية و الشرط الجزائي. (لاحظ: د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج1 ، سبق ذكره ، ص322)

السببية ، و أحيانا أخرى يفترض الخطأ في جانب الشخص الذي يطالبه المتضرر بالتعويض.

و لعل أنصار (النظرية الموضوعية) في أساس المسؤولية المدنية⁽¹⁾ ، سوف يحتجون بإمكانية إفتراض الخطأ على عدم أهميته في المسؤولية ، و هنا نرد عليهم بالآتي:

(أ) إن إفتراض الخطأ لا يعني عدم أهميته ، و إلا فإن إفتراض الضرر في أحوال معينة قد يعني عدم أهميته أيضاً كأساس للمسؤولية المدنية.

(ب) إن إفتراض الخطأ يقره القانون من أجل التخفيف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المتضرر ، فيفترض الخطأ ، لكنه ، في الغالب إفتراض يقبل إثبات العكس ، فيستطيع الشخص الذي يطالبه المتضرر بالتعويض أن ينفي صفة الخطأ عنه ، فهو إن قام بذلك تخلص من المسؤولية ، و هنا تبرز أهمية الخطأ كركن في المسؤولية و أساسا لها ، فبإنتفائه تنتفى المسؤولية عن الشخص.

(ج) إن أقرار قاعدة الإفتراض في الخطأ ، لا يحصل إلا في المسؤولية عن فعل الغير و في المسؤولية عن الأشياء⁽²⁾ ، أما في المسؤولية الشخصية فلا يتصور وجود خطأ مفترض.

(1) لاحظ: د. حسن علي الذنون ، بحثه في المسؤولية المادية ، سبق ذكره ، ص38 و جبار صابر طه ، مرجع سبق ذكره ، ص368 . وكذلك لاحظ: د. حسن عبد الباسط جميعي ، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية ، مرجع سبق ذكره ، ص9 وما بعدها .

(2) يميز الدكتور إبراهيم طه الفياض ، في مؤلفه (مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1973 ، ص473) بين الخطأ أساساً للمسؤولية عن فعل الغير ، والخطأ شرطاً لهذه المسؤولية ، اذ يقول : أنه ينبغي (التمييز بين فكرة الخطأ كشرط لقيام المسؤولية عن فعل الغير ، و بين نفس الفكرة كأساس تقوم عليه المسؤولية عن فعل الغير ، فيقول أن مسألة الخطأ كشرط لقيام المسؤولية عن فعل=

ومن الجدير بالذكر ان كثيراً من الفقهاء⁽¹⁾ قد استنبطوا من تدخل المشرع في افتراض الخطأ في عموم تطبيقات المسؤولية المدنية بنوعيتها العقدية وغير العقدية ، الى انه قد مال وانتصر للنظرية المادية على حساب النظرية الشخصية في تفسير اساس المسؤولية المدنية ، الا ان هذا الاستنباط أو التفسير غير صحيح ، اذ ان تدخل المشرع لم يكن الا من اجل التقليل من عبء الاثبات على عاتق المتضرر ، وهذا مايفسر الاتجاه الذي قاده الفقه الفرنسي في التوجه نحو التوسع في نطاق المسؤولية العقدية على حساب المسؤولية غير العقدية ، ومن ابرز هذا التوسع هو الاخذ بنظرية (المجموعة العقدية)⁽²⁾ ، فهذا لايعني القضاء أو التشريع قد مابى اتجاهاً على

=الغير ، تتعلق بفعل الغير الذي يسأل عنه شخص آخر حيث يجب أن يتصف فعله الضار بأنه خاطيء و الخطأ الذي يرتكبه الغير خطأ بسيط واجب الإثبات ابتداء في جانبه كما لو كان هو المسؤول عنه شخصياً ، أما الخطأ الذي هو أساس لقيام المسؤولية عن فعل الغير ، فهو خطأ يفترضه المشرع في جانبه ، و هو موضع خلاف حول وصفه من جانب الفقه ، فهناك من يذهب إلى أنه خطأ في الإختيار ، و هناك من يذهب إلى أنه خطأ في الرقابة و التوجيه ، و هناك من يذهب إلى أنه خطأ مفترض في الإختيار و النقص في الرقابة و التوجيه).

(1) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، الملتزم بتعويض الضرر الناجم عن حوادث السيارات ، ذات السلاسل ، الكويت ، 1985 ، ص 103 . د. حسين عبد الباسط جميعي ، مرجع سبق ذكره ، ص 214 .

(2) لاحظ لغرض التعرف على هذه النظرية : د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، (غير منشور) ، 1992 ، ص 240 . (يرجع ظهور فكرة المجموعة العقدية في الفقه الفرنسي الى النصف الثاني من القرن الماضي ، ولعل الاستاذ ((Durry)) هو اول من لفت انتباه الفقه الى هذه الفكرة عندما تساءل عام 1969 ، بصدد حديثه عن العقد المزدوج الذي يربط بين الشاحن والناقل ، وبين الاخير ومقاول التفريغ ، عما اذا كان يجب حقيقة اعتبار الشاحن من الغير بالنسبة لمقاول التفريغ ، بحيث يكون في وضع قانوني مماثل لوضع احد المارة الذي تسقط على رأسه شحنة =

حساب غيره ، أو أنه فضل المسؤولية العقدية على المسؤولية غير العقدية ، انما كان ذلك مرده الى التسهيل على المتضرر في اثبات المسؤولية المدنية ، وهنا يذكر البعض⁽¹⁾ في نهاية دراسته عن الخطأ المفترض : ((ولهذا وبالرغم مما توحى به هذه التدخلات من ان المشرع يتوجه الى احلال المسؤولية الموضوعية محل المسؤولية الشخصية ، فان الحقيقة الباقية هي ان هذه التدخلات ليست الا استثناءات على المبدأ الاساسي الذي لايرغب المشرع في المساس به ، وهو قيام المسؤولية المدنية على ركن الخطأ ، حتى وان كان مفترضاً)).

=من البضائع المنقولة اثناء القيام بعمليات التفريغ . وتبعاً لذلك في ظل مساوئ تقرير المسؤولية التقصيرية للمدين تجاه الغير على صعيد توقعاته العقدية ، اتجه فريق من الفقهاء ، بهدف الحد من حالات اثاره هذه المسؤولية الى التضييق من مفهوم الغير عن العقد ، وذلك بابتداع فكرة قانونية جديدة هي مجموعات العقود ، يتمثل دورها في تقليص عدد الاشخاص ، أو الاغيار الذين يمكنهم اثاره المسؤولية التقصيرية للمدين ، بحيث يستبدل المسؤولية العقدية بالمسؤولية التقصيرية كلما اصاب الضرر شخصاً ممن لا يعتبرون غيراً حقيقياً عن العقد الذي جرى الاخلال به . وبحثاً عن وسيلة مثلى لتحديد المقصود بالغير ، يرى هؤلاء ان الاشخاص المشاركين في مجموعة عقدية واحدة ليسوا حقيقة من الغير بالنسبة لكل عقد على حده من العقود المتداخلة في المجموعة ، وتبعاً لذلك ، تصبح المسؤولية العقدية وحدها الواجبة التطبيق في علاقات هؤلاء الاشخاص مع بعضهم البعض) نقلاً عن : د. محمد حسين عبد العال ، مرجع سبق ذكره ، ص37.

(1) د. حسن عبد الباسط جميعي ، مرجع سبق ذكره ، ص249 .

المطلب الثاني

تحليل الغاية من الجزاء عموماً

(17) ليس هناك من يختلف أن الجزاء هو العنصر الحيوي في القاعدة القانونية ، فهو الذي يقوي عنصر الإلزام فيها ، فالقاعدة القانونية بدون جزاء ليست قاعدة قانونية⁽¹⁾ ، ولكن أليس من حقنا أن نتساءل ما هي غاية الجزاء عموماً؟ هل هي كما تعارف عليه فقهاء القانون الجنائي- زجر المجرم و ردع غيره⁽²⁾ ، أم جبر الأضرار الناجمة عن سوء سلوك الشخص سواء أكانت هذه الأضرار عامة أم خاصة؟ و بالتالي فإن للمرء أن يسلك أيما سلوك لطالما أنه لم يضر بأحد ، حتى وإن كان سلوكه غير محبذ قانوناً أو عرفاً . لا شك أن هذه الرؤية تحمل قدراً من التحضر و التمدن ، و أنا أتفق معها ، لكنها غير

(1) لاحظ كل من: د. عبدالفتاح عبدالباقي ، نظرية القانون ، مطابع دار الكتاب العربي ، القاهرة ، 1965 ، ط 4 ، ص 17 و د. سمير عبدالسيد تناعو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، (بدون سنة نشر) ، ص 61 و د. محمد علي عرفة ، مرجع سبق ذكره ، ص (35 ، 42) و د. عبدالمنعم البدر اوي ، المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سبق ذكره ، ص 19 و د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 1970 ، ط 5 ، ص (21 ، 39) و عبدالباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون و الشريعة الإسلامية ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، 1972 ، ص 84 و د. محمد حسام محمود لطفي ، المدخل لدراسة القانون ، القاهرة ، 2003 ، ط 5 ، ص (24 ، 34) و د. عبدالله مبروك النجار ، المدخل المعاصر لفقه القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (بدون سنة نشر) ، ص 20

(2) لاحظ: د. أحمد فتحي سرور ، أصول السياسة الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،

منضبطة ، فمن الذي يقرر أن الضرر وقع أم لا؟ وكيف؟ وإلا أفلا يحق لأي باحث أن يتساءل ما الذي يجعل المشرع يفترض في حالات- الضرر ، على الرغم من عدم حدوثه واقعا؟ والإجابة تكمن في أن إفتراض الضرر يكمن في أن المشرع قد قدر جسامة الخطأ فإفترض الضرر نتيجة له ، وإن لم يقع أصلا ، و غالبا ما يكون إفتراض الضرر غير قابل لإثبات العكس⁽¹⁾ ، ولعل الملاحظ لإشتراط الجزاء في القاعدة القانونية ، سيرى أن وصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة ملزمة ، إنما قد جاء بعد وصفها بأنها قاعدة عامة مجردة ، و بعد وصفها بأنها قاعدة سلوك⁽²⁾ ، فالجزاء وارد على السلوك ، و غايته تقويم هذا السلوك⁽³⁾ ، فلماذا نهتم فقط بوقوع الضرر ، دون أن تقاوم مسبباته ، إذ أن من مقتضى الرابطة السببية في المسؤولية ، أن الضرر نتيجة للخطأ ، و الخطأ سبب للأول ، فإشتتات الخطأ ، بتقويم السلوك ، مدعاة لعدم وقوع الضرر.

(1) لاحظ: د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج 1 ، مرجع سبق ذكره ، ص 321

(2) لاحظ: د. حسن كيرة ، مرجع سبق ذكره ، ص 18 و د. سمير عبد السيد تناعو ، النظرية العامة للقانون ، سبق ذكره ، ص 29 و د. محمد حسام محمود لطفي ، المدخل ، مرجع سبق ذكره ، ص 17 و د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل و د. محمد الأنفي ، المدخل إلى نظرية القانون و نظرية الحق ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 1986 ، ص 11 و ما بعدها.

(3) و مع ذلك يذهب علماء علم الاجتماع القانوني إلى تصور الجزاء القانوني عن كفالة الإحترام اللازم لأحكام القانون (لاحظ المزيد من التفصيل: د. مصطفى محمود الجمال ، تجديد النظرية العامة للقانون ، ج 1 ، الفتح للطباعة و النشر ، الأسكندرية ، 2002 ، ص 65 و ما بعدها).

و يجب أن لا ننسى الجانب الخفي في التعويض و نتذكر فقط أن التعويض جبران للضرر ، فهو إنتقاص من ذمة مسببه و هو يحمل في طياته معنى العقوبة له ، و إذا كان الأصل في أن التعويض مقياسه الضرر ، فإن كثيراً ما يتدخل الخطأ في إنقاص مبلغ التعويض أو عدم الحكم به أصلاً⁽¹⁾، كما أن لجسامة الخطأ دور في تحديد مقدار التعويض في حالات كثيرة⁽²⁾.

فغاية الجزاء لا تكمن فقط في الردع والزجر و جبران الضرر، بل أن الغاية بوجه عام- تتمثل في تقويم السلوك ، لا سيما في المجتمعات التي لا ترتقي شعوبها إلى درجة عالية من الثقافة في التعامل الإجتماعي و التسامح و حسن السلوك⁽³⁾ ، فلولا الجزاء لأقبل العديد على مخالفة القانون -غشا- لطالما أن بإمكانه تعويض الضرر الناجم عن سلوكه السيء ، فالتعويض يجب أن لا يكون مقياسه الضرر فحسب ، بل أن لدرجة الخطأ دور في تقديره ، فليس من العدل أن نساولي بين من تعدد الإضرار بالغير و من أضر به بحسن نية أو من دون قصد.

⁽¹⁾ نصت المادة (210) مدني عراقي على أنه: (يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد إشتراك بخطأه في إحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سواً مركز المدين) ، كذلك نصت الفقرة (3) من المادة (173) مدني عراقي على أنه ((اما اذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في اطالة امد النزاع بخطأه فللمحكمة ان تخفض الفوائد القانونية كانت أو اتفاقية أو ألا تقضي بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر)).

⁽²⁾ لاحظ: المادة (217) مدني عراقي، و لاحظ أيضاً: د. نوري حمد خاطر: الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية و القضائية، متاح على موقع الدليل الألكتروني للقانون

العربي: Arab Law Info (www.arablawninfo.com)

⁽³⁾ و قريباً من منطق هذا الرأي و فحواه ، لاحظ: د. إبراهيم طه الفياض ، مرجع سبق ذكره ، ص475 (الهامش رقم (1)).

المطلب الثالث

إقرار نظام المسؤولية العقابية

(18) لا يعد نظام المسؤولية العقابية ، أو كما يسميه البعض (1) ، (التعويض العقابي) ، نظاماً حديث النشأة ، بل أن جذوره تمتد إلى القانون الروماني مع نشأة جريمة الإكراه (2) ، وهي الجريمة التي شرّعت حماية لمصلحة الشخص الذي دُفع إلى التعاقد تحت سطوة الخوف ، و كانت العقوبة المقررة لها هي توقيع جزاء يتمثل في الحكم بتعويض إضافي ، علاوة على تعويض الضرر الذي وقع ، يقدر بأربعة أمثال مبلغ التعويض في الضرر اللاحق بالطرف المضروب الذي أكره على التعاقد (3).

و قد تبنى القانون الإنكليزي هذا الجزاء فيما بعد في القرن الثامن عشر و تجمعت الحالات التي يجوز فيها الحكم بالتعويض العقابي في ثلاثة طوائف: الأولى بشأن تصرفات الموظفين الجائرة و التحكيمية و المخالفة للدستور ، و الثانية بشأن التصرفات التي تتم بدافع البحث عن مصلحة شخصية، و الثالثة عندما ينص المشرع

(1) د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، فكرة التعويض العقابي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص3 و ما بعدها.

(2) لاحظ: جبرائيل البنا ، دروس في القانون الروماني ، ج2 ، بغداد ، 1948 ، ص107

(3) لاحظ: د. محمد عبدالمنعم بدر و د. عبدالمنعم البدر اوي ، مبادئ القانون الروماني ، دار الكتاب المصري ، القاهرة ، 1956 ، ص518 و د. عمر ممدوح مصطفى ، القانون الروماني ، دار المعارف ، القاهرة ، 1959 ، ط3 ، ص448 و ميشيل فيليه ، القانون الروماني ، ترجمة د. هاشم الحافظ ، بغداد ، 1969 ، ص132 و جبرائيل البنا ، دروس، مرجع سبق ذكره ، ص107

على ذلك صراحة⁽¹⁾ ، كما إنتقل إلى أميركا و كندا ، فكان مطبقا في كندا على وفق القانون العام (Common Law)⁽²⁾ بإستثناء ولاية (كيوبيك) و التي تنتمي إلى طائفة الشريعة اللاتينية بخلاف سائر أقاليم كندا ، إذ يوجد فيها تقنين مدني يحتوي على مادة نظمت أحكام المسؤولية العقابية ، وهي المادة (1621) منه و التي نصت على أنه: (عندما ينص التشريع على منح تعويض عقابي، فإنه لا يجوز أن يكون مجاوزا في قيمته ذلك القدر الملائم لتحقيق وظيفته في الردع ، و يؤخذ في الإعتبار عند تقديره كل الظروف الملائمة ، و لا سيما جسامة خطأ المدين و مركزه المالي أو مدى التعويض الذي سبق أن ألزم به تجاه الدائن ، و يراعى أيضاً -عند الضرورة- ما إذا كان هناك (غيرا) سيتحمل عبء الإلتزام بالتعويض كليا أو جزئيا)⁽³⁾.

فالمسؤولية العقابية ينجم عنها تعويض عقابي يتأسس على مقدار ما صدر من محدث الضرر من جسامة في الخطأ في أغلب الأحيان و ليس مقياسه جبر الضرر⁽⁴⁾ ، و هذا النوع من المسؤولية

(1) أشار إلى ذلك د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سبق ذكره ، ص15

(2) أشار إلى ذلك: المرجع السابق ، ص16

(3) لاحظ متن القانون المدني لولاية (كيوبك) الكندية على موقع المعهد الكندي للمعلومات القانونية:

Institutent Canadien d'information Juridique IIJCan.

و على شبكة الإنترنت:

www.canlii.org/qe/loi/ccq/tour.html

(4) وقد ذهب الأستاذ الدكتور صبري حمد خاطر الى إنتقاد فكرة التعويض العقابي بقوله أنه (لا علاقة له بالضرر ففي جميع الحالات يرتبط التعويض بالضرر ، أما ما يتعلق بالزيادة في التعويض فلا يرتبط بالعقاب ، بل بسياسة المنع الذي هو من وظائف المسؤولية) ، لاحظ : بحثه سبق ذكره ، ص81 .

المدنية مقرر في القوانين الحديثة أيضاً ، و لا سيما القانون المدني العراقي ، و من تطبيقات هذه المسؤولية في القانون المدني العراقي:

أ- العربون و ب- الشرط الجزائي و ج- الفوائد التأخيرية و د- تعدد المسؤولين في العمل غير المشروع و هـ- تدخل خطأ المتضرر في العلاقة السببية و و- إضافة الحكم إلى المتعمد أو المتعدي في المباشرة و التسبب.

و سوف نشرح كل هذه الحالات عند التطرق إلى تحليل نصوص المسؤولين العقدية و غير العقدية و ذلك في المبحث الآتي:

المبحث الثالث

تحليل نصوص المسؤولية العقدية و غير العقدية في القانون المدني العراقي

(19) إن النصوص التي نريد تحليلها هنا هي المتعلقة بالمواضيع المذكورة أعلاه في نهاية المطلب الثالث من المبحث السابق ، و منها ما يتعلق بالمسؤولية العقدية ، و هذا ما سنعالجه في المطلب الأول ، و منها ما يتعلق بالمسؤولية غير العقدية ، و هذا ما سنعالجه في المطلب الثاني ، على أن نعطي فكرة عن الفرق بين الضمان المقرر في الفقه الإسلامي و المسؤولية المقررة على وفق القانون في المطلب الثالث ، لأن بعض النصوص قد استعملت لفظة الضمان في غير محلها.

المطلب الأول

تحليل النصوص المتعلقة بالمسؤولية العقدية

(20) النصوص المتعلقة بالمسؤولية العقدية هي المتصلة بكل من العربون و الشرط الجزائي و الفوائد التأخيرية و شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ، و نعالج كل منها في فقرة مستقلة.

أولا- العربون:

(21) نصت المادة (92) مدني عراقي على أنه: (1- يعتبر دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الإتفاق بغير ذلك. 2- فإذا إتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول ، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه و إن عدل من قبضه رده مضاعفا). و العربون هو مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت إنعقاد العقد ، إما لتمكين كل منهما من العدول عن العقد و إما للدلالة على إنعقاد العقد⁽¹⁾. و العربون كأصل عام- يؤدي إحدى وظيفتين ، إما أن يكون معناه تمكين كل من المتعاقدين من العدول عن العقد ، و معنى ذلك أنهما لم يقصدا الارتباط نهائيا بالعقد ، و يسمى العربون هنا: (عربون عدول) ، و قد يكون معناه إثبات إنعقاد العقد بصفة باتة ، أي للدلالة على أن المتعاقدين إنتقلا من مرحلة المفاوضات الابتدائية إلى مرحلة التعاقد النهائي ، و يسمى العربون هنا (عربون إثبات)⁽²⁾ ، و الغالب أن يؤدي عربون

(1) لاحظ: د. عبدالحى حجازي ، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي ، ج 1 ، المجلد الأول ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1982 ، ص445 ، و د. محمد شريف أحمد ، مصادر الإلتزام في القانون المدني ، دار الثقافة ، عمان ، 1999 ، ص66

(2) لاحظ: د. عبدالمعزم البدرابي ، النظرية العامة للإلتزامات ، ج 1 ، مصادر الإلتزام ، القاهرة ، 1991 ، ص241 . و د. عبدالحى حجازي ، المرجع السابق ، ص446 . و د.

الإثبات في الوقت نفسه وظيفة أخرى هي تنفيذ أحد المتعاقدين جزءاً من التزامه ، و يعد العربون هنا قسطاً معجلاً من الثمن و يسمى عندئذ (عربون قسط) ، و هو في هذه الحالة يؤكد العقد و لهذا يطلق عليه بـ(عربون تأكيد)⁽¹⁾.

و أحكام العربون ليست من النظام العام ، إذ يستطيع المتعاقدان بأن يتفقا على إعتباره جزءاً يترتب على عدول أحدهما ، بأن يخسره للآخر ، و هنا تظهر وظيفة الجزاء الحقيقية ، فقد لا يوجد ضرر ما ناجم عن العدول ، إنما الجزاء وقع لحصول حالة العدول في ذاتها ، أما الإمتناع عن الدفع فقد يثير المسؤولية العقدية التي تقام أصلاً على أساس إخلال أحد الطرفين بالتزامه ، و هي مسؤولية قائمة على الخطأ العقدي.

ثانياً- الشرط الجزائي:

(22) نصت المادة (170) مدني عراقي على أنه: (1- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق و يراعى في هذه الحالة أحكام المواد 168 و 256 و 257 و 258. 2- و لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، و يجوز تخفيضه

أنور سلطان ، مرجع سبق ذكره ، ص65 ، و د. عبدالقادر الفار ، مصادر الإلتزام ، دار الثقافة ، عمان ، 2004 ، ص50

(1) لاحظ: د. عبدالمنعم البدرابي ، المرجع السابق ، ص242 و د. عبدالحی حجازي ، المرجع السابق ، ص446 و د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، مرجع سبق ذكره ، ص100 ، و د. محمد شريف أحمد ، مرجع سبق ذكره ، ص67 و د. عبدالقادر الفار ، مرجع سبق ذكره ، ص51

إذا أثبت المدين أن التعدي كان فادحاً أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، و يقع باطلاً كل إتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة 3- أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً).

و الشرط الجزائي هو إتفاق بين متعاقدين يحددان فيه من خلاله مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين إلتزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه ، و يسمى أيضاً التعويض الإتفاقي⁽¹⁾ ، و ليس مقياس هذا التعويض ما قد يصيب الدائن من ضرر ، بل هو يأخذ معنى التهديد ، مما قد يوصله إلى معنى العقوبة⁽²⁾ ، و إن كانت ليس بالصورة المألوفة في العقوبات المقررة في القانون الجنائي ، فالشرط الجزائي يظهر فيه الجزاء جلياً واضحاً و أنه يدور حول إخلال المدين بإلتزامه ، أي خطئه ليس إلا ، صحيح أن التعويض الإتفاقي ، حسب النص المتقدم ، لا يستحق إذا إثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، لأنه لا تعويض بغير ضرر ، و إن كان التعويض إتفاقياً تم تحديده جزافاً كما في الشرط الجزائي⁽³⁾ ، إلا أنه لو كانت قيمة التعويض أقل من حجم الضرر الذي أصاب الدائن ، فإنه ليس للأخير أن يطالب بزيادة مقدار التعويض ، و هذا يؤكد إنفصال مقياس التعويض عن معيار الضرر من جهة ، و إعتماده على معيار الخطأ و درجة جسامته ، لا سيما أن بإمكان الدائن أن

(1) لاحظ: عبدالباقى البكري ، شرح القانون المدني العراقي ، ج3 ، تنفيذ الإلتزام ، مطبعة

الزهراء ، بغداد ، 1971 ، ص146

(2) عكس هذا الرأي: د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقى البكري و محمد طه البشير ، القانون

المدني ، ج2 ، أحكام الإلتزام ، جامعة بغداد ، 1986 ، ص60

(3) لاحظ: د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج1 ، الضرر ، مرجع سبق ذكره ، ص335

يطلب بزيادة مقدار التعويض فقط ، عندما يثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، و هذا في الأصل مقياس التعويض هنا ، من جهة أخرى.

ثالثا- الفوائد التأخيرية:

(23) نصت المادة (171) مدني عراقي على أنه: (إذا كان محل الإلتزام مبلغا من النقود و كان معلوم المقدار وقت نشوء الإلتزام و تأخر المدين في الوفاء به كان ملتزما أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية و خمسة في المائة في المسائل التجارية ، و تسري هذه الفوائد من تأريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تأريخا آخر لسريانها ، و هذا كله ما لم ينص القانون على غيره).

و الفائدة هي مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه على سبيل التعويض عن التأخير في تنفيذ إلتزام محله دفع مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له ، أو مقابل إنتفاعه بمبلغ من المال في عقد من عقود المعاوضة⁽¹⁾ ، فالفوائد على نوعين: فوائد تعويضية أو إستثمارية و فوائد تأخيرية ، أما الفوائد التعويضية ، فهي الفوائد المستحقة مقابل إنتفاع المدين بمبلغ من النقود يترتب للدائن في ذمته و يكون مصدره العقد ، كالفوائد المستحقة على المقرض مقابل إنتفاعه بمبلغ القرض ، و الفوائد التي يتعهد بدفعها من إلتزم بأن يؤدي على الدوام إلى

(1) لاحظ: د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقى البكري و محمد طه البشير ، أحكام الإلتزام ،

مرجع سبق ذكره ، ص74

شخص آخر أو إلى خلفائه من بعده دخلا دوريا ، و الفوائد التي يستحقها حامل السند و من أودع وديعة لدى مصرف ، و الفوائد التي يستحقها البائع إذا إشتراط على المشتري دفع فائدة عن الثمن عند الإتفاق على تأجيل تسديده إلى ميعاد معين⁽¹⁾ ، و أما الفوائد التأخيرية، فهي الفوائد المستحقة عند التأخير في تنفيذ إلزام محله دفع مبلغ من النقود ، أيا كان مصدر هذا الإلتزام ، عقدا أو إرادة منفردة أو عملا غير مشروع أو كسبا دون سبب أو نص القانون أو ما عدا ذلك من مصادر ، ذلك لأن هذا الإلتزام يتميز بإمكان تنفيذه تنفيذا عينيا دائما ، و من ثم ، فلا محل للمطالبة فيه بالتعويض عن عدم التنفيذ ، و إنما تقتصر المطالبة على التعويض عن التأخر في تنفيذه⁽²⁾، و هذا التعويض لا يتناسب في الغالب مع ما لحق الدائن من ضرر بسبب تأخر المدين عن تنفيذ ما وجب عليه من إلزام أو إلزام، بل هو بالتالي يدور حول إخلاله بالتزامه أو الإلزام الملقى عليه؛ و لهذا نصت المادة (173) مدني عراقي على أنه: (1- لا يشترط لإستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أم إتفاقية ، أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من هذا التأخير. 2- و يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الإتفاقية ، إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم. 3- أما إذا تسبب الدائن و هو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النزاع بخطئه ، فللمحكمة أن تخفض الفوائد القانونية كانت أم إتفاقية أو ألا تقضي بها إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر).

(1) لاحظ: عبد الباقي البكري ، تنفيذ الإلتزام ، مرجع سبق ذكره ، ص 179

(2) لاحظ: المرجع السابق ، ص 179

و هنا يظهر بشكل واضح أن التعويض القانوني ، أو إستحقاق الفوائد التأخيرية مبناه مدى الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من الطرفين ، الدائن و المدين.

رابعاً - الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية:

(24) نصت المادة (259) مدني عراقي على أنه: (1- يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي و القوة القاهرة. 2- و كذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذه لإلتزامه التعاقدي ، إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، و مع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه. 3- و يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع).

و قد منع المشرع من الإتفاق على إعفاء المدين من مسؤوليته العقدية ، إذا كان هذا ناشئاً عن غش صدر منه أو خطأ جسيم ، تجنباً لتحاييل المدين على أحكام القانون ، فيعفي نفسه إبتداءً و يرتكب خطأً قد يعلم أن يد المسؤولية لن تطاله بسبب وجود شرط الإعفاء ، فسدَّ المشرع عليه هذه الذريعة ، و هذا يعني -من جهة أخرى- أن المدين قد يعفى من أداء التعويض للدائن ، إذا وجد هذا الشرط بينهما ، على الرغم من حصول ضرر للدائن ، لكنه لا يعفى إذا كان ثمة غش أو خطأ جسيم قد صدر منه ، و قد كان بإمكان المشرع أن يكتفي بالنص على الخطأ الجسيم ، لأن الغش أشد قوة منه ، فمن يرتكب خطأً جسيماً و يُعاقب ، فإنه من باب أولى أن يواجه الشخص بذات الجزاء ،

إن لم يكن أقوى ، إذا ما صدر منه غشا ، فالغش يختلف عن الخطأ
الجسيم⁽¹⁾.

(1) لاحظ: د. نوري حمد خاطر ، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، متاح
على موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي :-

المطلب الثاني

تحليل النصوص المتعلقة بالمسؤولية غير العقدية

النصوص التي نريد تحليلها هنا و المتعلقة بالمسؤولية غير العقدية، هي النصوص التي تضمنت الموضوعات الآتية ، المسؤولية بالمباشرة و التسبب و تدخل خطأ المتضرر وتعدد المسؤولين في العمل غير المشروع.

أولا - إضافة الحكم إلى المتعمد أو المتعدي من مباشر أو متسبب:

(25) نصت المادة (186) مدني عراقي على أنه: (1- إذا أُلّف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسببا ، يكون ضامنا ، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى. 2- و إذا اجتمع المباشر و المتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما ، فلو ضمنا معا كانا متكافلين في الضمان) ، و هذا النص ينظم مسؤولية كل من المباشر و المتسبب ، و قد خالف المشرع صراحة التوجه العام في الفقه الإسلامي ، هذا التوجه الذي يقضي بما يأتي:

- (1) المباشر ضامن و إن لم يتعمد⁽¹⁾.
- (2) المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد⁽²⁾.
- (3) إذا اجتمع المباشر و المتسبب أضيف الحكم إلى المباشر⁽³⁾.

(1) المادة (92) من مجلة الأحكام العدلية.

(2) المادة (93) من مجلة الأحكام العدلية.

(3) المادة (90) من مجلة الأحكام العدلية.

و القاعدة الأولى تدل بوضوح نهوض الضمان على عنصر الضرر فقط ، لأن المباشر ضامن في جميع الأحوال ، أما القاعدة الثانية فتدل على اشتراط الخطأ في الضمان ، و القاعدة الثالثة تقف إلى جانب النظرية الموضوعية في تحميل المباشر ضمان الضرر إذا اجتمع مع المتسبب⁽¹⁾.

إلا أن المشرع العراقي خالف هذه الأحكام ، فأسند الضمان على النظرية الشخصية ، فاشتراط التعمد أو التعدي و هذا يدل بوضوح على قيام المسؤولية المدنية غير العقدية على عنصر الخطأ.

ثانياً- تدخل خطأ المتضرر في المسؤولية غير العقدية:

(26) نصت المادة (210) مدني عراقي على أنه: (يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد إشتراك بخطأه في إحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوءاً مركز المدين) ، فإشتراك خطأ المدين في العلاقة السببية قد يؤدي إلى إنقاص مقدار التعويض أو عدم الحكم به أصلاً ، و هذا حكم مهم يبرز بوضوح دور الخطأ في مقياس

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد ، تعدد الأسباب ، بحثه سبق ذكره ، ص 61 (يذكر الاستاذ الدكتور صبري حمد خاطر أنه : (إن الشخص إذا أحدث ضرراً نتيجة نشاطه، (أي بالمباشرة) ، فلا يمكن أن يتخلص من المسؤولية إلا في الاحوال الاتية : (ذكر منها) 1- ان يكون فاقد العقل أو الادراك) في حين أنه يخلص في خاتمة بحثه الى أن المباشر يُسأل عن أي ضرر ناجم عن فعله شريطة استبعاد عنصر الادراك من الفعل)؟ إذ كيف نشترط استبعاد عنصر الادراك لكي تتحقق مسؤولية المباشر ، ثم لانسأله لانه فاقد له ؟! (لاحظ : بحثه سبق ذكره، ص 77 و ص 81) .

التعويض ، سواء أكان الخطأ صدر من المدين (المخطيء) ، أو من الدائن (المتضرر)⁽¹⁾

ثالثاً - تعدد المسؤولون في العمل غير المشروع:

(27) نصت المادة (217) مدني عراقي على أنه: (1- إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي و الشريك و المتسبب. 2- و يرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال و على قدر جسامته التعدي الذي وقع من كل منهم ، فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي).

و هذا النص كفيل بإبراز الجانب الشخصي في أساس المسؤولية المدنية ، و لا سيما المسؤولية غير العقدية ، فلو أن الضرر بتلك الأهمية التي تصوّر لها أنصار النظرية المادية ، لإعتمد المشرع في توزيع التعويض على المسؤولين عن العمل غير المشروع ، على أساس مدى مساهمة كل منهم في إحداث الضرر ، بل إعتمد جسامته التعدي معياراً للتوزيع ، و لهذا يكون المشرع العراقي قد أخذ بنظرية تدرج الخطأ المعروفة في الفقه اللاتيني⁽²⁾.

(1) لاحظ: المرجع السابق ، ص 81

(2) لاحظ: د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج2، الخطأ، مرجع سبق ذكره، ص172

المطلب الثالث

الاختلاف بين الضمان المقرر في الفقه الإسلامي و المسؤولية المقررة على وفق القانون

(28) يبدو للوهلة الأولى أن المسؤولية العقدية تقابل ضمان العقد و ترادفه في المعنى ، و أن المسؤولية التقصيرية ترادف في أحكامها ضمان اليد و ضمان الإلتلاف ، وقد ذُهب البعض الى أبعد من ذلك ، إذ إتجه الى أن كل ما تعنيه المسؤولية القانونية (المدنية و الجنائية) يمكن أن يكون معنى للضمان في الفقه الإسلامي ، و هذا ما يظهر جليا عند قراءتنا لعنوان إحدى المؤلفات المحدثّة في الفقه الإسلامي⁽¹⁾ ، ألا أنه يوجد ثمة فرق بين المسؤولية من جهة و الضمان من جهة أخرى⁽²⁾ ، فالضمان لا يعني أحكام المسؤوليتين المدنية و الجنائية ، و لا يمكن تعريفه بأنه (تضمن مفسدة مالية لم تسبق بعقد أو بدنية لم تقترب بقصد) كما ذهب إليه البعض⁽³⁾ ، بل أن الضمان يتسع لهذا المعنى و

(1) و هو مؤلف الدكتور وهبة الزحيلي (نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي) ، دار الفكر ، دمشق ، 1982

(2) لاحظ في الفرق بين الضمان و المسؤولية المدنية: د. محمد أحمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، الثقافة للنشر و التوزيع ، القاهرة ، (بدون سنة نشر) ، ص 65

(3) نقلا عن : الاستاذ جبار صابر طه ، مرجع سبق ذكره ، 1984 ، ص 20 (يرى بعض الكتاب ، و منهم أميل تايان ، أن الفقه الإسلامي لا يعرف معنى المسؤولية المدنية كما يتضمنها هذا الإصطلاح ، حيث قالوا أن الشريعة الإسلامية تستعمل مطلقا كلمة المسؤولية للتعبير عن الإلتزامات و لتعويض الأضرار الحاصلة) ، نقلا عن: د. حسن الخطيب ، نطاق المسؤولية المدنية (التقصيرية و التعاقدية) في القانون الفرنسي و القانون العراقي المقارن ، مطبعة حداد ، البصرة ، ص 29 حيث أن الفقه الإسلامي يستعمل كلمة أخرى تختلف من المسؤولية إلا و هي الضمان.

غيره أيضاً ، الضمان من الممكن أن يكون ضمان نفس و كذلك ضمان مال ، و تدخل في معناه العام ، التأمينات بنوعيتها الشخصية (الكفالة) و العينية (كالرهن).

و فيما يأتي نبذ هذا التصور في الفقرات الآتية:

أولاً: ضمان العقد و المسؤولية العقدية:

(29) تعرف المسؤولية بأنها الجزاء الذي يترتب عليه القانون على إخلال المتعاقد بتنفيذ إلتزامه التعاقدية⁽¹⁾ ، و تقوم هذه المسؤولية على خطأ صادر من المدين يترتب عليه ضرر يصيب الدائن بالإضافة إلى رابطة السببية بين الخطأ و الضرر ، و يرى عموم فقهاء القانون أن المسؤولية العقدية إنما هي كلمة مرادفة لضمان العقد ، بل أن المشرع العراقي قد سار على هذا الفهم أيضاً⁽²⁾ إلا أننا نذهب مع البعض⁽³⁾ إلى (أن ضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء المسلمون غير المسؤولية العقدية في إصطلاح فقهاء التشريع الوضعي ، فضمن العقد ضمان مال تالف بناء على عقد الضمان، إما المسؤولية العقدية فليس التعويض فيها تعويضاً عن مال تالف فحسب ، و إنما هو تعويض عن ضرر نشأ عن عدم

(1) د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، أصول الإلتزام مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970 ، ص 172 و د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، الكتاب

الأول ، مصادر الإلتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971 ، ص 365
(2) راجع البند (3) من الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من القانون المدني العراقي.

(3) الأستاذ علي الخفيف ، الضمان ، في الفقه الإسلامي ، القاهرة ، 1971 ، ط 2 ، ص 20

تنفيذ المدين ما يلتزم به بناء على العقد ، و إذا فإنها تتطلب في وجودها وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقد عاقده بتنفيذه و ذلك عندما يتعين أن يكون التنفيذ عينيا ، أما إذا كان التنفيذ بأداء مال -على حد تعبير صاحب الرأي- فإن الواجب حينئذ هو بأداء الدين جبرا بما تؤدي به الديون جبرا و لا يكون عندئذ محل للمسؤولية العقدية ، و ذلك ما لا يراه فقهاء الشريعة فإن إمتنع كان إمتناعه معصية يستحق عليها التعزير إلى أن يمتثل...).

و لم نرد من إيراد هذا الرأي ، أن نذهب إلى أن المسؤولية العقدية في القانون تختلف عن الضمان في الشريعة ، بل أننا -بالإضافة إلى ذلك- نقول أن ضمان العقد في القانون يختلف عن المسؤولية العقدية في القانون كذلك ، حيث أن ضمان العقد يشمل أحكام المسؤولية العقدية المطبقة نتيجة الإخلال بتنفيذ الإلتزام التعاقدي في العقد الصحيح و تلك الأحكام التي تقتضي التعويض رغم أن العقد لم يعد صحيحا ، بل هو في مراحله التحضيرية ، مثال ذلك: الإضرار الناجمة عن تنفيذ العقد الباطل ، و كذلك التعويض نتيجة لوجود عيب من عيوب الرضا و غير ذلك ، كما أن ضمان العقد يشمل جميع الضمانات التي يرتبها القانون و ينظمها في كل عقد على حده ، كضمان العيوب الخفية و ضمان التعرض و ضمان الإستحقاق، كما يشمل ضمان العقد أحكام تعويض الطرف المتضرر لعدم تنفيذ الطرف الآخر للعقد و الذي أدى إلى طلب فسخه ، و هكذا يتضح لنا جليا أن ضمان العقد أعم و أشمل من المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد ، المدخل لدراسة الضمان ، دار الحامد ، عمان ، 2002،

ثانياً: ضمان الإلتلاف و ضمان اليد و المسؤولية (التقصيرية) غير العقدية:

(30) يعرف الفقه المسؤولية (التقصيرية) بأنها إلزام من أحدث ضرراً غير مشروع بالغير (بتعويض) هذا الضرر⁽¹⁾ ، ونعرفها نحن بأنها المسؤولية التي يقرها القانون على محدث الضرر نتيجة إخلاله بالالتزام قانوني مرده عدم الإضرار بأحد ، و هذه المسؤولية تنشأ عادة عن الخطأ غير العقدي ، و من الصور المهمة للعمل غير المشروع الذي تنجم عنه المسؤولية (التقصيرية) الإلتلاف و الغضب ، و يلاحظ أن الإلتلاف ينتج عنه ضمان الإلتلاف ، و أن الغاصب يده على المغصوب يد ضمان فينتج عن الغصب ضمان اليد ، و على الرغم من وجود هذه العلاقة ، فإن الإلتلاف و الغصب ، و على الرغم من أنهما الصورتان المهمتان في العمل غير المشروع ، فإن هناك صور أخرى للعمل غير المشروع (الخطأ غير العقدي) كسوء إستعمال الحق و التجاوز و المسؤولية عن الغير و الأشياء و غيرها ، كما أن ضمان الإلتلاف يشمل ضمان الإلتلاف بمعناه العام الشامل للهلاك المادي كصورة من صور العمل غير المشروع و الهلاك القانوني للشيء بفعل التصرف به إلى الغير ، من جهته فليس الغاصب هو وحده الذي تعد يده على الشيء يد ضمان ، فهناك السارق و المحتال و خائن الأمانة ، بل أن هناك الحائز الحسن

(1) د. حسن علي الذنون ، أصول الإلتزام ، مرجع سبق ذكره ، ص 208

النية الذي تعد يده على الشيء يد ضمان بموجب نص في القانون⁽¹⁾.

ثالثاً: معيار هام في التمييز بين الضمان و المسؤولية المدنية:

(31) المسؤولية المدنية هي المسؤولية عن تعويض لضرر ناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول⁽²⁾ و قد ذكر أن هذه المسؤولية من الممكن أن تكون عقدية و كذلك ممكن أن تكون (تقصيرية) غير عقدية ، كما ذكرنا أن كلمة الضمان تختلف من كلمة المسؤولية المدنية لأنه يترتب على جوانب كثيرة لا تترتب عليها المسؤولية المدنية ، فالمسؤولية قد تكون جزء من الضمان في تصور الفقه الإسلامي ، و ها نحن الآن نؤكد هذا القول بأن كل إنتفاء للضمان يستتبعه إنتفاء للمسؤولية ولكن ليس بالضرورة أن يؤدي إنتفاء المسؤولية إلى إنتفاء للضمان ، إذ من الممكن أن ينهدم الجزء مع بقاء الأجزاء الأخرى من الكل ، و الذي يوضح هذا القول وجود معيار مهم مفاده أن السبب الأجنبي⁽³⁾ يقطع العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر و بالتالي

(1) نصت المادة (428) من القانون المدني العراقي على أنه: (إذا إنتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان و تنقلب يد أمانة إذا إمتنع واجب التسليم لقيام سبب للحبس).

(2) راجع: المستشار عز الدين الدناصوري و د. عبد الحميد الشواري ، مرجع سبق ذكره ، ص 11

(3) نصت المادة (211) من القانون المدني العراقي 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 (أي في نطاق المسؤولية المدنية) ، =

يؤدي إلى عدم قيام المسؤولية المدنية و ذلك لأن أحد أركانها قد إنتفى ، في حين أن وجود هذا السبب الأجنبي لا يعني إنتفاء الضمان في صورته الأخرى كما في حالة يد الضمان حيث أنها تكون ضامنة في جميع الأحوال⁽¹⁾ ، فالغاصب يضمن هلاك الشيء بسببه أو بسبب لا دخل لإرادته فيه⁽²⁾.

(32) ضرورة قيام المسؤولية المدنية على ثلاثة أركان ، مع التأكيد على عنصر الخطأ:

أركان المسؤولية المدنية –عقدية كانت أم غير عقدية- هي: الخطأ و الضرر و الرابطة السببية بينهما ، و كل على قدر واحد من الأهمية ، -من حيث كونه ركنًا- إذ ينبغي أن تتوافر جميع الأركان لتحقيق المسؤولية ، إلا أن هذه المسؤولية تتأسس على عنصر الخطأ ،

=ما لم يوجد نص أو إتفاق على غير ذلك)، و لاحظ في تعريف السبب الأجنبي: د. سليمان مرقس ، في نظرية دفع المسؤولية المدنية ، (أطروحة للدكتوراه) ، مطبعة الإعتماد ، القاهرة ، 1936 ، ص157 و ما بعدها و د. يوسف أحمد حسن النعمة ، دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور ، مطبعة دار التأليف ، القاهرة ، 1991 ، ص113 و د. عبدالرشيد مأمون ، علاقة السببية في المسؤولية المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (بدون سنة نشر) ، ص11

(1) لاحظ: د. عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 1998 ، ج 6 ، ص178 (يلاحظ أنه إذا كان السبب الأجنبي ممثلاً بفعل الغير فإن ترخيص القانون للغاصب للرجوع عليه لا ينفي عنه الضمان (المادة 198) مدني عراقي) ، أما بالنسبة لخطأ المتضرر فإنه ممكن أن يكون سبباً لتخفيض الضمان (المادة 210) مدني عراقي). يراجع كذلك د. السنهوري ، نظرية العقد ، دار الفكر ، 1934 ، ص961

(2) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد ، كسب الملكية بضمان ضرر المال ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2005 ، ص39

و ليس على عنصر الضرر ، و التعويض أساسه صدور خطأ ممن يجب عليه دفع التعويض لمن تضرر بخطئه ، أما مقياس التعويض فهو الضرر دون إهمال لجسامة الخطأ ، إذ أن جسامة الخطأ تساهم في تشديد أو تخفيف المسؤولية المدنية⁽¹⁾ ، و لذا يجب أن لا نسائي في إقرار المسؤولية ، و في وجوب التعويض بين من صدر منه الخطأ إهمالاً أو رعونة ، و بين من صدر منه بحيلة و تدبر و تعدد و قصد في الإضرار بالغير.

33) نظام الضمان المأخوذ من الفقه الإسلامي هو في القانون أحد صور الحماية المدنية الموضوعية المجردة :

ليس من العدل أن يتضرر إنسان من غير أن يعوّض ، فإذا ما عُرف محدث الضرر ، و تمت مساءلته ، لكونه أهلاً للمساءلة ، فإن الرجوع بالتعويض سيكون على أساس المسؤولية المدنية ، أما إذا لم يكن بالإمكان مساءلته أو معرفته أو أنه يمثل قوة قاهرة أو حادث فجائي ، فإنه لا بد من تعويض مؤسس على الضمان كصورة للحماية المدنية الموضوعية المجردة التي تقوم أساساً على فكرة الضرر ، و بالتالي ، فإذا ما كان محدث الضرر طفل غير مميز -مثلاً- فإننا نعود عليه بالتعويض ليس على أساس أنه مسؤول مدنياً ، بل على أساس الضمان المقرر على وفق الحماية المدنية الموضوعية المجردة المقررة للأشخاص في إستعمال حقوقهم.

(1) لاحظ: د. نوري حمد خاطر ، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية و القضائية ، بحث متاح على موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي

و الذي يؤيد ذلك أن الفقهاء المسلمون عندما قالوا بإضافة الحكم إلى المباشر دون المتسبب ، إنما أوردوا على ذلك إستثنائين⁽¹⁾ ، أضافوا في الأول الحكم إلى كليهما ، وفي الثاني أضافوه إلى المتسبب دون المباشر ، و ذلك عندما يكون المباشر غير موجود أو غير معروف أو غير مسؤول⁽²⁾ ، و ذلك أن الرجوع بالضمان على المتسبب إنما يستند إلى خطئه ، أي أن الرجوع قائم على فكرة المساءلة ، بعكس الرجوع بالضمان على المباشر القائم على فكرة الضمان المستند إلى الحماية المدنية الموضوعية المجردة ، ذلك أن المتسبب لا يضمن إلا بخطأ ، فهو مسؤول عن خطئه ، أما المباشر فيضمن و إن لم يخطيء ، فهو غير مسؤول بل ضامن.

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد ، بحثه في تعدد الأسباب ، سبق ذكره ، ص 65

(2) لاحظ: د. صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية،

ج 1 ، دار العلم للملايين ، بيروت ، (بدون سنة نشر) ، ص 192 و أحمد فتحي بهنيس ،

المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي ، دار القلم ، بيروت ، 1961 ، ص 28

المبحث الرابع

حقيقة الدور الذي يلعبه القصد في المسؤولية المدنية

(34) لا بد من أن نذكر أن تحديد نوع الخطأ يساهم مساهمة فعالة في تشديد المسؤولية أو تخفيفها أو حتى الإعفاء منها ، إذا ما نُسب خطأ ما إلى الدائن ، و لهذا نرى أن الفقه قد إعتنى بمسألة تبويب و تصنيف أنواع الخطأ ، لما لهذا التحديد من أثر بالغ الأهمية في المسؤولية المدنية عقديّة كانت أم غير عقديّة و تقسيمات الخطأ تعود إلى فترة قديمة⁽¹⁾ ، لكن التقسيم المشهور للخطأ هو التقسيم المنسوب إلى أحد فقهاء القانون الفرنسي⁽²⁾ في القرن الثامن عشر الميلادي ، إذ يذهب إلى تقسيم الخطأ - من حيث جسامته- إلى ثلاثة درجات ، الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير و الخطأ الطفيف (التافه) ، و يرى بأن الخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه أقل الناس علما و أكثرهم بلادة و جهلا ، و هو خطأ يتعارض مع حسن النية ، و لذا ألحق بالغش و عومل معاملته ، و هو يريد بالخطأ اليسير ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص العادي الوسط ، أما الخطأ الطفيف جدا أو (التافه) ، فهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص الحريص الحازم⁽³⁾.

(1) لاحظ: د. محمد عبد المنعم بدر و د. عبد المنعم البدر اوي ، مرجع سبق ذكره ، ص 496 و ميشيل قبلية ، ترجمة: د. هاشم الحافظ ، مرجع سبق ذكره ، ص 129

(2) الفقيه الفرنسي (بوتيه) (Pottier).

(3) لاحظ: د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج 2 ، الخطأ ، مرجع سبق ذكره ، ص 172 و لاحظ أيضاً: د. عادل أحمد الطائي ، المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها ، دار الثقافة ، عمان ، 1999 ، ص 52

و نحن نرى أن الخطأ يندرج تحت نوعين ، لكن كل نوع فيه درجات للخطأ بحسب جسامته ، و هذين النوعين للخطأ يتميزان من حيث حسن نية الفاعل أو سوء نيته و درجة قصده نحو ارتكاب الخطأ أو تحقيق غايات إقترافه ، لذا فإن نوعي الخطأ عندنا هما:

(1) الخطأ القصدي.

(2) الخطأ غير القصدي.

أما الخطأ القصدي فتندرج تحت عنوانه الأخطاء الآتية بحسب جسامته كل منها: الغش ، و هو في أعلى درجات الخطأ القصدي ، ثم الخطأ العمد ، ثم (الخطأ غير المغتفر) ثم الخطأ الإرادي.

و أما الخطأ غير القصدي فتندرج تحت عنوانه الأخطاء الآتية ، و أيضاً هي بحسب جسامته كل منها: الخطأ الجسيم و هو في أعلى درجات الخطأ غير القصدي ، ثم الخطأ اليسير ثم الخطأ التافه.

و حقيقة فإن بعض الفقهاء⁽¹⁾ ، قد درج أنواع الخطأ حسب مدى جسامته ، فذكر أن أنواع الخطأ هي:

(1) الخطأ الطفيف جداً (أو الخطأ التافه).

(2) الخطأ اليسير أو الطفيف.

(3) الخطأ الجسيم.

(4) الخطأ الإرادي.

(5) (الخطأ غير المغتفر).

(6) الخطأ العمد.

(7) الغش.

و فيما يأتي نعالج معنى الأنواع الثلاثة الأولى ضمن الخطأ غير القصدي و ذلك في المطلب الأول ، ثم نعالج الأنواع الأربعة الأخيرة ضمن الخطأ القصدي ، و ذلك في المطلبين الاتيين :

(1) الأستاذ الدكتور: حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج2 ، الخطأ ، المرجع السابق ، ص173

المطلب الأول الخطأ غير القصدي

ويشمل كل من الخطأ الطفيف (التافه)، والخطأ اليسير (العادي)، والخطأ الجسيم ، ويمكن إعطاء فكرة بسيطة عن كل هذه الأنواع من الخطأ ، في الفروع الآتية :

الفرع الأول الخطأ الطفيف (التافه)

35) و هو يمثل الحد الأدنى من الخطأ، أو التعدي في أخف صورة، و هو يتمثل في الأهمال و عدم التبصر⁽¹⁾ ، و مرتكبه يتحلى بقدر عال من حسن النية ، لكنه أساء التقدير و انحرف سلوكه من غير قصد ، و هذا النوع من الخطأ ، و لكونه أقل درجاته ، يقع فيه التسامح عادة ، إذ غالباً ما يتحمل الناس بعضهم بعضاً عن حدوث مثل هكذا أخطاء تافهة طفيفة ممكن أن تقع من أكثر الناس حرصاً ، وهي أخطاء يتم الصفح و التسامح فيها، و قد علمنا الله عز و جل الصفح عن مثل هذه الأخطاء و التي قد ترتكب من باب النسيان و عدم التبصر بنية حسنة ، فقال تعالى: (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا)⁽²⁾.

(1) لاحظ: المرجع السابق ، ص174

(2) البقرة/ 286 و لاحظ: تفسيرها: تفسير القرآن العظيم لابن كثير ، المجلد الأول ، دار الفيحاء ، دمشق ، دار السلام ، الرياض ، 1998 ط3 ، ص457 و جامع البيان في تفسير القرآن ، للشيرازي ، ج1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2004 ، ص214

و الخطأ التافه ، يقع نتيجة السهو و النسيان ، سواء أكان في علاقات الناس فيما بينهم بصورة عامة ، أو على نطاق العلاقات الخاصة ، كما في علاقات الجوار ، و العلاقات العقدية.

الفرع الثاني الخطأ اليسير

(36) و هو الخطأ العادي ، و قد يطلق عليه لفظة (الخطأ) مجردا دون تقييد بأية صفة ، و هذا (الخطأ) قد يقع فيه الشخص الذي لا يتمتع بدرجة كافية من الحرص و العناية ، و لهذا فإن المطلوب من الشخص المعتاد عدم وقوعه في مثل هذا الخطأ ، فإن وقع فإنه يؤاخذ عليه ، فهذا النوع من الخطأ هو إنحراف في السلوك عن المجرى المعتاد له ، من دون قصد ، و من دون سهو و من دون نسيان ، أو سهو و نسيان مصحوبين بتقصير من صاحبهما ، و هذا التقصير لا يمكن التسامح فيه لا سيما إنه صدر من محترف لعمل ما ، أخطأ في صميم ما يجب عليه فعله إستجابة لقواعد المهنة أو الحرفة أو لعرفها⁽¹⁾ ، فالمحامي الذي ينسى أن يسجل في أجدنته ميعاد آخر يوم لإستئناف قضية موكله الخاسرة أمام قضاء الموضوع ، هو مقصر ، و كذا الطبيب الذي ينسى إحدى آلات العملية الجراحية في داخل جسد المريض ، فهو مقصر ، و هذا التقصير قد يتحول إلى خطأ جسيم بحسب تقدير المحكمة ، و هذا الخطأ ليس فيه قصد لا للفعل و لا لنتيجته.

(1) لاحظ: د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، الخطأ ، مرجع سبق ذكره ، ص504

الفرع الثالث

الخطأ الجسيم .

37) و هذا النوع من الخطأ من المفروض أن لا يرتكبه أقل الناس حيطة و حذرا ، و لذا فإن وقوعه من قبل شخص ما ، يعد خطأ جسيما ، و هذا الخطأ وصف بالجسامة ، لأن معنى الخطأ بارز فيه و واضح لا يحتاج إلى تأويل أو تفسير ، و على الرغم من أن هذا النوع من الخطأ ليس فيه قصد ، أي أنه خطأ غير قصدي ، لكنه بلغ من الجسامة حدا لا يمكن معه عدم مؤاخذه صاحبه عليه. و قد ظهرت إتجاهات متعددة في تحديد مفهوم الخطأ الجسيم ، و يمكن إيراد أهم هذه الإتجاهات في تحديد مفهوم الخطأ الجسيم بشيء من الإيجاز⁽¹⁾:

أ- الخطأ الجسيم هو الخطأ المهني:

38) إذ عُرف الخطأ الجسيم هنا على أساس إقتصاره في الوقوع على كل من يمارس مهنة أو حرفة⁽²⁾ ، و وقع منه إهمال أو

(1) لاحظ: د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج 2 ، مرجع سبق ذكره ، ص 91 و ما بعدها و عبد الجبار ناجي الملاصالح مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، دار الرسالة للطباعة ، بغداد ، 1975 ، ط 1 ص 73 و ما بعدها و د. نوري حمد خاطر ، بحثه في تحديد فكرة الخطأ الجسيم ، سبق ذكره ، ص 19 و ما بعدها.

(2) لاحظ: د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج 2 ، المرجع السابق ،

تقصير بمناسبة أو بسبب مزاولته هذه الحرفة أو تلك المهنة ، كالإهمال الذي ينسب إلى الطبيب في علاج مريضه ، أو إلى المصرف في أعماله المصرفية ، مع العملاء ، أو إلى المحامي ، أو المهندس أيا كان ، أو ما إلى ذلك ، فالخطأ الذي يكون بسيطاً إذا نسب إلى فرد عادي ، يصبح جسيماً عندما يقتترفه صاحب الحرفة أو المهنة⁽¹⁾.

و هذا الرأي غير مقبول ، لأنه وإن كان صحيحاً ، نعت ما ينسب إلى المهني أو الحرفي من تقصير بأنه خطأ جسيم ، فإن هذا النعت ليس متصوراً على من يحملون هذا الوصف دون سواهم ، فالفرد العادي قد يرتكب خطأً و يعد خطئه جسيماً أيضاً ، إذا ما قيس بمقاييس أخرى.

ب- الخطأ الجسيم هو الخطأ المريح (المكسب):

(39) فالخطأ يعد جسيماً ، إذا كان من شأنه أن يسبب ربحاً أو كسباً للمدين الذي إقتترفه⁽²⁾ ، فكل خطأ يجني ربحاً أو كسباً لمقتترفه ، هو خطأ جسيم ، و مثال ذلك: الناقل البحري ، الذي يضع البضائع على ظهر السفينة ، بدلاً من وضعها في مخازنها ، على الوجه المتفق عليه في العقد و الذي قدرت على أساسه ، أجرة النقل ، ليخصص المخازن لبضائع أخرى ، فيزيد الكسب الذي يجنيه ، و كذلك منظم النشاط الرياضي ، الذي يزيد و يكثر من

(1) لاحظ: المرجع السابق ، ص 94

(2) لاحظ: عبد الجبار ناجي الملاصالح ، مرجع سبق ذكره ، ص 86

بيع تذاكر للمتفرجين ، و بالتالي يتسبب ذلك بحصول تزامم عند الخروج من الإستاد الرياضي⁽¹⁾.
و يذكر البعض⁽²⁾ في تقويمه لهذا الإتجاه بأنه لا يمكن قبوله ،
(فلا علاقة بين الخطأ الذي يقع و الربح الذي ينجم عنه ، بل يستقل كل منهما عن الآخر ، إذ قد يترك الخطأ البسيط وراءه كسبا كبيرا ، و قد لا ينجم عن الخطأ الجسيم كسب مادي ، أما إذا أخل المدين عمدا بالتزامه ، (ليجني ربحا) من وراء إخلاله به ، كان ، في الحقيقة ، مرتكبا لغش ، على الوجه الذي قدمناه).

ج- الخطأ الجسيم هو الخطأ الجنائي:

(40) فالقانون الجنائي يميز بين الجرائم العمدية التي تقوم على توافر القصد الجنائي ، و الجرائم غير العمدية التي تقوم على توافر الخطأ غير العمدية ، و هذا الأخير هو الخطأ الجسيم في القانون المدني.
و قد ظل هذا الرأي مهجورا في الفقه و القضاء الفرنسيين⁽³⁾ ،
فلا يمكن أن نعد القانون الجنائي معيارا لتحديد خطأ أول ما يطلق عليه أنه خطأ مدني.

(1) لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد ، المسؤولية عن الخطأ التنظيمي ، دار وائل للنشر ، عمان ، 2002 ، ص 114 ومابعدا (اذ ان الخطأ المربح هو أحد المعايير التي قيلت ايضا في تقدير الخطأ التنظيمي) .

(2) د. محمود جمال الدين زكي ، مرجع سبق ذكره، ص 96

(3) نقلا عن د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 96

د- الخطأ الجسيم هو غش احتمالي:

(41) فالخطأ الجسيم قائم على أساس توقع احتمال وقوع النتيجة الضارة ، و قبولها ؛ و مع ذلك يقدم الفاعل على إقترافه ، فهو يشبه القصد الإحتمالي في القانون الجنائي -حسب هذا الإتجاه-⁽¹⁾ ، لكن القصد الإحتمالي في هذا القانون هو قصد جنائي ، أما الخطأ الجسيم فيبقى خطأ بعيدا عن أيما قصد.

هـ- الخطأ الجسيم هو الخطأ الشخصي:

(42) و ذهب البعض إلى تعريف الخطأ الجسيم بالخطأ الشخصي ، و يقصد به الخطأ الذي لا يقترفه المدين في أعماله الشخصية أو أعمال نفسه⁽²⁾ ، و رغم ذلك ، إذا نزل المدين ، في تنفيذ إلتزامه ، عن العناية التي يبذلها في أعماله يكون مرتكباً لخطأ جسيم ، أما إذا لم يبذل في تنفيذه ، العناية التي يبذلها الشخص العادي ، يكون مرتكباً لخطأ بسيط ، و قد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي ردحا من الزمن⁽³⁾ ؛ و مع ذلك فإنه إنتقد على أساس أنه يؤدي إلى ترتيب نتائج غريبة و ظالمة ، لأن الخطأ اليسير ، يعد ، وفقا له ، خطأ جسيماً إذا كان المدين الذي إقترفه شديد اليقظة ، كما أن الخطأ الجسيم يعد ، طبقا له ، خطأ بسيطا إذا كان المدين الذي إرتكبه شديد الإهمال.

(1) يتزعم هذا الإتجاه: الفقيه الفرنسي (إيجينييه) Hugueney.

(2) يتزعم هذا الإتجاه الفقيه الفرنسي (دوتوبال) D' Hautreuilie.

(3) أشار إلى ذلك: د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص100⁰

و- الخطأ الجسيم هو الذي يترتب عليه ضرر جسيم:

(43) و يذهب هذا الإتجاه⁽¹⁾ إلى أن قدر جسامة الخطأ تقاس على قدر جسامة الضرر الذي تترتب عليه ، فإن كان الضرر جسيماً ، عُد الخطأ الذي سببه جسيماً أيضاً ، و قد أخذ قانون العمل المصري بهذا المعيار⁽²⁾ ، و هذا المعيار غير مقبول لأنه يقدر جسامة الخطأ على أساس واقعة لاحقة عليه ، و هي نتيجته التي قد تكون للمصادفة البحتة أثر حاسم في تجديد مداها ، فالخطأ – في ذاته- يتفاوت في جسامته ، إنما لا يمكن لنتائجه أن تتدخل ، (بأثر رجعي) ، لتقدير هذه الجسامة⁽³⁾.

ز- الخطأ الجسيم هو إخلال بالالتزام شديد:

(44) و هذا المعيار يكشف عن وجود علاقة بين نطاق الإلتزام و قدر الخطأ في الإخلال به ، فكلما كان الإلتزام شديداً ، كلما كان

(1) يتزعم هذا الإتجاه ، الفقيه الفرنسي (سونير): Saunier.

(2) لاحظ: المادة (110) من قانون العمل المصري النافذ (الجديد) رقم (12) لسنة 2003 ، إذ بموجب هذه المادة ، يجوز لصاحب العمل طلب فصل العامل أو إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة في حالات منها: إذا ثبت إرتكاب العامل لخطأ نشأت عنه أضرار جسيمة لصاحب العمل (لاحظ: د. السيد عيد نايل ، قانون العمل الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص433) في حين أن قانون العمل العراقي النافذ رقم (71) لسنة 1987 ، ذكر مصطلح (خطأ جسيم) ، ألا أنه ذكر (ضرر مادي) دون أن ينعته بالجسامة، إذ نصت المادة (127) منه على أنه: (لا يجوز فرض عقوبة الفصل إلا في الحالات الآتية: أولاً: إذا إرتكب العامل خطأ جسيماً نشأ عنه ضرر مادي ، ...).

(3) لاحظ: د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص101

الخطأ في التنفيذ جسيما ، و الإلتزام يكون شديدا إما بتقدير القضاء أو بتحديدده من قبل الدائن تحديدا صارما⁽¹⁾.
و لذا يعد تأخر الناقل في تسليم البضائع راجعا إلى خطأ جسيم منه إذا كان المرسل قد إختار النقل السريع ، و لو كان في الحالات الأخرى ، يعد راجعا إلى خطأ يسير ، و هذا المعيار جعل القضاء الفرنسي يميز في الإلتزامات الناشئة عن العقد ، بين الجوهرية منها و القانونية ، لكي يتعرف على وصف الجسامة في الخطأ ، عندما يكون محله إخلالا بالإلتزام جوهرى لا بالإلتزام ثانوي⁽²⁾.
و قد إنتقد الفقه⁽³⁾ هذا المعيار في أن فكرته غير مقنعة ، فكل ما تدل به وجود علاقة بين نطاق الإلتزام و الخطأ في تنفيذه ، بحيث يبقى تحديد مضمونه قبل تحديد قدر جسامة الإخلال به ، ولكنها لا تعد ضابطا لتقدير جسامة الخطأ.

ح- الخطأ الجسيم هو إخلال بالإلتزام ناشئ عن عقد تم لمصلحة من صدر منه الخطأ:

(45) فهذا المعيار يحصر الخطأ الجسيم في الإلتزامات العقدية ، فحسب ، إذ يعتمد التميز بين ثلاثة أنواع من العقود: عقود تبرم لمصلحة الدائن ، و عقود تبرم لمصلحة الطرفين ، و عقود تبرم لمصلحة المدين ، و المثال على النوع الأول من العقود ، عقد الوديعة ، إذ يبرم لمصلحة المودع (الدائن) ، أما المثال على

(1) لاحظ: المرجع السابق ، ص102

(2) لاحظ: المرجع السابق ، الصفحة نفسها.

(3) د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص103

النوع الثاني من العقود، عقد الإيجار، إذ يبرم لمصلحة الطرفين المؤجر و المستأجر، و كلاهما دائن و مدين للآخر، أما المثال على النوع الثالث، عقد الإعارة (عارية الإستعمال)، إذ المستفيد من هذا العقد هو المستعير (المدين)، فالخطأ الجسيم هو الخطأ الصادر من المدين في عقد تم لمصلحته، كما في عقد الإعارة، فأى إخلال من المدين بأي من التزاماته يعد خطأ جسيماً⁽¹⁾. و فضلاً عن إتفاق هذا المعيار مع سابقه، في وجه النقد الموجه إليه، يضاف إلى أنه قصر الخطأ الجسيم في نطاق المسؤولية العقدية، لذا فإن هذا المعيار غير مقبول على إطلاقه.

ط- الخطأ الجسيم هو مجموعة من أخطاء يسيرة:

(46) يظهر الخطأ الجسيم كمجموعة من الأخطاء اليسيرة، ليس كل خطأ منها سوى إهمال بسيط، ولكنه، بإضافته إلى آخر، يتخذ مظهر الخطأ الواضح، فإذا تعاقبت عدة أخطاء ظهر الخطأ الجسيم⁽²⁾، فسرقة البضائع المنقولة في السفينة، أو المودعة في المخازن، ترجع عادة إلى خطأ بسيط من جانب الناقل أو الوديع، ولكن إذ سبقتها سرقات مماثلة، كان خطؤه جسيماً، لأن الحادثة الأولى كان يجب أن تدفعه إلى زيادة يقظته إزاء السرقة⁽³⁾.

(1) لاحظ: د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز، ج 1، مرجع سبق ذكره، ص 45

(2) لاحظ: د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 104

(3) لاحظ: المرجع السابق، ص 104

و إنتقد هذا المعيار على أساس ندرة وقوع (مجموعة الأخطاء)،
و إن وقعت فإنها لا تؤدي إلا إلى وضع تفسير أن المدين قد أصبح
أكثر حذرا من مدين آخر غافل عن ظرف قد يكون خارجا عن
توقعه، و لذا فإن خطأ الأول غير مقبول قياسا على الثاني.

ي- الخطأ الجسيم هو الخطأ الذي يتوقع صاحبه وقوع النتيجة:

(47) يمكن ، في توقع إحتمال حدوث الضرر ، التمييز بين عدة
فروض ، الضرر يمكن ، أولا: أن يكون مرغوبا فيه ، أو نظر
إليه على أنه محقق الوقوع ، بمعنى أن محدثه ، قد أراد تحقيقه ،
أو واجه وقوعه بوصفه نتيجة حتمية لفعله ، و يمكن ، ثانيا: أن
ينظر إليه على أنه محتمل الوقوع ، -بمعنى أن محدثه قد واجه
وقوعه باعتباره نتيجة محتملة لفعله- ، ويمكن ، ثالثا ، أن ننظر
إليه على أنه ممكن الوقوع ، و ليس محتملا ، -بمعنى أن محدثه
قد واجه وقوعه باعتباره نتيجة ممكنة لفعله- ، و يمكن أخيرا ،
أن لا يكون متوقعا ، بمعنى أن محدثه لم يتوقع أصلا إمكان
وقوعه ، في الحالة الأولى يتوافر الغش أو الخطأ العمدي ، و في
الثانية يوجد الخطأ الجسيم ، و في الثالثة يكون الخطأ يسيرا ، و
يقع بعدها ، نطاق القوة القاهرة⁽¹⁾ ، و لتقدير مدى إحتمال وقوع
الضرر ، لا يرجع إلى إرادة المدين ، لمعرفة ما إذا كان قد واجه
الضرر ، على أنه محقق ، أم محتمل ، أم ممكن ، بل يرجع إلى
قاعدة مجردة (الشخص المعتاد).

(1) المرجع السابق ، ص105

(48) و نحن لا نتفق مع هذا المعيار أيضاً ، و إن كان البعض⁽¹⁾ قد إرتضى به معياراً لتعريف الخطأ الجسيم ، ذلك لأنه يفتقر إلى الدقة ، فكيف نميز بين إمكان وقوع الضرر و احتمال وقوعه؟ لا بد أن إمكان الوقوع سيعتمد معيار الشخص المعتاد ، لكن احتمال الوقوع يختلف من شخص إلى آخر ، لأن الإحتمالية تدخل في إدراكات النفس و توقعات العقل ، و هو ليس سوياً لدى جميع الناس.

(49) لذا فإننا نرى أن الخطأ الجسيم هو خطأ غير قصدي يمثل إخلالاً صارخاً بالإلزام أو واجب أو إلزام ، بحيث أنه يحول دون تحقيق الغاية التي من أجلها فرض ذلك الإلزام أو الواجب ، أو إلترزم من أجلها ، الشخص الذي صدر منه الخطأ.

و الخطأ الجسيم يعد أعلى درجات الخطأ غير القصدي ، و الذي قد يقترب منه الخطأ الإرادي الذي يعد أدنى درجات الخطأ القصدي ، و الفرق بينهما هو في وجود القصد في الثاني و إنعدامه في الأول ، فالخطأ الجسيم خطأ غير مقصود يرتكبه صاحبه إما لإساءة تقديره للأمور أو لسوء إختياره للإتجاه الصحيح في تنفيذ إلترامه ، فيخل بهذا الإلتزام أو الإلزام ، إخلالاً صارخاً يؤدي إلى الحيلولة بين وجود الإلتزام أو الألتزام و غايته .

(1) المرجع السابق ، ص105

المطلب الثاني الخطأ القصدي

القصد في المسؤولية المدنية تمثل ، فيما بات يعرف لدى الفقه اللاتيني بـ(الخطأ العمدي) أو (الغش) أو (الخطأ غير المغتفر)، و فيما يأتي نتناول كل واحد منهم في فرع مستقل.

الفرع الأول الغش

(50) يعد الغش من الألفاظ المشينة التي يمكن أن يوصف بها سلوك الإنسان ، و هو في اللغة: نقيض النصيح ، و هو مأخوذ من (الغشش) أي المشرب الكدر⁽¹⁾ ؛ و قد (غَشَّه) يغشه غشا: أي لم يحضه النصيحة⁽²⁾ ، و غش صدره: إنطوى على الحقد و الضغينة ، و غش صاحبه: زين له غير المصلحة ، و أظهر له غير ما يضمّر ، و غششه: بالغ في غشه⁽³⁾.

(1) لاحظ: ابن منظور ، لسان العرب ، ج 5 ، دار صادر ، بيروت ، 1997 ، ص 38

(2) لاحظ: المرجع السابق ، الإشارة نفسها.

(3) لاحظ: د. أحمد محمد عبد الخالق ، معجم ألفاظ الشخصية ، مجلس النشر العلمي ، جامعة

الكويت ، 2000 ، ص 429

أما إصطلاحا ، فقد عرف من قبل بعض الفقهاء⁽¹⁾ بأنه: عمل يعتمد إليه الشخص بقصد الإضرار بحقوق شخص آخر ، و هو يتضمن بهذا المفهوم- معنى الغدر ، فمن يقصد الإضرار بغيره ، قد يتعمد إلى ذلك من أجل مصلحة ذاتية له -و إن كانت غير مشروعة- ، لكن قصد الإضرار بحقوق الغير المتضمن لمعنى الغش ، إنما يعد الغرض الرئيس أو الوحيد ، لا لأي شيء سوى الغدر و الخداع و إلحاق الأذى ، و العمل المدفوع بالغش يعبر عما يحمله صاحبه من حقد و ضغينة و إستهتار بحقوق الغير.

و الغش -كما في تعريفه اللغوي- وصف توصف به الأعمال ، فعمل الإنسان قد يوصف بالعمل الصالح أو الثّصح ، و هو أعلى درجات الصلاح في العمل ، فيوصف الشخص بأنه (نصوح) في عمله، و الرجل الصالح هو صاحب العمل الصالح ، و أدى منه أداء الواجب ، أي أداء العمل بما ينبغي لا زيادة و لا نقصانا ، و الأدنى منه العمل الناقص، و الذي يرتكبه المهمل الذي لا يبالي تكاسلا أو رعونة، و الأدنى منه العمل القبيح السيء و الذي معياره الإيذاء بالآخرين ، أي تعمد الإضرار بالغير، و لعل أسوأ الأعمال قباحة ، العمل الذي ينطوي على غش ، و هو التفيض النهائي للعمل النصح ، إذ فيه يتعمد الإنسان إيذاء الآخرين ، إستهتارا بحقوقهم و تدليسا بهم ، متحايلا في ذلك عليهم ، فالغش أقوى درجة من العمد ، و إن ذهب

(1) لاحظ: د. عبدالحى حجازي ، النظرية العامة للإلتزام ، ج2 ، مصادر الإلتزام ، القاهرة ، 1954 ، ص304 و د. سليمان مرقس ، الوافي ، المجاد الأول ، سبق ذكره ، ص344 و عبدالجبار ناجي الملاصالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، مرجع سبق ذكره ، ص49

البعض⁽¹⁾ إلى غير ذلك ، و إن كانت القوانين المدنية لا تفرق بينهما من حيث الأثر ، على الرغم من أن قواعد الأخلاق تنظر إلى الغش على أنه عمل من أعمال الخبث و المكر فهو أشد وصفا من مجرد الخطأ العمد غير المقترن بالغش⁽²⁾.

و للغش عنصران: مادي و معنوي ، أما العنصر المادي فيتمثل في صورة العمل أو الإمتناع الذي يتجسد فيه معنى الغش ، و أما العنصر المعنوي ، فيتمثل في النية الكامنة وراء الغش ، أي قصد الإضرار بالغير بمكر و خديعة.

(51) و الغش من الخطأ العمد ، هو نوع منه ، لكنه في أعلى درجات العمد فيه ، فهو صفة تضاف إلى صفة العمد في الخطأ ، لأن وقعه أشد ، فهو يبدو شبيها لسبق الإصرار أو الترصد في الجرائم العمدية في قانون العقوبات⁽³⁾.

و لو طبقنا الاختلاف بين الغش و الخطأ العمد في نطاق التعمد ، فإن حالة الخطأ العمد ، يمكن تصورها في مخالفة أحد المتعاقدين لشروط العقد مخالفة صريحة بقصد الإضرار بالطرف الآخر ، فتتاح للدائن الفرصة لتلافي ما يتعرض له من أضرار ، كما في حالة رفض البائع تسليم الصفقة من البضائع التي تم بيعها ، أو تعمد الوكيل عدم

(1) د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية، ج2، مرجع سبق ذكره، ص82 و د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، مرجع سبق ذكره ، ص252 و د حسن علي الذنون ، المبسوط ، الخطأ ، مرجع سبق ذكره ، ص(188 ، 201)

(2) لاحظ: د. نوري حمد خاطر ، تحديد فكرة الخطأ الجسيم ، بحثه سبق ذكره ، ص6.

(3) لاحظ: د. ماهر عبد شويش ، شرح قانون العقوبات ، (القسم الخاص) ، دار الكتب ، الموصل ، 1991 ، ص(154 ، 156)

تنفيذ الوكالة مع علم الموكل بذلك ، أو بتعمد العامل في عدم قيامه بالعمل ، أما حالة الغش ، فإن مرتكبه يغلف مخالفته بالخديعة و المكر ، فيحمل الدائن على قبول التنفيذ بالشكل المعيب الذي تم فيه دون أن تتاح به الفرصة للكشف عن المخالفة ، فيقبل الضرر طائعا ، في حين أن مرتكب الغش يجني ثماره جنيا و لو إلى حين⁽¹⁾ ؛ و كذلك العامل الذي يتعمد عدم قيامه بالعمل ، فهو في حالة الغش يوهم صاحب العمل بأنه قائم بعمله على أحسن وجه ، و يستدل من ذلك أن الفارق بين الغش و الخطأ العمد في نطاق العقد ، هو أن يوجد تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش ، أما في حالة الخطأ العمد فلا يوجد أي تنفيذ له⁽²⁾.

و تطبيقات الغش كثيرة في القانون المدني ، منها ما يمثل عيب التغرير مع الغبن الفاحش ، أو كما يسميه البعض (التدليس)⁽³⁾ ، في العقود ، و كذلك تعمد إخفاء البائع إستحقاق المبيع عن المشتري⁽⁴⁾ ، و غير ذلك من تطبيقات عديدة⁽⁵⁾ ، منها ما يتعلق بالتعسف في إستعمال الحق ، إذ أن أحد معايير هذا التعسف المنصوص عليه في

(1) لاحظ: د. نوري حمد خاطر ، بحثه السابق الذكر ، ص6

(2) لاحظ: الأستاذ عبدالجبار ناجي الملاصالح ، مرجع سبق ذكره ، ص54

(3) لاحظ: د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 ، ط3 ، (منقحة) ، ص1034 و د. ياسين محمد الجبوري ، الوحيز في شرح القانون المدني الأردني ، ج2 ، (آثار الحقوق الشخصية) ، دار الثقافة ، عمان ، 2003 ، ص345

(4) لاحظ: المادة (568) مدني عراقي.

(5) لاحظ: هذه التطبيقات لدى الأستاذ عبدالجبار ناجي الملاصالح ، مرجع سبق ذكره ، ص52 و ما بعدها.

القانون المدني⁽¹⁾، لكفيلة بإدراك حقيقة الغش، فما عساك أن نقول فيمن يستعمل حقه ولا يقصد من هذا الإستعمال سوى الإضرار بالغير؟.

الفرع الثاني الخطأ العمد

(52) الخطأ في اللغة- العدول عن الجهة⁽²⁾، و إختطى الشيء تجاوزه و تعده⁽³⁾، فهو قد يأتي بمعنى التجاوز و التعدي، و قد يأتي بمعنى (الغلط) أي ضد الصواب، و قد يأتي (الخطأ) بمعنى: ما لم يتعمد، أي عكس العمد⁽⁴⁾، و هو يأتي في اللغة- للدلالة على معان ثلاثة⁽⁵⁾:

أ- معنى أن تريد غير ما تحسن إرادته فتفعله، و هذا هو الخطأ التام المؤاخذ به الإنسان، فيقال: خطيء، يخطأ، خطيء، و خطأ، قال تعالى: (إن قتلهم كان خطئنا كبيرا)⁽⁶⁾ و (و إن كنا لخطئين)⁽⁷⁾.

(1) لاحظ: المادة (7) مدني عراقي.

(2) لاحظ: ابن منظور، لسان العرب، ج2، مرجع سبق ذكره، ص274

(3) لاحظ: د. أحمد محمد عبد الخالق، معجم ألفاظ الشخصية، مرجع سبق ذكره، ص204

(4) لاحظ: ابن منظور، لسان العرب، ج2، المرجع السابق، ص274

(5) لاحظ: العلامة الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، دار القلم، دمشق، الدار الشامية،

بيروت، 1996، ص286

(6) الإسراء/ 31

(7) يوسف/ 91

ب- معنى أن تريد ما تحسن فعله، ولكن يقع منك خلاف ما تريد، فيقال: أخطأ، إخطاءً، فهو مُخطيء، و هنا قد أصبت في الإرادة و أخطأت في الفعل، كما في قوله تعالى: (و من قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة)⁽¹⁾، و كذا في قوله (صلى الله عليه و سلم): (رَفَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَ النَّسِيَانَ)⁽²⁾، و قوله (عليه الصلاة و السلام): (من اجتهد فأخطأ فله أجر)⁽³⁾.

ج- معنى أن تريد ما لا تحسن فعله، فأنت مخطيء في الإرادة و مصيب في الفعل، لذا فأنت مذموم في قصدك غير محمود على فعلك، و هذا معنى من يقول: (قد يحسن الإنسان من حيث لا يدري)⁽⁴⁾.

(1) النساء / 92

(2) الحديث عن ابن عباس أن النبي (صلى الله عليه و سلم) قال: (رفع الله عن أمتي الخطأ و النسيان، و ما أسترهوا عليه). الحديث مخرج لدى ابن ماجه و غيره (نقلا عن العلامة الراغب الأصفهاني، المرجع السابق، ص(287) في الهامش).

(3) الحديث عن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و سلم): (إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران، و إذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر)، أخرجه: البخاري و مسلم و أبوداؤود (نقلا عن: العلامة الراغب الأصفهاني، المرجع السابق، ص287، الهامش (4)).

(4) ذكره: الأصفهاني، المرجع السابق، ص287. (و يضيف العلامة الأصفهاني، في الصفحة نفسها أن: (جملة الأمر أن من أراد شيئا فاتفق منه غيره يقال: أخطأ، و إن وقع منه كما أراده، يقال: أصاب، و قد يقال لمن فعل فعلا لا يحسن أو أراد إرادة لا =تحمل: إنه أخطأ، و لهذا يقال: أصاب الخطأ، و أخطأ الصواب، و أصاب الصواب، و أخطأ الخطأ، و هذه اللفظة مشتركة كما ترى، مترددة بين معان يجب لمن يتحرى الحقائق أن يتأملها، و قوله تعالى: (و أحاطت به خطيئته) [البقرة/ 81]، و الخطيئة و السيئة يتقاربان، لكن الخطيئة أكثر ما تقال فيما لا يكون مقصودا إليه في نفسه، بل لا يكون القصد سببا لتولد ذلك الفعل منه، كمن يرمي صيدا فأصاب إنسانا، أو شرب مسكرا فجنى جناية في سكره، و السبب سببان: سبب محظور فعله، كشرب مسكر و ما

و من الجدير بالذكر ، أن الخطأ في اللغة ، و إن جاء في أحد معانيه ، أنه بخلاف العمد ، إلا أنه ، قد يقصد به أحيانا معنى القصد و العمد ، كما في قوله تعالى: (و لا طعام إلا من غسلين ، لا يأكله إلا الخاطئون)⁽¹⁾ ، و الخاطئون جمع خاطيء ، و هو هنا القاصد للذنب⁽²⁾.

و الخطأ ، بصفة عامة ، هو الإخلال بالالتزام مقرر سلفاً⁽³⁾.
(53) أما العمد -في اللغة- فهو الخطأ في القتل و سائر الجنايات⁽⁴⁾، و فعلت ذلك عمداً ، أي قمت به بجد و يقين⁽⁵⁾ ، فهو قصد

يتولد عنه من الخطأ غير متجاف عنه ، و سبب غير محذور ، كرمي الصيد ، قال تعالى: (و ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم). [الأحزاب/ 5] ، و قال تعالى: (ومن يكسب خطيئة أو إثماً). [النساء/ 112] ، فالخطيئة هنا هي التي لا تكون عن قصد إلى فعله ، قال تعالى: (و لا تزد الظالمين إلا ضلالا). [نوح/ 24] ، (مما خطيئتهم) [نوح/ 25]. (إننا نطمع أن يغفر لنا ربنا خطايانا). [الشعراء/ 51] ، (و لنحمل خطاياكم و ما هم بحاملين من خطاياهم من شيء) [العنكبوت/ 12] ، و قال تعالى: (و الذي أطمع أن يغفر لي خطيئتي يوم الدين) [الشعراء/ 82] ، الجمع الخطيئات و الخطايا، و قوله تعالى: (نغفر لكم خطاياكم) [البقرة/ 58] ، فهي المقصود إليها ، و الخاطيء هو القاصد للذنب ، و على ذلك قوله: (و لا طعام إلا من غسلين ، لا يأكله إلا الخاطئون) [الحاقة/ 36 ، 37]. و قد يسمى الذنب خاطئة في قوله تعالى: (و المؤتفكات بالخطئة) [الحاقة/ 9] ، أي: الذنب العظيم ، و ذلك نحو قولهم : شعر شاعر. فأما ما لم يكن مقصودا فقط ذكر عليه السلام أنه متجافى عنه ، و قوله تعالى: (نغفر لكم خطاياكم) [البقرة/ 58] ، فالمعنى ما تقدم)).

(1) الحاقة/ 36 ، 37

(2) لاحظ: الأصفهاني ، المرجع السابق ، ص288

(3) لاحظ: د. محمود فؤاد عبدالباسط ، تراجع فكرة (الخطأ) أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 2003 ، ص10

(4) لاحظ: ابن منظور ، ج4 ، سبق ذكره ، ص423

(5) لاحظ: ابن منظور ، المرجع السابق ، ص424

الشيء، و الإستناد إليه ، و العِمَادُ: ما يُعْتَمَدُ ، قال تعالى: ((إرم ذات العماد))⁽¹⁾ أي: الذين كانوا يعتمدونه ، يقال: عمدتُ الشيء: إذا أسندته ، و العمود: خشب تعتمد عليه الخيمة⁽²⁾ . و العمد و التعمد خلاف السهو ، و هو المقصود بالنية ، قال تعالى: ((و من يقتل مؤمناً متعمداً))⁽³⁾ ، ((ولكن ما تعمدت قلوبكم))⁽⁴⁾ .

فالعمد هو التأكيد في العزم ، و هو القصد بعينه ، و إستخدام لفظ العمد ، أو التعمد: يعني أن المسألة فيها قصد ، أيا كان نوعه ، جنائياً أو مدنياً.

54) و من خلال معنى الخطأ و العمد ، يتضح لنا أن الخطأ العمد هو: قصد الإنحراف في السلوك لتحقيق غرض معين ، أو هو ذلك الفعل أو الترك الصادر عن نية سيئة⁽⁵⁾ ، و هذا يعني أن الخطأ العمد يجب أن يعبر عن سوء نية مرتكبه ، و بسوء النية فإن الخطأ العمدي يختلف عن الخطأ الإرادي ، فالخطأ الإرادي يكون متعمداً دون أن يكون مقترناً بسوء نية ، كما في الإخلال المتعمد بالالتزام العقدي المجرد من سوء النية ، لكن إذا إقترن الإخلال المتعمد هذا ، بنية الإضرار بالمتعاقد ، فإن الخطأ هنا يعد خطأً متعمداً ، لأنه إقترن بسوء نية من يخل بالتزامه ، المتمثل في نية الإضرار بالمتعاقد الآخر⁽⁶⁾ ، فالخطأ العمد أقل من الغش درجة ، و أكثر من الخطأ الإرادي درجة ، فقصد

(1) سورة الفجر ، الآية (7)

(2) لاحظ: العلامة الأصفهاني ، مرجع سبق ذكره ، ص 585

(3) سورة النساء ، الآية (93)

(4) سورة الأحزاب ، الآية (5)

(5) لاحظ: عبد الجبار ناجي الملاصالح ، مرجع سبق ذكره ، ص 43

(6) لاحظ لمزيد من التفصيل: د. سليمان مرقس ، الوافي ، مرجع سبق ذكره ، ص 255

الإيذاء بالغير بمكر و خداع هو غش ، و قصد إيذاء الغير من غير مكر أو خداع هو خطأ عمد ، و قصد الإخلال بالتزام أو إلزام من غير غاية ، هو خطأ إرادي.

و قصد الإضرار بالغير لا يشترط فيه أن يتوجه مباشرة ، بل يكفي أن تتجه نية مرتكب الخطأ العمد إلى الإنتفاع الشخصي عن طريق الإضرار بالغير ، كالتاجر الذي يقوم بعمل من أعمال المنافسة غير المشروعة ، فهو لا يريد الإضرار بمنافسه بقدر ما يريد الإثراء شخصياً ، و مع ذلك يعد قاصدا الإضرار بالغير⁽¹⁾.

و قد يدل نوع الضرر الواقع على وجود تعمد في إرتكاب الخطأ، بحيث يكون الضرر الناشيء عنه أمراً لازماً لا يمكن تصور عدم حدوثه عن هذا العمل ، و ذلك كما في تعرض البائع للمشتري في ممارسة حق الملكية على المبيع الذي إشتراه⁽²⁾ ، و كما في تمثيل المحامي لمصالح متعارضة⁽³⁾ ، و كما في قيام المستأجر أو المستعير أو الوديع أو المقاول أو الوكيل أو العامل ، بإتلاف المال المعهود إليه أو التصرف فيه عمداً ، إذ لا يتصور أنه يقصد إتلاف المال دون أن يقصد الإضرار بصاحب المال و ليس له سبيل إلى الإحتجاج بحسن نيته إلا إذا كان قد وقع في غلط⁽⁴⁾ ، بأن ظن أنه مالكا للشيء و إنه لا

(1) لاحظ: د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات... ، ج2 ، مرجع سبق ذكره ، ص84

(2) لاحظ: المادة (549) مدني عراقي.

(3) لاحظ: المادة (44) من قانون المحاماة العراقي رقم (173) لسنة (1965).

(4) لاحظ: عبد الجبار ناجي الملاصالح ، مرجع سبق ذكره ، ص47 (و يلاحظ أن الذي يقع في غلط في إتلاف مال غيره على مظنة منه أنه ماله ، لا يتحمل المسؤولية ، و مع ذلك فإن المشرع العراقي قد ذهب مذهباً آخر في تضمين هذا الشخص ، إذ نصت المادة (190) على أنه: (1- إذا أتلف أحد مال غيره على زعم أنه ماله ضمن ما أتلف. 2- أما إذا أتلفه بإذن مالكة فلا يضمن) و وجوب الضمان هنا تستلزمه طبيعة الحماية المدنية

إلتزام عليه برده و أن الشيء قد آل إليه بصفته هبة أو هدية ، لا بصفة وديعة أو أمانة ؛ ولكن يشترط في هذه الحالة أن يكون إعتقاده مبنيا على أسباب جدية معقولة ، و أن يكون يكون الضرر المترتب على الفعل أمرا لازما⁽¹⁾.

الفرع الثالث (الخطأ غير المغتفر)

55) استقر تعريف ما يسمى بـ(الخطأ غير المغتفر) لدى محكمة النقض الفرنسية في حكم مشهور لها⁽²⁾ ، إذ عرفته بأنه: (خطأ ذو جسامة إستثنائية ، ناجم عن فعل أو إمتناع إرادي ، مع إدراك فاعله بخطرته ، و إنعدام كل سبب يسوغه ، و يتميز عن الخطأ العمدى بتخلف عنصر القصد فيه). و قد أقر مفهوم (الخطأ غير المغتفر) في علاقات العمل ، عندما يرتكب صاحب العمل خطأ لا يمكن أن يغتفر ، فإن العامل يستحق تعويضا تكميليا ، و هذا ما يؤيد إقرار نظام المسؤولية العقابية التي تجعل التعويض لا يقاس فحسب بجبران الضرر بل بجسامة الخطأ ، و لا سيما أن

الموضوعية المجردة ، كي لا يتذرع أحد من الناس في إتلاف أموال الغير بذريعة أنه كان يظن أن المال ملكه.

(1) لاحظ: عبد الجبار ناجي الملاصالح ، مرجع سبق ذكره ، ص48

(2) قرار محكمة النقض الفرنسية بهيئتها العامة الصادر في 15 تموز (يوليو) 1941 (و قد تأكد هذا التعريف في حكم آخر صدر من الدائرة المدنية لهذه المحكمة في 16 تشرين الأول (أكتوبر) 1944) نقلا عن: د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج2 ، الخطأ ، مرجع سبق ذكره ، ص190

(الخطأ غير المغتفر) ينطوي على جسامه إستثنائية⁽¹⁾ ؛ و (الخطأ غير المغتفر) هو سوء السلوك الفاحش و المقصود⁽²⁾ ، و هو يحتوي على عناصر تمثل الخصائص المميزة له ، و هي⁽³⁾ :
أ) الجسامه الإستثنائية للخطأ.
ب) الصفة الإرادية للفعل أو الترك.
ج) إدراك الخطر أو العلم به.
د) إنتفاء كل سبب يبرره.
هـ) إنتفاء القصد من إحداث الضرر.

و لعل الخصيصة الأخيرة هي التي تميز هذا النوع من الخطأ العمد ، أما الخصائص أو العناصر (كما يحلو للبعض أن يسميها) الأربعة الأولى ، فهي تجعل (الخطأ غير المغتفر) ، قريبا جدا من

(1) لاحظ: د. حسن عبدالرحمن قدوس ، التعويض عن إصابة العمل بين مبادئ المسؤولية المدنية و التأمين الإجتماعي ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، (بدون سنة نشر) ، ص464 و ما بعدها.

(2) لاحظ: د. نوري حمد خاطر ، تحديد فكرة الخطأ الجسيم ، بحثه سبق ذكره ، ص11 و د. محمد السعيد رشدي ، الخطأ غير المغتفر ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، 1995 ، ص40 (و قد جاءت عبارة (سوء السلوك الفاحش و المقصود) في المادة (58) من قانون التقاعد و الضمان الإجتماعي العراقي رقم (39) لسنة (1971) ، حيث نصت على أنه: (لا يستحق العامل المصاب تعويضا و لا مكافأة إذا حدثت الإصابة بسبب سوء سلوك فاحش و مقصود من المصاب ، و يعتبر في حكم ذلك ، الإصابة التي تحل بالعامل تحت التأثير الشديد للخمرة أو المخدرات أو الإصابة التي تحدث له بسبب مخالفته بشكل صريح لأنظمة و تعليمات الوقاية المتعلقة على مقر العمل أو بسبب خطأ فادح منه أو لإعتدائه على الغير).

(3) لاحظ كل من: د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج2 ، الخطأ ، مرجع سبق ذكره ، ص190 و ما بعدها ، د. محمد السعيد رشدي ، مرجع سبق ذكره ، ص42 و ما بعدها و د. حسن عبدالرحمن قدوس ، مرجع سبق ذكره ، ص466 و ما بعدها و د. نوري حمد خاطر ، تحديد فكرة الخطأ الجسيم ، بحثه سبق ذكره ، ص10 و ما بعدها.

الخطأ الإرادي ، و قريبا من الخطأ العمد ، و يمكن رد الخلاف حول توصيف (الخطأ غير المغتفر) إلى رأيين:

(56) الرأي الأول: يذهب إلى أن (الخطأ غير المغتفر) أقل من الخطأ العمدى و أشد من الخطأ الجسيم ، فمن يرتكبه يكون قد ارتكب خطأ فاحشا يبلغ من جسامته حدا لا يعلوه خطأ ، و يكاد يصل إلى حد الغش لولا أن الحدود تدرأ بالشبهات⁽¹⁾ ، و يضيف صاحب هذا الرأي: (و يتميز الخطأ غير المغتفر بإنعدام القصد الذي يتوافر في حالة الخطأ العمدى ، فالفاعل هنا و إن أراد الفعل و يدرك خطورته ، لكنه لا يقصد وقوع الضرر، فهو - إذن- فعل إرادي و لا يرجع إلى مجرد السهو أو الإهمال أو عدم الانتباه، فهو من هذه الناحية كالعمد تماما ، لكنه يختلف عنه ، من ناحية أخرى، من حيث أن الفاعل لا يريد النتيجة و لا يهدف إليها، و على ذلك نستطيع ، في مجال التمييز بين الخطأ العمدى و الخطأ غير المغتفر ، أن نقول أن الإرادة في الخطأ غير المغتفر، و إن كانت هي تعد الفعل المادى أو الترك ، فإن القصد في الخطأ العمدى هو تعد النتيجة المترتبة عليه ، فهو أخص من الإرادة ، فالعمد يستلزم حتما توافر الإرادة ، أما توافر الإرادة فلا يستتبع توافر العمد دائما ، و لهذا فإنه يلاحظ أن العمد في أية درجة من درجاته لا بد أن ينطوي على هذين العنصرين معا ، فسواء أكان القصد مباشرا أم غير مباشر و سواء أكان القصد محدودا أم غير محدود ، فإن عنصر الإرادة لا بد أن يتوافر إلى جانب عنصر القصد ، و إلا خرجنا من منطقة الخطأ

(1) صاحب هذا الرأي: د. محمد السعيد رشدي ، المرجع السابق ، ص75

العدي إلى منطقة أخرى ، بيد أنه في مجال التمييز بين الخطأ العدي و الخطأ غير المغتفر يكمن فارق جوهري آخر يتعلق بموضوع الإثبات ؛ ففي الخطأ العدي يقع إثبات العمد على عاتق المدعي ، لأن الخطأ العدي واجب الإثبات ، أو بعبارة أدق ، صفة العمدية فيه واجبة الإثبات ، في حين أنه بالنسبة للخطأ غير المغتفر ، لا يكلف المدعي بإثبات الخطأ غير المغتفر ، أو بمعنى آخر ، الصفة الإرادية للفعل أو الترك ، لأن الأصل في تصرفات الأشخاص العقلاء أنها تصرفات إرادية ، أما التصرفات الآنية أو العفوية فهي إستثناء يقع على من يتمسك به عبء الإثبات ، فإذا ما أراد المدعي عليه نفي صفة (غير المغتفر) عن الفعل أو الترك الحادث فيه وقع عليه هو عبء إثبات نفي هذه الصفة.

و خلاصة القول ، هناك فارق آخر بين الخطأ العدي و الخطأ غير المغتفر ، فضلا عن مسألة النية ، و هو عبء الإثبات فمن يدعي الخطأ العدي يقع عليه عبء الإثبات ما يدعيه ، و من يدعي الخطأ غير المغتفر لا يكلف بإثبات الصفة الإرادية في الفعل أو الترك لأنها مفترضة ، و على المدعي عليه: إثبات نفي هذه الصفة لنفي الخطأ غير المغتفر عنه⁽¹⁾.

(57) الرأي الثاني: يذهب أحد الفقهاء⁽²⁾ ، أن (الخطأ غير المغتفر) ما هو إلا من قبيل الخطأ العدي ، و يستند إلى أن إدراك الخطر و القبول به ، و هذا ، ما يتسم به (الخطأ غير المغتفر) ، هو من قبيل

(1) د. محمد السعيد رشدي ، المرجع السابق ، ص76

(2) د. نوري حمد خاطر ، تحديد فكرة الخطأ الجسيم ، بحثه سبق ذكره ، ص13

القصد أو العمد ، و هو يقابله بما هو معروف في القانون الجنائي بـ(القصد الإجمالي) ، و الذي عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: (نية ثانوية غير مؤكدة تختلج بها نفس الفاعل الذي يتوقع أن فعله قد تعدى الغرض المنوى عليه بالذات إلى غرض آخر لم ينوه من قبل أصلا ، فيمضي مع ذلك في تنفيذ الفعل فيصيب به الغرض غير المقصود ، و مظنة وجود تلك النية هي إستواء حصول النتيجة و عدم حصولها لديه)⁽¹⁾ ، كما لو أراد شخص ، أن يثبت مهارته في الرماية ، فسدد بندقيته على شيء صغير فوق شخص ، فلم يفلح و أصاب العيار ذلك الشخص في رأسه ، و كما لو أبحر شخص في مركب و هو عالم بأن حملة أكثر من طاقته ، فمن المحتمل جدا غرقه و فعلا غرق المركب ، كل هذه الفروض تدل على أن الجاني لم يقصد مباشرة حدوث النتيجة التي حدثت و إنما النتيجة متوقعة و محتملة ، و قد يكون الجاني توقعها بالفعل و لو أنه لم يقصدها مباشرة غير أنه لم يحفل بها⁽²⁾.

و يضيف صاحب هذا الرأي: (إن كلا من القانون المدني الألماني و القانون الأنكليزي إعتبر توقع الخطر و قبول المخاطرة به من قبيل الخطأ العمد في نطاق المسؤولية المدنية ، فقد عرّف القانون المدني الألماني الخطأ العمد في المادة (276) بأنه: (إتجاه الإرادة إلى إتيان فعل أو إحداث نتيجة بقصد الإضرار أو أن الفاعل يريد النتيجة و يعي أن فعله يؤدي إليها ، لكنه مع ذلك لا يرغب في الإضرار بالغير).

(1) تقض جنائي ، 25 كانون الأول (ديسمبر) 1930 ، أشار إليه المرجع السابق ، الإشارة نفسها.

(2) لاحظ: د. محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، مرجع سبق ذكره ، ص219 و د. ماهر عبد شويش الدرة ، الأحكام العامة ، مرجع سبق ذكره ، ص309

و يعرف القانون الإنكليزي ، الخطأ العمد بأنه: (إتجاه الإرادة إلى إحداث نتيجة دون تطلب توافر نية الإضرار ، إذ يكفي إدراك الفاعل أن فعله سوف يؤدي إلى نتيجة أكيدة و هو مع ذلك يقبل بها إن حدثت) ؛ و قد جاء في المادة (25) من القانون الإنكليزي الصادر في سنة 1932 ، و المعروف باسم (قانون النقل بطريق الجو) عبارة سوء السلوك الإرادي ، كبديل لكلمة الغش و الخطأ غير المغتفر، و يستدل من ذلك أن فكرة سوء السلوك الإرادي (الخطأ الإرادي) في القانون الإنكليزي فكرة مركبة تشتمل على صورتين من صور الخطأ، الصورة الأول ، حين يتعمد الفاعل ارتكاب الفعل مدركاً أنه يؤدي إلى نتيجة ضارة ، و مع ذلك يريد هذه النتيجة أو يرفضها ، و الصورة الثانية ، أن الفاعل و أن كان قد ارتكب الفعل إرادياً ، إلا أنه لا يريد النتيجة ولكنه يعلم أن فعله من المحتمل جداً أن يؤدي إلى النتيجة الضارة ، و مع ذلك يمضي قدماً في سلوكه غير مكترث و غير مبال بالنتيجة وقعت أم لم تقع⁽¹⁾.

و يمضي صاحب الرأي ذاكراً: (أن توفر الصفة الإرادية في الخطأ تضيف عليه صفة العمد ، فمجرد توقع الفاعل نتائج فعله و قبوله إياها يكون قد ارتكب خطأ عمدياً ، أي إن الخطأ غير المغتفر ليس إلا هو من قبيل الخطأ العمد ، و بهذه النتيجة التي توصلنا إليها تكون المساحة بين الخطأ العمد و الخطأ الجسيم واسعة بحيث تسمح بوضع معيار للأخير يتميز به عن الخطأ العادي دون أن يصل إلى درجة الخطأ العمد)⁽²⁾.

(1) نقلاً عن : د. نوري حمد خاطر ، بحثه السابق ، ص 14

(2) المرجع السابق نفسه ، الإشارة نفسها.

58) تقويم الرأيين ، و رأينا في الموضوع:

إن الخطأ الإرادي خطأ مقصود ، أي أن مرتكبه يتعمد إقتراف الفعل دون أن يتعمد تحقيق النتائج ، و الأقوى منه ما بات يعرف بـ(الخطأ غير المغتفر) الذي رأى البعض أنه يقابل القصد الإجمالي في القانون الجنائي⁽¹⁾ ، و نحن نرى أن مصطلح (الخطأ غير المغتفر) ، مصطلح غير صحيح ، لأنه يوحي بأن بقية الأخطاء ، مغتفرة ، و هذا غير صحيح ، و هو إن كان يشبه -إلى حد ما- القصد الإجمالي ، إلا أنه خطأ قائم على قصد إرتكاب الفعل و قصد تحقيق ما يمكن توقعه من نتائج ، لذا فهو خطأ قائم على قصد غير مباشر ، أو قصد غير محدد النتائج ، و ليس إجمالياً ، لأن القصد لا يمكن أن يكون إجمالياً ، لأنه عبارة عن توجيه العزم نحو أمر ما⁽²⁾ ، والعزم لا يحتمل .

(1) لاحظ: د. محمود نجيب الحسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، مرجع سبق ذكره ، ص222

(2) لاحظ لمزيد من التفصيل: د. محمد سليمان الأحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، كتاب قيد النشر ، ص37 من (المسودة).

الخاتمة

و تتضمن أهم الإستنتاجات و أهم التوصيات:

أولاً: الإستنتاجات:

(59) و يمكن إجمالها في النقاط الآتية:

- 1- المسؤولية نظام قائم على المؤاخذه، و المؤاخذه، تدور في فلك الخطأ، فالإنسان مؤاخذ بأفعاله، لذا فإن المسؤولية في كافة صورها الحياتية تقوم على الخطأ، و لا سيما المسؤولية المدنية.
- 2- ليس من السليم أن تُفقد أهمية أي ركن من أركان المسؤولية المدنية، فكلها لازمة لإقرارها، و إنتفاء أي ركن منها سيؤدي بها إلى عدم النهوض، فلا مسؤولية بدون ضرر، كما لا مسؤولية بدون خطأ.
- 3- لما كانت مقتضيات العدالة تحتم أن يكون لكل ضرر معوّض، فإن هذا لا يستقيم مع إقرار إقامة المساءلة المدنية على عنصر الضرر، فالمسؤول مدنياً يعوض الضرر، لا لأن الضرر قد وقع هكذا تجريداً، بل لأنه إقترب إنحرافاً يعبه القانون خطأً موجباً للمسؤولية. أما من يحدث الضرر دون أن يكون بالإمكان نسبة الخطأ إلى فعله، كما في حالة المجنون و الصبي غير المميز، فإنه يلزم بالضمان، فهو يدفع التعويض، لا على أساس أنه

مسؤول، بل على أساس أنه ضامن، و شتان ما بين معنى الضمان و معنى المسؤولية.

4- إن التعويض ليس الأثر المقتصر على المسؤولية وحدها، بل هو ينهض مع وجود الحماية المدنية الموضوعية بانواعها الأخرى المجردة والمكتسبة ، إذ أن منطق هذه الحماية -بنوعها هذين- أن لا نترك أي شخص يتضرر من غير وجود خطأ ما، دون تعويض، فالتأمين ضد الحريق، يرتب تعويض المؤمن له عن الخسارة التي لحقت به بسبب الحريق الذي حصل نتيجة حادث فجائي لا دخل لأي خطأ فيه، و هذا قائم على فكرة الحماية المدنية الموضوعية المجردة .

5- إن الحماية المدنية على ثلاثة أنواع: حماية احترازية، تفرض من أجل تجنب وقوع الضرر بصاحب الحق، أو المساس بمصلحته أو بمكنة من مكنااته القانونية ، كما في إشتراط شرط التسجيل في العقار و في العلامات التجارية و غيرها. و الثانية: حماية شكلية تنقرر عن طريق تخفيف عبء الإثبات من خلال إقرار القرائن القانونية البسيطة أو القاطعة، أو حماية صاحب الحق بقاعدة موضوعية، و الثالثة: حماية موضوعية قوامها أن لا يترك متضرر من غير تعويض، وهي على ثلاثة انواع : حماية موضوعية مشروطة بركن الخطأ ، وهي تقرر على الجانب الآخر المسؤولية المدنية ، عقدية أو غير عقدية ، وحماية موضوعية مجردة من إشتراط أيما خطأ ، وتسلم تعويض المتضرر ، إما من الشخص الذي أحدث الضرر دون خطأ ، او من شركات التأمين أو من الخزانة العامة كما في الاضرار الناشئة على الكوارث والحوادث الاستثنائية العامة ، والنوع

الثالث من الحماية الموضوعية هي الحماية المكتسبة للشخص من خلال عقود لم يكن طرفاً فيها أو من خلال لوائح وتشريعات قررت له هذه الحماية .

6- نظام المسؤولية المدنية هو جزء من منظومة الحماية المدنية التي يقرها القانون لكافة الناس ، اذ ان الحماية المدنية المقررة لشخص المتضرر في الرجوع بدعوى المسؤولية المدنية -عقدية أو غير عقدية- على الشخص الذي اقترف خطأ وترتب عليه الضرر الذي اصاب المتضرر ، هي حماية مدنية موضوعية مشروطة بركن الخطأ ، اذ لابد من تحقق كونه اركان المسؤولية من ضرر وخطأ وعلاقة سببية.

7- لما كانت الحماية الموضوعية المجردة تقوم على الضرر، فإن المسؤولية المدنية تقوم على الخطأ، و هنا لا بد من القول بأن الأساس يعني الاستناد إلى الشيء، فعلى أي أساس يُحمى الإنسان مدنياً، لأنه قد أصيب بضرر، و على أي أساس يُساءل المرء ، على أساس ما إقترفه من خطأ ، فإذا كان ما إقترفه يعد خطأ جنائياً، فمسؤوليته جنائية، و إذا كان ما إقترفه يعد خطأ مدنياً، فمسؤوليته مدنية.

8- جميع صور الحماية المدنية ، تقوم على الضرر لوحده ، فالضرر ركن واساس فيها ، اذ ان مقتضى الحماية المدنية أن لا يبقى متضرر من غير تعويض ، أما المسؤولية المدنية فأركانها ثلاثة ، وأساسها واحد هو الخطأ ، وهو ليس أساساً لها فحسب ، بل قد يعتد فيه -بجانب الضرر- في تقدير التعويض ، وإلّا فما هو تفسير وجود فكرة تدرج الخطأ ، إلا على أساس تشديد المسؤولية أو تخفيفها تبعاً لشدة وجسامة الخطأ أو تفاهته .

ثانياً: التوصيات:

(60) و يمكن سردها في الآتي:

- 1- نرى من الضروري أن يقر الفقه و القضاء بحقيقة إن المسؤولية المدنية تقام على فكرة الخطأ، آخذاً بعين الاعتبار ما أقرته النظرية الشخصية في أساس المسؤولية المدنية للمبررات التي وضعناها في متن البحث.
- 2- إن الناظر المتفحص الدقيق في نظره، لنصوص المسؤولية المدنية في القانون المدني العراقي، و لا سيما المسؤولية (التقصيرية) غير العقدية، و التي تمثل أحكامها القواعد العامة في المسؤولية، سوف يجد أن معظم هذه النصوص تؤكد على إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الخطأ، ما عدا نص أو نصين، أفردهما المشرع العراقي لبيان الجانب المادي للمسؤولية، إلا أنه قصد الضمان و ليس المسؤولية، لذا بات من اللازم رفع النصوص التي لا ينسجم وضعها مع نصوص المسؤولية و وضعها ضمن نصوص تنظم في مقدمة القانون المدني ضمن أحكام نظرية الحماية المدنية بشكل عام والحماية الموضوعية بانواعها الثلاثة بشكل خاص ، مع احالة احكام الحماية الموضوعية المشروطة الى قواعد المسؤولية .

3- نقترح على المشرع العراقي أن يضع المواد الآتية في فرع مستقل في الباب التمهيدي للقانون المدني، تحت عنوان الحماية المدنية الموضوعية المجردة ، و هي كما يأتي:

المادة الأولى: المادة (190) مدني عراقي حالي.

المادة الثانية: المادة (191) مدني عراقي حالي.

المادة الثالثة: (تلتزم الحكومة بتعويض أي متضرر من حوادث عامة أو كوارث أو فيضانات أو زلازل أو ما شابه ذلك، يصاب بها عموم الناس، أو خصوصهم إذا لم يكن محدث الضرر مسؤولاً أو معروفاً أو موجوداً ، وإذا لم يكن الضرر مغطى بالتأمين).

فالدولة هي وارثة من لا وارث له، لذا فيجب أن تكون معوّض من لا معوّض له .

و الحمد لله الكامل العليم.

المراجع

أولاً / النصوص :

1. القرآن الكريم .
2. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 .
3. قانون الاستملاك العراقي رقم (12) لسنة 1981 .
4. قانون التقاعد و الضمان الإجتماعي العراقي رقم (39) لسنة 1971 .

ثانياً / كتب فقه القانون المدني :

1. د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، الملتزم بتعويض الضرر الناجم عن حوادث السيارات ، ذات السلاسل ، الكويت ، 1985 .
2. د. أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003
3. د. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة، عمان، 2005
4. جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، جامعة صلاح الدين، أربيل، 1984
5. د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية (التقصيرية و التعاقدية) في القانون الفرنسي و القانون العراقي المقارن، مطبعة حداد، البصرة، (بدون سنة نشر).
6. د. حسن عبد الباسط جميعي ، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية ، (بدون ذكر ناشر ومكان نشر) ، 2004

7. د. حسن عبدالرحمن قدوس، التعويض عن إصابة العمل بين مبادئ المسؤولية المدنية و التأمين الإجتماعي، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، (بدون سنة نشر).
8. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، الضرر، بغداد، 1991
9. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2، الخطأ، بغداد، 2001
10. د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، الضرر، دار وائل للنشر، عمان، 2006
11. د. حسن علي الذنون، المسؤولية المادية (نظرية تحمّل التبعة)، بحث في مجلة العلوم القانونية و السياسية، تصدرها كلية القانون و السياسة، جامعة بغداد، عدد خاص، مايس، 1984
12. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، (أصول الإلتزام)، مطبعة المعارف، بغداد، 1970
13. حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية، مطبعة مصر، القاهرة، 1956
14. خليل أحمد الأرباح، المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية بين الشريعة الإسلامية و القانون، دار رباح، مصراته، ليبيا، 1995
15. د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، 1971
16. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، المجلد الأول، القاهرة، 1992، (طبعة منقحة).
17. د. سليمان مرقس، الوافي، المجلد الثاني، القاهرة، 1992، (طبعة منقحة).
18. د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، (أطروحة دكتوراه)، مطبعة الإعتدال، القاهرة، 1936

19. د. سمير عبدالسيد تناغو، نظرية الإلتزام، منشأة المعارف، الأسكندرية، (بدون سنة نشر).
20. د. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية، ج1، دار العلم للملايين، بيروت، (بدون سنة نشر).
21. د. صلاح الدين الناهي، مبادئ الإلتزامات، بغداد، 1986
22. د. عادل أحمد الطائي، المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، دار الثقافة، عمان، 1999
23. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج3، تنفيذ الإلتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، 1971
24. عبد الجبار ناجي الملاصالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة للطباعة، بغداد، 1975، ط1
25. د. عبد الحليم عبداللطيف القوني، حسن النية و أثره في التصرفات في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 2004
26. د. عبد الحميد عمر وشاحي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني، (بدون ذكر مطبعة و سنة النشر)، القاهرة.
27. د. عبد الحكي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج1، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982
28. د. عبد الحكي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، ج2، مصادر الإلتزام، القاهرة، 1954
29. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، (طبعة منقحة).
30. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، (طبعة منقحة).
31. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، القاهرة، 1934

32. د. عبدالرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة نشر).
33. عبدالعليم رضا جعفر، رجوع المؤمن على الغير المسؤول عن الضرر، بغداد، 1983
34. د. عبدالقادر الفار، مصادر الإلتزام، دار الثقافة، عمان، 2004
35. د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير، القانون المدني و أحكام الإلتزام، بغداد، 1982
36. د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الإلتزام، شركة الطبع و النشر الأهلية، بغداد، 1963، ط2
37. د. عبدالمعزم البدر اوي، النظرية العامة للإلتزامات، ج1، مصادر الإلتزام، القاهرة، 1961
38. عبدالمعزم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006
39. د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات)، دار الثقافة، عمان، 2000
40. عز الدين الدناصوري و د. عبدالحמיד الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، 1988
41. د. عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، منشأ المعارف ، الاسكندرية ، 2004.
42. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1971
43. د. محسن عبدالحמיד إبراهيم البيه، حقيقة أزمة المسؤولية و دور تأمين المسؤولية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1993

44. د. محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1995
45. د. محمد حسين عبد العال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في اطار المجموعات العقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006
46. د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية، دار الثقافة-عمان، 2001
47. د. محمد سليمان الأحمد، المدخل لدراسة الضمان، دار الحامد، عمان، 2002
48. د. محمد سليمان الأحمد، عقود تنظيم المسابقات الرياضية و المسؤولية الناجمة عنها، دار وائل للنشر، عمان، 2002
49. د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية بضمان ضرر المال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005
50. د. محمد سليمان الاحمد ، المسؤولية عن الخطأ التنظيمي ، دار وائل للنشر ، عمان ، 2002
51. د. محمد شريف أحمد، مصادر الإلتزام في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، 1999
52. : د. محمد شكري سرور ، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، (بدون سنة طبع).
53. د. محمد فؤاد عبدالباسط، تراجع فكرة (الخطأ) أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2003
54. د. محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الإلتزام، (المصادر غير الإرادية)، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة نشر).
55. د. محمد وحيد الدين سوار ، الإتجاهات العامة في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1996
56. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، 1978

57. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج2، مطبعة جامعة القاهرة، 1990
58. د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الإلتزام، ج1، مصادر الإلتزام، مطبعة العاني، بغداد ، 1955.
59. د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج2 ، المسؤولية المدنية ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2004 ، ط2
60. د. ممدوح محمد خيرى هاشم، المسؤولية التقصيرية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة، (المسؤولية دون خطأ في القانون المدني)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003
61. د. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج2، (آثار الحقوق الشخصية)، دار الثقافة، عمان، 2003
62. د. يوسف أحمد حسين النعمة ، دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1991

ثالثاً / كتب قانونية متنوعة :

1. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل و د. محمد الألفي، المدخل إلى نظرية القانون و نظرية الحق، مجلس النشر العلمي، الكويت، 1986
2. د. إبراهيم طه الفياض، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973
3. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، دار الفحاء، دمشق، دار السلام، الرياض، 1998، ط3
4. ابن منظور، لسان العرب، ج2، ج4، ج5، دار صادر، بيروت، 1997
5. أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار القلم، بيروت، 1961

6. د. أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973
7. د. أحمد محمد عبد الخالق، معجم ألفاظ الشخصية، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000
8. العلامة الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، 1996
9. د. السيد عيد نايل، قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004
10. الشيرازي، جامع البيان في تفسير القرآن، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004
11. جبرائيل البناء، دروس في القانون الروماني، ج2، بغداد، 1948
12. د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1970، ط5
13. د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، (النظرية العامة للحق)، الدار الجامعية، بيروت، (بدون سنة نشر).
14. د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، دار الكتب، الموصل، 1982
15. د. سمير عبد السيد تناعو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، (بدون سنة نشر).
16. د. عباس العبودي، شريعة حمورابي، دار الكتب، الموصل، 1999، ط2.
17. عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بغداد، (بدون سنة نشر).
18. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون و الشريعة الإسلامية، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، 1972
19. د. عبد الحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، (القانون)، جامعة الكويت، 1982

20. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998
21. د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية القانون، مطابع دار الكتب العربي، القاهرة، 1965، ط4
22. د. عبدالله مبروك التجار، المدخل المعاصر لفقه القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة نشر).
23. د. عبدالمنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966
24. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القاهرة، 1971، ط2
25. د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، دار المعارف، القاهرة، 1959، ط3
26. د. ماهر عبدشويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الكتب، الموصل، 1990
27. د. ماهر عبدشويش الدرة، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، دار الكتب، الموصل، 1991
28. د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، الثقافة للنشر و التوزيع، القاهرة، (بدون سنة نشر).
29. د. محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون، القاهرة، 2003، ط5
30. د. محمد عبدالمنعم بدر و د. عبدالمنعم البدر اوي، مبادئ القانون الروماني، دار الكتب المصري، القاهرة، 1956
31. د. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، (بدون سنة نشر).
32. د. محمود سلام زناتي، قانون حمورابي، مكتبة جامعة عين شمس، 1971.
33. د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة نشر).

34. د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ط2
35. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، موانع المسؤولية الجنائية، دار وائل للنشر، عمان، 2005
36. د. مصطفى محمود الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، ج1، الفتح للطباعة و النشر، الإسكندرية، 2002
37. ميشيل فيليه، القانون الروماني، ترجمة: د. هاشم الحافظ، بغداد، 1969.

رابعاً / رسائل وأطاريح وبحوث :

1. د. صبري حمد خاطر ، تطور فكرة المسؤولية التقصيرية ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، يصدرها بيت الحكمة ، بغداد ، العدد الاول ، 2001.
2. صبري حمد خاطر ، (الغير) عن العقد ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، (غير منشور) ، 1992 .
3. د. محمد سليمان الأحمد، تعدد الأسباب في المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية القانون- جامعة الموصل، المجلد الأول، العدد (24)، السنة العاشرة، 2005
4. د. نوري حمد خاطر ، ، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، متاح على موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي www.arablawninfo.com
5. د. نوري حمد خاطر، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية و القضائية. متاح على موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي: Arab Law Info (www.arablawninfo.com)

محتويات الكتاب

الصفحة	الموضوع	الفقرة
7	المقدمة	
7	مدخل لفكرة الموضوع	1
8	مشكلة الموضوع	2
11	خطة البحث	3
12	مطلب تمهيدي في المسؤولية والحماية المدنية (الموضوعية) وحقيقة العلاقة بينهما	4
12	الفرع الأول : مفهوم المسؤولية	
16	الفرع الثاني: مفهوم الحماية المدنية (الموضوعية)	5
25	المبحث الأول: استعراض حجج ومبررات النظريتين الشخصية والمادية وتقويمها	6
26	المطلب الأول: حجج أنصار نظرية إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الخطأ (النظرية الشخصية)	7
28	المطلب الثاني: الرد على مبررات أنصار نظرية إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الضرر (النظرية المادية)	8
29	أ- المبرر الأول: مبادئ الأخلاق و العدالة:	9
32	ب- المبرر الثاني: النزعة المادية في القانون:	10
34	ج- المبرر الثالث: مبادئ النظرية الوضعية في القانون الجنائي:	11
35	د- المبرر الرابع: آراء المدرسة التاريخية في القانون:	12
37	هـ- المبرر الخامس: النزعة (الإشترابية) في القانون:	13
38	المطلب الثالث: الاختلاف في حقيقة السند التأريخي	14
41	المبحث الثاني: أساس افتراض الخطأ وتحليل الغاية من المؤاخذه المدنية	15

41	المطلب الأول: أساس إقرار فكرة الخطأ المفترض	16
45	المطلب الثاني: تحليل الغاية من الجزاء عموماً	17
48	المطلب الثالث: إقرار نظام المسؤولية العقابية	18
51	المبحث الثالث: تحليل نصوص المسؤوليتين العقدية و غير العقدية في القانون المدني العراقي	19
51	المطلب الأول: تحليل النصوص المتعلقة بالمسؤولية العقدية	20
52	أولاً - العربون:	21
53	ثانياً - الشرط الجزائي:	22
55	ثالثاً - الفوائد التأخيرية:	23
57	رابعاً - الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية:	24
58	المطلب الثاني: تحليل النصوص المتعلقة بالمسؤولية غير العقدية	25
58	أولاً - إضافة الحكم إلى المتعمد أو المتعدي من مباشر أو متسبب:	25
59	ثانياً - تدخل خطأ المتضرر في المسؤولية غير العقدية:	26
60	ثالثاً - تعدد المسؤولون في العمل غير المشروع:	27
61	المطلب الثالث: الإختلاف بين الضمان المقرر في الفقه الإسلامي و المسؤولية المقررة على وفق القانون	28
62	أولاً: ضمان العقد و المسؤولية العقدية:	29
64	ثانياً: ضمان الإلتلاف و ضمان اليد و المسؤولية (التقصيرية) غير العقدية:	30
65	ثالثاً: معيار هام في التمييز بين الضمان و المسؤولية المدنية:	31
66	ضرورة قيام المسؤولية المدنية على ثلاثة أركان، مع التأكيد على عنصر الخطأ:	32
67	نظام الضمان المأخوذ من الفقه الإسلامي هو في القانون أحد صور الحماية المدنية الموضوعية المجردة :	33

33	نظام الضمان المأخوذ من الفقه الإسلامي هو في القانون أحد صور الحماية المدنية الموضوعية المجردة :	68
34	المبحث الرابع: حقيقة الدور الذي يلعبه القصد في المسؤولية المدنية	70
35	المطلب الأول: الخطأ غير القصدي	72
35	الفرع الأول : الخطأ الطفيف (التافه)	72
36	الفرع الثاني: الخطأ اليسير	73
37	الفرع الثالث: الخطأ الجسيم	74
38	أ- الخطأ الجسيم هو الخطأ المهني:	74
39	ب- الخطأ الجسيم هو الخطأ المربح (المكسب):	75
40	ج- الخطأ الجسيم هو الخطأ الجنائي:	76
41	د- الخطأ الجسيم هو غش احتمالي:	77
42	هـ- الخطأ الجسيم هو الخطأ الشخصي:	77
43	و- الخطأ الجسيم هو الذي يترتب عليه ضرر جسيم:	78
44	ز- الخطأ الجسيم هو إخلال بالتزام شديد:	78
45	ح- الخطأ الجسيم هو إخلال بالتزام ناشيء عن عقد تم لمصلحة من صدر منه الخطأ:	79
46	ط- الخطأ الجسيم هو مجموعة من أخطاء يسيرة:	80
47	ي- الخطأ الجسيم هو الخطأ الذي يتوقع صاحبه وقوع النتيجة:	81
48	المعيار المرجح لدى بعض الفقه	82
49	الميعار المرجح لدينا	82
50	المطلب الثاني: الخطأ القصدي	83
50	الفرع الأول : الغش	83
51	الفرق بين الغش والخطأ العمد	85
52	الفرع الثاني: الخطأ العمد	87

89	العمد في اللغة	53
90	العمد في الإصطلاح	54
92	الفرع الثالث: (الخطأ غير المغتفر)	55
94	الرأي الأول في تعريف (الخطأ غير المغتفر)	56
95	الرأي الثاني في تعريف (الخطأ غير المغتفر)	57
98	تقويم الرأيين ، و رأينا في الموضوع:	58
99	الخاتمة	59
99	الإستنتاجات	59
102	التوصيات	60
104	المراجع	
113	محتويات الكتاب	

