

الفاعل المستحق للتعويض بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

د. العربي بن قسمية

جامعة الأغواط

الملخص:

يتناول موضوع "الفاعل المستحق للتعويض بين الفقه الإسلامي والقانون المدني" دراسة الخطأ في المسؤولية المدنية في القانون وما يقابله في الفقه الإسلامي، بوضع مقارنة بينهما تبين أوجه التوافق والاختلاف من حيث نظرة القانون المدني إلى مفهوم الفعل الضار ومدى توافقه مع نظرة الفقه الإسلامي له، وذلك ببيان العناصر المكونة له.

Abstract:

The subject deals with «The act due of compensation between Islamic doctrine FIQH and civil law», study of mistakes in civil responsibility in law in against Islamic doctrine FIQH with maintaining to the comparison between the two profiles moreover clarifying the main differences facets from the point of view of civil law to the definition of damage act and its compatibility with Islamic doctrine FIQH with the enumerating of its components

مقدمة:

يتفق القانون المدني والفقه الإسلامي في اعتبار الفعل الضار من أهم الموضوعات وأجدرها بالدراسة، إذ يعد من أهم مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي والقانون المدني وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية، ويقوم الضمان في الفقه الإسلامي على ثلاثة أركان وهي الاعتداء والضرر والرابطة بينهما مباشرة أو تسبباً، كما تقوم المسؤولية في القانون المدني على الخطأ والضرر ورابطة السببية.

فيقوم الضمان في الفقه الإسلامي كما تقوم المسؤولية المدنية في القانون على فعل ينسب إليه الضرر الموجب للتعويض، وهذا الفعل يطلق عليه فقهاء الشريعة الفعل الضار أو الإضرار ويطلق عليه القانون لفظ الخطأ، وإذا كان الخطأ في القانون المدني والفعل الضار في الشريعة الإسلامية يتقابلان إلا أنهما لا يتطابقان، فمفهوم الخطأ في القانون يختلف عن مفهوم الفعل الموجب للضمان في الشريعة الإسلامية، فالفعل الموجب للضمان هو التعدي الذي ينشأ عنه ضرر

والخطأ في المسؤولية المدنية هو انحراف عن السلوك الواجب مع إدراك هذا الفعل، ومن خلال المفهومين السابقين يتضح أن قوام الفعل الضار هو التعدي يضاف إليه في القانون عنصر آخر هو الإدراك أو التمييز، ومن هنا تطرح الإشكالية حول مفهوم الفعل المستحق للتعويض وما مدى توافق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في تحديد عناصره؟

والإجابة عن هذه الإشكالية تقتضي تحليل الخطأ بعنصره ومقابلته بالفعل الضار في الفقه الإسلامي، وعلى ذلك سنتناول العنصر الأول من الفعل الضار أو الخطأ وهو التعدي في القانون المدني ومدى تطابقه مع مفهوم التعدي في الشريعة الإسلامية، ثم نتناول بالدراسة العنصر الثاني من الخطأ وهو الإدراك ومدى لزومه.

أولاً: التعدي¹:

التعدي أو الاعتداء في الفقه الإسلامي يقابل الخطأ في القانون المدني كما يقابل التعدي وهو ركن في الخطأ في نفس الوقت، ذلك أن التعدي بمفهوم الفقه الإسلامي يكفي لوحده لتضمين فاعله، في حين أن التعدي في القانون المدني هو أحد عنصري الخطأ ولا يكفي لوحده لقيام مسؤولية فاعله، والتعدي في الفقه الإسلامي والقانون المدني يتأرجح بين التوافق والاختلاف من حيث المفهوم وأسباب إباحته.

أ - مفهوم التعدي في الفقه الإسلامي والقانون المدني:

الركن الأول من الضمان في الفقه الإسلامي هو الاعتداء أو التعدي في حين يعتبر التعدي عنصراً من عناصر الخطأ الذي يعد ركناً من أركان المسؤولية التقصيرية²، ويتخذ التعدي صوراً عديدة سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون المدني.

1 - تعريف التعدي:

ورد في كتاب الله في قوله تعالى: ﴿...وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ الآية 190 من سورة البقرة، وهو نهي عام عن كل ضرر أو إضرار كما ورد هذا النهي في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»³.

ويعرف فقهاء الشريعة الإسلامية التعدي بأنه العدوان ومجاوزة الحق، وضابطه هو الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي⁴، ويعرف بأنه كل فعل حسي يترتب عليه ضرر سواء أكان

بطريق المباشرة أو بطريق التسبب⁵، أو بأنه العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي، كما عرف بأنه مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة⁶.

يتبين من هذه التعريفات أن التعدي في الفقه الإسلامي هو كل فعل مادي يأتيه الإنسان ويكون في حالة خروج عن حدود الحق المرسوم له، فيقاس التعدي في الفقه الإسلامي بحسب المؤلف شرعا أو عرفا أو عادة⁷، وهو ما يطلق عليه القانونيون في تقدير الخطأ سلوك الرجل العادي⁸، ويتحقق التعدي إذا وقع على النفس أو الجسم أو المال⁹، فالتعدي بهذا المفهوم هو الفعل الضار الذي يعتبر سببا لتضمين فاعله¹⁰، وهذه السببية ترتبط بآثار الفعل لا بقصد صاحبه وإدراكه، لذا يترتب عليه أثره، إذا صدر من نائم أو مجنون أو طفل، حتى لا يظلم أحد في ماله¹¹، والتعدي بالمعنى السابق يتسع ليشمل كل الصور التي ينشأ عنها الضمان، فهو يشمل العمد والخطأ والإهمال والتقصير والتفريط وعدم التحرز أو الاحتياط¹².

أما التعدي في القانون الوضعي فهو أحد عنصري الخطأ، ويعرف القانونيون الخطأ بأنه العمل الضار غير المشروع أي المخالف للقانون¹³، وعرفه بعض الفقه بأنه الإخلال بالتزام سابق¹⁴، ويعرفه آخرون بأنه اعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء¹⁵، فيقوم الخطأ على التعدي وهو الركن المادي وهو انحراف عن السلوك الواجب مع إدراكه أنه قد انحرف وهو الركن المعنوي، ويقاس التعدي بالسلوك المؤلف للرجل العادي، فيعتبر تعديا كل فعل مخالف لمعايير السلوك المعتبرة وهي الواجبات المنصبة على إتيان الفعل في حالة الأمر والامتناع عنه في حالة النهي والسلوك الذي جرى عليه العرف والعادة.

والتعدي بالمفهوم القانوني لا يختلف عن المفهوم الشرعي، فهو مخالفة لمعايير السلوك المعتبرة، كما يشترك التعدي في الفقه الإسلامي يشترك مع الخطأ في القانون الوضعي في الضابط، فضابطهما الانحراف عن السلوك المؤلف للرجل العادي، ومع ذلك فإنهما يختلفان من حيث أن التعدي عند الشرعيين له مفهوم موضوعي فهو واقعة مادية يترتب عليها الضمان بمجرد حصولها دون النظر إلى أهلية المعتدي وقصده، بخلاف التعدي في القانون المدني الذي يجعل للخطأ مفهوما شخصيا يقتضي من المخطئ أن يكون مدركاً لأفعاله.

2- صور التعدي:

نصت المادة 125 من القانون المدني الجزائري¹⁶: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزا"، يتضح من النص أن الخطأ قد

يكون في صورة فعل أو امتناع أو إهمال أو عدم حيطة، ويستعمل الفقه الإسلامي ألفاظا تقابل الخطأ في القانون كالتعدي والتعمد والتقصير والإهمال وعدم التحرز والتثبت، وهي ألفاظ يستعملها الفقه الإسلامي للدلالة على الفعل الضار.

ويتخذ الفعل الضار أو الخطأ عدة صور فقد يكون بأمر إيجابي أو بأمر سلبي، وقد يكون عمديا أو دون عمد، وقد يكون مباشرة أو بالتسبب.

الصورة الأولى للخطأ هي الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي،

يكون الخطأ إيجابيا بإتيان عمل منهي عن إتيانه أي أنه إخلال بالتزام يفرضه القانون والواجب العام، ومثاله في الفقه الإسلامي ما ورد في مجلة الأحكام العدلية "إذا أتلّف أحد مال غيره الذي في يده أو في يد أمينة قصداً أو من غير قصد يضمن"¹⁷، أما الخطأ السلبي فهو الخطأ بالامتناع، ويميز فقهاء القانون بين خطأ الامتناع بمناسبة عمل قانوني مشروع وبين خطأ الامتناع المجرد، ومثال الخطأ بالامتناع بمناسبة عمل قانوني امتناع الطبيب في مستشفى عن معالجة مريض، ولا شك أن المسؤولية قائمة في جانبه، أما الامتناع المجرد الذي لا ينتج عن مخالفة التزام أو واجب قانوني ومثاله امتناع شخص إنقاذ شخص آخر يشرف على الغرق وكان بوسعه أن ينقذه فمات الغريق، فاختلف فقهاء القانون في مسؤوليته ففريق يرى عدم مسؤوليته على أساس أن القانون حينما لا يفرض على الشخص التزاما بمساعدة الغير فإن الشخص لا يجبر على عمل ما لم يؤمر به، وفريق يرى بمسؤوليته قياسا على سلوك الرجل العادي الذي لا يمتنع عن مساعدة الآخرين.

وهذا الاختلاف يوجد أيضا في الفقه الإسلامي إذ لا يرى بعض الفقهاء بالاختلاف بين الامتناع بمناسبة عمل أو الامتناع المجرد فكلاهما يوجب الضمان، لما روي من طريق أبي بكر بن أبي شيبة عن حفص بن غياث عن الأشعث عن الحسن أن رجلا استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه فأدركه العطش فمات فضمنهم عمر بن الخطاب ديته¹⁸، فيرى المالكية وأهل الظاهر إلى أن الممتنع عن الإنقاذ ضامن لأتة ترك واجبا عليه هو المحافظة على أخيه المسلم وعلى ماله مع قدرته على ذلك لقوله تعالى: ﴿...وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى...﴾ الآية 2 من سورة المائدة ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لَا يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يُحِبَّ لِأَخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ"¹⁹؛ في حين يرى بعض الفقهاء ألا اعتداء في الامتناع ولا يؤاخذ الإنسان على ما استكن في باطنه من كف وإرادة²⁰، كما يرى بعض الحنابلة بعدم تضمين الممتنع عن إغاثة إنسان شارف على الهلاك فلم يغثه كما لو منعه الطعام والشراب، فلا يضمنه لأنه لم يهلكه ولم يكن سببا في هلاكه²¹.

الصورة الثانية للخطأ هي الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي،

ويكون الخطأ عمدياً متى اتجهت الإرادة إلى إحداث الضرر، وبالتالي فإن الخطأ العمدي يتحلل إلى عنصرين أولهما الإخلال بالتزام قانوني وثانيهما هو قصد إحداث الضرر، ومنه فإن انعدام التمييز ينزع عن الخطأ الصفة العمدية²²، ويقابل الخطأ العمدي في الفقه الإسلامي العمد والخطأ غير العمدي الخطأ، والتعدي سواء كان عمداً أو خطأً موجب للضمان ويقصد بالخطأ هنا وقوع الأمر بغير قصد أو إرادة وهو ما يدل عليه اللفظ في قوله صلى الله عليه وسلم "إِنَّ اللَّهَ قَدْ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرِهُوا عَلَيْهِ" ²³ أي إثمهم، وذلك بخلاف ما يقصده القانون بلفظ الخطأ الذي يقابل التعدي في الفقه الإسلامي سواء كان عمدياً أو خطأً²⁴، أي أن الخطأ في منظور الفقه الإسلامي يقابل صورة من صور الخطأ في المنظور القانوني وهو الخطأ غير العمدي.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في نسبة العمد لغير المميز، فرأى الشافعية بنسبة العمد له لأن العمد لغة القصد وهو ضد الخطأ فمن يصدر عنه الخطأ يصدر عنه العمد، بينما يرى الجمهور أن عمد غير المميز كالخطأ، فيضمن فعله بصرف النظر عن وصفه من ماله إن كان له مال وإلا بقيت القيمة في ذمته إلى حين يساره ولا يضمن وليه بل على وليه أداء ما على من هو تحت ولايته من مال هذا الأخير²⁵.

أما الخطأ غير العمدي في القانون، فهو إخلال بواجب دون قصد الإضرار ويكون بالإهمال وعدم التبصر وعدم بذل العناية المعتادة، ويقاس الانحراف في الخطأ بما يعد سلوكاً معتاداً بمقياس الرجل العادي أي بالجمع بين المعيار الذاتي والمعياري الموضوعي. ويقابله في الفقه الإسلامي التعدي غير العمد أو الخطأ ويكون أيضاً بالتقصير أو الإهمال أو قلة الاحتراز عما اعتاده الناس، ولا يقوم على معيار شخصي بل ينظر إلى الفعل ذاته، فإذا كان الفعل مما جرت به العادة لا يجب الضمان أما إذا خرج الفعل عما جرت به العادة وجب الضمان²⁶.

والخطأ غير العمدي قد يكون يسيراً كما قد يكون جسيماً وجسامة الخطأ تكون باستخدام الإرادة دون قصد الإضرار أو بإمكان توقع الضرر، فيكون بالإهمال والتقصير وعدم الحيطة في دفع ضرر متوقع وعدم العلم الكافي بما يأتيه الشخص من فعل كالطبيب الذي ينقصه العلم الكافي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "أَيُّمَا طَبِيبٍ تَطَبَّبَ عَلَى قَوْمٍ لَا يُعْرِفُ لَهُ تَطَبُّبٌ قَبْلَ ذَلِكَ فَأَعْنَتَ فَهُوَ ضَامِنٌ" ²⁷.

الصورة الثالثة التعدي بالمباشرة والتسبب،

وهي صورة يعرفها الفقه الإسلامي ترتبط بالسببية التي تتوسط التعدي والضرر، فهي تتعلق برابطة السببية أكثر من اعتبارها صورة للتعدي، كما تعتبر من صور العمد، فالضمان في الفقه الإسلامي يكون بالمباشرة مطلقا وبالتسبب تعديا.

فيشترط الفقه الإسلامي ارتباط الفعل الضار بالنتيجة وهي الضرر، ويكون ذلك إذا كان الفعل يفضي مباشرة إلى الضرر دون واسطة تتوسط بينهما أي لا بد أن يكون الضرر مرتبطا بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب، وهو ما يطلق عليه الفقهاء "المباشرة"، فإذا كانت هناك واسطة بين الفعل والنتيجة كان التعدي بالتسبب، فالمباشرة هي اتصال فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف، والتسبب هو اتصال فعل الإنسان بغيره²⁸. كما تعرف المباشرة بأنها ما كان الضرر "نتيجة لاتصال آلة التلف بمحله، أما الضرر المسبب هو ما كان بفعل في محل أفضى إليه فعل آخر في محل آخر مع احتمال اخلف الفعل الثاني"²⁹، وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 888 بأنه "إحداث آخر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جرى العادة، ويقال لفاعله متسبب"،

ويتفق الفقه الإسلامي على أن المباشر يكون ضامنا بمجرد ترتب الضرر على فعله دون الحاجة إلى اشتراط أمر آخر، والمباشرة في الفقه الإسلامي تكون بمجرد أن يفضي الفعل إلى الضرر ولو لم يستند إلى عدوان، لما روي عن أنس رضي الله عنه، قال: أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم طعاما في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "طَعَامٌ بِطَعَامٍ، وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ"³⁰، فالمباشر ضامن ولو لم يتعمد أو يتعدى، فلا يشترط التعمد أو الخطأ في الإلتاف بالمباشرة، فمجرد الفعل المادي يكفي لقيام الضمان إذا ألحق الضرر بالغير³¹.

أما التسبب وهو حدوث الضرر بغير فعل الشخص مباشرة وإنما نتيجة تدخل فعل آخر ومثاله شخص يحفر بئرا في الطريق العام دون إذن السلطة فيقع فيها شخص فيموت، فيكون حافر البئر متسببا في إحداث الضرر وهو الموت، فالموت لم يحدث من فعل الشخص مباشرة وإنما نتج عن وجود البئر في الطريق العام.

ومن هنا يتبين الاختلاف بين الإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب، فكل من المباشرة والتسبب سبب للضرر، غير أن السببية أوضح في المباشرة من التسبب وبالتالي يسهل إثباتها، وتقضي القاعدة الفقهية أن "المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي"³².

على أن كلمتي التعمد والتعدي هنا ليسا مترادفتين، حيث أن المراد بالتعمد هو صدور الفعل عن قصد وإرادة³³، أما التعدي فيقصد به مجاوزة الحد المأذون به ومع ذلك.

ب- حالات مشروعية التعدي:

يشترط في التعدي الموجب للضمان أن يكون غير مشروع وغير مأذون به شرعا ولا من صاحب الحق، والتعدي لا يستوجب الضمان إذا كان مأذونا به شرعا كما في حالة الدفاع عن النفس أو العرض أو المال، أو إذا كان الإذن بحق صادرا من ولي الأمر، أو إذا كان الإلتاف بأمر من صاحب المال نفسه، وذلك طبقا للقاعدة الفقهية "الجواز الشرعي ينافي الضمان". ويكون التعدي أو الانحراف مشروعا في منظور القانون في الحالات الآتية: حالة الدفاع الشرعي، حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس، حالة الضرورة، وهي نفس الحالات التي يعتبر فيها التعدي في الفقه الإسلامي جائزا.

1- الحالة الأولى: حالة الدفاع الشرعي:

ونصت عليها المادة 128 من القانون المدني الجزائري "من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو عن ماله، أو عن نفس الغير، أو عن ماله، كان غير مسؤول، على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي"، فيشترط النص في الدفاع الشرعي الذي يزيل من التعدي صفة عدم المشروعية وبالتالي ينفي مسؤولية صاحبه: أن يوجد خطر محقق يهدد الشخص في نفسه أو في ماله أو يهدد شخصا آخر في نفسه أو في ماله، وأن يكون الخطر الذي يقوم بالتصدي له عملا غير مشروع فمقاومة شخص لرجال الأمن عند القبض عليه لا تعد دفاعا شرعيا، وألا يكون في استطاعة هذا الشخص دفع الاعتداء على النفس أو المال بوسيلة أخرى مشروعة كالاستعانة برجال الشرطة، وألا يجاوز الشخص في دفاعه القدر اللازم لدفع الاعتداء.

وفي الفقه الإسلامي يعتبر دفع الصائل³⁴ أو الدفاع الشرعي عن النفس أو العرض أو المال أمرا مشروعا لقوله تعالى: ﴿...فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾ الآية 194 من سورة البقرة، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ...﴾ الآية 126 من سورة النحل، ولما روي عن عمران بن حصين قال: قَاتَلَ يَحْيَى بْنُ مُثَنَّى، أَوْ ابْنُ أُمَيَّةَ رَجُلًا فَعَضَّ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَانْتَرَعَ يَدَهُ مِنْ فَمِهِ، فَتَرَعَ ثَنِيَّتَهُ -وَقَالَ ابْنُ الْمُثَنَّى: ثَنِيَّتِيهِ- فَاخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: "أَيُّعُضُ أَحَدُكُمَا كَمَا يَعُضُّ الْفَحْلُ؟ لَا دِيَّةَ لَهُ"³⁵.

2- الحالة الثانية: حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس؛

وأوردتها المادة 129 من القانون المدني إذ نصت على أنه "لا يكون الموظفون والأعوان العموميون مسؤولين شخصيا عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم". يتضح من النص أن إطاعة أمر الرئيس ترفع عن المرفوس المسؤولية، ويشترط النص في أعمال هذه الحالة أن يكون مرتكب الفعل موظفا أو عوناً عمومياً، وأن يكون قيامه بهذا الفعل تنفيذا لأمر موجه إليه من رئيسه وأن تكون طاعة هذا الأمر واجبة، وأن يعتقد الموظف أنه ينفذ أمراً مشروعاً، وينصرف هذا الحكم على طاعة أمر القانون إذ يكفي أن يثبت الموظف العام أنه نفذ عن حسن نية ما أمر به القانون.³⁶

ووفي وجوب طاعة ولي الأمر جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم..﴾ وفي السنة الشريفة ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "مَنْ أَطَاعَنِي فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ، وَمَنْ عَصَانِي فَقَدْ عَصَى اللَّهَ، وَمَنْ يُطِيعِ الْأَمِيرَ فَقَدْ أَطَاعَنِي، وَمَنْ يَعْصِ الْأَمِيرَ فَقَدْ عَصَانِي، وَإِنَّمَا الْإِمَامُ جُنَّةٌ، يُقَاتَلُ مِنْ وَرَائِهِ وَيُتَّقَى بِهِ، فَإِنْ أَمَرَ بِتَقْوَى اللَّهِ وَعَدَلَ فَإِنَّ لَهُ بِذَلِكَ أَجْرًا، وَإِنْ قَالَ بِغَيْرِهِ فَإِنَّ عَلَيْهِ مِنْهُ"³⁷

ويشترط في طاعة الولي ووجوب تنفيذ أمره أن يكون الأمر صادراً عن ولي فإن لم تكن له الولاية فيضمن المأمور ولا ضمان على الولي، كما يشترط أن يكون الأمر من الأفعال الجائزة شرعاً، كما في حالة هلاك الشخص الذي يقام عليه الحد عند تنفيذ الحد عليه، وليس للولي أن يأمر بفعل غير مشروع وليس على المأمور تنفيذه لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ حَقٌّ مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِالْمَعْصِيَةِ، فَإِذَا أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ فَلَا سَمْعَ وَلَا طَاعَةَ"³⁸، وجاء في مجلة الأحكام العدلية "ما حرم فعله حرم طلبه"³⁹.

3- الحالة الثالثة حالة الضرورة؛

التي أوردتها المادة 130 من القانون المدني بنصها على أن "من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر، محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً"، فيشترط النص في حالة الضرورة وجود ضرر محدق بالشخص في نفسه أو ماله أو في نفس الغير أو في ماله، وأن يكون الضرر الذي يتفاداه أكبر من الضرر الذي أصاب الغير.

وقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿... فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ..﴾ الآية 173 من سورة البقرة، وقوله تعالى: ﴿.. وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ

إِلَيْهِ..» الآية 119 من سورة الأنعام، والضرورة سبب من أسباب الرخصة يجوز معها للمضطر فعل ينتج عنه ضرر لدفع ضرر أكبر، ومثال ذلك إذا كانت تشرف على الغرق لثقل حملتها كان من الواجب إلقاء بعض المتاع لحفظ النفس.

فلا اختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون في أن الضرورة تجيز للمضطر التعدي على حق الغير متى كان ذلك لدفع ضرر أكبر قد يصيب نفسه أو ماله أو نفس الغير أو ماله.

إلا أن حالة الضرورة في الفقه الإسلامي لا تعتبر سببا للإعفاء من الضمان⁴⁰ بخلاف القانون، فمن اضطر إلى أخذ طعام غيره لدفع جوعه كان ضامنا وتوجب عليه أداء ضمان البدل طبقا للقاعدة الشرعية "الاضطرار لا يبطل حق الغير".

ثانيا: الإدراك؛

الخطأ كما تقدم هو انحراف عن سلوك الرجل العادي، وهو بذل العناية اللازمة باليقظة في السلوك والتبصر ليتجنب الإضرار بالغير، مع إدراكه بأنه انحراف في السلوك، وبتوافر العنصرين التعدي وهو الركن المادي والإدراك وهو الركن المعنوي ينشأ الخطأ وتترتب المسؤولية التقصيرية⁴¹، والتمييز شرط بصريح نص المادة 125 من القانون المدني⁴²، في حين لا يشترط الفقه الإسلامي في الفعل الضار الركن المعنوي لتضمنين فاعله. فما مدى لزوم الإدراك لقيام المسؤولية ؟

أ - قيام مسؤولية عديم التمييز بين الفقه الإسلامي؛

يقيم الفقه الإسلامي الضمان على الفعل الضار بصرف النظر عما إذا كان محدثه مميزا أو غير مميز، ولا يجعل من الإدراك شرطا يقوم معه الضمان، إذ ينظر إلى الفعل مجردا عن وصف فاعله بالاعتداء وبآثاره لا بقصد صاحبه وإدراكه ولا ينتفي الضمان لكون فاعله غير مكلف لفقد أهليته⁴³، ولذا فإن الضمان يقوم وإن صدر عن نائم أو مجنون أو طفل، فالفعل إذا كان مؤديا للضرر في ذاته ترتب على فاعله الضمان لأنه فعل محظور بالنظر إلى نتائجه⁴⁴، وبالتالي وجب رفعه لحديث النبي صلى الله عليه وسلم "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"، لأن الضمان كما يعرفه البعض هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير⁴⁵، وبالتالي فهو اشتغال ذمة من صدر منه الفعل الضار بالتزام تعويض الضرر، والإلزام بالضمان في الشريعة الإسلامية هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، ولذا كان غير المميز ضامنا لفعله⁴⁶، فكل إنسان ولو كان غير مميز يتحمل تبعات أفعاله الضارة من ماله فإن لم يكن له مال حاضر فمن ماله المستقبلي الذي يتكون لديه بعد الرشد،

فقرر فقهاء الشريعة الإسلامية مسؤولية القصر والمجانين عن كل فعل يصدر عنهم مما يدل على اتجاههم في التضمن نحو النزعة المادية⁴⁷.

وقد ورد عن فقهاء الشريعة الإسلامية قولهم لو أن مولودا حين خرج من بطن أمه سقط على متاع الغير فأتلفه لزمه الضمان⁴⁸، وجاء في المادة 916 من مجلة الأحكام العدلية "إذا أتلّف صبي مال غيره يلزم بالضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينظر إلى حين يساره، ولا يضمن وليه"⁴⁹، أي أن الشريعة الإسلامية تلزم صدر منه الفعل الضار بالتعويض من ماله بصرف النظر عما إذا كان مميزاً أو غير مميز، على عكس القانون المدني الذي يجعل الولي مسؤولاً عن غير المميز، فالفقه الإسلامي يتبع قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ الآية 38 من سورة المدثر، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِنْ تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ جَمِلِهَا لَا يَحْمِلُ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ...﴾ الآية 18 من سورة فاطر.

ولا يسأل الشخص عن فعل صدر عن غيره إلا إذا كان متعدياً بالتسبب، وتعذر تضمين المباشر إما لأنه غير مسؤول أو لأنه غير موجود، ومثال ذلك لو أعطى شخص لصبي سكيناً ليمسكه عنه فوقع عليه فجرحته، ضمن هذا الشخص لأن الصبي لم يباشر فعلاً معيناً فهو غير مسؤول، ومثاله خروج الأم الحاضنة مع ترك ولدها الصبي فوقع في النار فالضمان على الأم، ومثاله أيضاً لو ساق إنسان دابة فأتلفت مالا بقوامها ضمن السائق لأن السبب انفرد بالتأثير⁵⁰.

ويمتد ضمان الشخص إلى فعل الشيء والحيوان، حيث يتفق الفقهاء على ضمان صاحب الحيوان إذا أتلّف هذا الحيوان مال الغير بشرط أن يكون صاحبه قد تعمد الإتيان بواسطة الحيوان أو كان قد قصر في حفظه أو إذا كان سائقاً أو راكباً، أما إذا أتلّف الحيوان مالا بنفسه فلا ضمان على صاحبه⁵¹ فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "العَجَمَاءُ جَرَحُهَا جَبَّارٌ، وَالْبُهُرُ جَبَّارٌ، وَالْمَعْدِنُ جَبَّارٌ، وَفِي الرِّكَازِ الْخُمْسُ"⁵².

وميز المالكية فيما تفسده المواشي والدواب بين الليل والنهار فيضمن صاحبها إذا كان بالليل ولا يضمن بالنهار⁵³ مستدلين في ذلك بقول الله تعالى وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم لقوم والنفش لا يكون إلا ليلاً وبما رواه ابن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها، وأن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها".

ب- مدى مسؤولية غير المميز عن فعله الشخصي في القانون المدني؛

يقيم القانون المدني الجزائري المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ الشخصي والذي لا يقوم إلا بالاستناد إلى ركنين هما الركن المادي أو التعدي المتمثل في الفعل الضار والركن المعنوي وهو الإدراك والتمييز، وتختلف أحد الركنين يهدم الخطأ، فإذا قام غير مميز بفعل ضار لم يكن مسؤولاً، ويعتبر الإدراك شرطاً لقيام المسؤولية في جانب المتعدي، وذلك طبقاً لنص المادة 125 من القانون المدني الجزائري إذ تنص على أنه "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيلته إلا إذا كان مميزاً"، ويعتبر غير مميز طبقاً لنص المادة 42 من القانون المدني كل شخص لم يبلغ سن الثالثة عشر، أو بلغها وكان مجنوناً أو معتوهاً⁵⁴، ولكي لا يبقى المضررون تعويض ألقى القانون المدني المسؤولية على عاتق متولي الرقابة وافترض خطأه، في حين أن المادة 125 قبل التعديل كانت تقيم المسؤولية على عديم التمييز.

وإذا كانت المادة 125 من القانون المدني تشترط التمييز صراحة لقيام المسؤولية فإن نفس المادة قبل تعديلها بإلغاء الفقرة الثانية منها كانت تنص على مسؤولية عديم التمييز إلا أنها مخففة وجوازية إذ كانت تنص في فقرتها الثانية على أنه "...إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم"، وقيم البعض مسؤولية عديم التمييز على أساس تحمل التبعة وهي نظرية تكتفي بالضرر لإقامة المسؤولية دون خطأ، ويردها البعض الآخر إلى فكرة العدالة، ويرى البعض الآخر أن القانون المدني نقل الحكم عن الشريعة الإسلامية التي لا تميز بين المميز وغير المميز من حيث وجوب الضمان، وهذا الرأي مردود من حيث أن مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني هي مسؤولية احتياطية لا يتم اللجوء إليها إلا إذا لم يوجد متولي الرقابة أو وجد وتعذر الحصول منه على تعويض إما لأنه استطاع نفي الخطأ المفترض في جانبه أو لكونه معسراً، في حين أن الفقه الإسلامي يقيم الضمان على عديم التمييز مباشرة ودون البحث عن يتولاه، كما أن مسؤولية عديم التمييز في القانون جوازية تسمح للقاضي أن يحكم بعدم مسؤولية عديم التمييز أو أن يحكم بمسؤولية مخففة، في حين أن القاضي من منظور الفقه الإسلامي لا يملك هذه السلطة التقديرية، ومن جهة أخرى فإن إقامة مسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي يقابلها القضاء الحكم بالتعويض والذي يقدر بحسب الضرر الحاصل من عديم التمييز، فالقاضي يقدر التعويض بقدر الضرر الذي لحق المضرور، وهو

ما يطلق عليه في القانون بالتعويض الكامل، بينما يحكم للمضرور طبقاً لنص المادة 125/2 بتعويض عادل مع مراعاة مركز الخصوم المضرور والمسؤول⁵⁵.

وبعد تعديل المادة 125 من القانون المدني بإلغاء فقرتها الثانية يكون القانون المدني قد فصل في مسألة اشتراط التمييز لقيام المسؤولية المدنية، وبالتالي لم يعد أمام المضرور إلا الرجوع على متولي الرقابة بمقتضى المادة 134 من القانون المدني والتي تنص على أن "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار.

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية." يستفاد من النص أن المكلف بالرقابة لا يسأل فعله الشخصي وإنما عن الفعل الضار الذي أحدثه من هو تحت رقبته للأسباب التي أوردتها المادة، وبالتالي فقديم التمييز لا يسأل عن فعله الشخصي وإنما تلقى المسؤولية على المكلف بالرقابة وذلك بافتراض خطئه، وافترض الخطأ في جانب المكلف بالرقابة يعني أن الفعل الضار الذي أتاه الخاضع للرقابة هو نتيجة عدم قيام المكلف بالرقابة بما ينبغي من العناية نحو الخاضع للرقابة⁵⁶.

وافترض الخطأ ما هو توسع في فكرة الخطأ، لتسهيل حصول المضرور على التعويض مع رفع عبء الإثبات عنه، حيث ينتقل عبء الإثبات إلى المكلف بالرقابة الذي يثبت أنه قام بواجب الرقابة، وقد كانت المادة 137 من القانون المدني تتيح للمكلف بالرقابة الرجوع بما أداه من تعويض على من هو تحت رقبته، إلا أن هذا الرجوع ألغي بتعديل المادة⁵⁷.

ويطرح التساؤل عن حق المضرور إذا أثبت المكلف بالرقابة قيامه بواجب الرقابة مما يستتبع نفي مسؤوليته، فلا يمكن له الحصول على التعويض منه، وفي المقابل لا يمكن له مساءلة عديم التمييز عن فعله الضار لكونه غير مسؤول بحكم المادة 125 بعد التعديل.

والحقيقة أن إلغاء الفقرة الثانية من المادة 125 من القانون المدني لم يحل مشكل مساءلة من لا إدراك له، بل خلق مشكل الحصول على التعويض في حال ما إذا استطاع المكلف بالرقابة نفي خطئه المفترض، أو لم يستطع نفي خطئه وكان معسراً، ثم إن إلغاء الفقرة الثانية من المادة 125 قابله إلغاء حق المكلف بالرقابة في الرجوع على الخاضع للرقابة طبقاً للمادة 137 من القانون المدني، والذي كان يتيح للمكلف بالرقابة تحصيل ما دفعه من تعويض من مال من هو تحت رقبته.

وإذا كان القانون المدني قد فصل في عدم مسؤولية عديم التمييز بإلغائه للفقرة الثانية من المادة 125، فإن الفقه القانوني يرى أن مسؤولية عديم التمييز تقوم إذا كان متبوعاً أو حارساً.

وقد نظم القانون المدني الجزائري مسؤولية المتبوع بالمادتين 136 و 137⁵⁸، وتقوم مسؤولية المتبوع متى توافرت شروطها وهي قيام علاقة التبعية بين التابع والمتبوع وتحقق إذا كان التابع يعمل لحساب المتبوع⁵⁹، وفعل ضار صادر عن التابع في حالة تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبة، وتحقق هذه الشروط تقوم مسؤولية المتبوع دون البحث في قيام خطئه من عدمه، ويتفق الفقه القانوني⁶⁰ في قيام مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة الضارة في الحالة التي يكون فيها المتبوع غير مميز، لأن النص لا يتيح للمتبوع نفي مسؤوليته.

وفي مجال المسؤولية الناشئة عن الأشياء يرى أغلب الفقهاء بمسؤولية عديم التمييز الناشئة عن الأشياء، المنصوص عليها في المادتين 138 و 139 من القانون المدني⁶¹، وتقيم المادتان مسؤولية على حارس الشيء وحارس الحيوان دون أن تتيح لهما نفي الخطأ مما حدا ببعض إلى القول بوجود استبعاد فكرة الخطأ تماماً من هذه المسؤولية⁶²، وحتى الفقهاء الذين يقيمون مسؤولية الحارس على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس فإنهم يرون مع ذلك قيام مسؤولية الحارس غير المميز⁶³.

ومن كل ما سبق يتبين أن إلغاء الفقرة الثانية من المادة 125 من القانون المدني لم يفصل بشكل نهائي في عدم مسؤولية عديم التمييز.

الخاتمة:

نخلص في نهاية دراستنا إلى أن الفقه الإسلامي والقانون المدني يقيمان المسؤولية على الفعل الضار، إلا أنهما يختلفان في مفهومه من حيث أن الفقه الإسلامي اكتفى بالتعدي وجعله موجبا للضمان فكانت نظرتة إلى الضمان موضوعية، في حين أن القانون المدني يقيم المسؤولية المدنية كأساس عام على الخطأ الذي يقتضي من المخطئ أن يكون مدركاً لأفعاله، فيقوم الخطأ على مفهوم شخصي ويتحلل إلى عنصرين التعدي والإدراك، معنى ذلك أن التعدي كموجب للضمان في الفقه الإسلامي يقابله في القانون المدني الخطأ كشرط لقيام المسؤولية ويقابل من جهة أخرى التعدي كانهراف عن السلوك المألوف للرجل العادي.

كما يختلفان في قياس التعدي، فيقاس التعدي في الفقه الإسلامي من خلال الفعل ذاته، ويقاس الخطأ في المنظور القانوني من خلال سلوك الرجل العادي، على أنه يصعب تطبيق معيار

مسلك الرجل المعتاد في القانون لتحديد ما يعد انحرافاً لذلك يستوجب تطبيق المسلك المعتاد من خلال الفعل ذاته بما جرت عليه عادة الناس.

ومن جهة أخرى فإن القانون المدني الذي اشترط التمييز كعنصر في الخطأ لقيام المسؤولية المدنية، لم يكف مستقراً في اشتراطه، مما خلق العديد من المشاكل، من حيث تحديد المسؤول واستحقاق التعويض، مما يوجب الأخذ بما وصل إليه الفقه الإسلامي من توحيد أحكام المسؤولية وذلك بعدم اشتراط التمييز، ومنه يمكن القول أن في الفقه الإسلامي حلولاً لمشاكل استعصى على القانون حلها.

الهوامش:

- 1 يعرف التعدي في اللغة بأنه تجاوز الحد، والقدر والحق، يقال عدا فلان عدوا وعدواناً واعتداء وتعدياً، إذا ظلمه ظلماً مجاوزاً للحد، والعادي هو الظالم لقوله تعالى ﴿فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ الآية 31 من سورة المعارج. (ابن منظور، لسان العرب، مجلد 15، فصل العين من حرف الواو والياء).
- 2 لم تكن القوانين القديمة تشترط الخطأ كركن لقيام المسؤولية المدنية، فلم تكن تشترط التمييز لقيام المسؤولية، فالقانون الروماني وهو مصدر القانون الفرنسي لم يجعل من الخطأ ركناً في المسؤولية المدنية، وقد تسلت فكرة الخطأ إلى القانون الفرنسي القديم عن طريق الفقيهين دوما Domat، وبوتيه Pothier اللذين خلطا بين فكرة الخطأ وفكرة الخطيئة التي اعتمدها القانون الكنسي أساساً للمسؤولية في القرون الوسطى، فمن ارتكب فعلاً ضاراً ارتكب خطيئة في حق الله، وانتقل هذا الخلط إلى قانون نابليون في المادة 1382 التي جعلت من الخطأ ركناً في المسؤولية المدنية، وبالتالي فإن عديم التمييز غير مسؤول، وقد تأثرت القوانين العربية ومنها القانون المدني الجزائري بالقانون الفرنسي، فجعلت هذه القوانين من الخطأ ركناً أساسياً لقيام المسؤولية المدنية (علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص: 119، 123. - محمد حسين علي الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمن والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة 1990، ص: 34، 35).
- 3 أخرجه الإمام مالك، موطأ الإمام مالك، كتاب الأقضية، القضاء في المرفق، ج2 رقم الحديث 2171 . وجاء في نيل الأوطار للشوكاني " اختلفوا في الفرق بين الضرر والضرار، ف قيل إن الضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين فصاعداً، وقيل الضرر أن تضر أخاك بغير أن تنتفع، والضرر أن تضره وتنتفع أنت به، وقيل الضرر الجزاء على الضرر والضرر الابتداء، وقيل هما بمعنى واحد" (محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منقلى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج 5، مكتبة دار التراث، القاهرة، ص: 261).
- وقد استخرج فقهاء الشريعة الإسلامية من الآيات القرآنية الكريمة الأحاديث البوية الشريفة العديد من القواعد الفقهية مثل قاعدة " الضرر يزال" وقاعدة "من أثلّف مال غيره بلا إذن منه فهو ضامن" وقاعدة المباشر ضامن وإن لم يتعمد" وقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان...."
- 4 وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 1998، ص: 18.

- 5 علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص: 34.
- 6 محمد فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الأزهر، 1962 ص 90 أشار إليه: نالا عقاب الخصاونة، أساس التعويض، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات الجامعية العليا، 2005، ص: 126.
- 7 محمد حسين علي الشامي، الرسالة السابقة، ص: 123.
- 8 ومن التطبيقات الفقهية لمسلك الرجل العادي إذا أوقد أحد في ملكه ناراً لا يوقد مثلها عادة فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها فيلزم الضمان. أو إذا سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها لم يضمن إذا كان فعله بما جرت به العادة من غير تفريط لأنه غير متعدي. (محمد حسين علي الشامي، الرسالة السابقة، ص: 122).
- 9 وجاء في شرح مجلة الأحكام العدلية أنه لو أحدث أحد ضرراً في مزرعة جاره وهو يسقي مزرعته ينظر إذا كان سقى ذلك الشخص بما تحتمله الأرض وعلى الوجه المعتاد فلا يلزم ذلك الشخص ضمان لأنه متسبب غير متعد.
- 9 نالا عقاب، الرسالة السابقة، ص: 126.
- 10 ويرى بعض الفقه أن سبب الضمان هو الاعتداء والضرر، فالضمان يقوم على ركنين فقط، أما رابطة السببية بين الاعتداء والضرر لا تعد ركناً بذاتها إنما هي "من قبيل عدم وجود المانع للسبب، والمانع الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب. وأما معنى الركن المقصود هنا: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، فلا ينطبق على هذه الرابطة". (وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 18)
- 11 علي الخفيف، المرجع السابق، ص: 43.
- 12 نالا عقاب، الرسالة السابقة، ص: 127.
- 13 أشار إلى هذا الرأي: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي ببيروت، ص: 777.
- 14 « la faute est un manquement à une obligation préexistante, dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui », Planol (Marcel), traité élémentaire de droit civil, 9ème éd. Tome 2, L.G.D.J., Paris 1923., n° 863, p: 281
- 15 أورده عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 778.
- 16 الصادر بالأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 17 المادة 912 من مجلة الأحكام العدلية.
- 18 أنظر: ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد)، المحلى، ج 10، إدارة الطباعة المنيرية، 1352هـ، المسألة رقم 2097، ص: 522.
- 19 أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحبه لنفسه، ج 1، رقم الحديث 13.
- 20 علي الخفيف، المرجع السابق، ص: 34.
- 21 ابن قدامة (شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد)، المغني مع الشرح الكبير، ج 9، دار الكتاب العربي، ص: 581.
- 22 محمد حسين علي الشامي، الرسالة السابقة، ص: 145.

- 23 أخرجه ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، الجزء 3 رقم الحديث 2043.
- 24 علي الخفيف، المرجع السابق، ص: 36، 37.
- 25 ورد في المادة 916 من مجلة الأحكام العدلية: "إذا أُلّف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره"
- 26 محمد حسين علي الشامي، الرسالة السابقة، ص: 154.
- 27 أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، أول كتاب الديات، باب فيمن تطبب بغير علم فأعنت، ج 4 الحديث رقم 4587.
- 28 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 26.
- 29 علي الخفيف، المرجع السابق، ص 58.
- 30 سنن الترمذي، أبواب الأحكام عن الرسول صلى الله عليه وسلم، باب من يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر، الجزء 3، رقم الحديث 1359.
- 31 وقد جاء في المادة 912 من مجلة الأحكام العدلية أنه " إذا أُلّف أحد مال غيره الذي في يده أو في يد أمينه قصداً أو من غير قصد يضمن..."، وورد في المادة 916 منها أنه: " إذا أُلّف صبي مال غيره يلزمه الضمان من ماله. وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حين الميسرة ولا يضمن وليه."
- 32 وقد نقلت مجلة الأحكام العدلية هذه القاعدة فنصت في المادة 92 منها أن " المباشر ضامن وإن لم يتعمد" كما نصت المادة 93 " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد."
- جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الإماراتي والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تقول أن: (مرجع التفرقة بين المباشرة والتسبب أن المباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي، أما التسبب فليس بالعلة في ذاته، فيلزم أن يقتصر العمل فيه بصفة التعمد أو التعدي ليكون موجبا للضمان. (المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، ص279).
- 33 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 146.
- 34 أطلق فقهاء الشريعة الإسلامية لفظ الصائل على المعتدي وعلى المعتدى عليه الموصول عليه وأجمعوا على عدم تضمين المعتدى عليه.
- 35 أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب: القسامة والمحاريون والقصاص والديات، باب الصائل على نفس الإنسان، الجزء 5، الحديث رقم 1673.
- 36 عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص: 47.
- 37 أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب يقاتل من وراء الإيمان ويتقى به، الجزء 4، الحديث رقم 2957.
- 38 أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب السمع والطاعة للإمام، الجزء 4، الحديث رقم 2955.
- 39 المادة 35 من مجلة الأحكام العدلية.
- 40 وقد جاء في الفروق أن "إلّا إن العام من قبل صاحب الشرع في التصرفات لا يسقط الضمان، وإذن المالك في التصرفات يسقط الضمان"، القرافي (شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي)، أنوار البروق في أنواء الفروق ج1، عالم الكتب، بيروت، ص: 195.
- 41 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص: 9.

- 42 عدلت بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (ج.ر. 44).
- 43 علي الخفيف، المرجع السابق، ص: 36.
- 44 علي الخفيف، المرجع السابق، ص: 37.
- 45 مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الحديث، المدخل الفقهي العام، لمدخل الفقهي العام، ج 2، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق 2004، ص: 1017.
- 46 علي الخفيف، المرجع السابق، ص: 54.
- 47 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 254.
- 48 علي علي سليمان، المرجع السابق، ص: 120.
- 49 كما نصت المادة 960 من مجلة الأحكام العدلية على أنه "يلزم الضمان على الصبي إذا أئلف مال الغير، وإن كان غير مميز".
- 50 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 191.
- 51 وهبة الزحيلي، ص: 259.
- 52 أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الديات، باب المعدن جبار والبئر جبار، الجزء 9، رقم الحديث 6912.
- 53 ابن رشد القرطبي (أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجز الثاني، دار المعارف للطباعة والنشر، بيروت 1982، ص: 323.
- 54 تنص المادة 42 من القانون المدني على أنه "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون.
يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".
- 55 تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني نقل المسؤولية الاستثنائية لديم التمييز عن المادة 829 من القانون المدني الألماني.
- 56 عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص: 1005.
- 57 كانت المادة 137 من القانون المدني الجزائري تنص قبل التعديل على أن "للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر".
- 58 وتنص المادة 136 من القانون المدني على أنه "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.
وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".
- وتنص المادة 137 من القانون المدني على أن "للمتبع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً"
- 59 اختلف الفقه في تحديد طبيعة العلاقة التي تربط التبعية بالمتبوع بين من يراها رابطة قانونية تستوجب الرقابة والتوجيه من جانب المتبوع ولو لم تكن له الحرية في اختيار تابعه، ومن يراها علاقة اقتصادية تقوم بمجرد أن التابع يعمل لحساب المتبوع، وقد أخذ القانون المدني الجزائري بالرابطة القانونية قبل التعديل أي أنه كان يقيم التبعية على السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه إذ كانت المادة 136 قبل التعديل "...وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وفي توجيهه"، أما بعد التعديل فأقام علاقة التبعية على عمل التابع لحساب المتبوع.
- 60 عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص: 1023 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص: 128 .

- 61 تنص المادة 138 من القانون المدني على أن "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير، والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.
- ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة."
- وتنص المادة 139 من القانون المدني على أن "حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر. ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه "
- 62 "il faut écarter la faute comme fondement de la responsabilité du fait des choses (...) la responsabilité du fait des choses est une responsabilité objective, dont la finalité est d'assurer à la victime une indemnisation plus sûre, indépendante de la faute...il s'agit du risque lié à l'emploi des choses, et du danger social accru qui en résulte.", Viallard (A): responsabilité des père et des mère: Juris Class.Civ.fasc.141., op. cit, p. 104-105.
- 63 يتفق أغلب الفقه القانوني الذي يؤسس مسؤولية الحارس على الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس أن عديم التمييز يعتبر مسؤولاً إذا كان حارساً، في حين يرى الأستاذ السنهوري بأنه يشترط في الحارس أن يكون مميزاً، وذلك لأن غير المميز لا يتصور الخطأ في جانبه. (عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 1099)