مسؤولية المتسبب عن العمل غير المشروع

– دراسة مقارنة –

أ.م.د. محمد جعفر هادي
كرار علي عبيد
كلية القانون – جامعة بابل

Liability of causative person for unlawful act

-A comparative study–

Muhammad Jaafar Hadi
Karar Ali Obaid
College of Law - University of Babylon

Abstract

This study dealt with a part that can be described as one of the important topics in civil law, which is the responsibility for the illegal act, as the latter is considered one of the most important pillars of civil laws, as it relates to an issue of interest to members of society, which is the issue of compensation. This study presented one of the two forms of illegal action, which is causation Where this picture of the illegal act has been discussed because of the problematic it may raise, because the damage is suspended according to the intervention of some factors, which calls for researching whether these factors that mediated the harm and the harmful act have an effect in denying the attribution of that harm to the perpetrator, to determine whether the offender enjoys a certain peculiarity that requires treating him with special provisions.

Keywords: unlawful act, causative person, intentionality, infringement

الملخص

تناولت هذه الدراسة جزئية يمكن أن توصف بأنها من الموضوعات المهمة في القانون المدني، وهي المسؤولية عن العمل غير المشروع، حيث تعتبر هذه الاخيرة من أهم ركائز القوانين المدنية، لتعلقها بمسألة تهم افراد المجتمع، وهي مسألة التعويض عن الضرر. فعرضت هذه الدراسة لأحدى صورتي العمل غير المشروع، وهو التسبب. حيث تم بحث هذه الصورة للعمل غير المشروع لما قد تثيره من اشكالية، بسبب توقف وقوع الضرر بموجبها على تدخل بعض العوامل، الامر الذي يستدعي البحث فيما اذا كان لتلك العوامل التي توسطت الضرر والفعل الضار الأثر في نفي نسبة ذلك الضرر الى الفاعل أم لا، للوقوف على ما اذا كان للمتسبب خصوصية معينة تستدعي معالجة مسؤوليته بأحكام خاصة.

الكلمات المفتاحية: العمل غير المشروع، المتسبب، التعمد، التعدي

المقدمة

أولاً:– جوهر فكرة الموضوع:

يمثل موضوع المسؤولية عن العمل غير المشروع، أهم الركائز الاساسية في القانون المدني، لما له من أهمية خاصة على حياة الافراد فضلاً عن ممتلكاتهم، وذلك لتعلقه بمسألة تحديد المسؤول عن تعويض الضرر. حيث يعد هذا الاخير(التعويض عن الضرر) بحق علة كل تطور طرأ على المسؤولية. فالرغبة في حماية المضرور، وتوفير ضمانة فعالة لتعويضه عما أصابه من ضرر، هي رغبة؛ تبتغيها مختلف الانظمة القانونية.

وفي سبيل تحقيق هذه الرغبة نظم المشرع العراقي أحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع، مستمداً تلك الاحكام بصورة أساسية من الفقه الاسلامي مع إجراءه بعض التحويرات عليها، حيث صنف المشرع – كما الفقه الاسلامي – الافعال المضمونة الى نوعين هما المباشرة والتسبب، وذلك تبعاً لطبيعة الفعل المسبب للضرر فيما إذا كان مستقلاً أو محتاجاً لغيره في احداث الضرر.

فالضرر الواقع تارةً يكون بفعل مباشر لا يتخلل بينه وبين محل الضرر أي واسطة، واخرى يكون الفعل غير مؤدي بذاته الى احداث الضرر وإنما يكون محتاجاً في سبيل ايقاع الضرر الى وساطة غيره من الاسباب الاخرى، بحيث يكون لهذه الاسباب دور فعال في حدوث الضرر، بمعنى ان هذا الفعل موجب لإحداث الضرر لا بذاته بل بواسطة أمر آخر لم يكن له التأثير الكافي لإحداثه، على نحو لا يمنع من نسبة الضرر الى الفاعل.

ثانياً:– إشكالية البحث:

إذا كان المشرع العراقي قد استمد مصطلح المتسبب من الفقه الاسلامي، فهل يستلزم ذلك أن يورد له أحكاماً استثنائية؟ بمعنى هل النص على التسبب يحتاج الى تفريد في الاحكام؟ أم انه يتبع المباشر في أحكامه؟ يعد ما تقدم الإشكالية الاساسية في هذه الدراسة، والتي نسعى من خلالها لطرح مجموعة من التساؤلات، ومن البديهي سيكون أول هذه التساؤلات ما المقصود بالمتسبب وماهي المعايير التي تميزه عن المباشر؟ وما هي حالات تتحقق مسؤوليته؟ بالإضافة الى التساؤل عن حكم اجتماع المباشر والمتسبب؟ ومحاولة الوقوف على حقيقة موقف الفقه الاسلامي من ذلك. لمعرفة مدى موافقة ما تبنته القوانين التي استمدت تقسيم الفعل الضار من الفقه الاسلامي مع ما طرحه هذا الفقه من أحكام.

ثالثاً:– منهج البحث:

سنعتمد في بحثنا لمسؤولية المتسبب عن العمل غير المشروع الاسلوب التحليلي المقارنة للنصوص محل الدراسة، على أن ننطلق من نصوص القانون المدني العراقي كأساس للمقارنة مع كلً من القانون المدني الاردني، وقانون المعاملات المدنية الاماراتي، لجهة أنهما قد استلهما من الفقه الاسلامي ذات التقسيم الذي اعتمده المشرع العراقي للأفعال المضمونة. كذلك فانه سوف لن تفوتنا الاشارة الى القانون المصري، ذلك انطلاقاً من حقيقة ان هذا الاخير هو أيضاً يمثل أهم المصادر التاريخية للقانون العراقي، فضلاً عن إن المقارنة مع القانون المصري تكتسي أهمية خاصة، لجهة أن هذا الأخير لم يأخذ بتقسيم الافعال الضارة الى (مباشرة وتسبب) فتتكشف بالتالي أهمية الاخذ بالتقسيم من عدمه عند المقارنة مع القانون المصري. وإن بيان أحكام القوانين التي استلهمت تقسيم الفعل الضار من الفقه الاسلامي سوف يكون قاصراً اذا لم تتم مقارنتها بهذا الفقه بمذاهبه الغنية المتعددة، لكونه يمثل جذرها التاريخي الاول.

رابعاً:– هيكلية البحث:

سنوزع موضوع البحث على مبحثين، نخصص الاول منهما لبيان مفهوم مسؤولية المتسبب، من خلال مطلبين، نتولى في المطلب الاول تحديد ماهية المتسبب، عن طريق بيان تعريفه ومعايير تمييزه عن المباشر. وأما المطلب الثاني فسنتناول فيه حالات ضمان المتسبب، حيث سنبحث فيه حالة التعمد في احداث الضرر، وحالة التعدي في احداثه.

أما المبحث الثاني فسيخصص لبحث أحكام مسؤولية المتسبب، وذلك في مطلبين، نكرس الاول منهما لبحث حالة تغليب مسؤولية أحد الفاعلين على الآخر، فنبين فيه الاحوال التي يقدم فيها المباشر في الضمان، وتلك التي

يقدم فيها المتسبب. أما المطلب الثاني فسنخصصه لبحث حالة اشتراك كلا الفاعلين بالضمان، والذي سنبحث فيه حالة اشتراك المباشر والمتسبب في الضمان، وحالة اشتراك اكثر من متسبب بالضمان.

المبحث الاول

مفهوم مسؤولية المتسبب

من المسلَّم به، إن المسؤولية عن الأعمال الشخصية غير المشروعة، لا يمكن أن تتحقق إلا بصدور فعل ضار من الشخص، حيث يشكل ذلك الفعل أول أركانها. لذلك اهتمت التشريعات بتحديد عناصره، وبيان الحالات التي يمكن أن يتمظهر من خلالها وجوده، ليعتبر مع غيره من باقي الأركان الأساس الذي تُبنى عليه المسؤولية. وفي ذلك نص المشرع العراقي في المادة (1/186) بأنه " إذا أتلف أحد مالَ غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً...". وبما أن المشرّع العراقي قد نصَّ على مسؤولية المتسبب، سنسعى في هذا المبحث للتعرف على مفهوم المتسبب، والحالات التي يجب تضمينه فيها. الأمر الذي يستدعي معالجة ذلك في مطلبين: يخصص الأول لتحديد ماهية المتسبب، والثاني لبيان حالات ضمان المتسبب.

المطلب الأول

تحديد ماهية المتسبب

سنحاول في هذا المطلب الوقوف على معنى المتسبب، من خلال الرجوع الى المدونات الفقهية الاسلامية، ليتسنى لنا بعد ذلك تحديد مضمونه قانوناً(فرع أول)، فإذا فرغنا من ذلك سوف ننتقل للبحث في المعيار المعتمد في تمييزه عن المباشر (فرع ثاني).

الفرع الأول

تعريف المتسبب

يعرف المتسبب لغةً على أنه: اسم مفعول من تسبب، وأصله الثلاثي سبب، ومعنى السبب " كل شيء يتوصل به إلى غيره ... والجمع أسباب; وكل شيء يتوصل به إلى شيء، فهو سبب"[1].

أما المتسبب في اصطلاح الفقهاء، فيطلق على ما يُقابل المباشر، ولقد تنوعت التعريفات التي قدمت للتسبب، فقد عرفه بعض الحنفية بأنه " الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادةً "[2]. وبهذا المعنى جاء في مجلة الأحكام العدلية بأن " الإتلاف تسبباً هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله مُتسَبِب "[3]. وقريب من هذا المعنى، ما أورده بعض الحنابلة، من أن التسبب هو" فعل ما يفضي عادة إلى الإتلاف دون أن يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه ويعبر عن الفاعل بالمتسبب "[4]. ويلاحظ أن التعريفات المتقدمة للمتسبب، لا يمكن أن يوصف أيٌ منها بأنه تعريف جامع، لأنها تسمح بدخول غير المتسبب في مضمونها; إذ أن المباشرة أيضاً قد تكون بإحداث أمر في شيء يؤدي إلى تلف شيء آخر، أو

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر، ص458.

[2] علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد عوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء العاشر، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص71.

[3] المادة (888) من مجلة الأحكام العدلية.

[4] أحمد عبد الله القاري، مجلة الأحكام الشرعية، دراسة وتحقيق: د. عبد الوهاب ابو سليمان و د. محمد إبراهيم أحمد، الطبعة الأولى، مطبوعات تهامة، جدة، 1981، ص430.

تكون بفعل ما يفضي عادةً إلى الاتلاف، مثال ذلك ما لو قام أحدهم بدفع شخص ما على مال مملوك للغير فأتلفه، في هذه الحالة يكون الفعل وهو دفع الشخص قد أدى إلى تلف شيء آخر وهو مال الغير، وما من شك في إن الفاعل في هذه الحالة وأمثالها يُعدُّ مباشراً للضرر. أما الشافعية فقد عَرف بعضهم التسبب بأنه "ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله "[5]. بينما عُرّف التسبب من بعض المالكية على أنه " ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المفتضى (المفضي) لوقوع الفعل بتلك العلة "[6]. فيما عَرَّف بعض الإمامية التسبب بأنه " ما لولاه لما حصل التلف لكن علة التلف غيره "[7]، أو كما عرفه آخر بأنه " فعل ملزوم العلة "[8]. أي القيام بما هو لازم لوجود علة التلف.

الواضح من التعريفات المتقدمة أنها تركز على أن فعل المتسبب يكون لازماً لحدوث الضرر، من غير أن يكون هو السبب المباشر له، أي أن فعل المتسبب لا يحدث الضرر بذاته، وإنما يقوم بما يلزم لوجوده. كحفر البئر، فهو لازم لتحقق الضرر، من خلال الوقوع فيه، لأن الوقوع موقوف على الحفر، ولا يتحقق إلا بعد تحققه، غير أن ذلك لا يعني أن فعل المتسبب يستلزم وقوع الضرر، بل إن وقوع الضرر يستلزم صدور فعل من المتسبب[9].

أما تعريف المتسبب قانوناً، فقد خلا القانون المدني العراقي، والقوانين محل المقارنة من تعريف للتسبب أو المتسبب، ولذلك اجتهد الفقه في تعريفه، فمنهم من عرفه على أنه ما " يكون بعمل يقع على شيء فيفضي إلى تلف شيء آخر "[10]. الظاهر من هذا التعريف هو أنه يقترب أو يكاد يطابق تعريف فقهاء الحنفية الذي مرَّ ذكره، وبيان ما يكتنفه من عيب، حيث إنه ليس بمانع من دخول غير المتسبب في مفهومه، فهو ينطبق على المباشر كما المتسبب، وقد عرف المتسبب من البعض الآخر بأنه " ما يحدث الضرر لا بذاته بل بواسطة وكان علة الضرر"[11]. وإذا كان يمكن الاتفاق مع الشق الأول من هذا التعريف، فإن الشق الثاني، محل نظر، لأنه لو كان فعل المتسبب علة للضرر، لما احتاج إلى شيء آخر لكي يقع بواسطته هذا الضرر.

ومن مجموع ما تقدم يتضح أن المراد بالمتسبب هو من يسند اليه الفعل الممهد أو المعد للفعل الذي نتج عنه الضرر.

---

[5] الشيخ شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص216.

[6] أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، الفروق المسمى بأنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء الرابع، الناشر وزارة الأوقاف السعودية تصوير عن طبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر، 2010، ص27.

[7] المحقق نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مع تعليقات السيد صادق الشيرازي، المجلد الثاني، القسم الثالث والرابع، الطبعة الحادية عشرة، دار القارئ، بيروت، 2004، ص497.

[8] الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1414ه ، ص107.

[9] بهذا المعنى المحقق أحمد المقدس الأردبيلي، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، الجزء العاشر، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، دون سنة نشر، ص496.

[10] د. عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، 1998، ص54.

[11] د. عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص228.

الفرع الثاني

معيار التمييز بين المتسبب والمباشر

قدمت العديد من المعايير لرسم الحدود بين الأفعال التي تعتبر من الأفعال المباشرة، وتلك التي تعد من قبيل التسبب، نأتي على بيانها تباعاً:

1- معيار تخلف النتيجة، والذي يعني أن نتيجة الفعل، والمتمثلة بالضرر، إذا كانت غير حتمية الوقوع، فالفعل يعتبر تسبباً، والفاعل متسبباً[12]، وقد استخلص هذا المعيار من التعريف الذي قدمه بعض الفقه للتسبب على أنه " ما كان بفعل في محل أفضى إليه فعل آخر في محل آخر مع احتمال تخلف الفعل الثاني عنه فإن لم يكن التخلف محتملاً عد الضرر حينئذٍ مباشراً "[13]. ومن الأمثلة التي يستدلون بها على ذلك، ما جاء في مجلة الأحكام العدلية من " إن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره ويكون حينئذٍ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً "[14]، على اعتبار أن النتيجة وهي كسر القنديل غير حتمية التحقق، لذا يعتبر كاسر القنديل متسبباً[15].

2- معيار اتصال الفعل بمحل التلف، حيث يعتبر الفعل وفق هذا المعيار من الأفعال التي تحدث الضرر مباشرةً، إذا اتصل بمحل التلف، ويتضح ذلك المعيار من خلال تعريف المباشرة عندهم بأنها " ايصال الآلة بمحل التلف "[16]. وبمفهوم المخالفة، إن لم يكن الضرر قد وقع من خلال فعل مادي متصل مباشرة بمحل التلف، فهو عمل تسببي. وتبعاً لذلك أفتَوا بأن من صاح على صبي قائم على سطح، ففزع الصبي وسقط ومات، فإن الضمان على عاقلة الفاعل وليس عليه[17]. باعتبار أن عمله هذا تسبب وليس مباشرة، لعدم وجود اتصال مادي بين الفعل والضرر.

3- معيار قوة إسناد النتيجة إلى الفعل، حيث يعتبر الفاعل مباشراً، وفق هذا المعيار، عندما تكون السببية ظاهرة وقوية، بحيث تكون من القوة بحيث لا يفصل فيها بين الفعل والضرر الناتج عنه أي واسطة، أي بعبارة أخرى أن يكون الفعل موجداً بذاته للعلة، أما إذا كانت العلاقة السببية ليست بهذه القوة والظهور، لوجود فعل آخر يفصل بين الفعل الأول والضرر، أي أن الفعل لم يوجد العلة، وإنما أوجد ما يستوجب وجود العلة، كنا بصدد تسبب[18].

---

[12] صالح أحمد اللهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان،2004، ص44. د. عماد أحمد أبو صد، مسؤولية المباشر والمتسبب، دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية والقانون المدني، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، 2011، ص118.

[13] الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص58.

[14] المادة (888) من مجلة الأحكام العدلية.

[15] د. عماد أحمد أبو صد، المرجع السابق، ص118.

[16] علاء الدين بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص71 وما بعدها.

[17] العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان، دراسة وتحقيق د. محمد احمد سراج و د. علي جمعة محمد، المجلد الاول، الطبعة الاولى، دار السلام، القاهرة،1999، ص394.

[18] فخري رشيد مهنا، المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، مطبعة الشعب، بغداد، 1974، ص36. كذلك د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص349.

4- معيار العرف، حيث ذهب بعض فقهاء المسلمين إلى أن المعيار في التمييز بين ما إذا كان فعل الفاعل من قبيل المباشرة أم التسبب يتوقف على نظر العرف، فلا بُدَّ من مراجعته في تشخيص مصاديقهما[19].

ومن أجل ترجيح أحد المعايير السالفة لا بُدَّ من التمهيد قليلاً عن موجبات الضمان في الفقه الإسلامي، التي يمكن تقسيمها الى ثلاث من غير اليد (الغصب)، فهي إما أن تكون بإيجاد علة التلف، أو إيجاد سببه، أو إيجاد شرطه[20].

أما الأول وهو إيجاد علة التلف، والذي يعبر عن فاعله بالمباشر، فهو على قسمين: الأول إيجاد العلة بلا واسطة، كالكلام والقيام والأكل والشرب، وكل ما اصطلح عليه بالأفعال الصدورية غير التوليدية[21]، والثاني هو إيجاد علة علة التلف، وذلك عندما يكون فعل الفاعل علة مؤثرة في علة التلف، كالجرح المولد للمرض المولد للموت، أو سد مجرى التنفس، فإنه يصدق على فاعله مباشراً للضرر، لأن التلف إما أثر فعله أو أثر أثره، مع عدم مشاركة غير فعله أو أثر فعله في إيجاد التلف[22]. أما الثاني وهو إيجاد سبب التلف، فهو الآخر على قسمين: أحدهما ما لا يدخله مباشرة غيره، والذي يسمى بالتسبب التوليدي، ومثله إلقاء الثوب في النار، أو حبس الحيوان عن الطعام حتى يموت، أو فتح قفص الطير، أو رفع رأس وكاء السائل[23]، والآخر هو ما كان بمداخلة مباشرة الغير، بحيث كان السبب له أثراً في توليد المباشرة. كالإكراه على التلف أو شهادة الزور عند القاضي[24]. أما الثالث فهو إيجاد شرط التلف، والمقصود بالشرط هنا هو " ما لا يؤثر في الهلاك ولا يحصله بل يحصل التلف عنده بغيره ويتوقف تأثير ذلك الغير عليه كالحفر مع التردي فإنه لا يؤثر في التلف ولا يحصله وإنما يؤثر التخطي صوب الحفرة والمحصل للتلف التردي فيها ومصادمتها لكن لولا الحفر لما حصل التلف "[25]. ومن خلال ما تقدَّم يتضح أن ما يصطلح عليه بالمتسبب هو من أوجد شرط التلف[26]، أو الذي أوجد السبب الذي يتطلب مباشرة الغير لوقوع التلف، وهذا يعني أن السبب الذي لا يدخله مباشرة غيره، والذي يسمى بالتسبب التوليدي يخرج من مفهوم المتسبب، ومن ذلك يتبين أن ما جاء في مجلة الأحكام العدلية من أن قاطع حبل القنديل، يعتبر مباشراً

---

[19] الشيخ عباس علي الزراعي السبزواري، القواعد الفقهية في فقه الامامية، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مؤسسة النشر الاسلامي، قم المقدسة،1430هـ، ص172. الميرزا أبو الفضل نجم آبادي، الرسائل الفقهية، اعداد مؤسسة اية الله العظمى البروجردي لنشر معالم اهل البيت عليهم السلام، قم المقدسة، دون سنة نشر، ص563.

[20] العلامة عبد الصاحب محمد النراقي، مشارق الاحكام، تحقيق السيد حسين الشبريتي، الطبعة الثانية، مطبعة سلمان الفارسي، قم المقدسة، 138ش، ص427. الشيخ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، القواعد الكبرى، الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 2000، ص265.

[21] الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، تحقيق الشيخ محمد الساعدي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مطبعة خاتم، طهران، 2004، ص119.

[22] العلامة عبد الصاحب محمد النراقي، المرجع السابق، ص427.

[23] أي فتح رباط القربة أو الكيس الذي فيه السائل. فالوكاء في اللغة يعني رباط الصرة أو الكيس أو الوعاء.

[24] العلامة عبد الصاحب محمد النراقي، مرجع سابق، ص427 وما بعدها.

[25] الشيخ شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص216.

[26] الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، القواعد الفقهية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مدرسة الإمام علي عليه السلام، قم المقدسة، 1411هـ، ص207. الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، مرجع سابق، ص119.

لقطع الحبل ومتسبباً في كسر القنديل، محل نظر، لجهة أن الفاعل في هذا المثال قد أوجد علة علة التلف، بمعنى أنه يدخل ضمن مفهوم المباشرة، لأن فعله جلب الضرر من غير أن يتطلب مشاركة غيره فيه.

النتيجة مما تقدم هو تأييد ما يذهب إليه الاتجاه الذي يرى بأن معيار التمييز بين المباشرة والتسبب هو مدى قوة إسناد النتيجة الضارة إلى الفاعل، وآلية إعمال هذا المعيار هو النظر إن كان الضرر الحاصل نتيجة فِعلَين صادرين من شخصين، بحيث يعتبر الفعل الأول مهيئاً أو معداً وممهداً للفعل الثاني، الذي ترتب عليه الضرر مباشرة، من غير أن يكون لازماً له[27].

المطلب الثاني

حالات ضمان المتسبب

من المعلوم أن القانون المدني العراقي قد استمد أحكام المسؤولية عن الأعمال الشخصية من مجلة الأحكام العدلية، وبمراجعة هذه المجلة نجد أنها تورد في المادة (93) منها بأن "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد"، وتنص المجلة أيضاً في المادة (924) على أنه "يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان..."، وتبعاً لذلك جعل المشرع العراقي حالات ضمان المتسبب هي التعمد والتعدي، فنص في المادة (186) على أنه " 1- إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرةً أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى". حيث إن استخدام المشرع للحرف (أو) يعني أنه قد جعل الضمان يتحقق بتحقق أحدهما.

وعلى ذلك ستتركز الدراسة في هذا المطلب، على حالة إحداث الضرر تعمداً، وذلك في فرع أول، وحالة إحداث الضرر تعدياً في فرع ثانٍ.

الفرع الأول

إحداث الضرر تعمداً

التعمد في اللغة هو " ضد الخطأ في القتل وسائر الجنايات، وقد تعمده وتعمد له ويعمده عمداً ... واعتمده: قصده ... وفعلت ذلك عمداً على عين وعمد عين أي بجد ويقين"[28]. أما اصطلاحاً، فقد عُرّف التعمد من بعض الباحثين في الفقه الإسلامي بأنه "صدور الفعل عن قصد وإرادة"[29]، وعرفه آخر بأنه " قصد الحاق الضرر بالغير"[30]. أما التعمد عند شراح القانون، فقد عرفه بعضهم بأنه " الإرادة المتوجهة نحو الفعل ونتائجه"[31]. في حين عرفه آخر بأنه " ارتكاب الفعل بقصد الإضرار "[32].

---

[27] الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، المرجع السابق، ص120.

[28] ابن منظور، لسان العرب، الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، 1999، ص378.

[29] د. محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي، دار اشبيليا، الرياض، 1419هـ، ص66.

[30] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، الطبعة الأولى، دار نشر إحسان، طهران، 2014، ص349.

[31] بدر جاسم يعقوب، المسؤولية عن استعمال الاشياء الخطرة في القانون الكويتي، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1977، ص91.

[32] د. أحمد سلمان شهيب السعدي، د. جواد كاظم سميسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2015، ص296.

ومن الجدير بالذكر أن اشتراط التعمد لضمان المتسبب في القانون العراقي لا يخلو من وجهين، فهو إما أن يراد به التعمد زيادة على التعدي، بمعنى أن يكون التصرف غير مشروع بحد ذاته، ومع ذلك يشترط فيه أن يكون قد وقع على سبيل العمد، كما يذهب إلى ذلك بعضهم[33]، أو أن يراد به أن يكون التصرف مشروعاً في حد ذاته، لكن القصد فيه غير مشروع، أي أن يكون التصرف الجائز قد وقع لأجل الإضرار بالغير، وهذا هو الأرجح، لأن اشتراط الأشمل يحتوي المشمول، فما دام أن المشرع قد اشترط التعدي، وأن التعدي قد يقع عمداً أو عن غير عمد، فما الداعي أن يشترط العمد في التعدي مجدداً، لذا لا يبقى سوى القول إن المراد من التعمد، أن التصرف جائز بحسب أصله، إلا أن نية فاعله غير مشروعة، وبالتالي فإن عدم المشروعية يطال الفعل، وهذا ما تؤكده المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني التي نصت على أن كلمتي " (التعمد) و(التعدي) ليستا مترادفتين إذ المراد بالتعمد تعمد الضرر لا الفعل، والمراد بالتعدي ألَّا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر"[34]، وساقت مثالاً على ذلك عندما نصت "وإذا كان المتسبب متعمداً كان ضامناً ولو لم يكن متعدياً، فإن حفرَ أحد خندقاً في ملكه بقصد الإضرار بماشية الغير، فتضررت، كان ضامناً لتعمده الإضرار، ولو لم يكن متعدياً في فعله"[35].

ومن ذلك نخلص إلى أن المراد من التعمد، كحالة من حالات ضمان المسبب، هو توجيه الإرادة في التصرف الجائز أو الواجب نحو إحداث الضرر. ويتحقق التعمد عند التصرف الواجب، عندما يكون أمام الشخص أكثر من طريق لإنجاز واجبه، إلا أنه يختار الطريق الذي يضر بغيره، قاصداً هذا الإضرار.

الفرع الثاني

إحداث الضرر تعدياً

التعدي في اللغة هو "مجاوزة الشيء إلى غيره، فيقال: عديته فتعدى أي تجاوز... يقال: تعديت الحق واعتديته وعدوته أي جاوزته ... وعدى عن الأمر: جازه إلى غيره وتركه "[36]. أما اصطلاحاً فقد عرف التعدي من بعض الباحثين في الفقه الإسلامي من المحدثين بأنه " تجاوز الحق أو ما يسمح به الشرع "[37]. وعرفه آخر بأنه " تجاوز حدود الحق المسموح به شرعاً أو عادةً "[38].

---

[33] د. جهاد محمد الجراح، الاضرار بالتسبب في القانون المدني الاردني، بحث منشور في مجلة الميزان للدراسات الاسلامية والقانونية، المجلد الثالث، العدد الثاني، 2016، 465.

[34] المذكرة الايضاحية للقانون الأردني، أشار إليها د. عبد الباسط جميعي، عبد المنعم حسني، د. محمد سلام مدكور، عادل حتحوت، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 سنة 1967، إشراف حسن الفكهاني، الجزء الرابع، إصدارات الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 2001، ص1287.

[35] المذكرة الايضاحية للقانون الأردني، أشار إليها د. عما أحمد أبو صد، مرجع سابق، ص103.

[36] ابن منظور، لسان العرب، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص92.

[37] د. محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص65.

[38] د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان او احكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي، دار الفكر، دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2012، ص92.

أما قانوناً، فقد اختلف الشراح في تحديد معنى التعدي إلى اتجاهين: اتجاه يرى أن المراد به هو الخطأ بركنيه المادي والمعنوي[39]، وآخر يذهب الى أن التعدي يعني الركن المادي للخطأ فقط[40]. وهذا ما نرجحه لأن المشرع العراقي قد عطف تعبير التعدي على التعمد بحرف (أو) وهو يدل على أن القصد غير متوافر في المعطوف، بخلاف المعطوف عليه. مما يعني أن التعدي لا يستلزم وجود القصد والإدراك. لا سيما أن المشرع عندما فصل بين تعبيري التعدي والتعمد بحرف أو فإن ذلك يعني أن " كلمة التعدي قسيم التعمد، وقسيم الشيء مباين له فإذا اشترط توافر العنصر المعنوي في التعدي فلا يبقى أي فرق بين التعمد والتعدي وهذا خلاف المنطق اللغوي والمنطق القانوني"[41].

الخلاصة مما تقدم، إن تعبير التعدي يعني الخروج على الواجب القانوني، المتمثل بأداء فعل معين، أو بترك فعل معين، أو اتخاذ الحيطة والحذر المطلوب عادةً عند التعامل، سواء صدر هذا الخروج من مميز أو من عديم التمييز.

المبحث الثاني

أحكام مسؤولية المتسبب

من الممكن أن يكون الضرر قد حصل نتيجة اجتماع فعلين، يكون أحدهما من أفعال المباشرة، ولآخر من أفعال التسبب. أي أن يكون الضرر نتيجة اجتماع فعلي المباشرة والتسبب. وبالتالي، فإن ضمان ذلك الضرر لا يخرج عن احتمال أن يكون على المباشر وحده، أو على المتسبب وحده، أو عليهما معاً. وبتعبير آخر، إما أن تُغَلب مسؤولية أحدهما على الآخر، أو أن يشتركان في المسؤولية. وهذا ما سيكون محور الدراسة في هذا المبحث، حيث سنقسمه على مطلبين: نتناول في الأول منهما تغليب مسؤولية أحد الفاعلين على الآخر، وفي الثاني اشتراك كلا الفاعلين بالضمان.

المطلب الأول

تغليب مسؤولية أحد الفاعلين على الآخر

من البديهي، أن كل من يشترك في إحداث ضرر بالغير، يكون ملزماً بضمان ذلك الضرر، عند توافر شروط معينة. لكن الفقه الإسلامي، وفي كثير من الأحيان، يقضي بغير ذلك عندما يكون المسؤولون عن الضرر مختلفي الصفة. حيث يقضى بتقرير ضمان أحد المسؤولين دون الآخر. وطبيعي أن هذا المسؤول إما أن يكون المباشر أو أن يكون المتسبب. وعليه سنعرض في هذا المطلب للأحوال التي يقدم فيها المباشر، وتلك التي يقدم فيها المتسبب، وموقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة منها كل في فرع مستقل وكما يلي:

---

[39] د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الخطأ، الجزء الثاني، مطبعة العزة، بغداد، 2001، ص58 وص139. د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الاول، مطبعة العاني، بغداد، 1955، ص367. د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الثاني، الاحكام الخاصة، فعل المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الاشياء، 1996، ص443.

[40] د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الاول، العاتك، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة نشر، ص220. فخري رشيد مهنا، مرجع سابق، ص195 وما بعدها.

[41] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المنطق القانوني في التصورات، الطبعة الأولى، نشر إحسان، 2014، ص47وما بعدها.

الفرع الأول

تقديم المباشر في الضمان

المشهور في الفقه الإسلامي، أنه عند اجتماع المباشر للضرر والمتسبب فيه، يقدم المباشر على المتسبب في الضمان[42]. أي يحكم بضمان الأول دون الثاني. كما جاء في مجلة الأحكام العدلية التي نصت في المادة (90) منها على أنه " اذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر".

إن مجلة الاحكام العدلية قد استمدت هذا الحكم من الفقه الحنفي، الذي أورده ضمن القواعد الفقهية العامة، والذي قضى به، بأن الضمان يكون على المباشر، كلما اجتمع مع المتسبب[43]. لجهة أن المباشرة هي العلة المؤثرة في حصول التلف، من غير حاجة إلى واسطة، كما في التسبب. وعليه يكون الأصل أن يضاف الضمان إلى المباشرة، لا إلى الأسباب التي أوصلت إليها. لأن المباشرة أقرب وأقوى في التأثير[44].

إلا أن جانباً من الفقه الحنفي، لم يسلم بهذا الحكم على إطلاقه. إذ قيده بأن يكون فعل المتسبب شيئاً لا يمكن أن يعمل بانفراده على جلب الضرر، حتى يمكن تضمين المباشر وحده. أما لو كان العكس، أي لو كان فعل المتسبب من الممكن أن يؤدي إلى التلف منفرداً، كان الضمان عليهما، أي يشترك المباشر والمتسبب في الضمان[45].

على أن قاعدة تقديم المباشر على المتسبب لم ينفرد بها الفقه الحنفي، حيث أورد فقهاء الشافعية هذا الأصل ضمن القواعد العامة بعبارة تشبه ما جاء عند الحنفية. فأفتوا بأنه " إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة قدمت المباشرة "[46].

كما صاغ فقهاء الحنابلة هذا الأصل في قاعدة عامة مع تقييده بأن لا تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه. حيث جاء في القاعدة السابعة والعشرين بعد المائة، من كتاب القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب الحنبلي بأنه " إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه ..."[47].

وهكذا الأمر بالنسبة للفقه المالكي، فهو الآخر قد قرر تقديم المباشر على المتسبب في الضمان في أحوال اجتماعهما. فأفتى القرافي بأنه " إذا اجتمع منها سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب "[48]. غير أن بعض فقهاء المالكية قد قيد هذا الأصل بأن لا يكون المتسبب قد قصد الإضرار بشخص معين، وإلا

---

[42] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، المجلد الاول، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص91.

[43] العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مرجع سابق، ص405.

[44] الشيخ أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 1989، ص447.

[45] العلامة فخر الدين عثمان الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، بهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي، الجزء السادس، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، 1315هـ، ص150.

[46] جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، الجزء الاول، الطبعة الثانية، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، 1997، ص259.

[47] عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الاسلامي، دار الفكر، دون سنة نشر، ص285.

[48] احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي، الفروق المسمى بأنواء البروق في انواء الفروق، الجزء الثاني، دار النوادر، الكويت، 2010، ص208.

كان كلاهما مسؤولاً عن الضمان. كما لو أن شخصاً حفر بئراً ليقع فيها شخص معين، علم أنه سيمر عليها، فدفعه فيها شخص آخر، كان كلاهما المسؤول، أي الحافر والمردي[49].

كما أخذ بهذا التوجه بعض فقهاء الإمامية مع تقييده بعدم علم المباشر بحال السبب حيث جاء عندهم بأنه " إذا اتفق المباشر والسبب، ضمن المباشر، كالدافع مع الحافر... ولو جهل المباشر حال السبب، ضمن المسبب"[50].

إلا أن هذا الحكم ليس محل اجماع عند فقهاء الإمامية، إذ ذهب فريق منهم، إلى عدم التسليم بضمان المباشر مطلقاً، عند اجتماعه مع المتسبب. وإنما يكون الملاك في تقرير الضمان عندهم هو مدى قوة التأثير في إيقاع الضرر. حيث ينظر إن كانت المباشرة أقوى، اختص المباشر بالضمان دون المتسبب، وإن كان التسبب أقوى، كان الضمان على المتسبب دون المباشر[51]، وإن لم يكن أحدهما أقوى من الآخر، قضي باشتراكهما بالضمان[52]. فيما أشكل البعض الآخر على ذلك بالقول، إن كون المباشرة أقوى من التسبب، لا يوجب نفي الضمان عن المتسبب بعد وجود ما يقضي بضمانه أيضاً، واستدل على ذلك بضمان الغاصب مع تعاقب الأيدي على العين المغصوبة، أو ما كان بحكم الغصب، إذ لا فرق في الحكم بين القوي والضعيف. حيث إن مجرد تحقق اليد يستوجب الضمان على الغاصب[53]. ولذا قرروا بأنه لا يوجد ما يمنع من القول بضمانهما معاً، لولا الاجماع المنعقد على ضمان الأقوى منهما، حيث لولا ذلك، لكان القول بضمانهما معاً في غاية الحسن[54].

ومن مجموع ما تقدم، يتبين أن قاعدة تقديم المباشر على المتسبب في الضمان، ليست قاعدة مطلقة في الفقه الإسلامي. حيث إن أغلب مذاهب هذا الفقه قيدت هذه القاعدة بقيود معينة. ولذا يذهب بعضهم إلى أن هذه القاعدة قد انتشرت "خطأً" في الفقه وبين الفقهاء وشراح القانون، لأنه وبتتبع الفروع الفقهية، التي أوردها فقهاء الشريعة، والتي عالجوا من خلالها حالات اجتماع المباشر مع المتسبب، يتضح أن القاعدة الصحيحة هي " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى أقواهما وإذا تساويا تساوت المسؤولية "[55].

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي، فقد نص في المادة (2/186) على أنه "وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان".

الظاهر من نص المتقدم هو أن المشرع العراقي جعل الضمان على المتعمد أو المتعدي، سواء أكان مباشراً أم متسبباً.

---

[49] العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مع تقريرات الشيخ محمد عليش، الجزء الثالث، دار إحياء الكتب العربية، دون سنة طبع، ص444 وما بعدها.

[50] المحقق نجم الدين جعفر الحلي، مرجع سابق، ص501. الشيخ زين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الجزء الرابع، الطبعة الثانية عشر، مجمع الفكر الإسلامي، قم المقدسة، 1437هـ ، ص483.

[51] محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، الجزء الخامس، قدس محمدي، قم المقدسة، دون سنة نشر، ص12.

[52] الشيخ عباس علي السبزواري، مرجع سابق، ص185.

[53] السيد أحمد الخوانساري، جامع المدارك في شرح المختصر النافع، الطبعة الثانية، الجزء السادس، مؤسسة اسماعيليان، قم المقدسة، 1405هـ، ص212 وما بعدها.

[54] السيد علي محمد علي الطبطبائي، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل، الجزء الرابع عشر، تحقيق مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، دون دار نشر، دون سنة نشر، ص20.

[55] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص79.

أما بالنسبة للقانونين الأردني والإماراتي ، فقد قررا جعل الضمان على المباشر في حال اجتماعه مع المتسبب، جرياً على ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية. حيث نص المشرع الأردني في المادة (258) من القانون المدني، والمشرع الإماراتي في المادة (284) من قانون المعاملات المدنية، على ذلك في مادة متطابقة في المضمون والصياغة جاء فيها " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر".

فبحسب مفهوم هذا النص، يكون الضمان على المباشر مطلقاً، كلما اجتمع مع المتسبب. الأمر الذي يثير التساؤل حول الوضع القانوني فيما لو كان لفعل المتسبب الدور الأكبر في إيقاع الضرر، كما لو قام شخص برش مادة زلقة في الشارع العام فتسببت بأن يزلق بها أحد المارة ويتلف إثر ذلك الانزلاق مالاً لغيره. فيثار التساؤل عن مدى إمكانية تقرير الضمان على المتسبب في هذه الحالة وأمثالها[56].

بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، نجد أنها تقرير بأنه من الممكن أن يكون الضمان على المتسبب وحده، مع وجود مباشر للضرر معه، حيث جاء فيها "يقدم المباشر في الضمان على المتسبب ... أما إذا كان السبب مما يفضي مباشرة إلى التلف فيترتب الحكم على المتسبب"[57]. إلا أن صياغة نص المادة (284) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وما يقابلها في القانون المدني الأردني، تأبى أن يكون للمتسبب نصيب من الضمان، ما دام وجد معه مباشراً. وعليه يتحمل المباشر كامل المسؤولية، ويلزم بالضمان وحده، ودون إمكانية وجود أحوال استثنائية، يقدم فيها المتسبب أو يشترك مع المباشر في الضمان[58].

أما بالنسبة للقانون المصري، فقد عالج مسألة تعدد المسؤولين، بعيداً عن فكرة المباشرة والتسبب، حيث قضت المادة (169) من التقنين المدني بأنه " إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين بالتزامهم في تعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض".

الظاهر من النص المتقدم، أنه يتيح للقاضي توزيع التعويض على المسؤولين المتعددين، لا على أساس التساوي بينهم، وإنما على أساس جسامة الخطأ الصادر من كل منهم، ولذا فأن القاضي لا يلجئ الى التوزيع على عدد الرؤوس، أي التساوي في المسؤولية، إلا إذا لم يستطع تحديد جسامة خطأ كل مسؤول فعندئذ يُجري التوزيع بالتساوي على المسؤولين[59].

الفرع الثاني

تقديم المتسبب في الضمان

إن المتتبع للحالات أو الفرضيات التي أوردها فقهاء المسلمين، والتي يجتمع فيها المباشر والمتسبب، يجد أن هناك قيوداً على قاعدة إضافة الفعل للمباشر في حال اجتماعه مع المتسبب، كما ويجد أن هناك استثناءات قد

---

(56) د. مدحت محمود عبد العال، نظرة تحليلية لأحكام المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2010، ص65 وما بعدها.

(57) المذكرة الإيضاحية، مرجع سابق، ص281، أشار إليها د. مدحت محمود عبد العال، المرجع السابق، ص70.

(58) د. عدنان إبراهيم السرحان، تأملات في احكام الفعل الضار، دراسة تشريعية وقضائية في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة المفكر، صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة خيضر، الجزائر، العدد السابع، 2011، ص17.

59 د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص895.

أوردت عليها، تجلت في الفروض العملية لموارد اجتماع المباشر والمتسبب. ومن خلال استقراء نصوص الشريعة التي وردت في مختلف المذاهب الإسلامية، ومن خلال تتبع الفروض العملية، نخلص إلى أن هناك أحوالاً يقدم فيها المتسبب على المباشر في الضمان[60]، تتمثل بالآتي:-

أولاً: إذا كانت المباشرة ناشئة عن التسبب، وكانت لا عدوان فيها بالكلية[61]. كما في حالة رجوع الشهود عن الشهادة، بعد أن حكم القاضي بناء على شهادتهم[62]. إذ يلزم الشهود في هذه الحالة بالضمان، رغم أن المباشر هو القاضي، وأن الشهود ما هم إلا متسببين. إلا أنه ما دام أن المباشرة لم يكن فيها أي تعدٍ، وكانت مبنية على شهادة الشهود. لا يلزم المباشر – والحال هذه– بأي ضمان، ويكون الضمان على المتسبب وحده. وهكذا الحكم عندما يقيم الخبراء أموال اليتامى أو الاوقاف بغبن فاحش، وهم يعلمون بذلك، فإنهم يضمنون النقص[63].

وهذا ما يتوافق وما قرره القانون المدني العراقي، من حيث أن هذا الأخير قد جعل الضمان على المتعمد أو المتعدي. وبالتالي إذا كان المباشر غير متعمد او متعدٍ، أي كانت المباشرة لا عدوان فيها، فلا ضمان عليه. مما يعني أن الضمان يتقرر على المتسبب وحده.

وهذا بخلاف الحال بالنسبة للقانونين الأردني والإماراتي، اللذان قضيا بتقديم المباشر في الضمان مطلقاً. ومع ذلك لم يلتزم القضاء بحرفية النص، فقد قضت محكمة تمييز دبي في غير قضية من أنه " إذا اجتمع للضرر فعلان أحدهما بالمباشرة والآخر بالتسبب، فالأصل إضافة الضمان إلى المباشر ما لم يكن المباشر ملجأ إلى التسبب وليس فيه عدوان أو قائماً بواجب فرضه عليه القانون أو العرف، وعندئذ يكون ضمان الضرر على المتسبب لإلجائه إلى المباشرة"[64].

أما بالنسبة للقانون المدني المصري، فإنه يربط المسؤولية بالخطأ. وبالتالي، فإن الضمان على من صدر منه الخطأ، سواء أكان مباشراً أم متسبباً.

ثانياً: "إذا جهل المباشر حال السبب "[65]، أي إذا كان المباشر لا يعلم بوجود السبب المؤدي إلى التلف. كما لو ان الطبيب وصف الدواء الخطأ، والممرض اعطاه إلى المريض، مما زاد في مرضه، فإن الضمان يكون على الطبيب إذا كان الممرض جاهلاً بحال الدواء[66]. أو كما لو دفع شخص آخر، فوقع في بئر مغطى، كان قد حفره شخص ثالث، وغطاؤه. ألزم الحافر بالضمان، ولا شيء على الدافع[67].

---

[60] مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، الطبعة الاولى، دار القلم، دمشق، 1988، ص84.

[61] عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، مرجع سابق، ص285.

[62] السيد محمد حسين البجنوردي، القواعد الفقهية، تحقيق مهدي المهريزي، محمد حسين الدرايتي، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، الهادي، قم المقدسة، 1419هـ ، ص35.

[63] ابن عابدين، حاشية رد المحتار، الجزء السادس، دار الفكر، بيروت، 1995، ص517.

[64] د. عدنان إبراهيم السرحان، مرجع سابق، ص22.

[65] الشيخ شمس الدين محمد بن جمال الدين مكي العاملي، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، تقديم علي أصغر مروارید، دون دار نشر، دون سنة نشر، ص182. المحقق نجم الدين جعفر بن حسن الحلي، مرجع سابق، ص501.

[66] السيد محمد حسن البنوجردي، مرجع سابق، ص34.

[67] السيد روح الله الموسوي الخميني، تحرير الوسيلة، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار التعارف، بيروت، 1981، ص569.

والملاحظ في هذه الحالة، إن جعل الضمان على المتسبب، لا يتوقف على التعمد. حيث يعتبر المتسبب مقدماً على المباشر، سواء قصد الإضرار بالغير أم لم يقصد ذلك[68]. مما يعني أن الضمان في هذه الحالة قد تقرر بالاستناد إلى التعدي، والملاحظ أيضاً أن التعدي قد صدر من كلا الفاعلين كما في المثال الأخير. ولذا لا يبقى سوى القول بأن الضمان تقرر بالاستناد على قوة التأثير في جلب الضرر. لأنه معلوم أن الأضرار الناتجة عن مجرد الدفع تختلف قطعاً عن تلك التي تنتج من الوقوع في حفرة. وبالتالي قدم المتسبب باعتبار أن فعله أقوى في جلب الضرر.

ومن المهم في هذا الصدد، معرفة مدى إمكانية شمول هذه الحالة بعموم نص المادة (186) من القانون المدني العراقي؟ في البدء لا بد من القول، إنه ما من شك بأن المباشر إذا كان غير عالم بوجود السبب المؤدي إلى الضرر، فهذا يعني، أنه في الغالب غير متعمد الإضرار. ولذا تكون هذه الحالة مستوعبة ضمناً في عموم نص المادة المشار إليه، طالما كان المباشر غير متعدٍ، أما إذا كان المباشر قد تعدى فيكون الضمان عليهما معاً. وهذا بالتأكيد عكس ما ذهب إليه القانونين الأردني والإماراتي، عندما جعلا الضمان على المباشر مطلقاً.

ثالثاً: إذا كان التسبب من قبيل التغرير بالمباشر[69]. والتغرير كما يعرفه فقهاء المسلمين هو ترغيب شخص إلى فعل معين، يترتب عليه ضرر، أي أن يكون الفعل قد صدر من المباشر نتيجة انخداعه بواسطة الغير[70]. أو هو كما يعرفه بعض شراح القانون بأنه "حمل شخص على قبول ما لا خير فيه بوسيلة كاذبة مضللة ترغب فيه بدعوى أن فيه مصلحة"[71].

ويورد فقهاء المسلمين تطبيقات لتضمين الغار منها، ما لو قال رجل لأهل السوق هذا ابني فبايعوه، إني أذنت له بالتجارة، ثم تبين أنه ابن الغير، فإن لمن تبايع مع الصغير الرجوع على الرجل[72].

أما القانون المدني العراقي، فقد نص على التغرير على أنه فعل ضار، فأورد في المادة (189) إنه " إذا غر أحد آخر ضمن الضرر، فلو قال رجل لأهل السوق: هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فإني أذنته بالتجارة، ثم ظهر بعد ذلك أن الصبي ولد غيره فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي وبالتعويض عن الأضرار الأخرى".

---

[68] الشيخ محمد القائني، المبسوط في فقه المسائل الطبية المعاصرة، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مطبعة اعتماد، نشر مركز فقه الائمة الاطهار، قم، 1427هـ، ص136.

[69] الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي، مرجع سابق، ص107. زين الدين بن علي العاملي، مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مرجع سابق، ص165. حسن بن جعفر كاشف الغطاء، مرجع سابق، ص54. محمد جواد مغنية، مرجع سابق، ص12.

[70] السيد محمد حسن البجنوردي، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص272-269.

[71] د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الطبعة الاولى، الاصدار الثالث، ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص304.

[72] محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، قدم له وقرظه د. محمد بكر إسماعيل، الجزء السابع، طبع خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص365.

وهذا ما أخذ به القانونين الأردني والإماراتي، حيث جاء في المادة (259) من القانون المدني الأردني، التي تطابق مضمون وصياغة المادة (285) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بأنه "إذا غر أحد آخر ضمن الضرر المترتب على ذلك الغرر".

أما بالنسبة للقانون المدني المصري، فلم ينص على التغرير في المسؤولية غير العقدية بنص خاص. ولكن بما أنه لا يوجد حصر للأفعال غير المشروعة التي يمكن أن تشكل خطأ يوجب قيام مسؤولية فاعله، فإن التغرير يكون مشمولاً ضمن هذه الأفعال، إذا خلف للغير وهماً ترتب عليه ضرر له، باعتباره صورة من صور الخطأ[73].

رابعاً: إذا كان التسبب بطريق الإكراه[74]. ويعرف الإكراه عند فقهاء المسلمين بأنه " حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل ولا يختار مباشرته لو ترك ونفسه "[75]. فيما عرف الإكراه من بعض شراح القانون على أنه " حمل الغير – بغير حق – على ما لا يرضاه "[76]. وهكذا عرفه المشرع العراقي بأنه " إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه "[77].

من هنا نجد أن القوانين محل المقارنة، والتي توصف بالأكثر قرباً من الفقه الإسلامي قد اتجهت إلى جعل الضمان على المكرِه على التصرف، إذا كان الإكراه ملجأً. حيث جاء في المادة (1/215) من القانون المدني العراقي، وبما يتطابق مضموناً وصياغةً للمادتين (1/263) من القانون المدني الأردني، و(1/289) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، بأنه "يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن الفاعل مجبراً على أن الإجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجأ وحده".

أما القانون المدني المصري، فقد جاء خالياً من نص مشابه للنص المتقدم، مع ذلك، فأنه يمكن إعفاء المكرَه من المسؤولية عن تعويض الضرر الذي نتج عن الفعل الذي أُكره عليه استناداً لنص المادة (163) التي تقرر بأن " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ". وبالتالي، لا يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر ما لم يصدر منه خطأ. ومعلوم أن الخطأ لا يتحقق إن لم يكن هناك خروج عن سلوك الشخص المعتاد. وعليه ما دام أن فعل المكرَه غالباً ما يكون متوافقاً مع تصرف الشخص العادي، الذي يوضع بظروفه نفسها، فلا يمكن أن يوصف فعله بالتعدي. مما يعني أنه لا ينسب إليه أي خطأ في التصرف. وبالتالي يكون غير مسؤول عن الضرر. بعكس المكرِه الذي سيكون هو المسؤول عن هذا الضرر، لثبوت صدور الخطأ منه.

---

[73] د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، مرجع سابق، ص442.

[74] العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مرجع سابق، ص457. الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي، مرجع سابق، ص107

[75] كمال الدين بن همام الحنفي، التقرير والتحبير شرح العلامة المحقق ابن أمير الحاج الحلبي على التحرير في أصول الفقه، ضبطه وصححه عبد الله محمود محمد عمر، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص265.

[76] د. محمد المرسي زهرة، المصادر غير الارادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، الفعل الضار والفعل النافع، الطبعة الاولى، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، 2002، ص116.

[77] انظر ما يقابل هذه المادة في القانون المدني الأردني في المادة (135) منه، وقانون المعاملات المالية في المادة (176) منه، نفس تعريف القانون العراقي، مع إضافة عبارة "ويكون مادياً أو معنوياً" في التشريع الأردني. وعبارة " ويكون الإكراه ملجئا أو غير ملجئ ويكون مادًيا أو معنوياً " في التشريع الإماراتي. كما ويستفاد تعريف الإكراه من نص المادة (127) من القانون المدني المصري بأنه رهبة يبعثها الطرف الآخر في نفس المكره دون وجه حق.

خامساً: إذا كان المباشر شخصاً عديم التمييز، أو حيواناً لا يملك الشخصية القانونية[78]. حيث يقرر فقهاء المسلمين في هذه الحالة بأنه إذا حفر أحدهم بئراً ودفع الحيوان أو المجنون شخص ما فيه، كان الضمان على الحافر. وهكذا لو أن شخصاً أعطى للمجنون سكيناً فجرح بها أحداً، تقرر الضمان على المتسبب، أي المعطي، ولا شيء على المجنون[79].

والملاحظ على هذا الحكم، إنه يخالف ما نصت عليه المادة (191) من القانون المدني العراقي، التي تقرر مسؤولية عديم التمييز. وبالتالي فإن الصغير أو المجنون لا يمكن أن يعفى من مسؤولية لاجتماعه مع متسبب في إحداث الضرر، طالما صدر منه تعدٍ، أما إذا لم يصدر منه أي تعدٍ فلا ضمان عليه، لعدم إمكانية صدور التعمد منه. ولذا وبحسب الأمثلة المتقدمة فإن الضمان سيكون على عديم التمييز والمتسبب معاً، طبقاً لأحكام القانون العراقي.

وكذلك يختلف الحكم في القانونين الأردني والإماراتي وما قرره الفقه الإسلامي، حيث يكون الضمان في هذين القانونين على المباشر وحده[80]، سواء أكان مميزاً أم كان عديم التمييز. أما إذا كان المباشر حيواناً فإنه ينظر أيضاً إن كان مالكه قد قصر في حراسته أم لا، فإذا تبين أنه مقصر، فالضمان عليهما معاً، أي على الحافر ومالك الحيوان، باعتبارهما المتسببان بالضرر، أما إن لم يقصر فالضمان على الحافر وحده.

ويتوافق حكم الفقه الإسلامي ومع ما ذهب إليه القانون المدني المصري، الذي يقرر بأنه لا مسؤولية إلا على من صدر منه خطأ. وبالتالي، إذا اجتمع أكثر من مسؤول عن الضرر، لا يلزم بالضمان إلا من يسند اليه الخطأ. وبما أن عديم التمييز من غير المتصور أن ينسب إليه الخطأ، فلا مسؤولية عليه. طالما أن القانون المصري يقيم الخطأ على ركنين معاً (المادي المتمثل بالقيام بسلوك مخالف للقانون، والمعنوي المتمثل بضرورة امتلاك هذا الشخص للإدراك)

المطلب الثاني

اشتراك كلا الفاعلين بالضمان

انتهى البحث في المطلب السابق إلى أن قاعدة تقديم المباشر على المتسبب في الضمان، ليست قاعدة مطلقة في الفقه الإسلامي. حيث ترد عليها مجموعة من الاستثناءات، يكون فيها الضمان تارة على المتسبب وأخرى عليه وعلى المباشر معاً. وبعد أن انتهينا من تتبع الاستثناءات التي يكون فيها الضمان على المتسبب وحده. ننتقل لتتبع الاستثناءات التي يشترك فيها المتسبب مع المباشر في تحمل الضمان أو التعويض. فإذا انتهينا من ذلك فأنه يكون من المناسب البحث في مسألة اجتماع أكثر من متسبب في احداث الضرر. وتبعاً لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين: نبحث في الأول منهما اشتراك المباشر والمتسبب بالضمان. أما الثاني فسيخصص لمناقشة حالة اجتماع المتسببين.

---

[78] مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص92.

[79] السيد محمد حسن البجنوردي، مرجع سابق، ص35 وما بعدها.

[80] انظر نص المادة 258 من القانون المدني الاردني، والمادة 284 من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

الفرع الأول

اشتراك المباشر والمتسبب بالضمان

تتمثل الاستثناءات التي أوردها فقهاء المسلمين – من مختلف المذاهب – والتي يشترك فيها المباشر والمتسبب بالضمان بالآتي:

أولاً: إذا كان التسبب شيئاً يعمل بانفراده في الإتلاف. وهذا يعني أن المتسبب لا يضمن مع المباشر، إلا عندما يكون التصرف الصادر منه، من غير الممكن أن يحدث الضرر منفرداً. كما في عملية الحفر، فإن الحفر لا يوجب التلف دون الإلقاء الصادر من المباشر، لذا يحكم بضمان المباشر وحده. أما لو كان عمل المتسبب من الممكن أن يكون محدثاً للضرر بمفرده، فإنه يشترك مع المباشر في الضمان. كما لو أن راكب الدابة أمر أحد بنخسها، فنخسها(، فداست إنساناً، كان الضمان عليهما، أي على الراكب باعتباره مباشراً، والناخس باعتباره متسبباً[81].

إلا أن هذا الحكم قابل للنقاش، لأنه يُبنى على أساس أن بإمكان التسبب لوحده أن يحدث الضرر من غير حاجة إلى تدخل عامل آخر. وهذا بخلاف ما رأينا في موضوع تعريف المتسبب. حيث تبين حينها أن عمل المتسبب لا يجلب الضرر بذاته، وإنما لا بد من صدور فعل آخر، من شيء، أو شخص آخر، ليقع بواسطة الضرر. وعلى ذلك فمن غير المتصور، أن يستقل عمل المتسبب في إحداث الضرر بمفرده. وإلا لما وصف العمل بأنه تسبب، وإنما يكون مباشرة حينئذ.

وعليه لا يمكن اعتبار ما تقدم استثناء على قاعدة تقديم المباشر. لأن الفاعل في هذه الحالة هو مباشر للضرر، والدليل على ذلك، المثال الذي ضُرب أعلاه، حيث إن ناخس الدابة هو في الحقيقة مباشر للضرر، لأن الضرر الحاصل ما هو إلا أثر لفعله من غير حاجة لواسطة، وبالتالي فإن مثل هذه الحالة لا تعتبر من حالات اجتماع المباشر والمتسبب وإنما كلا الفاعلين مباشر للضرر ولذا فإن من المؤكد أن يضمنان معاً.

ولذا، وبما أن هذه المسألة وأمثالها، لا تعتبر من مسائل اجتماع المباشر والمتسبب، فسيكون حكمها القانوني سواء في القانون المدني العراقي، أو في القوانين محل المقارنة، هو قيام مسؤولية كلا الفاعلين معاً.

ثانياً: إذا تواطأ المتسبب مع المباشر، أي عندما يتفق المتسبب والمباشر على الإضرار بشخص معين. كما لو قال شخص لآخر انصب لك سكيناً فادفع فلان عليها، أو أحفر لك حفرة فادفع فلان فيها، فإن الضمان يكون عليهما معاً[82].

ثالثاً: إذا كان التسبب قد قصد منه الإضرار بشخص معين، إلا أن المباشرة قد صدرت من شخص آخر. كما لو أن شخصاً قد حفر بئراً ليقع فيها شخص معين، فدفعه فيها شخص آخر. كان الضمان على الحافر والدافع معاً، أي على المباشر والمتسبب[83].

والحكم المتقدم يتوافق وما قرره القانون العراقي، حيث إن المادة (186) من القانون المدني تقرر بأنه "إذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان". وعليه فإذا كان المتسبب متعمداً في إحداث الضرر، يكون ملزماً بضمان هذا الضرر. وهكذا الأمر بالنسبة للمباشر، حيث يكون هو الآخر ملزماً بضمان الضرر الذي ينتج عن التعدي الصادر منه، فإذا اجتمعا في إحداث ضرر معين.

---

[81] العلامة فخر الدين عثمان الزيلعي، الجزء السادس، مرجع سابق، ص150.

[82] حسن بن جعفر كاشف الغطاء، مرجع سابق، ص56.

[83] العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص445.

يكونان متضامنين في ضمان هذا الضرر. وهذا ما يخالف ما ذهب إليه القانونان الأردني والإماراتي، حيث إن الضمان فيهما يكون على المباشر في كل الأحوال، كما تقضي بذلك المادة (258) من القانون المدني الأردني والمادة (284) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

رابعاً: إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب. تقدم بأن المباشرة إذا كانت ناشئة عن التسبب، فلا ضمان على المباشر، طالما لم يصدر منه أي تعدٍ. أما إن كان المباشر قد تعدى، اشترك والمتسبب في الضمان[84]. واضح أن هذا الحكم أيضاً مشمول بعموم نص المادة (186) من القانون المدني العراقي. إذا كان التسبب قد صدر عن عمد أو تعدٍ. أما إذا لم يكن كذلك، أي لم يكن المتسبب لا متعمداً ولا متعدياً، فيستقل المباشر بالضمان، وإن بُنيت المباشرة على التسبب. والحكم الأخير أيضاً، يخالف ما ذهب إليه القانونان الأردني والإماراتي في المواد (258) أردني و(284) إماراتي.

هذا وبعد تتبع الاستثناءات التي أوردها فقهاء المسلمين لقاعدة تقديم المباشر على المتسبب، سواء ما تعلق منها بتقديم المتسبب بالضمان أو تلك التي يشترك فيها والمباشر بالضمان يتضح أن القانون المدني العراقي كان هو الأقرب إلى تبني الأحكام التي رتبها الفقه الإسلامي –بخصوص تعدد المسؤولين– على تقسيم الفعل الضار إلى مباشرة وتسبب. حيث إنه رغم اشتهار القاعدة التي تقرر جعل الضمان على المباشر كلما اجتمع مع المتسبب إلا أن الاستثناءات التي ترد عليها تكاد تفقدها صفتها كقاعدة عامة. ومن ذلك نجد أن المجمع الفقهي الإسلامي قد أفتى بأنه " إذا اجتمع المباشر والمتسبب كانت المسؤولية على المباشر دون المتسبب إلا إذا كان المتسبب متعدياً والمباشر غير متعدٍ"[85].

الفرع الثاني

اجتماع المتسببين

يراد من اجتماع المتسببين هو " شركة الفردين أو الأفراد في تحصيل معدات التلف "[86]. أي وبعبارة أخرى، أن يكون الضرر قد حصل نتيجة اجتماع أفعال المتسببين معاً. كما لو تعاون عدة أشخاص على وضع شيء في مكان عام أو الحفر فيه. أما لو كان الفعلان يستندان إلى شخص واحد، فلا وجود للاشتراك في التسبب. وإنما يكون فاعل الفعلين هو الضامن وحده، فيما لو كان قد تعمد الإضرار، أو تعدى في فعله.

ويقرر فقهاء المسلمين أن الضمان يكون على جميع المتسببين، في حال وقوع أفعال التسبب دفعة واحدة[87]. كما لو تعاون جماعة على وضع شيء في الطريق العام، فإنهم يشتركون في الضمان. هذا على فرض اتصاف

---

(84) عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، مرجع سابق، ص285.

85 قرار رقم (71) بشأن حوادث السير، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، (1988–2009) منظمة المؤتمر الإسلامي، تجميع عبد الحق العيفة، ص141.

(86) الشيخ عباس علي السبزواري، مرجع سابق، ص186.

(87) زين الدين بن على العاملي، مرجع سابق، ص164. محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، الجزء الرابع عشر، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، 1428هـ، ص91 وما بعدها.

أفعال الجميع بالتعدي أو التعمد. أما لو اتصف فعل أحدهم بهذا الوصف، دون الآخر، اختص بالضمان[88]. أما إذا كانت أفعال التسبب قد وقعت على التعاقب ، كما لو أن شخصاً حفر في ملك عام، وأتى آخر ووضع حجراً بجنبه، فإن فقهاء المسلمين انقسموا في حكم الضمان على اتجاهين: الاتجاه الأول يذهب إلى أن الضمان يكون على فاعل أول الأسباب[89]. أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى أن الضمان يكون على جميع المتسببين[90]، باعتبار أنه لا يوجد دليل شرعي على تقديم أحدهم على الآخر، عدا ما قيل من استصحاب أثر الفعل الأول، وبه يرجح على الثاني. إلا أنه لا مجال للاستصحاب أصلاً. حيث إنه لا أثر للفعل الأول قبل الفعل الثاني، بل إن الضرر مستند إليهما معاً. فإن سببية الضرر مستندة إلى الفعلين على حد سواء. فلا وجه للترجيح بينهم[91].

وهذا ما قرره القانون العراقي، حيث جعل من المتسبب مسؤولاً عن الضرر، طالما صدر منه فعل التسبب عن تعمد أو تعدٍ. ولا يغير من هذه المسؤولية أن هناك من اشترك معه في أفعال التسبب. وبالتالي، يكون محكوماً هو ومن اشترك معه بنص المادة (217) التي تقرر في فقرتها الأولى بأنه " إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب".

وهكذا الأمر بالنسبة للقانون المدني الأردني، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، فإنه على الرغم من أن النص لم يبين إلا حالة اجتماع المباشر مع المتسبب. أي لا يعرض إلى حالة تعدد المباشرين، أو تعدد المتسببين. إلا أنه مما لا شك فيه، أن الضمان يكون على جميع المتسببين. لأن المتسبب، إذا تحققت فيه إحدى حالات الضمان، وهي التعمد أو التعدي، فإنه سيكون مسؤولاً. وبالتالي، يكون محكوماً بنص المادة (265) من القانون المدني الأردني، والمادة (291) من قانون المعاملات المالية الإماراتي، والتي تقضي بأنه" اذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه...".

ولا يختلف الأمر بالنسبة للقانون المدني المصري، فعلى الرغم من أنه لم ينص على التسبب، إلا أنه مما لا شك فيه، إذا شكل التسبب خطأ، فإن فاعله يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الناتج عنه. وإذا كان هذا التسبب صادراً من عدة أشخاص فإنهم يكونون جميعاً مسؤولين عن هذا التعويض.

---

[88] الشيخ أبو طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد، علق عليه السيد حسين الموسوي والشيخ پناه الاشتهاردي، والشيخ عبد الرحيم البروجردي، الجزء الرابع، دون دار نشر، دون سنة طبع، ص668.

[89] السيخ زين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مرجع سابق، ص483. العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مرجع سابق، ص408.

[90] السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، المعاملات، الطبعة التاسعة عشر، الجزء الثاني، دار المؤرخ العربي، بيروت، 2013، ص248. الميرزا أبو الفضل آبادي، مرجع سابق، ص570 وما بعدها.

[91] أبو القاسم الموسوي الخوئي، مباني تكملة المنهاج، القصاص والديات، الطبعة الرابعة، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، 2009، ص322

الخاتمة

بعد أن تم بعون الله تعالى بحث الموضوع الموسوم بـ " مسؤولية المتسبب عن العمل غير المشروع – دراسة مقارنة – "، خلصنا الى مجموعة من النتائج، نأتي على بيانها تباعاً، ونردفها بالمقترحات التي نوصي المشرع العراقي الاخذ بها.

أولا:– النتائج:

1– المتسبب هو من يسند اليه الفعل الممهد أو المعد للفعل الذي نتج عنه الضرر.

2– يتمثل معيار التمييز بين المباشر والمتسبب بمدى قوة اسناد النتيجة الضارة الى الفاعل. وآلية اعمال هذا المعيار هي النظر فيما اذا كان الضرر الحاصل نتيجة فعلين صادرين من شخصين مختلفين، بحيث يعتبر الفعل الاول مهيئ أو معد وممهد للفعل الثاني الذي ترتب عليه الضرر مباشرةً.

3– حالات ضمان المتسبب هي التعمد والتعدي. والمقصود بالتعمد هو توجه الارادة في التصرف الجائز أو الواجب نحو احداث الضرر. والمقصود بالتعدي هو الخروج على الواجب القانوني، المتمثل بأداء فعل معين، أو بترك فعل معين، أو اتخاذ الحيطة والحذر المطلوب عادةً عند التعامل، سواء صدر هذا الخروج عن الواجب من مميز أو من عديم التمييز.

4– ان قاعدة تقديم المباشر على المتسبب في الضمان ليست قاعدة مطلقة في الفقه الاسلامي، حيث ورد عليها العديد من الاستثناءات، سواء ما تعلق منها بتقديم المباشر في الضمان أم ما تعلق بضمانهما معاً، ومما يكاد يفقدها صفتها كقاعدة عامة. وبتتبع تلك الاستثناءات اتضح أن القانون المدني العراقي كان هو الاقرب الى تبني الاحكام التي رتبها الفقه الاسلامي– بخصوص تعدد المسؤولين– على تقسيم الفعل الضار الى مباشرة وتسبب.

ثانياً:– التوصيات:

1– إجراء تعديل على نص الفقرة الاولى من المادة (186)، وذلك برفع تعبير التعمد والاكتفاء بتعبير التعدي، لان وجوده يعتبر تزيد في النص، لا مسوغ قانوني له. حيث ان النص على الاشمل يحتوي المشمول، وبما ان المشرع قد نص على التعدي، فهو يشمل التعمد، لان الفعل وإن كان مشروعاً بأصله، قد يندرج تحت عنوان التعدي، طالما كانت نية فاعله غير مشروعة. هذا فضلاً عن إن حالة تعمد الاضرار بالغير مستوعبة ضمن المادة (7) من القانون المدني.

2– إجراء تعديل على نص الفقرة الثانية من المادة (186)، وذلك بجعل الضمان على ذو التأثير الاقوى في احداث النتيجة الضارة، ليكون النص على النحو الاتي " وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن أقواهما بالتأثير في إحداث الضرر، وان تساويا فيه ضمنا معاً". لأن ربط المسؤولية بطبيعة الفعل المسبب للضرر (المباشرة أو التسبب) أو بالتعمد أو التعدي، قد لا يكون عادلاً في بعض الاحيان، حيث قد يجتمع المباشر والمتسبب ويكون فعل أحدهما أقوى بالتأثير في احداث الضرر، ولذا فلا يمكن جعل المسؤولية مرتبطة بطبيعة الفعل الضار. وهكذا الامر بالنسبة للتعمد والتعدي اذ قد يجتمع التعدي اليسير مع التعمد، وبالتالي فلا يكون من العدل أن يضمنان معاً. ولذا فأن جعل الضمان على من كان فعله أقوى في التأثير يتيح للقاضي فرض الضمان على من يرى انه المسؤول حقيقةً عن الضرر، وهو ما يتوافق والغاية من تقسيم الافعال الى مباشرة وتسبب.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً:- المعاجم:

1- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر.

2- ، لسان العرب، الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، 1999.

ثانياً:- كتب الفقه الاسلامي:

1- ابن عابدين، حاشية رد المحتار، الجزء السادس، دار الفكر، بيروت، 1995.

2- الميرزا أبو الفضل نجم آبادي، الرسائل الفقهية، اعداد مؤسسة اية الله العظمى البروجردي لنشر معالم اهل البيت عليهم السلام، قم المقدسة، دون سنة نشر.

3- السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي، مباني تكملة المنهاج، القصاص والديات، الطبعة الرابعة، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، 2009.

4- الشيخ أبو طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد، علق عليه السيد حسين الموسوي والشيخ پناه الاشتهاردي، والشيخ عبد الرحيم البروجردي، الجزء الرابع، دون دار نشر، دون سنة طبع.

5- العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان، دراسة وتحقيق د. محمد احمد سراج و د. علي جمعة محمد، المجلد الاول، الطبعة الاولى، دار السلام، القاهرة،1999.

6- السيد أحمد الخوانساري، جامع المدارك في شرح المختصر النافع، الطبعة الثانية، الجزء السادس، مؤسسة اسماعيليان، قم المقدسة، 1405هـ.

7- المحقق أحمد المقدس الأردبيلي، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، الجزء العاشر، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، دون سنة نشر.

8- احمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي، الفروق المسمى بأنواء البروق في انواء الفروق، الجزء الثاني، دار النوادر، الكويت، 2010.

9- الفروق المسمى بأنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء الرابع، الناشر وزارة الأوقاف السعودية تصوير عن طبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر، 2010.

10- أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 1989.

11- أحمد عبد الله القاري، مجلة الأحكام الشرعية، دراسة وتحقيق: د. عبد الوهاب ابو سليمان و د. محمد إبراهيم أحمد، الطبعة الأولى، مطبوعات تهامة، جدة، 1981.

12- توصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، (1988-2009) منظمة المؤتمر الإسلامي، تجميع عبد الحق العيفة، ص141.

13- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، الجزء الاول، الطبعة الثانية، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، 1997.

14- السيد روح الله الموسوي الخميني، تحرير الوسيلة، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار التعارف، بيروت، 1981.

15- الشيخ زين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الجزء الرابع، الطبعة الثانية عشر، مجمع الفكر الإسلامي، قم المقدسة، 1437ه.
16- العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مع تقريرات الشيخ محمد عليش، الجزء الثالث، دار إحياء الكتب العربية، دون سنة طبع.
17- الشيخ شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
18- الشيخ شمس الدين محمد بن جمال الدين مكي العاملي، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، تقديم علي أصغر مرواريد، دون دار نشر، دون سنة نشر.
19- ، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1414ه.
20- الشيخ عباس علي الزراعي السبزواري، القواعد الفقهية في فقه الامامية، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مؤسسة النشر الاسلامي، قم المقدسة،1430ه.
21- عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الاسلامي، دار الفكر، دون سنة نشر.
22- العلامة عبد الصاحب محمد النراقي، مشارق الاحكام، تحقيق السيد حسين الشبريتي، الطبعة الثانية، مطبعة سلمان الفارسي، قم المقدسة، 1380ش.
23- الشيخ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، القواعد الكبرى، الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 2000.
24- علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد عوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء العاشر، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
25- السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، المعاملات، الطبعة التاسعة عشر، الجزء الثاني، دار المؤرخ العربي، بيروت، 2013.
26- الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.
27- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، المجلد الاول، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
28- السيد علي محمد علي الطبطبائي، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل، الجزء الرابع عشر، تحقيق مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، دون دار نشر، دون سنة نشر.
29- العلامة فخر الدين عثمان الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، بهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي، الجزء السادس، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، 1315ه.
30- كمال الدين بن همام الحنفي، التقرير والتحبير شرح العلامة المحقق ابن أمير الحاج الحلبي على التحرير في أصول الفقه، ضبطه وصححه عبد الله محمود محمد عمر، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.
31- محمد القائني، المبسوط في فقه المسائل الطبية المعاصرة، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مطبعة اعتماد، نشر مركز فقه الائمة الاطهار، قم، 1427ه.
32- د. محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي، دار اشبيليا، الرياض، 1419ه.

33- محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، قدم له وقرظه د. محمد بكر إسماعيل، الجزء السابع، طبع خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.

34- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، الجزء الرابع عشر، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، 1428هـ.

35- محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، الجزء الخامس، قدس محمدي، قم المقدسة، دون سنة نشر.

36- السيد محمد حسين البجنوردي، القواعد الفقهية، تحقيق مهدي المهريزي، محمد حسين الدرايتي، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، الهادي، قم المقدسة، 1419هـ.

37- الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، تحقيق الشيخ محمد الساعدي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مطبعة خاتم، طهران، 2004.

38- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، الطبعة الاولى، دار نشر احسان، طهران، 2014.

39- الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، القواعد الفقهية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مدرسة الإمام علي عليه السلام، قم المقدسة، 1411هـ.

40- المحقق نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مع تعليقات السيد صادق الشيرازي، المجلد الثاني، القسم الثالث والرابع، الطبعة الحادية عشرة، دار القارئ، بيروت، 2004.

41- د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان او احكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي، دار الفكر، دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2012.

ثالثاً:- الكتب القانونية:

1- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.

2- د. أحمد سلمان شهيب السعدي، د. جواد كاظم سميسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2015.

3- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الخطأ، الجزء الثاني، مطبعة العزة، بغداد، 2001.

4- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الطبعة الاولى، الاصدار الثالث، ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.

5- د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الثاني، الاحكام الخاصة، فعل المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الاشياء، 1996.

6- صالح أحمد اللهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان،2004.

7- د. عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005.

8- د. عبد الباسط جميعي، عبد المنعم حسني، د. محمد سلام مدكور، عادل حتحوت، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 سنة 1967، إشراف حسن الفكهاني، الجزء الرابع، إصدارات الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 2001.
9- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.
10- د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الاول، العاتك، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة نشر.
11- د. عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، 1998.
12- د. عماد أحمد أبو صد، مسؤولية المباشر والمتسبب، دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية والقانون المدني، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، 2011.
13- فخري رشيد مهنا، المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، مطبعة الشعب، بغداد، 1974.
14- د. محمد المرسي زهرة، المصادر غير الارادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، الفعل الضار والفعل النافع، الطبعة الاولى، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، 2002.
15- د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الاول، مطبعة العاني، بغداد، 1955.
16- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المنطق القانوني في التصورات، الطبعة الأولى، نشر إحسان، 2014.
17- مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، الطبعة الاولى، دار القلم، دمشق، 1988.

رابعاً:- الرسائل والاطاريح:

1- بدر جاسم يعقوب، المسؤولية عن استعمال الاشياء الخطرة في القانون الكويتي، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1977.

خامساً:- البحوث والمقالات:

1- د. جهاد محمد الجراح، الاضرار بالتسبب في القانون المدني الاردني، بحث منشور في مجلة الميزان للدراسات الاسلامية والقانونية، المجلد الثالث، العدد الثاني، 2016.
2- د. عدنان إبراهيم السرحان، تأملات في احكام الفعل الضار، دراسة تشريعية وقضائية في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة المفكر، صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة خيضر، الجزائر، العدد السابع، 2011.
د. مدحت محمود عبد العال، نظرة تحليلية لأحكام المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2010.