

سلسلة القانون والمجتمع

مدونة الكتب الحصرية <https://www.facebook.com/koutoubhasria> <http://koutoub-hasria.blogspot.com/>

الدكتور علي علي سليمان
الأستاذ بمعهد الحقوق بجامعة الجزائر

للمزيد من الحصرية زورونا على مدونة الكتب الحصرية
<http://koutoub-hasria.blogspot.com/>
<https://www.facebook.com/koutoubhasria>

دراسات في المسؤولية المدنية

في القانون المدني الجزائري



الطبعة الثانية
منقحة ومزودة



ديوان المطبوعات الجامعية
الجزائر

الدكتور علي علي سليمان
الأستاذ بمعهد الحقوق بجامعة الجزائر

دراسات في المسؤولية المدنية

في القانون المدني الجزائري

المسؤولية عن فعل الغير - المسؤولية عن فعل الأشياء
التعويض

الطبعة الثانية

منقحة ومزودة



ديوان المطبوعات الجامعية

الجزائر

◦ ديوان المطبوعات الجامعية : 03 - 89

Codification : 4.02.3146

هذه هي مجموعة المحاضرات التي ألقيتها على طلبة الماجستير بمعهد الحقوق بجامعة الجزائر ، والتي وزعتها على فصول الماجستير الثلاثة ودرست فيها بتعمق أولا - المسئولية عن فعل الغير ، وثانيا - المسئولية عن الأشياء ، وثالثا - التعويض .

وقد رأيت أن أجمع هذه المحاضرات في كتيب وأن أقدمها للنشر لعل الفائدة منها تعم وتتجاوز محيط طلبة الحقوق لتشمل كل المهتمين بدراسة القانون وتطبيقه .

وقد دفعني إلى تقديمها للنشر حافزان قويان ، هما حبّي للجزائر التي أصبحت وطني الثاني منذ عدة سنين ، ورغبتني في إيضاح نصوص القانون المدني الجزائري الحديثة العهد ، والتي ما تزال بكرا وبحاجة إلى الشرح والإيضاح ، لا سيما وأن هذا القانون قد ساير التطور القضائي الفرنسي الحديث ، ولم يفته أن يأخذ بحظ كبير من القانون المدني المصري الجديد والقوانين العربية الأخرى التي حذت حذوه ، ولا مناص من التوفيق بين الأحكام التي أخذها عن كل من المصدرين .

وإني لأسأل الله أن أكون قد وفقت في تحقيق ما هدفت إليه .

د . طي علي سليمان

أستاذ بكلية الحقوق بجامعة الجزائر

مقدمة

لم تكن المسؤولية المدنية واضحة المعالم في القوانين القديمة حيث كان يسود الانتقام الجماعي أو الفردي ومبدأ الأخذ بالثأر *la vindicta privata* ، وكان من العار أن يقبل المضرور أو تقبل قبيلته التعويض المالي عن الضرر . ثم عرف القانون الروماني مبدأ العين بالعين والألف بالألف أو ما يسمى يومئذ *la loi du talion* ، ثم وصل إلى إحلال الدية محل الانتقام ، واعتبرها اختيارية في بادئ الأمر ، ثم انتهى إلى جعلها إجبارية .

ولم تكن المسؤولية المدنية تترتب في القانون الروماني إلا على فعل يعُد جريمة جنائية ، ولم يكن في هذا القانون مبدأ عام يقضي بهذه المسؤولية ، بل كانت هناك أحوال خاصة نص عليها قانون الألواح الاثني عشر *la loi de douze tables* ، ومن بعده قانون اكيليا *la loi Aquilia* جعل فيها للمضرور من جريمة جنائية الحق في رفع دعوى يطالب فيها بالتعويض مما أصابه من ضرر *action reipersécutoire* .

وكان العقد هو أهم مصدر من مصادر الالتزام في هذا القانون ، مع ما كان يحيط به من أشكال وطقوس ، وقد انتقل هذا التراث إلى القانون الفرنسي القديم ، وإن كان دوماً قد وصل في القرن السابع عشر إلى الفصل بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية ، وإلى وضع ما يكاد يكون مبدأ عاماً للمسؤولية المدنية ثم انتقل هذا التراث إلى تفكير نابليون الذي كان المصدر الرئيسي لقوانيننا العرفية .

والى جانب التراث الذى انتقل من القانون الروماني الى تقنين نابليون ،
تأثر هذا التقنين بالمذهب الفردى *l'individualisme* الذى تشعبت به
الثورة الفرنسية ، كما تأثر كذلك بمبدأ سلطان الارادة *l'autonomie de la*
volonté الذى كان مزدهرا يومئذ ، فاعتبر هذا التقنين العقد ، وهو مظهر
من مظاهر حرية الارادة ، أهم مصدر للالتزام فخصص له 268 مادة ، في حين
أنه لم يعر المسؤولية المدنية إلا قليلا من الاهتمام ولم يضع لأحكامها إلا خمس
مواد .

غير أن الأمور تطورت في خلال القرن التاسع عشر ، وعلى الأخص في القرن
الحالي ، فالتفت المعايير حين تقضى المذهب الفردى وبرزت المذاهب
الاجتماعية والاشتراكية ، وأفل نجم سلطان الارادة حين تدخلت الدولة في تنظيم
أغلب العقود بحيث لم يعد المتعاقدون أحرارا في اشتراط ما يشاؤون من شروط
في عقودهم .

ومن جهة أخرى تهذبت الانسانية وترفعت عن فكرة الانتقام والأخذ بالثأر ،
وتوطدت قواعد العدالة ، فلم يعد المرء يستطيع أن يفكر في أن ينتقم لنفسه من
أصابه ضرر ، بل صار ينظر الى ما أصابه من ضرر نظرة مادية ترمي الى سد
الثغرة التي حدثت في ذمته المالية .

إنما كل هذه العوامل برزت المسؤولية المدنية من بين مصادر الالتزام ،
واحظت مكان الصدارة على العقد ، وأصبحت المحور الأساسي الذى تدور حوله
معظم القضايا اليوم ، والشغل الشاغل للمحاكم وللمحاميين ..

وقد كان لهذا التطور أثره في التقنيات الوضعية الحديثة التي اهتمت
بالمسؤولية المدنية أكثر مما اهتم بها تقنين نابليون ، فبدلا من خمس المواد

التر. يضعها لها هذا التقنين الأخير ، وضع لها القانون المدني الجزائري
10 مادة وجعلها المصدر التالي للعقد وقسمها الى ثلاثة أنواع : المسؤولية
عن الأفعال الشخصية ، والمسؤولية عن فعل الغير ، والمسؤولية عن الأشياء .

وعلى الرغم من أن القانون المدني الجزائري ، على غرار القوانين العربية
الأخرى ، قد نصّ على مبدأ التعويض عقب المسؤولية عن الأفعال الشخصية ،
وقبل النص على المسئوليتين عن فعل الغير وعن الأشياء ، مع أن التعويض كما
يترتب على الأفعال الشخصية ، يترتب كذلك على المسؤولية عن فعل الغير وعن
الأشياء ، وكان المنطق يقضي بأن ينص على التعويض بعد بسط أحكام المسؤولية
بأنواعها الثلاثة ، فقد رأيت أن أسير على هذا المنطق ، وأن أدرس نوعي
المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء قبل دراسة التعويض .

وهكذا خصصت الفصل الأول من هذه الدراسة للمسؤولية عن فعل الغير ،
والفصل الثاني منها للمسؤولية عن الأشياء ، والفصل الثالث للتعويض ، وقسمت
كل فصل منها الى المطالب التي يقتضيها الموضوع ، وقسمت كل فصل الى فقرات
مرقمة بدلا من التقسيم الى فروع تيسيرا للمنهج المحاضرات .

* * *

الفصل الأول

المسئولية عن فعل الغير

المطلب الأول

نبذة تاريخية

1 - في القانون الروماني

لما كانت القوانين الحديثة تعتبر الخطأ أساسا لكل أنواع المسئولية ، وتحرم أشد الحرص على نسبة هذا الخطأ الى شخص معين ، سواء كان خطوه قد وقع في فعله هو شخصيا ، أو في فعل من هو مسئول عنه قانونا أو اتفاقا ، أو في شيء يقوم على حراسته ، ولما كان القانون الروماني ، على العكس من ذلك ، لم يعترف بالخطأ كركن في المسئولية ، بل كان يقيم هذه المسئولية على أساس فعل مادي ، وعلى الأخص على أساس جريمة جنائية فمن ثم لم يكن يعنيه في شيء أن يبحث عن نسبة خطأ الى الفاعل .

ولم يثبت تاريخيا ما قاله الفقيه الألماني اهرنج ، من أن الخطأ كان قد صار في القانون الروماني ، بعد أن وصل الى آخر مراحل تطوره ، محصور المسئولية . بل الثابت تاريخيا ، أن قانون اكيليا ، الذي وضع في أواخر القرن الخامس قبل الميلاد ، كان قد اشترط الخطأ في بعض الجرائم المحددة على سبيل الحصر ، ولم يشترط الخطأ في غيرها . صحيح أن القانون الروماني كان قد عرف مسئولية أصحاب السفن عن السرقات التي تقع من عمال السفينة ، ومسئولية

أصحاب الفنادق عن السرقات التي تحدث من مستخدم مبيهم ، ولكنه كان يعتبر هذه المسؤولية مسئولية شخصية ، موضوعية ، لا مسئولية عن فعل الخير .

وقد كان هذا القانون يعرف الرق ، وكان العبد إذا أتى فعلا ضارا ، يسلمه فيه سيده للمضور ليفعل به ما يشاء ، إذا كان العبد لا يتمتع بالشخصية القانونية ، بل كان يعتبر شيئا مملوكا لسيده ، ولما لم يكن الشخص مسئولا إلا عن فعله الشخصي ، فلم يكن ثمة بد من تسليم العبد الى المضور لينتقم منه ، وكان هذا التسليم يسمى *l'abandon noxal* أى التسليم العيني . وكذلك كان الأمر بالسبة الى فعل القاصر الذى يخضع لسلطان رب الأسرة *le pater familias* ، فإذا ارتكب القاصر فعلا ضارا ، سلمه رب الأسرة الى المضور لينتقم منه بالطريقة التي يراها .

2 - في الشريعة الإسلامية

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول اعتراف هذه الشريعة بالمسئولية عن فعل الخير أو عدم اعترافها ، فأغلبية هؤلاء الفقهاء تنفي وجود مسئولية عن فعل الخير في الشريعة الإسلامية ، وقد أورد الأستاذ علي الخفيف في كتابه " الضمان في الفقه الإسلامي " (1) " أن الشريعة الإسلامية لا تقر مبدأ مسئولية الإنسان عن فعل غيره لما ورد في القرآن الكريم في أكثر من موضع من قوله تعالى " ولا تذر وازرة وزر أخرى " ومن قوله تعالى " كل نفس بما كسبت رهينة " ومن قوله تعالى " لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت " والإنسان لا يسأل عن ضرر أحدثه غيره ،

(1) مجموعة محاضرات ألقاها بمعهد الدراسات العربية بالقاهرة في سنة 1971 (ص 238 - 240) .

ولو كان محدث الضرر غير مميز ، إلا أن يكون ذلك عن طريق اكراهه اكراهاً يجعله كالآلة في يد المكره ، وهذا هو الاكراه الملجيء المعترف شرعاً ، وعندئذ يكون المكره مسئولاً ويعتبر هو المباشر لحدث الضرر ، ويعتبر المكره بمثابة الآلة في يده . "

أما الأستاذ وهبه الزحيلي فيقول في كتابه " نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي " (1) " ان الفقهاء المسلمين قرروا مسؤولية القصر والمجانين وبحوهم عن كل فعل يصدر منهم ، مما يدل على اتجاههم في التضمن نحو النزعة المادية وعلى ذلك فالقصر وأمثالهم يضمنون الأضرار الناجمة عن أفعالهم سواء كان الصبي مميزاً أو غير مميز وقد نصت المادة 916 من مجلة الأحكام العدلية على أنه " اذا أتلّف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله ، وان لم يكن له مال ينتظر الى حال يساره ، ولا يضمن وليه " ثم يضيف الأستاذ الزحيلي قوله " أما مسؤولية المتبوع عن تابعه التي قررها القانونيون فان فقهاء المسلمين بحثوا هذا النوع من المسؤولية في حكم أعمال " تلميذ الأجير المشترك " فقالوا اذا تلف الشيء المأجور بيد التلميذ صانع كالنجار والحداد والقصار وبحوهم فلا ضمان عليه ، وانما الضمان على معلمه لأنه هو المسئول أصالة عن أمتعة الناس ، فكأنه فعل الضرر بنفسه لأن التلميذ نائبه ، ومن هنا يعتبر أساس هذه المسؤولية شرعاً هو جعل خطأ التلميذ خطأ الأستاذ لأنه هو الضامن أو الكفيل كما هو رأى فقهاء القانون "

(1) دمشق — مطبعة دار الفكر العربي سنة 1970 ص 253 ومايليها .

ثم يضيف الأستاذ الزحيلي ، بعد أن أورد بعض أمثلة من نوع ما سبق ذكره " أنه يستخلص من تعليقات فقهاء الحنفية السابق ذكرهما أن المتبوع يسأل عن أعمال تابعه اذا كان هناك عقد إجارة بينهما وكان الضرر الواقع من التمييز في حدود العمل الذي يشتركان في انجازه آلة ومحلا وكيفية بحسب العرف الشائع ، أو كان مأمورا به من الأستاذ صراحة أو ضمنا ، فان لم يتحقق هذان الشرطان فلا ضمان على الأستاذ " .

ويستخلص من قول الأستاذ الزحيلي أن الشريعة الاسلامية عرفت مسئولية المتبوع عن تابعه بتوافر شرطين : الأول — هو أن يكون بين المتبوع والتابع عقد إجارة ، فاذا لم يكن بينهما مثل هذا العقد فيشترط أن يكون العمل الذي يكون التابع قد قام به مأمورا به من المتبوع سواء كان الأمر صريحا أو ضمنيا . والشرط الثاني — أن يكون العمل الضار الذي يأتيه التابع قد وقع في حدود العمل المشترك بينهما وبين المتبوع سواء كان الاشتراك واقعا في انجاز العمل أو في آلة انتاجه أو تصنيعه ، أو في كيفية أدائه .

غير أن الأستاذ علي الخفيف يرد على هذا الرأي بقوله (1) " وقد اشتبه على بعض الكاتبين ما ذهب اليه الفقهاء في الأجير الخاص من أنه أمين على ما تحت يده من مال وأنه بحكم أمانته لا يكون مسئولا عما يتلف من مال تحت يده بحكم أنه أجير إلا اذا قصر في حفظه أو تعدى عليه فأتلفه ويكون ضمان التلف على الموجر ، فظن هؤلاء الكتاب أن ذلك اقرار من الشريعة الاسلامية لمساواة المتبوع عن عمل تابعه والزامه بالضمان فيما يحدثه التابع من أضرار

(1) المرجع السابق الذكر ص 238 — 240 .

وليس الأمر كذلك ، وما ذكره الفقهاء من أحكام الأجير الخاص في ذلك الموضع إنما هو مقصور على ما تحت يده من مال لمؤجره أو مما استودعه مؤجره ، وأن يده نائبة عن يد مؤجره ، وأنه حين يعمل إنما يعمل لمؤجره وفق عقد الإجارة فكان في عمله كالوكيل عن مؤجره وكأن مؤجره هو واضع اليد وهو العامل ، ولذا كان الأجير غير مسئول عما يترتب على عمله من ضرر باعتبار أنه كالعمل الصادر من صاحب المال في ماله وإذا قصر الأجير في عمله أو تعدى فأفسد ، خرج بذلك عن نيابته عن استأجره وكان ضامنا ، وكان هو المسئول لا المؤجر . . . " ثم يضيف الأستاذ الخفيف قوله (1) " أن مسئولية من له الرقابة عن ضرر يحدثه من له الرقابة عليه اذن هي مسئولية حكمها غير خاص بالأموال التي هي تحت أيديهم ولا يتصل الحكم فيها بأمانتهم وعلى ذلك فإذا صدم سائق لسيارة شخص متاعا في الطريق فأتلفه ، لم يسأل عنه مالك السيارة " أى أن السائق هو المسئول .

ويستخلص من رأى الأستاذ الخفيف أن المؤجر في المثل الذى أتى به الأستاذ الزحيلي يسأل لا كمتبوع بل كمسئول شخصي عن الضرر الذى وقع على المال الذى بين يدي الأجير كأمانة .

وبهذا الصدد جاء في موسوعة الفقه الاسلامي (2) تحت عنوان الاتلاف ما يلي : " يرى الحنفية أن من أكره انسانا باكره ملجئ على عمل يصلح تحصيله بفعل الخير ، كالقتل ، واتلاف مال الخير ، ففعله المكروه ، فإن الاتلاف ينسب الى الأمر المكروه ، أما في غير ذلك فلا تلاف ينسب الى المباشر مع اكراهه ،

(1) المرجع السابق الذكر (ص 238 - 240) .

(2) موسوعة الفقه الاسلامي ، تحت اشراف الأستاذ أبو زهرة ج 2 طبعة القاهرة سنة 1969 ص 168 وما يليها .

كأخذ مال الغير ، كما ينسب اليه الاتلاف مطلقا اذا لم يكن الاكراه ملجئا ، أو كان ملجئا ولكن مع تخييره بين الاتلاف وأمر آخر ، كمن خير بين القتل والكفر ، أو بين القتل والزنى ، فان قتل كان باختياره ولا ينسب الى حامله . ويعتبر أمر السلطان بمثابة الاكراه من غير تهديد ووعد ، وقيل لا يعتبر اكراها اذا كان المأمور لا يخافه ان لم يمثل الأمر واذا أمر الأب ابنه البالغ أمرا صحيحا ، كأن يوقد نارا في أرضه ففعل ، وتعدت النار الى زرع جاره ، ضمن الأب ، اذ ينتقل الفعل اليه كما لو باشره بنفسه ، بخلاف ما لو استأجر نجارا ليسقط شيئا من جداره على قارعة الطريق فان النجار يضمن ما تطف بفعله ، كما يضمن الابن اذا كان الأمر باتلاف مال أو قتل ، لفساد الأمر في هذه الأحوال . كما ينسب الاتلاف الى الأمر ، اذا كان سيذا يأمر عبده ، أو كان المأمور صبيا ، فاذا أمر العولى عبدا أن يحفر بئرا في الطريق ليس عند داره ، فحفرها ، كان ما تطف بها في رقبة العبد واذا أمر صبيا أن يقتل رجلا فقتله ، رجعت عاقلة الصبي على عاقلة الأمر بالقتل بما أدت من الدية ، كرجوع الكفيل على الأصيل .

واذا أمر صبيا باتلاف مال الخير ، ضمن الصبي ما أطف ، ورجع به على الأمر ، ألا أن يكون صبيا أيضا فلا رجوع . واذا أمر صبيا بحمل شيء أو بكسر حطب بلا إذن وليه ، أو بالصعود الى شجرة لينفض للأمر ثمرها ، فطف الصبي من ذلك ضمنه الأمر ، فان قال له اصعد الشجرة لتنفض لنفسك ، فالمختار هو الضمان أيضا ، وقيل لا يضمنه الأمر

"ويرى المالكية الضمان على الأمر الذي يعتبر أمره بمثابة الاكراه للمأمور ، ولا يكون الأمر في ذاته فاسدا ، ولا ينسب الاتلاف الى المأمور . فان أمر

السلطان بالقتل ظلماً ، لا ينبغي اشتراك المأمور في الاتلاف ، حتى لو أكرهه السلطان . أما إذا كان المأمور بالقتل ونحوه ممن لا تلزمه طاعة الأمر ، كالولد مع أبيه ، والصبي مع من يعلمه العلم أو الصناعة ، والعبد مع سيده ، فإن الاتلاف ينسب إلى الأمر إذا كان المباشر لم يبلغ الحلم ، أما إذا كان المباشر بالغاً ، فإن الاتلاف تقتصر نسبته إليه من دون أمره " .

وعندى ، كنتيجة لما تقدم عرضه ، أن الشريعة الإسلامية لا تسائل الإنسان عن فعل غيره ، إلا في حالة الإكراه ، فإذا ارتكب شخص فعلاً ضاراً تحسنت سلطان إكراهه معدوم لارادته ، فإن المكره يكون هو المسئول ، لأن المكره يعتبر كأنه آلة في يده ارتكب بواسطتها الفعل الضار . أما في غير حالة الإكراه فلا يسأل إنسان عن فعل غيره ، مصداقاً لقوله تعالى " ولا تزر وازرة وزر أخرى " وذلك لأن شريعتنا نظرت إلى المسؤولية المدنية نظرة موضوعية ، ولم تعتبر الخطأ ركناً في الاتلاف المباشر ، ومن هنا يسأل كل إنسان عن تعويض ما أحدث من ضرر بفعله ، ويسأل في ذمته المالية الخاصة ، بصرف النظر عما إذا كان صبيهاً غير مميز أو كان مجنوناً .

ولم تعرف شريعتنا مسئولية متولي الرقابة لما ورد في كتاب الله من قوله تعالى " واخشوا يوماً لا يجزي والد عن ولده ولا مولود هو جاز عن والده شيئاً " فإذا كان هذا هو الأمر في الدار الآخرة فيجب أن يكون كذلك في الحياة الدنيا من باب أولى .

وكذلك لم تعرف شريعتنا مسئولية المتبوع عن تابعه لأنها قامت على مبدأ المساواة بين الناس ، واستلكرت تبعية إنسان لإنسان آخر كما في قوله تعالى " أنا كنا لكم تبعاً فهل أنتم مغفلون عنا يصيبنا من النار " وقال تعالى " تلك أمة قد خلت لهما ما كسبت ولكم ما كسبتم ولا تسألون عما كانوا يفعلون " .

3 - في القانون الفرنسي

الصحيح اذن هو أن مسؤولية الانسان عن فعل غيره لم تستمد ها قوانيننا العربية من الشريعة الاسلامية ولم يستمد ها القانون المدني الفرنسي من القانون الروماني ، وانما استمد ها من القانون الفرنسي القديم وقد أخذت قوانيننا العربية هذه المسؤولية عن القانون المدني الفرنسي الذي تأثر بالقانون الفرنسي القديم حيث كان يسود نظام الطبقات ، وكانت هناك طبقة النبلاء الاقطاعيين الذين يستخدمون العديد من الأتباع ومن الخدم ، كما كان يسود نظام تعليم الحرف للصبيان ، وكانت علاقة الأبناء بالآباء علاقة خضوع وطاعة ، فوضع المشرع الفرنسي نص المادة 1384 تحت تأثير هذه الأوضاع .

وقد نظمت هذه المادة في فقراتها الرابعة والخامسة والسادسة هذه المسؤولية على النحو التالي :

فالفقرة الرابعة كانت تنص على مسؤولية الأب ومن بعد وفاته الأم عن أفعال الأولاد القصر ، ثم صدر قانون في سنة 1970 ساوى بين الأب والأم وجعلهما مسئولين بالتضامن عن أفعال أولادهما القصر الذين يعيشون في حضانتهم ، والفقرة الخامسة تنص على مسؤولية السادة والمتبوعين عن أفعال الخدم والتابعين التي تقع أثناء قيامهم بتأدية وظائفهم ، والفقرة السادسة تنص على مسؤولية المعلمين وأرباب الحرف عن الأفعال الضارة التي يرتكبها التلاميذ أو صبيان الحرفة في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم .

4 - في القانون المدني المصري

نقل القانون المدني المصري هذه المسؤولية عن القانون المدني الفرنسي . وقد كان القانون المدني المصري القديم ينص في المادة 2/151 على مسؤولية

متولي الرقابة بما يلي : " وكذلك يلزم الانسان بضرر الغير الناشي * عن اهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته اياهم " وكان هذا القانون يتناول مسؤولية المتبوع عن تابعة في المادة 152 بقوله " يلزم السيد أيضا بتعويض الضرر الناشي * للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعا منهم في حال تأدية وظائفهم " .

ثم جاء القانون المدني المصري الجديد فنص على مسؤولية متولي الرقابة في المادة 173 بقوله " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشخص للغير بعمله غير المشروع . وبترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز ويعتبر القاصر في حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر الى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة مادام القاصر تحت اشراف المعلم أو المشرف ، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها أو الى من يتولى الرقابة على الزوج . ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية " .

ونص على مسؤولية المتبوع عن تابعه في المادة 174 بقوله " يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها . وتقوم علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه " .

المطلب الثاني مسئولية متولي الرقابة

في القانون المدني الجزائري

5 — نقل القانون المدني الجزائري نص المادة 134 عن نص المادة 173 م م في قسمها الأول وحده فقضت هذه المادة بما يلي " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار. ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز " وهذا النص يتضمن حكما عاما يشمل كل من يخضع للرقابة بسبب قصره أو حالته الصحية ، غير أن القانون المدني الجزائري ، بعد أن أورد هذا النص العام نقلا عن القانون المدني المصري ، أعقبه بنص المادة 135 الذي نقله عن المادة 4/1384 من القانون المدني الفرنسي ، فقضى بما يلي : " ويكون الأب وبعد وفاته الأم (مسئولين) عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما ، كما أن المعلمين والمؤدبين وأرباب الحرف مسئولون عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم والمتصرفون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم . غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين والمربين .

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية " فهذا النص خصص المسؤولية عن القاصر وحصرها في الأب ومن بعد وفاته الأم ، بعد أن كان نص المادة 134 يعمم المسؤولية عن أعمال القاصر بحيث

تشمل كل من يتولى الرقابة عليه قانونا أو اتفاقا ، وقد تأثر في ذلك بالقانون المدني الفرنسي قبل تعديله في سنة 1970 ، مع أن الرأي يكاد يجمع في فرنسا على أن مسؤولية متولي الرقابة واردة على سبيل الحصر ، إذ لم يورد القانون هناك نصا عاما كنص المادة 134 م ج والمادة 173 م م ، وقصر رقابة القاصر على الأبوين وحدهما ، بينما يقضي تطبيق الحكم العام الوارد بالمادة 134 بأن تكون الرقابة على القاصر لكل من يتولى رقابته قانونا أو اتفاقا ، وبالنسبة إلى الرقابة القانونية على القاصر ، ينبغي أن نبحث عنها طبقا للشريعة الإسلامية ، لأن قانون الأسرة لم يصدر بعد ، والشريعة الإسلامية التي يجب أن نرجع إليها في هذا الصدد طبقا للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري ، تنيط الرقابة على القاصر بمن له الولاية على نفسه ، وولاية النفس في هذه الشريعة منوطة بالعصبة من الذكور ، فتكون الولاية للأب ، ثم لوصيه ، ثم للجد ثم لوصيه ، وإذا لم يوجد أحد من العصبة الذكور من أصول أو فروع ضمن القاضي وصيًا للقاصر ، ولا تنتقل الولاية على النفس قانونا للأم ، وأذن فهناك تعارض بين حكم المادة 134 التي تعمم الرقابة على القاصر ، وبين نص المادة 135 التي تقصر هذه الرقابة على الأب ومن بعد وفاته الأم ، وعُدّ أنه ينبغي للتوفيق بين النصين ولمنع التعارض القول بأن الرقابة على القاصر تكون لأبيه ومن بعد وفاته لأمه طبقا لنص المادة 135 ، وإذا لم يوجد للقاصر لا أب ولا أم ، تنتقل إلى تطبيق حكم المادة 134 ويكون وليّه على النفس هو الرقيب ، وإذا لم يوجد ولي على النفس ولا وصي تكون الرقابة عليه اتفاقية ، ونحن نستند في هذا التفسير إلى القاعدة الأصولية التي تقضي بأن تخصيص حالة بالذكر ليس معناه بالضرورة استبعاد ما عداها من الحالات ، فتخصيص الرقابة على القاصر بأبيه ثم

بأنه ليس معناه استبعاد الرقابة عليه عن غيرهما إذا لم يوجد . ولعل القانون المدني الجزائري قد أورد نص المادة 135 ليخالف حكم القانون الفرنسي ويعتبر الأم غير مسئولة عن القاصر طالما ظل الأب حياً ، وليخالف كذلك القواسم العربية الأخرى فيعتبر الأم رقيبة قانونية بعد وفاة الأب ، في حين أن القواسم العربية الأخرى لا تعتبرها مطلقاً رقيبة قانونية ، وإذا فرض أن عينت رقيبة لعدم وجود عصبة من أقارب القاصر المذكور ، فإن رقابتها تكون اتفاقية لا قانونية .

6 - وقد قلنا ان القانون المدني الجزائري قد ساير القانون المدني الفرنسي في الفقرة الرابعة من المادة 1384 قبل تعديلها . وقد كانت قبل التعديل تضع القاصر تحت رقابة الأب وحده طالما ظل حياً ، وتعهد بالرقابة الى الأم بعد وفاة الأب ، وكان ذلك تطبيقاً لما كان يمنحه القانون الفرنسي من سلطة للأب على الأسرة ، وبعد أن تقررت المساواة بين الزوجين وألغيت سلطة الزوج *la puissance maritale* صدر قانون هناك بتاريخ 1970/6/4 عدّل الفقرة الرابعة من المادة 1384 وسأوى بين الأب والأم في المسؤولية عن أعمال أولادهما الضارة وجعلهما متضامنين في هذه المسؤولية وأناط هذه المسؤولية بحق الحضنة *le droit de garde* .

وقد سبق أن قلنا ان الفقهاء في فرنسا قد اختلفوا حول ما اذا كانت لصوص المسؤولية عن فعل الخير واردة على سبيل الحصر أو أنها ليست كذلك . وقد رأى بعض الفقهاء هناك ومنهم مازو وليتورسو أن هذه المسؤولية استثنائية وأن الفقرات 4 ، 5 ، 6 من المادة 1384 واردة على سبيل الحصر ، ولا يسأل عن فعل الخير إلا من ورد النص عليهم ، ومن عدا الأب والأم من عم وجد وأخ

لا يسأل عن فعل القاصر إلا إذا ثبت خطأ ضد هم طبقا للمادة 1382،
1383 . غير أن ديموج⁽¹⁾ ومعه بعض الفقهاء يرون أن المسؤولية عن فعل
الغير لم ترد على سبيل الحصر ، ويستندون في ذلك إلى أن نص الفقرة الأولى
من المادة 1384 ، الذي يقضي بمسؤولية الإنسان عن فعل الأشخاص الذين
هو مسئول عنهم وبمسؤوليته عن الأشياء التي في حراسته ، قد طبق فيما يتعلق
بحراسة الأشياء على كل الأشياء فيما عدا ما استثنى به نص صريح ، فلماذا تعمم
المسؤولية عن الأشياء ولا تعمم المسؤولية عن الأشخاص ؟ غير أن القضاء في فرنسا
مستقر على أن المسؤولية عن فعل الغير واردة على سبيل الحصر .

7 — ولا ينبغي أن يفوتنا قبل شرح هذه المسؤولية إبراز نقط الاختلاف بين
القانون المدني الجزائري وبين القانون الفرنسي من جهة ، وبين القوانين
العربية من جهة أخرى .

فقد خالف القانون المدني الجزائري القانون الفرنسي في أنه اعتبر الأب
وحده هو الرقيب مادام حيا ، ولا مسؤولية على الأم طوال حياة الأب ، بينما جعل
القانون الفرنسي الأب والأم مسئولين معا بالتضامن .

وكذلك خالف القانون المدني الجزائري القانون الفرنسي في حلول الدولة
محل المعلمين والمربين في المسؤولية . فقد صدر في فرنسا قانون بتاريخ
1937/4/5 استثنى من المادة 1384 مسؤولية المعلمين فجعلها خاضعة
لأحكام خطأ منهم طبقا للقواعد العامة بعد أن كان خطوهم مفترضا ، بينما أبقى
القانون المدني الجزائري مسؤولية المعلمين والمربين مفترضة أسوة بغيرهم ،
افتراضا قابلا لاثبات العكس ، أسوة بغيرهم من الرقباء .

(1) انظر ديموج : الالتزامات ج 5 بند 819 مكرر .

كذلك أضاف القانون المدني الجزائري ، على عكس القانون الفرنسي والقوانين العربية ، الى طائفة المعلمين طائفة أخرى سماها أحيانا طائفة المؤدبون وأحيانا أخرى طائفة المربين ، وسماها النص الفرنسي للمادة 135 بالمعنى الأخير les éducateurs ، وللمرء أن يتسامل أليس المؤدبون أو المربون معلمين ؟ ان اضافة هذه الطائفة تزيد لا فائدة منه ، لأن كل من يربي أو يؤدب التلميذ يعتبر معلما له بالمعنى الواسع .

وكذلك خالف القانون المدني الجزائري القانون الفرنسي في أنه جعل الدولة مسئولة فقط عن الأضرار التي يسببها التلاميذ للخير أو لبعضهم بعضا ، بينما استقر القضاء الفرنسي على تعميم مسئولية الدولة بحيث تشمل ما يسببه التلاميذ للخير أو لبعضهم بعضا ، وما يقع من أضرار من الخير على التلاميذ .

أما ما خالف فيه القانون المدني الجزائري القانون المدني المصري والقوانين العربية الأخرى ، فالى جانب اعتبار الأم رقيبة قانونية ، والى جانب أن القوانين العربية وضعت الزوجة القاصر تحت رقابة زوجها ان كان رشيدا أو تحت رقابة من يتولى الرقابة عليه ان لم يصلح رقيبا ، فان القانون الجزائري لم يضع الزوجة القاصر تحت رقابة زوجها فمن يكون هو الرقيب عليها اذا كان من المفروض أنها تسكن مع زوجها لا مع أبيها أو أمها ؟ لقد كان ينبغي ألا يفوت حكم الزوجة القاصر على المشرع الجزائري الذى يسيط الرقابة بالقصر وبالسكن والزوجة تسكن مع زوجها .

الى جانب ذلك خالف القانون المدني الجزائري القانون المدني المصري والقوانين العربية الأخرى في أنه لم يشترط في انتقال الرقابة الى المعلم أو

العربي أو رب الحرفة ، أن يكون الموضوع تحت الرقابة مازال قاصرا ، مع أن القوانين العربية قد اشترطت القصر ، وذلك إعمالا لنص المادة 134 الذي يديط أسباب الرقابة بالقصر أو بالحالة الصحية فلا رقابة لغير هذين السببين . ولقد سائر المشرع الجزائري النص الفرنسي للمادة 1384 الذي لم يشترط القصر ، مع أن غالبية الفقه في فرنسا ، وكذلك القضاء هناك متفقان على اشتراط القصر لانتقال الرقابة الى المعلم أو رب الحرفة ، وإذا كان في فرنسا خلاف حول شرط القصر لعدم وجود نص هناك عليه ، فلا محل لمثل هذا الخلاف عندنا وقد نصت المادة 134 على أن سبب الوضع تحت الرقابة إما أن يكون القصر أو الحالة العقلية أو الجسمية ، وليس من المعقول أن يكون الأب ، ومن بعد وفاته الأم غير مسئولين عن أولادهما متى بلغوا سن الرشد ويسأل عنهم في هذه السن المعلمون أو المربون أو أرباب الحرف ؟ والرأى عندنا هو اشتراط القصر في انتقال الرقابة الى المعلمين والمربين وأرباب الحرف ، والأى كان أستاذ الجامعة مسئولا عن الأفعال الضارة التي يرتكبها طلبته البالغون سن الرشد ، وهو مالم يقل به أحد .

8 - وتتحلل المسؤولية التي نحن بصدد دها الى مسئوليتين : مسئولية شخصية بالنسبة الى الموضوع تحت الرقابة ومسئولية مفترضة في جانب من يتولى الرقابة . فأما عن المسؤولية الشخصية للموضوع تحت الرقابة فقد كان الرأى في فرنسا مستقرا على أنه يجب أن يثبت الضرور خطأ من جانب الموضوع تحت الرقابة حتى يكون الرقيب مسئولا ، وما لم يثبت خطأ من جانب الموضوع تحت الرقابة فلا مسئولية على الرقيب ، أى أن مسئولية الرقيب كانت تبعية لمسئولية الموضوع تحت الرقابة .

غير أنه بعد أن أصدر المشرع الفرنسي قانونا بتاريخ 1968/1/3 أضاف بمقتضاه المادة 2/489 الى القانون المدني وقضى فيها بمسئولية من اخطت قواه العقلية عما يحدثه للغير من ضرر ، تغير القضاء الفرنسي وتوسّع في تطبيق حكم هذه المادة ، فعلى الرغم من أنها واردة في باب حماية الرشديين الموضوعين تحت الرقابة للنقص في أهليتهم ، فقد عمد القضاء الفرنسي الى تطبيق أحكامها على القصر أيضا بل وعلى عديمي التمييز ، وأصبح هذا القضاء يقضي بمسئولية الرقيب عن الأضرار التي يسببها الموضوع تحت الرقابة ولو لم يكن مدركا ، وأصبح يكفي بأن يكون فعله الذي سبب ضررا غير مشروع موضوعا objectivement illicite (1) ، وهكذا أصبح الرقيب يسأل عن الأضرار التي يسببها الموضوع تحت الرقابة ولو كان غير مميز ، وتكون مسئولية الرقيب عندئذ مسئولية أصلية لا تبعية . أما عندما فقد نصت المادة 134 م ج كالمادة 173 م م على مسئولية الرقيب عن الأضرار التي يسببها الموضوع تحت الرقابة ولو كان غير مميز . وعلى ذلك فإذا كان الموضوع تحت الرقابة قد أحدث الضرر وهو مميز وأثبت الضرر خطأه ، فإن الرقيب يكون مسئولا عنه مسئولية تبعية ، أما إذا أحدث الضرر وهو غير مميز فإن مسئولية الرقيب تكون أصلية ، وإذا كان الموضوع تحت الرقابة مميزا فإن للضرر أن يرجع عليه هو متى أثبت خطأه ، وقد يكون الموضوع تحت الرقابة قد ارتكب الفعل الضار بواسطة شيء في حراسته فتكون مسئوليته في هذه الحالة مفترضة افتراضا لا يقبل اثبات العكس بينما تكون

(1) انظر حكم الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض في 13/6/1974 ، المنشور في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1975 برقم 311 ، وحكما آخر قضى بمسئولية عديم التمييز *l'infans* بتاريخ 20/7/1976 لشرفي نفس المجلة سنة 1976 برقم 733 .

مسئولية الرقيب عنه قابلة لاثبات العكس ، وهذا يلاحظ أن بعض الفقهاء العرب يشترطون في الحارس أن يكون مميزاً⁽¹⁾ ، بينما ترى أغلبية الفقهاء العرب أن التمييز غير مشروط في الحراسة بقسميها⁽²⁾ .

9 - ويترتب على هذا الاختلاف في الرأي نتائج هامة ، فإذا أخذنا بالرأى الذى يراه الأستاذ السنهورى ، واشترطنا في مسؤولية الحارس أن يكون مميزاً ، فإن الخاضع للرقابة إذا كان غير مميز وارتكب الفعل الضار بواسطة شيء فأنه لا يكون مسئولاً كحارس ، وتكون الحراسة لمتولي الرقابة ، ويستطيع المضرور أن يرجع عليه كحارس أصلي ، وحينئذ لا يكون له أن يتخلص من مسئوليته كحارس إلا باثبات السبب الأجنبي ، وإذا رجع المضرور على الخاضع للرقابة ، إما لعدم وجود من هو مسئول عنه ، وإما لتعذر الحصول على التعويض ممن هو مسئول عنه ، فإن مسؤولية عديم التمييز تكون حينئذ مسئولية مخففة ، وتطبق عليها أحكام المادة 2/125 . أما إذا أخذنا بالرأى القائل بأنه لا يشترط في الحارس أن يكون مميزاً ، وهذا هو الرأى الراجح لدى الفقهاء العرب ، وهو الذى استقر عليه القضاء في فرنسا ، فإن الخاضع للرقابة ، سواء كان مميزاً أو غير مميز ، إذا ارتكب الفعل الضار بواسطة شيء في حراسته فإن مسئوليته كحارس أصلي تكون مفترضة افتراضاً لا يقبل اثبات العكس ، ولا يكون للمضرور أن يرجع على الرقيب إلا كرقيب لا كحارس ، وتكون مسؤولية هذا الرقيب قابلة لاثبات العكس كما سوف نرى . وللمضرور

(1) انظر الوسيط للسنهورى ج1 ص 1205 بند 708 بالنسبة الى حراسة الحيوان ، و ص 1242 بند 735 بالنسبة الى حراسة الأشياء غير الحية .
(2) انظر مصادر الالتزام للدكتور سليمان مرقس ص 657 بند 494 ومصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم الصده ص 562 بند 517 .

أن يرجع على الخاضع للرقابة كحارس أصلي ، غير أنه اذا كان غير مميز ، فان مسؤوليته تكون مخففة طبقا لأحكام المادة 125 / 2 . ولقد أجاز القضاء الفرنسي للمضور أن يرجع على الرقيب في حالة اعتبار الخاضع للرقابة حارسا أصليا ، أي أنه أجاز الجمع بين المسؤوليتين ، في حين أنه رفض الرجوع على المتبوع باعتباره متبوعا في حالة اعتبار التابع حارسا أصليا كما سوف نرى (1).

10 — ما هو المراد بالرقابة ؟

طبقا للقانون المصري (م 173) وللقانون الجزائري (م 134) تعتبر الرقابة التزاما يقع على عاتق الرقيب ويكون مصدر هذا الالتزام إما القانون وإما الاتفاق ، أما الرقابة الفعلية فلا ترتب أية مسؤولية مفترضة على الرقيب . وبالنسبة الى القاصر تكون الرقابة القانونية لأبيه ثم لأمه طبقا لنص المادة (135) وعند عدم وجودهما تنتقل الرقابة القانونية الى الولي ثم الى الوصي كما سبق أن قلنا ، وذلك طبقا لنص المادة (134) . وطبقا للمادة (173 م م) تكون الرقابة القانونية على الزوجة القاصر لزوجها ان كان رشيدا أو لمن يتولى الرقابة عليه ان كان مازال في حاجة الى الرقابة ، أما طبقا للقانونين الفرنسي والجزائري فتكون رقابة الزوج على زوجته القاصر فعلية ولا ترتب مسؤولية الرقيب القانوني المفترضة . وقد يكون مصدر الرقابة هو الاتفاق الصريح أو الضمني كرقابة المعلمين على التلاميذ ورقابة أرباب الحرف على صبيانهم ورقابة الممرض على المريض . أما الرقابة الفعلية كرقابة من يقود أعمى أو مقعدا عرضا ودون اتفاق ، فانها لا تدخل في مفهوم الرقابة التي ترتب المسؤولية المفترضة ، ولا يسأل

(1) انظر حكما للدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1965/11/27 .

الرقيب الفعلي إلا اذا ثبت في جانبه خطأ شخصي . وعلى كل حال فإن الرقابة مفروضة على القاصر وعلى المصاب بعاهة عقلية أو جسمية فقط دون غيرهم .

11 - أساس الالتزام بالرقابة

تقوم الرقابة في القانون الفرنسي بالنسبة الى القاصر على أساسين : الأول حق الحراسة أو الحضانة *Droit de garde* والثاني أن يكون القاصر ساكنا مع أبويه ، وتستمر الرقابة عليه حتى يبلغ سن الرشد ، ورقابة من عدا الأبهين رقابة فعلية ولو كان مصدرها الاتفاق . أما في القانون المصري (م 173) فلما أن يكون القاصر دون الخامسة عشرة من عمره فيكون في هذه السن تحت رقابة الرقيب قانونا بصفة مطلقة ولو لم يكن ساكنا معه ، ولو لم يكن يعيش في كنفه ، فاذا بلغ القاصر هذه السن ، وهي سن الحلم في الشريعة الاسلامية ، فلا يكون الرقيب مسئولا عنه إلا اذا كان يعيش في كنفه ولو لم يكن ساكنا معه ، فاذا كان مستقلا عن الرقيب في معيشته ، فلا يسأل عنه الرقيب ولو كان يسكن معه ، واذا كان يعيش بعد سن الخامسة عشرة في كنف الرقيب فانه يظل مسئولا عنه حتى يبلغ سن الرشد (21 سنة) سليما من العاهات العقلية والجسمية ، فاذا بلغ سن الرشد سليما من هذه العاهات كان مسئولا عن نفسه ولو كان يعيش في كنف الرقيب . أما القانون الجزائري فقد اشترط للرقابة أن يكون القاصر ساكنا مع الرقيب ، سواء كان يعيش في كنفه أولا ، أي أن أساس الرقابة في القانون الجزائري هو السكن ، ولم يحدد القانون الجزائري سنا معينة قبل سن الرشد تنتهي الرقابة عندها ، فيظل القاصر تحت الرقابة حتى يبلغ سن الرشد (19 سنة) سليما من العاهات العقلية والجسمية وأعتقد أنه

نان ينبغي أن يحدد القانون الجزائى سنا معينة تنتهى عندها الرقابة قبل بلوغ القاصر سن الرشد ، اذ قد يكون القاصر ساكنا مع الرقيب ولكنه لا يعول عليه في معيشته ، ويكون قد بلغ من النضوج ما يجعله مسئولا عن نفسه خصوصا اذا أخذنا أزمة السكن هنا في الاعتبار ، فقد يضطر القاصر الى السكن مع الرقيب ويكون مستقلا عنه في معيشته . وتنتقل الرقابة الى المعلم أو العربي أو رب الحرفة في الوقت الذى يكون فيه الموضوع تحت الرقابة خاضعا لاشرف المعلم أو لرب الحرفة ، وتكون رقابة هؤلاء اتفاقية . واذا كان القاصر بالمدرسة ولكن خارج قاعة الدراسة فان التزام رقابته ينتقل الى من يشرف على التلاميذ خارج فصول الدراسة ، فان لم يكن هناك من يشرف على التلاميذ في ساحة المدرسة ، انتقلت الرقابة الى مدير المدرسة ، واذا كان التلاميذ يقومون برحلة نظمها المدرسة ، انتقلت الرقابة الى المشرف على الرحلة . ومتى عاد القاصر من المدرسة أو من محل الحرفة الى مسكنه عادت الرقابة الى الأب أو الأم من بعده أو الى الولي أو الوصي . ولنا أن نتساءل عما اذا كانت الأم لا تسأل طبقا للمادة 135 م ج الا بعد وفاة الأب فعلا أو أن الرقابة تنتقل اليها اذا كان الأب مازال حيا ولكنه لا يستطيع أن يمارس الرقابة على الولد ، إما لأنه مجنون أو معتوه ، وإما لأنه مريض بمرض جسمي كالعمى أو الشلل بحيث يستحيل عليه أن يمارس الرقابة على ولده ؟ أعتقد أنه في هذه الحالة يعتبر كأنه غير موجود ويجب أن تنتقل الرقابة الى الأم .

12 — ما مدى مسئولية متولي الرقابة ؟

مسئولية متولي الرقابة مسئولية مفترضة افتراضا يقبل اثبات عكسه ، فهي مسئولية وسط بين المسئولية الشخصية التي يلغى للمضروب فيها أن يثبت خطأ

في جانب المسئول ، وبين مسئولية الحارس التي هي مسئولية مفترضة افتراضا لا يقبل اثبات العكس ، ولا تنفي عن المسئول إلا باثبات السبب الأجنبي ومسئولية المتبوع عن تابعه التي لا تنتفي عنه حتى لو أثبت السبب الأجنبي . ويختلف القانون الجزائري ، كالقانون المصري ، عن القانون الفرنسي في أن هذا الأخير لا يتيح للرقيب إلا وسيلة واحدة يدفع بها مسئوليته وهي أن يثبت أنه لم يستطع أن يمنع وقوع الفعل الذي تسبب عنه الضرر ، أي أن ينفي عن نفسه الخطأ المفترض ، أما القانون الجزائري وكذلك القانون المصري ، فقد أتاحا للرقيب وسيلتين لدفع المسئولية عن نفسه الأولى هي نفي الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه لم يقصر في أداء التزامه بواجب الرقابة ، والثانية هي أن يثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بواجب الرقابة أي أن ينفي علاقة السببية المفترضة بين الرقابة والضرر ، ويحزو الضرر الى السبب الأجنبي . أي أن يكون الحادث الذي حارب عليه الضرر فجائيا لم يكن من الممكن توقعه ولا دفعه .

وإذا كان الرقيب هو الأبوين في القانون الفرنسي أو أحد الأبوين في القانونين الجزائري والمصري ، فيرى الكثير من الفقهاء العرب والفرنسيين أنه إذا ارتكب الخاضع للرقابة فعلا ضارا فيفترض أن والده أو والديه قد أساءا تربيته ولذلك فهما لا يستطيعان التخلص من المسئولية إلا باثبات أنهما لم يقصرا في تربيته حسنة حسنة ، ويقول الأستاذ السنيوري في ذلك (1) " على أن القيام بواجب الرقابة يشمل كما رأينا احسان التربية ، وبخاصة إذا كان متولي الرقابة أمًا أو أبا ، ويهني على ذلك أنه لا يكفي أن يثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة

(1) المرجع السابق الذكر ج 1 ص 1137 وما يليها بند 672 .

واتخذ الاحتياطات المعقولة ، فلا يزال افتراض أنه أساء تربية ولده قائما في جانبه ، ولا يلزم المضرور أن يثبت أن الأب أساء التربية ، بل الأب هو الذى يثبت أنه لم يسيء تربية ولده . وجملة القول أن متولي الرقابة عليه أن يثبت أنه لم يرتكب تقصيرا في الرقابة في خصوص الخطأ الذى صدر ممن هو في رقابته . وأنه بوجه عام لم يسيء تربيته " ويستشهد الأستاذ السلهوى لذلك بحكمين ، أحدهما صادر من محكمة أسيوط الكلية بتاريخ 1933/11/8 (1) والحكم الآخر من محكمة النقض المصرية الدائرة الجنائية بتاريخ 1956/5/14 (2) ، وقد اتفق الحكمان على ضرورة أن يثبت الوالد أنه لم يسيء تربية ابنه . ويرى ما زو مثل هذا الرأي أيضا (3) .

ويرى بعض الفقهاء أنه إذا كان الولد ما يزال طفلا صغير السن وارتكب الفعل الضار ، فيكفي الوالد أن يثبت أنه قام بكل ما يستطيع من الرقابة ، دون حاجة الى اثبات أنه لم يسيء تربيته ، أما إذا كان الولد قد اقترب من سن الرشد فلا يكفي الوالد أن يثبت أنه قد قام بواجب الرقابة لكي يتخلص من مسؤوليته بل يجب عليه أيضا أن يثبت أنه لم يسيء تربيته .

13 — ويعترض بعض الفقهاء الفرنسيين على شرط نفي سوء التربية ويقولون انه إذا كان من المفروض أن الخاضع للرقابة لم يرتكب الفعل الضار إلا بسبب سوء تربيته ، فماذا يكون الحكم لو ثبت أن الوالد أحسن تربية ابنه ومع ذلك فقد ارتكب الابن الفعل الضار ؟ ان الولد الذى أحسنت تربيته قد يرتكب الفعل

(1) نشر بمجلة المحاماة رقم 14 برقم 2/222 ص 425 .

(2) نشر في مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة 7 برقم 202 ص 713 .

(3) انظر كتابه عن المسؤولية المدنية ج 1 بند 767 .

الضار على الرغم من حسن تربيته . ويضيفون الى ذلك قولهم أنه اذا كان السبب في ارتكاب الولد فعلا ضارا هو سوء تربيته ، فلماذا لا يسأل الأبوان اذا كان الولد لا يسكن معهما ومع ذلك يرتكب الفعل الضار ؟ أفلا يكون ارتكابه هذا الفعل وهو يسكن بعيدا عن والديه يرجع الى سوء تربيته ؟ ولقد استقر القضاء الفرنسي على جعل المسؤولية تقح على عاتق من له حق الحضانة في حالة الطلاق أو التفريق الجثماني بين الزوجين ، مع أن سوء التربية قد يكون من جانب من حرم من حق الحضانة . ولقد فرّق بعض الفقه والقضاء في كثير من أحكامه بصدد سوء التربية بين وضعين : الأول — أن يثبت الضرر أن فعل الخاضع للرقابة كان هو السبب الفعال في احداث الضرر ، فليس للوالدين أن يتخلصا من المسؤولية إلا باثبات السبب الأجنبي الذي حال بينهما وبين ارتكاب الولد الفعل الضار . الثاني — اذا لم يكن بين الفعل والضرر إلا علاقة سببية بعيدة ، فان للأبوين أن يتخلصا من مسؤوليتهما اذا أثبتا أنهما لم يقصرا في تربية الولد .

وأنا أعتقد أن مطالبة الوالدين بنفي سوء التربية يتنافى مع النص سواء في القانون الفرنسي أو في القوانين العربية فلا نص الفقرة السابعة من المادة 1384 فرنسي ولا نص الفقرة الثانية من المادة 135 م ج ولا نص الفقرة الثالثة من المادة 173 م م يتكلم عن سوء التربية أو يفرق بين الأبوين وبين المعلمين والمربين وأرباب الحرف بصدد التخلص من المسؤولية . ويجب أن نتقيد بحرفية هذه النصوص وأن نقول بأن جميع هؤلاء الأشخاص يستطيعون التخلص من مسؤوليتهم في القانون الفرنسي بالوسيلة الوحيدة التي نصت عليها الفقرة السابعة من المادة 1384 أو باثبات السبب الأجنبي كما يرى الفقه والقضاء ،

وفي القانونين الجزائري والمصري بالوسيلتين التي سبق أن ذكرناهما ، لا سيما وأن اثبات عدم التقصير في التربية اثبات عسير جدا ومن النادر أن يقر والد بأنه أساء تربية ولده ، اذ مهما كانت طريقة تربيته لولده سيئة فانه يظن أنها خير طريقة للتربية . ومسألة حسن التربية أو سوءها مسألة نسبية تختلف باختلاف الأشخاص وباختلاف الأوساط وباختلاف العصور . واذن فاشتراط نفي سوء التربية تحميل للمنصوص بما لا تحتتمل ، وتزيد لا لزوم له ، فوق أنه عسير الاثبات .

14 - أما بالنسبة الى مسؤولية أرباب الحرف عن رقابة صبيانهم ، فأنهم يسألون عنهم في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم فقط ، ومتى انصرفوا الى مساكنهم انتقلت الرقابة وعادت الى آبائهم أو أوليائهم ولكن اذا كان صبي الحرفة يسكن عند رب الحرفة ، فان الرقابة تنتقل لهائيا الى رب الحرفة . ومصدر الرقابة التي تقع على عاتق أرباب الحرف هو الاتفاق ، سواء كان صريحا أو ضمنيا ، فقد يكون هناك عقد مكتوب بيدهما وقد يكون الاتفاق بينهما شفويا ، وعلى كل حال فهي رقابة اتفاقية على غرار رقابة المعلمين والمربين ، وليس لهؤلاء أن يتخلصوا من مسؤوليتهم إلا بالوسيلتين المنصوص عليهما في القانون ، ولا مجال هنا لما حدث من خلاف في مسألة حسن التربية أو اسائها فان هذه المسألة لم تثر إلا بمناسبة رقابة الوالدين .

15 - ماذا يثبت الضرر لكي يحصل على التعويض ؟

اذا أحدث الخاضع للرقابة الضرر وهو في سن التمييز ، أي بعد أن يكون قد بلغ السابعة من العمر طبقا للقانون المصري والفرنسي أو السادسة عشرة من عمره طبقا للقانون الجزائري فان على المضرور أن يثبت خطأ الخاضع للرقابة

وأن ضرا أصابه من جراء هذا الخطأ وأن بين هذا الخطأ والضرر علاقة سببية . والمراد بالخطأ هنا ، الخطأ الموضوعي *la faute objective* أى الفعل الضار أو غير المشروع *le fait illicite* ومتى أثبت ذلك فليس عليه أن يثبت خطأ من الرقيب ، بل تقوم مسئولية الرقيب مفترضة افتراضا قابلا لاثبات العكس كما سبق أن ذكرنا . وللمضروب أن يرجع على الخاضع للرقابة لأنه هو المسئول الأصلي ، ومسئولية الرقيب تبعية . وله أن يرجع عليهما معا فهكوان متضامين في دفع التعويض . وقد يستطيع المضروب أن يثبت خطأ الرقيب ، فيكون له في هذه الحالة أن يرجع عليه طبقا لقواعد المسئولية الشخصية ويكون للرقيب أن ينفي عن نفسه الخطأ . أما اذا كان الخاضع للرقابة عديم التمييز ، وبما أن عديم التمييز لا ينسب اليه خطأ متعمد ، فيكفي الضرر أن يثبت أن الفعل الذى سبب له الضرر فعل غير مشروع ولو لم يكن محمدا ، وعندئذ تقوم مسئولية الرقيب وتكون مسئولية أصلية . واذا استطاع الرقيب أن ينفي عن نفسه المسئولية ، أو تعذر على المضروب أن يحصل على التعويض منه ، أو لم يكن للخاضع للرقابة أى رقيب ، فإن المضروب يرجع على عديم التمييز ويكون هذا الأخير مسئولا عن التعويض مسئولية مخففة طبقا للمادة 2/125 . وكذلك اذا كان الخاضع للرقابة مميزا واستطاع الرقيب أن ينفي عن نفسه المسئولية باحدى الوسيلتين ، فإن للمضروب أن يرجع على الخاضع للرقابة اذ هو المسئول الأصلي . وكما سبق أن ذكرنا قد يرتكب الموضوع تحت الرقابة الفعل الضار بواسطة شيء في حراسته فتكون مسئوليته مفترضة افتراضا لا يقبل اثبات العكس ، ومسئولية الرقيب مفترضة افتراضا قابلا لاثبات العكس ،

● **جواز القضاء الفرنسي الجمع بين المسئوليتين .**

16 - رجوع الرقيب على الخاضع للرقابة

تعر المادة 137 م ج المقابلة للمادة 175 م م على أن " للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر " وعلى ذلك فإذا دفع الرقيب التعويض فإن له الحق في أن يرجع بما دفعه على الخاضع للرقابة بشرط أن يكون مميزاً ، وهو يرجع عليه بكل ما دفع ، ما لم يكن قد ثبت عليه هو الآخر خطأ فيقسم التعويض بينهما . أما إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز ودفع الرقيب التعويض فليس له حق الرجوع عليه لأن مسئوليته حينئذ تكون أصلية . ويلاحظ أن حق الرجوع المذكور لا يكون إلا من الرقيب على الخاضع للرقابة ، فإذا كان هذا الأخير هو الذي قام بدفع التعويض فليس له حق الرجوع على الرقيب لأنه هو المسئول الأول . ولسوف نرى أن هذا الحق قد منح أيضاً للمتبوع ، كما يلاحظ أنه في حالة ما إذا أثبت الضرر خطأ في جانب الرقيب ، فإن ما يدفعه الرقيب حينئذ من التعويض يكون تعويضاً عما أحدثه بخطئه الشخصي فلا يكون له حق الرجوع بما دفع على الخاضع للرقابة ، وتطبق عليه في هذه الحالة قواعد المسئولية الشخصية لا قواعد مسئولية متولي الرقابة ، فيستطيع أن ينفى عن نفسه الخطأ بكل الوسائل وليس فقط بالوسيلتين المذكورتين في نص القانون .

17 - مسئولية متولي الرقابة في القوانين العربية الأخرى

انظر القانون المدني السوري (م 174) والقانون المدني الليبي (م 176) والقانون المدني العراقي (م 218) وقانون الموجهات اللبناني (م 128) بصدد مسئولية متولي الرقابة ، مع القانون المدني المصري في مادته (173) أما القانون

المغربي (م 85) والقانون التونسي (م 2/93) فهما متماثلان مع القانون الجزائري . أما القانون الأردني الجديد الذي استمد أحكامه كلها تقريباً من الشريعة الإسلامية ، فقد نصّ في المادة (1/288) على ما يلي " لا يسأل أحد عن فعل غيره ، ومع ذلك فللمحكمة بناءً على طلب المضرور ، إذا رأت مسوغاً لذلك ، أن تظنم (متولي الرقابة) بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر" أي أن الأصل في هذا القانون هو أن من أوقع الضرر هو المسئول عن دفع التعويض ، ولا يسأل عنه غيره إلا إذا طلب المضرور من المحكمة أن تحكم بالتعويض على الرقيب ، وكان هناك مسوغ لهذا الطلب ، كأن يكون الذي أوقع الضرر معسراً أو تعذر الحصول منه على التعويض .

17 مكرر - ولنتهي من مسئولية متولي الرقابة بملاحظة ، هي أنه بالتأمل في هذه المسئولية نجد أنها ليست في الواقع مسئولية عن الغير ، بل هي مسئولية شخصية تقع على عاتق الرقيب ، ولكن افترض فيها خطأ في الرقابة من جانبها وإدّام مسئولاً عن خطئه ، فهي إذن مسئولية شخصية ، خصوصاً وأنها قد تكون مسئولية أصلية (1) .

18 - تعقيب على مسئولية متولي الرقابة

اطلعت بعد كتابة هذه المحاضرات ، على كتاب باللغة الفرنسية عن المسئولية المدنية في القانون المدني الجزائري نشره الأستاذ نور الدين تركي في فرنسا وفي الجزائر سنة 1981 ، ولما كان الأستاذ نور الدين تركي زميلاً

(1) انظر مازو : المسئولية المدنية ج 1 فقرة 767 .

لنا بالقسم الفرنسي بمعهد الحقوق ، فلا ينبغي أن يختطف رأيي عن رأيه في شرح نصوص القانون المدني الجزائري ، وقد ذكر الأستاذ في هذا الكتاب (1) إن أعمال حكم المادة 135 بالنسبة الى القاصر المميز واعتبار أن الرقيب يسأل عن أفعاله الضارة ، يترتب عليه ألا يكون للفقرة الأولى من المادة 125 أى معنى ، لأن هذه الفقرة تقضي بمسئولية هذا القاصر شخصيا عن أفعاله الضارة ، ولكن الأستاذ يدس أن مسئولية القاصر المميز عن أفعاله الضارة مسئولية شخصية لا تمنع من أن يكون الرقيب عليه مسئولا عنها مسئولية تبعية مادام هذا القاصر ساكنا مع الرقيب . وللمضروب أن يرجع على القاصر المميز وحده باعتباره مسئولا أصليا عن فعله الشخصي ، وله كذلك أن يرجع على الرقيب عليه باعتباره مسئولا مسئولية تبعية ، وله أن يرجع عليهما معا متضامين .

ويتساءل الأستاذ تركي قائلا : كيف يطالب المضروب القاصر المميز عن طريق المسئولية الشخصية ويترك الرقيب المفترضة مسئوليته ؟ ولكنه يدس أن الرقيب لا يسأل إلا اذا أثبت الضرر أن القاصر المميز قد ارتكب فعلا ضارا ، أى أنه لا بد من اثبات مسئولية القاصر المميز أولا حتى يرجع الضرر على الرقيب ، لأن الأول هو المسئول الأصلي والثاني مسئوليته تبعية . ويؤكد ذلك أن المادة 134 تنص في نهايتها على قيام مسئولية الرقيب ولو كان من وقع عليه العمل الضار غير مميز . مما يفهم منه بمفهوم المخالفة أن الرقيب مسئول عن القاصر المميز ، وألا فلا يكون لنص المادة 135 في فقرتها الأولى أى معنى حين تقضي بأن الأب ، ومن بعد وفاته الأم مسئولا عن الضرر الذى يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما . والقاصر قد يكون مميزا وقد يكون (1) انظر ص 80 بند رقم 167 منه .

المميز، ثم ان المادة 137 تعطي للرقيب الحق في الرجوع بما دفع من تعويض على القاصر المميز وحده لأنه هو المسئول الأصلي ، وتحرم الرقيب من الرجوع على القاصر غير المميز لأن مسئولية الرقيب عنه أصلية . واذن فلا محل لقول الأستاذ تركي أن المادة 125 / 2 حين تقضي بمسئولية غير المميز مسئولية مخلفة إلا اذا كان له رقيب وتعذر الحصول على التعويض منه أو لم يكن له رقيب بتاتا ، تفيد بمفهوم المخالفة أن الرجوع الى مسئولية الرقيب طبقا للمادة 135 ممنوع حين يكون القاصر مميزا ، ولكن يظهر أن الأستاذ لا يفرق بين مسئولية الرقيب مسئولية أصلية حين يكون الموضوع تحت الرقابة قاصرا غير مميز ، ومسئولية تبعية حين يكون القاصر مميزا ، وينسب صدر المادة 135 التي تقضي بمسئولية الرقيب عن القاصر مادام يسكن معه .

ويضيف الأستاذ في نفس الكتاب (1) " أن المسئولية عن فعل الغير لا تطبق إلا على مسئولية عديم التمييز والمصاب بعاهة جسمية أو عقلية " مرة أخرى ألفت نظر الأستاذ الى صدر المادة 135 التي تقضي بمسئولية الرقيب عن أعمال القاصر الساكن معه حتى يبلغ سن الرشد .

هذا وقد أورد الأستاذ تركي في نفس الكتاب ونفس البند رأيا للأستاذ صمو ، الأستاذ بالقسم الفرنسي بنفس المعهد ، يقول فيه ان للمضروب ، طبقا للمادة 135 ، أن يرفع الدعوى على المعلم أو المربي الى جانب رفع الدعوى على الدولة ، قياسا على مسئولية متولي الرقابة ومسئولية المتبوع ، ومتى حصل على التعويض من أحدهما انتهى الأمر ، وهو يستند في ذلك الى أن نص المادة 135 لم يمنح الرجوع على المعلم أو المربي .

وأنا أؤيد الأستاذ تركي في اعتراضه على هذا الرأي لأن نص المادة 1/135 صريح في أن مسؤولية الدولة محل مسؤولية المعلم أو المربي ، فلا تكون أمام الضرر إلا مسؤولية واحدة هي مسؤولية الدولة ، والأفلا يكون للحلول أى معنى إذا لم يفهم على هذا النحو ، لاسيما إذا رجعنا إلى حكمة هذا الحل ، وهي عدم ازواج المعلم أو المربي في تأدية رسالته ، وتوضيح الطمأنينة له في القيام بمهنته .

ويهد هذا الرأي ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة في فرنسا من أن ليس للدولة أن ترجع بما دفعت من تعويض على المعلم متى كان خطؤه متصلا بوظيفته *Faute non détachable* ولا ترجع عليه بالتعويض إلا إذا كان خطؤه منفصلا عن وظيفته *Faute détachable* .

كما يهد هذا الرأي أيضا أن الاختصاص بالنظر في الدعوى التي ترفع على الدولة في الجزائر معهود به إلى الغرفة الإدارية ، ولو قيل بجواز الرجوع على المعلم أو المربي لكان الاختصاص بالنظر في الدعوى للقضاء المدني ، ولترتب على ذلك ازدواج الاختصاص بمسألة موضوع واحد ، واحتمال تناقض الأحكام الصادرة من الجهتين .

19 - تقدير مسؤولية الأبهين عن أفعال أولادهما المهر

أعتقد أن من المصير في مصرنا الحديث أن يراقب الوالدان ، ولا سيما الوالدة بعد وفاة الوالد في الجزائر ، شابا بلغ من العمر 17 أو 18 سنة أو 20 سنة في مصر ، فمثل هذا الشاب أصبح اليوم مستقلا في تفكيره ومخطفا أهد

الخطأ في نمط حياته عن والديه ، بحيث لا يقدم وزنا لنصائحهما ولا يذعن لأوامراتهما ، بل وقد يرميهما بالرجعية في آرائهما .

لقد كانت رقابة الوالدين سائغة في العصور السالفة ، حين كان الولد يحترم أبويه ، ويطيعهما طاعة عمياء في كل ما يأمرانه به ، ويخضع لنصائحهما ، يخشى عاقبة غضبهما . أما اليوم فقد تحرر الشباب من هذه الرقابة ، وتفجر الزمن ، وأصبحت رقابة الوالدين في ذمة التاريخ . ان كل والد يبذل اليوم كل ما في وسعه لتثنية ولده على خير وجه ، ويغني نفسه ليكون ولده خيرا مسله ، ولا يدخر سعا في تطبيقه الدروس وبذل النصائح ، ومع ذلك ينحرف الولد ، هدف بواخذ والده على ما يرتكب هذا الولد من أعمال ضارة ودرجه بالتقصير في هويته وبالا همال في رقاوته ؟

لقد كانت الشريعة الاسلامية على حق حين قضت بمسئولية الولد في ماله الخاص ، ولو كان غير مميز ، عن أفعاله الشخصية ولم تثقل عاتق والديه بهذه المسئولية ، ولذا فاني أرى السير على هدى شريعتنا الغراء أو قصر مسئولية الترهيب على الصبي غير المميز اذا لم تكن له ذمة مالية مستقلة ، لاسيما وقد رفع القانون المدني الجزائري سن عدم التمييز الى ست عشرة سنة .

المطلب الثالث

مسئولية المتبوع عن تابعه

فـى القانون المدنى الجزائرى

20 — تعتبر مسؤولية المتبوع عن تابعه أشد أنواع المسؤولية ، اذ بينما المسئول مسؤولية شخصية يفترض أنه غير مخطي ، حتى يثبت الضرر خطأ ضده ، وبهـما المسئول عن حراسة الحيوان أو عن حراسة الأشياء غير الحية يستطيع ، كما سوف نرى ، أن يتخلص من مسئوليته بنفي علاقة السببية ، والمسئول عن تـهـدم البناء يستطيع كذلك أن ينفي عن نفسه المسؤولية بنفي علاقة السببية ، فان مسؤولية المتبوع عن تابعه غير قابلة للنفي بتاتا ، سواء في القانون المدنى الجزائرى أو في أغلب القوانين العربية الأخرى ، أو في القانون الفرنسى والقوانين التي حذت حذوه . فليس للمتبوع أن يتخلص من مسئوليته ، لا بنفي الخطأ عن نفسه ، ولا بنفي علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر الذى يسببه التابع .

وقد نصت المادة 136 م ج على هذه المسؤولية بقولها : " يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

" وتقوم علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقاـبته وتوجيهه " .

والنص العربى للمادة 136 منقول حرفيا عن المادة 174 مدنى مصرى ، بهـما النص الفرنسى للمادة 136 قد ارتكب خطأ حين ذكر عبارة " في حال تأدية وظيفته أو بمناسبتها " بدلا من " أو بسببها " وسوف نرى في سياق

ولسنا أن من المتفق عليه في القوانين العربية هو أن المتبوع يسأل عن الفعل الصادر الذي يرتكبه تابعه في حال تأدية وظيفته أو بسببها فقط لا بمناسبة (à l'occasion) كما يقول النص الفرنسي للمادة 136 ، وسوف نرى أن في بعضا خلافا حادا بين الدائرة المدنية والدائرة الجنائية في هذا الصدد .
ولذا فينبغي تعديل النص الفرنسي حتى يتسق مع النص العربي .

ومن الغريب أن الأستاذ نور الدين تركي جاري النص الفرنسي كما هو في كتابه السابق الذكر ، ولو أنه رجع إلى الأعمال التحضيرية للمادة 174 مدني صرى ما وقع في ذلك .

ولقد أورد التقنين المدني الفرنسي النص على مسئولية المتبوع عن تابعه بالفقرة الخامسة من المادة 1384 ، التي تقضي بما يلي :

" Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés " .

وهكذا زاد نص هذه الفقرة لفظ السادة إلى جانب المتبوعين ، والخدم إلى جانب التابعين ، وقد انتقد الفقه هذا التزيد المتأثر بالقانون الفرنسي القديم ، وحمل أن السادة يعتبرون متبوعين والخدم تابعين ولم تكن هناك ضرورة لذكرهما . وقبل الدخول في تفصيل هذه المسئولية يحسن أن نعرض أولا لخطوطها العريضة .

22 - فهي مسئولية تفترض متبوعا وتابعاً وعلاقة تبعية بينهما وارتكاب التابع فعلا ضارا أثناء قيامه بوظيفته أو بسببها . فأما المتبوع ، وهو الذي يطلق عليه

بالفرنسية le commettant فهو الشخص الذى له على شخص آخر سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ، ويكون له بمقتضى هذه السلطة الحق في أن يصدر اليه الأوامر ، ولو لم يستعمل هذا الحق فعلا ، اذ المهم أن تكون له هذه السلطة ولو لم يمارسها . وأما التابع فهو الشخص الذى يخضع لسلطة المتبوع ويتلقى منه الأوامر ويطيعه في توجيهه فعلا أو يفترض أنه يطيعه . وأما العلاقة بينهما فهي رابطة تبعية وخضوع للأوامر ، وقد تقوم على وجود عقد بينهما ، وقد تقوم دون وجود عقد ، أو مع وجود عقد باطل ، ولا يهم أن يكون التابع مأجورا أو غير مأجور ، ومتى ارتكب هذا التابع فعلا ضارا وهو يؤدي وظيفته أو بسبب هذه الوظيفة قامت مسئولية المتبوع وحلت محل مسئولية التابع ان صح هذا التعبير . ولا يكون للمتبوع أن يتخلص من هذه المسئولية بأية وسيلة ، وكل ما يستطيع أن يفعله هو أن ينفي مسئولية التابع حتى تنتفي مسئوليته هو . ويلاحظ أن هذه المسئولية مفترضة لصالح المضرور فقط ، فإذا أصاب التابع نفسه بضرر أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ، فليس له أن يرجع على متبوعه إلا اذا أثبت عليه خطأ ، كما أنه ليس للمتبوع أن يرجع على التابع بما دفع من تعويض على أساس مسئولية مفترضة ، اذ الافتراض شرع لمصلحة المضرور وحده . وبعد أن عرفنا هذه المسئولية بصفة عامة ، ن فصلها فيما يلي :

22 — لم تعرف مسئولية المتبوع عن تابعه في القانون الروماني ، كما سبق أن ذكرنا ، مع أنه كان هناك عبيد يقومون بخدمة سادتهم ، ولكنهم كانوا حين يرتكبون فعلا ضارا في أثناء تأدية وظيفتهم يسلمهم السيد الى المضرور ليفعل

بهم ما يشاء ، ولم يكن العبد يعتبر تابعا للسيد بالمعنى الذى نفهمه الآن ، بل كان يحتر شيفا كالحيوان والأشياء ، وقد سبق أن قلنا ان الصحيح هو أن المسؤولية الاسلمية لم تعرف مسؤولية المتبوع عن تابعه لأن المسؤولية فيها لم تقم على الخطأ بل كانت موضوعية ، ولأنها قامت على مبدأ ألا تزد وازرة وزد أخرى ، فإن العبد اذا ارتكب فعلا ضارا يسأل عنه شخصا ويدفع عنه نصف التعويض الواجب على الحر .

كما أن مسؤولية المتبوع عن تابعه لم تعرف في القانون الكنسي .

3 - وقد ظهرت هذه المسؤولية في القانون الفرنسي القديم ، وكانت تقوم على أساس خطأ المتبوع في اختيار تابعه *Culpa in eligendo* ، وكان يقال ان المتبوع ، وقد أساء اختيار تابعه ، ووضع ثقته في غير محلها ، ينبغي أن يكون مسؤولا عن أخطائه . وقد سائر القضاء الفرنسي هذا الرأى بعد صدور التقنين العدلي ، وسأيره كذلك القضاء البلجيكي ، غير أنه روى بعد فترة من الدهر أن هذا الأساس غير سليم ، لأن المتبوع قد لا يختار تابعه ، بل قد يفرض عليه . ولذلك أقيمت هذه المسؤولية على أساس آخر هو خطأ المتبوع في ملاحظة تابعه وهي رقابته *Culpa in vigilando* ، ولكن روى أن هذا الأساس غير صالح كذلك لأن المتبوع قد يكون غير مميز ، فكيف يمكن أن ينسب اليه خطأ في رقابة تابعه ؟ لذلك عدل القضاء الفرنسي عن هذا الرأى واستقر حتى اليوم على فكرة خضوع التابع لأوامر المتبوع *la subordination* (1) . ولذلك نصت القوانين العربية صراحة على أن المتبوع يسأل ولو لم يكن حرا في اختيار

(1) حكم محكمة النقض الفرنسية في 30 / 4 / 1947 .

تابعه ، وصار اليوم من المقرر أنه يكفي أن تكون للمتبع على تابعه سلطة اصدار الأوامر *le pouvoir de commandement* وان لم يمارسها فعلا .

غير أن طائفة من الفقهاء الفرنسيين فسرت الاصطلاح الذى استعملته محكمة النقض هناك *la subordination* أى التبعية ، بأن المقصود منه هو التبعية الاقتصادية *la dépendance économique* ، وقالت هذه الطائفة ان الشخص الذى يعتبر تابعا هو الذى يعتمد في حياته الاقتصادية على المتبع . ولكن أغلبية الفقه انتقدت فكرة التبعية الاقتصادية وقالت انها فكرة غامضة وليست قانونية ، وأن الناس جميعا يعتمد بعضهم على بعض اقتصاديا . ولذلك فقد هجرت فكرة التبعية الاقتصادية ، واستقر الرأى الآن على أنه يراد بالتبعية الخضوع لأوامر المتبع وأن تكون له على التابع سلطة اصدار الأوامر وان لم يستعملها فعلا ، واستقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على أن التبعية تتوافر ولو لم يستعمل المتبع سلطته فعلا على التابع ، وأن المهم هو أن يكون المتبع متمتعا بهذه السلطة وله الحق في استعمالها وان لم يستعملها فعلا .

24 — هل يشترط أن تتعلق التبعية بنشاط المتبع ؟ يرى بعض الفقهاء الفرنسيين أنه باعتبار التابع امتدادا لشخصية المتبع فينبغي أن تكون تبعيته قائمة على أساس النشاط الذى يمارسه المتبع . غير أن هذا الرأى مردود لأن التابع قد يقوم بنشاط مستقل تماما عن نشاط المتبع ، وليس أدل على ذلك من أن سائق السيارة يعتبر تابعا لمالكها ولو كان المالك يجهل قيادة السيارات ، والطبيب كما سوف نرى ، يعتبر تابعا لمدير المستشفى ولو كان هذا المدير يجهل الطب ، وسوف نزيد هذه المسألة تفصيلا فيما بعد .

وقد تكون علاقة التبعية غير مشروعة كتبعية الخليفة لخليلها ، فاذا أدت الخليفة عملا أمرها به خليلها وترتب على هذا العمل ضرر سئل الخليل كمتبوع عن هذا الضرر . ومن هذا القبيل تبعية أعضاء عصاة اللصوص لزعيم العصاة لأنهم يطيعون أوامره . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1976/5/20 بأن أنصار المرشح للانتخابات يعتبرون تابعين للمرشح الذي يقومون بالدعاية له اذا ارتكبوا فعلا ضارا في دعاتهم له .

وقد يصير الموضوع تحت الرقابة تابعا للرقيب ، كما اذا كلف الوالد ولده بالقيام بمهمة معينة فارتكب فعلا ضارا أثناء قيامه بهذه المهمة ، ويكون للمضروب الخيار بين أن يرفع الدعوى على الوالد كرقيب أو كمتبوع ، ولكنه دون شك سيفضل رفع دعواه على الوالد كمتبوع اذا لا يستطيع الوالد أن يتخلص حينئذ من مسؤوليته على عكس ما لو رفعت عليه الدعوى كرقيب . واذا كلف الزوج زوجته أو كلفت الزوجة زوجها بتأدية مهمة معينة كقيادة السيارة مثلا ، كانت الزوجة أو الزوج تابعا ويسأل الآخر عن الضرر الذي يسببه أثناء قيامه بهذه المهمة . ولكن يلاحظ أن القانون المدني المصري يسأل الزوج الرشيد عن الأعمال الضارة التي ترتكبها زوجته القاصر خلال قيامها بالأعمال العامة كرقيب ، بينما القانون المدني الجزائري لا يعتبر الزوج رقيباً على زوجته القاصر . ولكن كلا القانونين يعتبر الزوجة تابعا للزوج اذا ارتكبت فعلا ضارا أثناء تكليفها بتأدية مهمة معينة من زوجها .

25 — تبعية الأطباء

كان الرأي منقسما في فرنسا حول تبعية الطبيب المطلقة للمستشفى الذي يعمل به عملا مستمرا ، لاسيما اذا كان مدير المستشفى طبيبا . وقد انتهى الرأي

هناك واستقر القضاء على فكرة ضرورة توفير الاستقلال التام للطبيب في ممارسة مهنته الطبية بحيث لا يخضع في تأديتها لأى توجيه . ثم صدر في فرنسا قانون خاص ينظم ممارسة المهن الطبية بتاريخ 1955/11/28 ، وقد نصت المادة التاسعة منه على ما يلي " لا يسوغ للطبيب أن ينزل عن استقلاله المهني بأية صورة كانت . "

" Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit " .

غير أن قضاء مجلس الدولة هناك قد دأب على مساطة الاسعاف العام l'assistance publique عن الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها الأطباء التابعون له .

أما فيما يتعلق بتبعية الطبيب المخدر بالطبيب الجراح الذى يجرى عملية الجراحة ، فقد كان هناك رأى يرى أن هذا المخدر l'anesthésiste يعتبر تابعاً للجراح أثناء عملية التخدير ، ولكن محكمة النقض انتهت الى رفض هذا الرأى واعتبرت المخدر مستقلاً ومسئولاً شخصياً عن الأضرار التي تترتب على التخدير .

أما في الجزائر فقد صدر قانون الصحة العمومية في 23 أكتوبر سنة 1976 دون أن يرد فيه شيء عن استقلال الطبيب الأ فيما يتعلق بوصفاته الطبية ، فهو حر في اختيار هذه الوصفات ، وقد نصت على هذا المادة 407 من هذا القانون بقولها " يكون الطبيب حراً في وصفاته الطبية مع البقاء ضمن الحدود المفروضة :

1 — بعدونة الطب ،

2 — في مراعاة المخططات العلاجية البيانية والمرخص بها من قبل وزارة الصحة العمومية .

وجاء في المادة 409 من هذا القانون ما يلي " يجب على الطبيب أن يضع دوماً تشخيصه بكل انتباه دون حساب الوقت الذي يصرفه لهذا العمل . وإذا لزم الأمر أن يستعين ، أو يعمل على الاستعانة بقدر الإمكان بمستشارين أكثر إلماماً وبأساليب علمية أكثر ملاءمة ، وبعد أن يضع الطبيب تشخيصه الدقيق مع قراره القاطع ، ولا سيما إذا كانت حياة المريض في خطر ، فإنه ينبغي عليه أن يبذل جهده لفرض التنفيذ لقراره " .

وعلى كل حال فينبغي أن نلاحظ أنه إذا اعتبر الطبيب الذي يعمل بمستشفى تابعاً لمدير المستشفى فإنه لا يعتبر تابعاً إلا بشرط أن يكون موظفاً بالمستشفى ، فإذا كان حراً في ممارسة مهنته خارج المستشفى ولكنه يزور المستشفى من حين لآخر للاستشارة أو لأجراء عملية جراحية أو لأداء مهمة طبية معينة ، فإنه لا يكون تابعاً لمدير المستشفى إلا في هذه الفترة فقط . ثم إن تبعية الطبيب لمدير المستشفى لا ينظر إليها إلا من الناحية الإدارية فقط لا من الناحية الطبية ، فهو يعتبر تابعاً لمدير المستشفى من حيث المكان والزمان اللذان يعينهما مدير المستشفى ومن حيث المريض الذي يعهد إلى الطبيب بعلاجه ، أما في الناحية الطبية فهو مسئول شخصياً عن أخطائه .

26 — تطبيقات لعلاقة التبعية

أورد الأستاذ السلهورى بعض أمثلة لتطبيقات علاقة التبعية استمد ها

من القضاء المصرى لا بأس من أن نستعرضها (1) :

— الجندى في الجيش يعتبر تابعا لوزارة الدفاع (حكم لمحكمة استئناف مصر الوطنية في 1945/10/29) .

— بواب العمارة le concierge لا يعتبر تابعا لسكان العمارة ولو كان يتقاضى منهم أجرا مقابل خدمات صغيرة ، ولكنه تابع لمالك العمارة بحيث يسأل عن الأضرار التي يحدثها للسكان أو للخير ، ويسأل عن السرقات التي تقع على السكان باهمال من البواب (حكم لمحكمة الاستئناف المخططة في 1944/10/26) .

— مصلحة السكك الحديدية مسئولة عن الحمال le porteur باعتباره تابعا لها اذا كان يعمل في شركة تخضع لرقابة المصلحة وتوجيهها (حكم لمحكمة الاستئناف المخططة في 1942/7/17) ولكن الحمال يكون تابعا لصاحب الأمتعة التي يحملها اذا لم يكن تابعا لمصلحة السكك الحديدية (حكم لمحكمة الاستئناف المخططة في 1949/6/12) .

— الممرضة تعتبر تابعة للطبيب الذي تقوم بخدمته أثناء العلاج أو أثناء اجراء العملية (حكم لمحكمة الاستئناف المخططة في 1933/11/2) .

— حارس الأشياء المحجوز عليها يعتبر تابعا للدائن الذي أجرى الحجز اذا كان هو الذي اختاره (حكم لمحكمة استئناف مصر الوطنية في 1930/12/13) .

— المقاول لا يعتبر تابعا لرب العمل مادام يقوم بعمله مستقلا برأيه ، ولكنه يعتبر تابعا له اذا كان يقوم في عمله بتنفيذ الأوامر التي يتلقاها من رب العمل (محكمة الاستئناف المخططة في 1990/4/27) .

(1) ارجع الى الوسيط للمسنهورى ج 1 ص 1146 وما يليها ، الهوامش .

- مدير الشركة يعتبر تابعا للشركة كشخص معنوي (حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة في 11/6/1913) ولكن الشركاء لا يعتبرون تابعين للشركة كشخص معنوي (نفس الحكم السابق الذكر) .
- اذا استأجر شخص سيارة (تاكسي) فان سائقها لا يعتبر تابعا له لأنه لا يتلقى منه الأوامر في قيادته ، ولكن مالك هذه السيارة هو المتبوع لسائقها (حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة في 13/11/1930) .
- الوكيل لا يعتبر تابعا للموكل اذا كان يؤدي أعمال الوكالة مستقلا برأيه ، ولكنه يعتبر تابعا له اذا كانت مهمته تقتصر على تنفيذ تعليمات الموكل (حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة في 6/5/1926) .
- وقد تنوزع علاقة التبعية بين عدة متبوعين كما اذا كانت خادمة تقوم بالخدمة في عدة منازل ، فيكون من تخدمه منهم هو المتبوع اذا ارتكبت فعلا ضارا في الوقت الذي تخدمه فيه (حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة في 29/2/1935) .
- وقد يعتبر المتبوع تابعا للخير ، فاذا كان قد احتفظ لنفسه بسلطة رقابته ، وتوجيهه فانه يظل هو متبوعه المسؤول عنه ، أما اذا نقل هذه السلطة الى المستعير فان هذا الأخير يكون هو المتبوع ، ويسمى حينئذ المتبوع العرضي le commettant occasionnel (حكم لمحكمة النقض المصرية في 15/2/1943 مع تعليق للدكتور سليمان مرقس ، وحكم آخر لنفس المحكمة في 13/10/1949) .
- ولا يشترط أن تكون للمتبوع علاقة تبعية مباشرة بالتابع ، فقد يكلف صاحب الخصر رئيس خدمه باستخدام عدد من الخدم ، فيكون صاحب القصر متبوعا مسئولاً عن الأضرار التي يرتكبها هؤلاء الخدم ولو أن علاقته بهم غير مباشرة

وأهم يتلقون التعليمات من رئيس الخدم ، (وقد قضت بهذا المعنى)
محكمة الاستئناف المختلطة في حكم لها بتاريخ 12 / 6 / 1946 ، وكان
هذا الحكم خاصا بضرر ارتكبه ابن التابع الذي أحلّه أبوه في عمله محلّه .
— وقد يكون التابع غير معين ، كما لو كان المتبوع يستخدم عددا من الخدم
وارتكب أحد هم فعلا ضارا ولم يتعين الفاعل ، فيكون المتبوع مسئولا عن
تعويض الضرر مادام قد حدث بفعل أحد أتباعه (حكم لمحكمة النقض
المصرية في 22 / 11 / 1943) .

— وقد يكون المتبوع كما قد يكون التابع غير مميز ومع ذلك تقوم علاقة التبعية ،
وسنفضل مسألة التمييز فيما بعد .

هذه هي علاقة التبعية ، وبعد أن شرحناها نتناول شرح شرطي مسئولية
المتبوع عن تابعه فيما يلي :

27 — الشرط الأول : أن يصيب التابع الغير بضرر

فيجب لقيام مسئولية المتبوع أن يرتكب تابعه فعلا ضارا يكون مسئولا عنه
مسئولية شخصية ، ذلك أن مسئولية المتبوع مسئولية تبعية ، والمسئول الأصلي هو
التابع . وعلى ذلك فلا بد من أن تتوافر في مسئولية التابع أركان المسئولية .
الشخصية ، ان كانت المسئولية شخصية ، أى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ،
ولسوف نرى فيما بعد أن مسئولية التابع قد تكون مفترضة .

ولقد كان القضاء الفرنسي مستقرا منذ عهد بعيد على ضرورة توافر ركن
الخطأ في جانب التابع حتى تقوم مسئولية المتبوع ، وكان بعض الفقهاء ينتقد
هذا القضاء لأن الفقرة الخامسة من المادة 1384 الخاصة بمسئولية المتبوع عن

تابعه لم تذكر الخطأ ، ومن بين هؤلاء الفقهاء الأستاذ ستارك (1) الذى يقول " انه لا يشترط في فعل التابع أن يكون خاطئاً ، اذ كيف يسأل المتبوع دون خطأ منه ويطلب من المضروب أن يثبت خطأ التابع ؟ لا سيما أن المادة 5/1334 لم تشترط الخطأ " ولكن القضاء الفرنسي ظل مستقراً على ضرورة توافر الخطأ في فعل التابع حتى صدر قانون في فرنسا بتاريخ 1968/1/3 أضاف الى القانون المدني مادة تحمل رقم 489 - 2 تقضي بمسئولية المختل عقلياً عما يحدثه من ضرر . ومع أن هذه المادة وضعت ضمن الفصل الخاص بالرشيدين الموضوعين تحت الرقابة ، فإن القضاء قد توسع في تفسيرها وعممها على غير الرشيدين وعلى كل أنواع المسئولية . ولذا نرى الدائرة المدنية لمحكمة النقض هناك تصدر حكماً بتاريخ 1977/3/3 (2) تقول فيه بمسئولية المتبوع عن فعل ضار ارتكبه تابعه المجنون . ومن ذلك الحين صرف القضاء الفرنسي النظر عن اشتراط خطأ التابع في كل أحكامه وأصبح يكتفى بعبارة الفعل غير المشروع (le fait illicite) .

أما عندنا ، فعلى الرغم من أن نص المادة 136 المقابل للمادة 174 مدني مصرى لم يذكر الخطأ ، واكتفى بذكر عبارة " عمله غير المشروع " وهو نفس الاصطلاح الذى استعمله القانون المدني المصرى في المادة 173 الخاصة بفعل الموضوع تحت الرقابة ، وهو يساوى الاصطلاح الذى استعمله القانون المدني الجزائري في المادة 134 التي اكتفت بعبارة (الفعل الضار) ، على الرغم من ذلك مازال بعض الفقهاء ، ومازال القضاء يشترطان في عمل التابع أن يكون خاطئاً (3) .

(1) انظر كتابه : الالتزامات les obligations طبعة 1972 فقرة 625 .

(2) نشر هذا الحكم في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1977 ص 556 .

(3) انظر في ذلك : الوسيط للمدهورى ج 1 ص 1157 ومايليها فقرة 682 ومايليها .

ولنا أن نتساءل لماذا التفرقة بين تفسير نص المادة 136 م ج المقابلة للمادة 174 م م وتفسير نص المادة 134 م ج المقابلة للمادة 173 م م ؟ انه ليس من السائخ أن يقال ان المتبوع لا يسأل الا اذا ثبت خطأ من التابع في حين أن الوالد يسأل عن فعل ولده ولو لم يكن خاطئا ، مع أن المفروض هو أن مسؤولية المتبوع أشد قسوة من مسؤولية الرقيب ؟ الحق هو أن اشتراط الخطأ في عمل التابع أصبح غير سائخ بعد أن استقر القضاء في فرنسا على أن المتبوع يسأل عن فعل تابعه المجنون .

وإذا كان التابع قد ارتكب الفعل الضار بواسطة شيء يستعمله لحساب المتبوع ، فإن للمضرور أن يرجع على التابع دون أن يكون بحاجة الى اثبات خطأ منه إذ تعتبر مسؤوليته مفترضة هنا ، ويعتبر المتبوع هو الحارس الأصلي للشيء ، ويكون للمضرور أن يرجع عليه إما كحارس أصلي وإما كمتبوع ، ولكن تقتضي مصلحته أن يرجع على المتبوع كمتبوع لا كحارس حتى لا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته .

وقد تنتقل حراسة الشيء الى التابع فيكون هو حارسه الأصلي ، كما اذا استولى على سيارة متبوعه دون علمه واستعملها لأغراضه الخاصة ، أو كانت له سيارة خاصة يؤدي بها وظيفته كتابع ، فيكون حينئذ هو الحارس الأصلي للشيء بما أن له عليه سلطة الرقابة والاستعمال والتسيير ، فاذا ارتكب حادثا ضارا بهذه السيارة فانه يكون هو المسئول عن التعويض عنه (حكم للدائرة الثانية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 / 1 / 1972)⁽¹⁾ .

(1) نشر في د اللوز المختصر سنة 1972 م ص 91 . وانظر كذلك ف . ليتورنو : المسؤولية المدنية طبعة سنة 1976 م ص 633 .

غير أن الفقه قد انقسم بصدد هذه الحالة الى فريقين : فريق يرى أنه متى صار التابع حارساً أصلياً للشيء توقفت علاقة التبعية بينه وبين متبوعه ، بحيث لا يكون للمضروب أن يرجع على المتبوع كمتبوع ، ولا يكون له إلا أن يرجع على التابع وحده باعتباره حارساً أصلياً للشيء . وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على هذا الرأي وقد رفضت الجمع بين مسؤولية التابع كحارس أصلي ، ومسئولية المتبوع كمتبوع (حكم للدائرة المدنية الثانية بتاريخ 17 / 4 / 1967)⁽¹⁾ .

وفريق آخر من الفقهاء يرى أن صلة التبعية لا تتوقف في هذه الحالة ، وأنه يجوز الجمع بين مسؤولية التابع كحارس أصلي ومسئولية المتبوع كمتبوع ، مادام الحادث الضار قد وقع بسبب الوظيفة ، اذ لو لا الوظيفة ما استطاع التابع أن يستولي على سيارة متبوعه ، ولو لا الوظيفة ما وقع الحادث بسيارته الخاصة ، لا سيما وأن القضاء الفرنسي يجيز الجمع بين مسؤولية الموضوع تحت الرقابة كحارس أصلي ، ومسئولية الرقيب عليه كرقيب ولا فرق بين المسئوليتين ، ومن هذا الرأي الأستاذ المسهورى⁽²⁾ الذى يقول " ان من الجائز أن يكون خطأ التابع مفترضاً افتراضاً لا يقبل اثبات العكس ، ومثل ذلك أن يقود التابع سيارة هو الحارس لها ويدرس أحد العابرة حان تأدية وظيفته أو بسبب تأدية هذه الوظيفة ، فان مسئوليته تتحقق في هذه الصورة على أساس خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس باعتباره الحارس للسيارة وتتحقق معها مسؤولية المتبوع وتقوم الى جانب مسؤولية التابع " ومن هذا الرأي أيضاً الأستاذ أنور سلطان⁽³⁾ .

(1) لشرفي دالوز سنة 1967 برقم 362 .

(2) انظر الوسيط ج 1 ص 1190 بند 695 .

(3) انظر مصادر الالتزام لأنور سلطان بند 549 .

والواقع هو أن قياس مسئولية المتبوع على مسئولية الرقيب قياس مع الفارق ،
فالتابع متى استقل بحراسة الشيء فانه يكون في أغلب الأحيان مدركا مدى
مسئوليته عن فعل الشيء ، وكثيرا ما لا يكون متبوعه قد ارتكب أى تقصير في تركه
يتولى حراسة الشيء ، بينما الموضوع تحت الرقابة يتولى في أكثر الأحيان حراسة
شيء مملوك للرقيب ، أو يتولى حراسته بأمر من الرقيب أو على الأقل بعلمه
وموافقه ، فاذا ارتكب فعلا ضارا بواسطة هذا الشيء كان من المنطوق أن
ينسب الى الرقيب شيء من التقصير في الرقابة .

وإذا كان المتبوع هو الحارس القانوني للشيء الذى يستعمله التابع ،
وأصيب التابع بضرر من هذا الشيء ، فله أن يرجع على متبوعه كحارس أصلي
للشيء ، ويعتبر التابع في هذه الحالة من الغير ، ولكن ليس له أن يرجع على
المتبوع كمتبوع لأن مسئولية المتبوع مفترضة لصالح الغير فقط ، والتابع لا يعتبر
غيرا في علاقته بالمتبوع .

28 — الشرط الثاني لمسئولية المتبوع هو أن يرتكب التابع الفعل الضار حال
تأدية وظيفته أو بسببها .

والنصر العربي للمادة 136 صريح في أن يقع الضرر حال تأدية الوظيفة أو
بسببها ، وهو مطابق في ذلك لنصر المادة 174 مدني مصري ، وقد سبق أن
أشرنا الى أن النص الفرنسي للمادة 136 مخفي حين أورد لفظة
à l'occasion أى "بماسبة" بدلا من en raison أى "بسبب" وقد
تأثر النص الفرنسي برأى الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية الذى سنعرض
له عما قليل .

فيشترط أن يرتكب التابع الفعل الضار وهو يؤدي أعمال وظيفته أو بسبب تأدية هذه الوظيفة ، ولا يكفي في قوانيننا العربية أن يقع الضرر بمناسبة الوظيفة . ولقد اقتصر نص الفقرة الخامسة من المادة 1384 مدني فرنسي على ذكر عبارة : Dans les fonctions auxquelles ils les ont employés : أو ما معناه في حال قيام التابع بالوظيفة التي استخدمه المتبوع فيها ، وأمام هذا النص انقسم الرأي في فرنسا بين فريقين : فريق يعمم الحكم بحيث يشمل الأفعال الضارة التي يرتكبها التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها ، وفريق يضيق في تفسير النص بحيث يقتصر على الأفعال الضارة التي يرتكبها التابع حال تأدية وظيفته فقط . ولقد امتد هذا الخلاف إلى دوائر محكمة النقض هناك ، فسارت الدائرة الجنائية على الرأي الأول ، بينما سارت الدائرة المدنية الثانية على الرأي الثاني ، فالدائرة الجنائية تكتفي بأن تكون الوظيفة قد سهلت للتابع ارتكاب الفعل الضار ، أو بعبارة أخرى أن تكون بين الفعل الضار وبين الوظيفة رابطة سببية أي كانت un lien quelconque ، بحيث لو لم تكن الوظيفة ما وقع الفعل الضار ، والظاهر أن الدائرة الجنائية متأثرة في ذلك بنظرية تكافؤ الأسباب Théorie de l'équivalence des conditions ، فيكفي في رأيها أن يرتكب التابع الفعل الضار بمناسبة الوظيفة ، وبمستوى أن يكون ذلك بعلم المتبوع أو بدون علمه ، أو أن يكون التابع قد أساء استعمال وظيفته ، فلو أخذ التابع سيارة متبوعه دون علمه وقام بتأدية مهمة شخصية له ، وفي أثناء ذلك أوقع ضررا بالعمير بواسطة هذه السيارة ، فإن المتبوع يكون هو المسؤول ، لأنه لو لا السيارة ما وقع الحادث .

ولو فرض أن التابع قاد سيارة متبوعه ليوصله الى مقر عمله وعند عودته بها
د هس مارا فان المتبوع يكون هو المسئول . ولو قاد التابع سيارة متبوعه وهو
سكران أو تجاوز بها السرعة المقررة فارتكب حادثا ، فان المتبوع يكون هو
المسئول . وقد عرضت على الدائرة الجنائية هناك قضية شهيرة تتلخص في أن
مستخدما بالسيما ، يجلس المنفرجين في مقاعد هم Placeur تتبع فتاة
ذهبت الى المرحاض في أثناء فترة الراحة فاعتدى عليها ثم قتلها ، فقضت
الدائرة الجنائية بمسئولية صاحب السيما كمتبوع (1) .

وفي قضية أخرى تتلخص في أن عاملا بمصنع كان يحقد على رئيسه فتبعه
بعد خروجه من المصنع وبعد انتهاء ساعات العمل وضربه بألة كان يستخدمها
في عمله بالمصنع ، قضت الدائرة الجنائية بمسئولية المتبوع عن التعويض (2) .
أما الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض هناك فقد التزمت بتفسير النصوص
تفسيرا ضيقا ، وأخذت في هذا الصدد بنظرية السبب المنتج Théorie de
la causalité adéquate ، وهي تشترط أن تكون بين وظيفة التابع والفعل
الضار رابطة سببية ضرورية un lien de causalité nécessaire ، وهي
تردد دائما في أحكامها عبارة : un lien de causalité ou de
connexité ، أي أن تكون بين وظيفة التابع والفعل الضار رابطة سببية أو
علاقة وثيقة .

ومن ذلك ما قضت به من عدم مسئولية المتبوع عن حادث ارتكبه تابعه بندقية
متبوعه التي استولى عليها دون علم متبوعه وكان قد أخفاها عنه (3) .

(1) انظر حكم الدائرة الجنائية في 5 / 11 / 1953 نشر في د اللوز سنة 1953 برقم 698

(2) انظر هذا الحكم الصادر في 21 / 11 / 1968 في جازيت دي باليه سنة 1969
عدد 1 برقم 40 .

(3) انظر حكم الدائرة المدنية الثانية في 23 / 3 / 1953 المنشور في د اللوز سنة
1953 برقم 337 .

ومع ذلك فقد قضت الدائرة المدنية بمسئولية المتبوع عن سرقة ارتكبتها
تابعه الذى كان يعمل فوق سطح عمارة ، وقد ارتكب السرقة في العمارة
المجاورة (1) مع أن هذا الفعل يعتبر اساءة لاستعمال الوظيفة .

ولكنها قضت بعدم مسئولية المتبوع في حادث قام به تابعه حين ارتكب
سرقة من الفيلا التي يستأجرها مستأجر من المتبوع (2) .

وأمام الخلاف الذى استمر طويلا بين الدائرة الجنائية والدائرة المدنية ،
اضطرت دوائر المحكمة المجتمعة les chambres réunies الى التدخل
للتوفيق بين الدائرتين ووضع حد للخلاف بينهما ، ورأت أن تنضم الى رأي
الدائرة المدنية فقضت في حكم لها (3) بعدم مسئولية المتبوع عن أفعال التابع
الضارة التي تقع منه بمناسبة وظيفته أو في حالة اساءة استعمال وظيفته ، وقد
صدر هذا الحكم بصدد قضية تنلخر في أن التابع استولى على سيارة متبوعه
دون علمه ، ولم يكن هو سائقها ، واستعملها في قضاء مهامه الشخصية
فارتكب بها حادثا ، وقد انتهت الدوائر المجتمعة الى القول بأن هذا
الحادث لا يتصل بوظيفة التابع ولا يسأل عنه المتبوع .

ومع ذلك فلم تلح الدائرة الجنائية أمام حكم الدوائر المجتمعة ، واستمرت
بعد سنة 1960 تقضي بمسئولية المتبوع عن الأفعال الضارة التي يرتكبها

(1) انظر حكم الدائرة المدنية الثانية في 4 / 7 / 1933 نشر في جازيت دى باليه
سنة 1933 عدد 2 برقم 605 .

(2) صدر هذا الحكم في 1 / 7 / 1954 ونشر في د اللوز سنة 1954 برقم 628 .

(3) انظر حكم الدوائر المجتمعة الصادر في 9 / 3 / 1960 المنشور في د اللوز
سنة 1960 ص 329 مع تعليق لسافاتييه .

تابعه متى كانت وظيفته قد يسّرت له ارتكاب الفعل ، ولو كان التابع قد أساء استعمال وظيفته وأراد اشباع حاجاته الشخصية⁽¹⁾ ، بينما ظلت الدائرة المدنية الثانية مصرّة على رأيها في استبعاد مسؤولية المتبوع كلما كان الفعل الضار قد حدث من التابع حال قيامه بتأدية أغراض شخصية ، ثم ما لبثت الدائرة المدنية الأولى أن انضمت الى رأى الدائرة المدنية الثانية⁽²⁾ .

وإزاء هذا التضارب بين أحكام مختلف دوائر محكمة النقض اضطرت الجمعية العامة لهذه المحكمة l'Assemblée plénière التي كانت قد حلّت محل الدوائر المجمعة ، الى التدخل ، وكان ذلك بصدد قضية شهيرة استمرت نحو سبع عشرة سنة أمام مختلف درجات القضاء ، وتتخص في أن سائق سيارة نقل مملوكة للمتبوع استولى عليها في المساء واصطحب معه خمسة من أصدقائه وخرجوا في نزهة ترفيهية فارتكب السائق بها حادثاً قتل فيه أحد الخمسة وجرح الأربعة الآخرون .

وحين انتهى الأمر الى الجمعية العامة أصدرت حكماً بعدم مسؤولية المتبوع لأن التابع قد استعمل السيارة لأغراض شخصية⁽³⁾ .

وقد اضطرت الدائرة الجنائية الى الانحناء أمام قرار الجمعية العامة ، ولكن هذا الانحناء لم يدم طويلاً ، فما لبثت بعد سنتين فقط من هذا القرار

(1) انظر آخر حكم لها صدر بهذا المعنى في 1977/4/22 وقد نشر في دالوز سنة 1977 ص 348 .

(2) انظر مثلاً حكماً للدائرة المدنية الأولى صدر في 1975/2/13 ونشر في المجلة العامة للتأمين البري سنة 1975 ص 544 .

(3) انظر حكم الجمعية العامة الصادر في 1977/6/10 المنشور في دالوز سنة 1977 ص 465 مع تعليق للأستاذ Larronet .

أن عادت الى موقفها السابق ، وأصدرت حكمين في سنة 1979 قررت فيهما أن المتبوع يسأل عن الأفعال الضارة التي يرتكبها تابعه مسيئاً بها استعمال وظيفته (1).

هذا هو الموقف في فرنسا ، والسبب فيه هو ما سبق أن ذكرناه من غموض نص الفقرة الخامسة من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي .

أما في قوانيننا العربية ، فالنصوص واضحة لا غموض فيها ، وهي تقضي بالآ يسأل المتبوع عن أفعال تابعه الضارة الآ بشرط أن تكون قد وقعت منه حال تأدية وظيفته أو بسببها ولا يكفي أن تكون بعناسبتها .

ولقد أورد الأستاذ السدهوري تطبيقات لذلك مستمدة من أحكام القضاء المصري لا بأس أن نورد ما هنا (2) ، فمثال وقوع الفعل الضار من التابع حال تأدية وظيفته أن يدس السائق شخصاً وهو يقود سيارة متبوعه ليوصله الى محل عمله ، أو أن يلقي الخادم شيئاً من النافذة وهو يندف مسكن مخدومه فيصيب أحد المارة بضرر ، أو أن يخطي الممرض فيعطي المريض دواء ساماً بدلاً من الدواء الواجب اعطاؤه ، أو أن يطلق جدي الدرك خطأ عياراً نارياً على متهم كلف بالقبض عليه ، أو أن يتهاون بواب العمارة le concierge فيمكن لصاً من سرقة مال أحد المستأجرين .

(1) انظر هذين الحكمين الصادرين بتاريخين 1979/5/3 و 1979/6/18 في كتاب الالتزامات لمؤلفيه Weil et Terré طبعة 1980 ص 742 هامش رقم 3 .

(2) من أراد الاستزادة من هذه الأمثلة فليرجع الى الوسيط للأستاذ السدهوري ج 1 ص 1156 وما يليها .

ومثال وقوع الفعل الضار من التابع بسبب الوظيفة ، أن يقوم شرطي في مهمة رسمية وهو يحمل معه مسدسه ، ويعرف في طريقه على منزل أحد أقربائه لـمـزوره ، وفي أثناء الزيارة يعبث بمسدسه فتتطلق منه رصاصة تصيب مقتلاً من صبي كان بجانبه . (وقد قضت محكمة النقض المصرية بمسئولية الحكومة كمتبوع عن الضرر الذي أصاب الصبي في 1946/11/28) .

أو أن يتربص فرأش لناظر المدرسة التي يعمل بها فيقترب من سيارة الناظر متظاهراً بأنه يفتح له بابها ثم يطعنه بسكين أعدّها لاغتياله (وقد قضت محكمة النقض بمسئولية الحكومة عن هذا الفعل في 1940/4/22) .

ففي الأمثلة الأولى حدث الفعل الضار أثناء تأدية التابع وظيفته ، وفي الأمثلة الأخيرة ارتكب التابع الفعل الضار بسبب الوظيفة ، فلو لا الوظيفة ما حمل الشرطي المسدس ، ولو لا الوظيفة ما استطاع فرأش المدرسة أن يطعن الناظر وهو يركب سيارته .

أما إذا كان الفعل الضار قد وقع من التابع لا في خلال تأدية وظيفته ولا بسببها ، ولكن بمناسبة الوظيفة فقط ، بأن تكون وظيفته قد يسّرت له اتيان الفعل الضار أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لا رتكابه ، ولكنها لم تكن ضرورية لـا تيان الفعل الضار أو لتفكير التابع فيه ، فإن المتبوع لا يسأل عن فعل التابع .

ومثال الأفعال الضارة التي ترتكب بمناسبة الوظيفة ، أن يكون سائق سيارة المتبوع يضرر الحقد لشخص ، وأراد أن ينتقم منه فتعقّبه في الطريق بسيارة متبوعه ودسسه بها ، فلا يكون المتبوع مسئولاً عن هذا الحادث لأن التابع كان

يدوى الانتقام من خصمه ، سواء بأن يدسه بالسيارة أو بأن يختاله بأية وسيلة أخرى ، فلم تكن وظيفته ضرورية لا ارتكاب القتل ، بل يسرته له فقط .

ولو أن ظاهيا عند شخص كان يضمم الانتقام من خصم له فأخذ معه السكين التي يستخدمها في المطبخ ، وذهب اليه في مسكنه وطعنه بها ، فلا يكون المتبوع مسئولا عن فعله ، لأنه لو لم يجد السكين لتحقيق غرضه لعثر على أية آلة أخرى ، فوظيفته كطاه لم تكن ضرورية لا ارتكاب فعلته ، وإنما يسرت له الحصول على السكين .

ولا يكون المتبوع مسئولا من باب أولى عن أفعال التابع الضارة التي لا صلة لها بالوظيفة بتاتا ، ومثال ذلك أن يرتكب التابع الفعل الضار وهو في اجازة من عمله ، أو أن يترصده عامل لرئيس العمل خارج المصنع الذى يعملان به وفي غير زمن العمل فيعتدى عليه ، أو أن يذهب التابع الى السوق ليشتري شيئا لمتبوعه فيتشاجر مع البائع ويعتدى عليه .

هذه هي الأمثلة التي استعدها الأستاذ السلهورى من القضاء المصرى ، غير أن الأستاذ بعد أن أورد هذه الأمثلة ، توسع في شرح الأفعال التي يأتيها التابع ويسأل عنها المتبوع توسعا يكاد يكون كالتوسع الذى ذهبت اليه الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية (1) ، ونحن لا نوافق الأستاذ على هذا التوسع .

(1) انظر في ذلك الوسيط للسلهورى ج 1 ص 1158 .

فهو يقول في شرح علاقة السببية بمن وظيفة التابع وفعله : " يستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته أو عن طريق الاساءة في استعمال هذه الوظيفة أو عن طريق استغلالها ، ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر ، علم به أو لم يعلم ، عارض فيه أو لم يعارض ، ويستوى أخيراً أن يكون التابع في ارتكابه الخطأ قد قصد خدمة متبوعه أو اندفع الى الخطأ بحافز شخصي " .

نحن لا نوافق الأستاذ السلهورى على هذا التوسع ، خصوصاً في حالتي مخالفة تعليمات المتبوع أو تجاوز حدود الوظيفة ، لاسيما وأن أحكام القضاء التي استشهد بها قد صدرت تحت سلطان القانون المدني المصري القديم الذي كان يقتصر كالقانون الفرنسي على أن يقع فعل التابع في حال تأدية وظيفته ، فكان هناك محل للاجتهاد . أما القانون المدني المصري الجديد فقد أورد نصاً قاطعاً في أن يكون فعل التابع قد وقع إما حال تأدية وظيفته وإما بسببها ، فلا ينطبق حكمه على حالة ما اذا خالف التابع تعليمات متبوعه أو تجاوز حدود الوظيفة ، فلا ينبغي أن يسأل المتبوع عن ذلك لأن علاقة التبعية تكون قد توقفت ، ويكون شأن التابع حينئذ شأن الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته (المادة 575 م ج) فهذا التجاوز لا يلزم الموكل في الأصل .

وقد فرّق القضاء الفرنسي في حالة تجاوز التابع حدود وظيفته بمن وضعين : الوضع الأول : أن يتجاوز التابع حدود وظيفته ولكنه يتظاهر بأنه يؤدي وظيفته ، فيلجأ المضرور بهذا التظاهر ، وهنا يكون المتبوع مسئولاً إزاء المضرور ، مثال ذلك أن يستعمل التابع سيارة متبوعه لقضاء شأن خاص به دون علم متبوعه ،

ويتظاهر بأنه يؤدي وظيفته ، ويطلب منه أحد أصدقائه توصيله الى محل معين فيركبه معه ثم يحدث حادث يصيب الصديق بضرر ، ففي هذه الحالة يجوز للمضروب أن يرجع على المتبوع ، ولو أن التابع كان قد استعمل السيارة خارج حدود وظيفته ، اذ ينبغي أن تراعى عندئذ حماية المضروب الذي تعامل مع التابع باعتباره تابعا ، وذلك تطبيقا لنظرية الوضع الظاهر *la théorie de l'apparence* .

الوضع الثاني : أن يكون المضروب عالما بأن التابع يتجاوز حدود وظيفته ، فاذا حدث له ضرر فلا رجوع له على المتبوع . وقد أصدرت الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية حكما بهذا المعنى (1) .

غير أن القضاء الفرنسي اختلف في مسألة عبء الدليل ، فهل يقع عبء اثبات أن المضروب كان يعلم أو لا يعلم على عاتق المضروب أو على عاتق المتبوع ؟ فقضت بعض المحاكم بأن عبء الدليل يقع على عاتق المتبوع ، فعليه لكي يتخلص من مسؤوليته أن يثبت أن المضروب كان يعلم بأن التابع يتجاوز حدود وظيفته (2) . أما الدائرة الجنائية لمحكمة النقض فقد وضعت عبء الدليل على عاتق المضروب (3) .

هكذا نرى أن هناك خلافا كبيرا بين القضاء في فرنسا . أما موقف القضاء المصري فقد كان أقرب الى رأى الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية ، فقد

- (1) انظر حكمها الصادر في 8 / 2 / 1967 المنشور في مجلة القانون المدني الاسبوعية سنة 1967 العدد 56 .
- (2) انظر في ذلك حكم محكمة ديجون الصادر في 6 / 11 / 1945 والمنشور في جورييس كلاسير الدورية سنة 1946 عدد 2 برقم 3157 .
- (3) انظر حكمها الصادر في 18 / 10 / 1946 المنشور في سيريه سنة 1947 عدد 1 برقم 39 .

توسعت محكمة النقض المصرية واعتبرت المتبوع مسئولاً متى كانت وظيفة التابع قد هيأت له الفرصة أو ساعدته على ارتكاب الفعل الضار .

وأما موقف الفقهاء فقد رأينا أن هناك فريقاً يتوسع وآخر يضيق ، وقد استند الفقهاء الذين يتوسعون في فرنسا الى ما ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي من أن المتبوع يسأل عن أخطاء التابع ولو كانت قد وقعت منه بمناسبة وظيفته واستند الفقهاء الذين يميلون الى التضيق الى النص الحالي للفقرة الخامسة من المادة 1384 الذي لم يتعرض إلا للضرر الذي يحدثه التابع أثناء تأدية وظيفته ، ومن أنصار التضيق الفقيه ديموج Demogue في كتابه الالتزامات ، الجزء الخامس ، وهو يرى أن المتبوع لا يسأل إلا اذا كانت وظيفة التابع هي السبب la cause في ارتكاب الفعل الضار ، وأنه لا يكفي أن تكون وظيفته قد سهلت له ارتكاب الفعل . ومن أنصار التضيق الفقيه Savatier في كتابه عن المسؤولية المدنية ، وهو يرى أن المتبوع لا يسأل إلا اذا كانت الوظيفة هي الهدف le but أو كانت هي الوسيلة le moyen لا ارتكاب الفعل الضار .

ومن الفقهاء المصريين من يتوسع ، مثل الأستاذ مصطفى مرعي (1) وهو أكثر توسعاً من الأستاذ السكهوري فيما رأينا من أمثلة ، وأكثر توسعاً من محكمة النقض المصرية ، ولكن عذره هو أنه وضع كتابه في عهد القانون المدني المصري القديم .

(1) انظر كتابه في المسؤولية المدنية في القانون المصري القاهرة سنة 1936 الفقرات من 220 الى 229 .

أد : أنصار : سميح فمن أظهروهم الدكتور سليمان مرقس في كتبه ، وخصوصا في تعليق له نشر بمجلة القانون والاقتصاد (1) .
ونحن نعتقد أن الطريق السوى هو التمسك بما ورد في النصوص القانونية ، فلا يسأل المتبوع إلا إذا كان التابع قد ارتكب الفعل الضار حال تأدية وظيفته فعلا أو أن تكون الوظيفة هي السبب الرئيسي لارتكابه بحيث لولاها ما استطاع أن يرتكبه .

29 — كيف يطالب المضرور بالتعويض ؟

يلاحظ بادي * بد * ما سبق أن ذكرناه من أن التابع هو المسئول الأصلي عن الضرر الذي يحدثه بفعله ، وأن مسؤولية المتبوع تبعية لمسئولية التابع ، ومفترضة لمصلحة المضرور وحده . فللمضرور إذن أن يرجع على التابع باعتباره المسئول الأول ، ومتى ثبتت مسؤوليته على التفصيل السابق الذكر قامت مسؤولية المتبوع مفترضة ، ويكون للمضرور أن يرجع على المتبوع مباشرة بعد أن يكون قد أثبتت مسؤولية التابع ، كما يكون له أن يطالبهما معا بالتضامن بينهما .

وإذا رجع المضرور على التابع وحده ، فلهذا الأخير أن يتخلص من مسؤوليته إذا كانت عن فعله الشخصي بنفي الخطأ عن نفسه أو بنفي علاقة السببية بمن فعله وبين الضرر أو بنفي حدوث ضرر للمضرور ، وإذا ثبتت مسؤولية التابع وحكم عليه بالتعويض فليس له أن يرجع به على المتبوع ، بل وليس له إن رفع المضرور الدعوى عليه وحده ، أن يدخل المتبوع فيها الى جانبه إلا إذا كان المتبوع قد اشترك معه في الخطأ .

(1) انظر العدد 13 من هذه المجلة ص 178 .

وإذا رجع المضرور على المتبوع فليس لهذا الأخير أن يتخلص من مسؤوليته بأية وسيلة إلا بنفي مسؤولية التابع فتنتفي مسؤوليته . فله أن ينفي عن فعل التابع وصف الخطأ ، أو ينفي الضرر الذي ترتب عليه أو ينفي علاقة السببية بينهما أو ينفي علاقة التبعية بينه وبين التابع عند وقوع الحادث ، أو يثبت أن التابع كان هو الحارس الأصلي للشيء الذي ارتكب به الحادث .

وإذا رفع المضرور الدعوى على المتبوع وحده مباشرة ، فلهذا الأخير أن يدخل التابع معه في الدعوى حتى إذا صدر الحكم على المتبوع بدفع التعويض سهل عليه الرجوع بما دفع على التابع .

وإذا رجع المضرور على التابع بصفته حارسا أصليا للشيء الذي ارتكب به الحادث ، فإن مسؤولية التابع عندئذ تكون مفترضة افتراضا لا يقبل اثبات العكس ، ولا رجوع للمضرور على المتبوع في الرأي الراجح كما سبق أن قلنا . أما إذا رجع المضرور على التابع بصفته تابعا وكان قد ارتكب الفعل الضار بواسطة شيء في حراسة المتبوع ، وقام المتبوع بدفع التعويض سواء بصفته متبوعا أو بصفته حارسا أصليا للشيء ، فلا يكون للمتبوع أن يرجع بما دفع من تعويض على التابع إلا إذا أثبت عليه خطأ ، ذلك لأن افتراض المسؤولية إذاً المتبوع أو الحارس الأصلي لم يوضع إلا لمصلحة المضرور وحده .

وإذا كان الفعل الضار الذي ارتكبه التابع يعتبر جريمة جنائية ، كما لو جرح شخصا بسيارة المتبوع ، فيجوز للمضرور أن يرفع دعواه المدنية إما أمام المحكمة الجزائية التي رفعت إليها الدعوى الجنائية ، وإما أمام المحكمة المدنية .

ولكن يلاحظ أنه إذا رفع دعواه المدنية أمام المحكمة الجزائية على أساس علاقة التبعية بمن التابع والمتبوع . فله أن يطالب المتبوع حيثئذ بدفع التعويض ، لأن الدعوى المدنية تكون حيثئذ تابعة للدعوى الجزائية وتدخل في اختصاص المحكمة الجزائية ، ويجوز لها أن تحكم على المتبوع بدفع التعويض كمتبوع .

غير أن الأمر يختلف في حالة ما إذا كان الضرر الذي ارتكبه التابع قد حدث بواسطة شيء في حراسته هو أو في حراسة المتبوع ، وكان الفعل جريمة جزائية رفعت عنه الدعوى أمام المحكمة الجزائية ، ففي هذه الحالة لا يجوز للمدعي المدني أن يرفع دعواه المدنية أمام المحكمة الجزائية لأن هذه غير مختصة بالنظر في الدعوى المدنية المترتبة على الحراسة ، إذ من المقرر أن الحراسة مستقلة عن الجريمة ، والدعوى المدنية لا ترفع أمام القضاء الجزائي تبعا للدعوى الجزائية إلا إذا كان الضرر ناشئا عن الجريمة والصلة بين الحراسة والجريمة منقطعة (1) .

وينبغي على استقلال الدعوى المدنية المترتبة على الحراسة عن الدعوى الجزائية ، أنه إذا رفع المدعي المدني دعواه أمام المحكمة المدنية وهي المحكمة المختصة أصلا بهذه الدعوى ، وكانت الدعوى الجزائية قد رفعت أمام المحكمة الجزائية ، فلا يتأثر نظر الدعوى المدنية بسير الدعوى الجزائية ، ولا تطبق القاعدة التي تقضي بوقف السير في الدعوى المدنية حتى يفصل في الدعوى

(1) انظر في ذلك المسؤولية المدنية لسافاتييه المرجع السابق الذكر ص 401 .

الجزائية le criminel tient le civil en l'état . كما أن
الحكم الصادر في الدعوى الجزائية لا تكون له حجية بالنسبة الى الحكم
الصادر في الدعوى المدنية المبنية على الحراسة ، أى لا يطبق حكم
المادة 339 م ج .

وعلى العكس من ذلك اذا رفع المضرور الدعوى على التابع أو على المتبوع
بصفة هذا الأخير متبوعا ، فيجوز للمضرور أن يرفعها إما أمام المحكمة الجزائية
تبعاً للدعوى العمومية ، وإما أمام المحكمة المدنية المختصة أصلاً ، وفي هذه
الحالة الأخيرة يجب على القاضي المدني أن يقف السير في الدعوى المدنية
حتى يفصل في الدعوى العمومية ، أى تطبق قاعدة وقف المدني حتى يفصل في
الجنائي السابقة الذكر ، ويتقيد القاضي المدني في حكمه بالحكم الجنائي
بالنسبة الى الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً
(م 339 م ج) .

ويلاحظ أن قاعدة وقف السير في المدني حتى يفصل في الجنائي ، وقاعدة
تقيد القاضي المدني بما فصل فيه الحكم الجنائي ، لا تنطبقان إلا بين محاكم
الدولة الواحدة ، فإذا كانت الدعوى الجنائية قد رفعت أمام محكمة في دولة
وقوع الجريمة ، ورفعت الدعوى المدنية أمام محكمة مدنية في دولة أخرى ،
فلا تنطبق القاعدةان السالفتان ، ولا يقف القاضي المدني النظر في الدعوى
المدنية ولا يتقيد بالحكم الجنائي الصادر خارج دولته .

كما يلاحظ كذلك أنه اذا كانت الدعوى المدنية مبنية على الحراسة ، فإن
مدة التقادم التي تسرى عليها لا ترتبط بمدة تقادم الدعوى الجنائية . أما اذا

كانت الدعوى المدنية قد أُقيمت على التابع أو على المتبوع بصفة هذا الأخير متبوعا ، وكانت الدعوى المدنية ناشئة عن جريمة جنائية فإن القوانين تختلف في الربط بين مدتي التقادم في الدعويين . فقد كان القانون الفرنسي يربط بين مدتي التقادم فيهما ، ويقضي بسقوط الدعوى المدنية المرتبطة بجناية بعشر سنين ، والمرتبطة بجرح بثلاث سنين ، والمرتبطة بمخالفة بسنة واحدة ، بدلا من 30 سنة اذا كانت غير مرتبطة بجريمة جنائية (المادة 10 من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي) وقد كان هذا الارتباط منتقدا اذ كان يترتب عليه أن من يرتكب فعلا معاقبا عليه جنائيا ومخالفا للقانون المدني يكون أحسن حالا ممن يرتكب ضررا مدنيا فقط . ولذلك تدخل المشرع الفرنسي وأصدر قانونا بتاريخ 12/23/1980 عدّل به المادة العاشرة من قانون الاجراءات الجزائية باضافة فقرة تقضي بما يلي : " تتقادم الدعوى المدنية طبقا لقواعد التقادم المدنية ، ومع ذلك فلا يجوز أن ترفع هذه الدعوى أمام القضاء الجنائي بعد انتهاء مدة تقادم الدعوى العمومية " وهكذا أصبحت مدة تقادم الدعوى المدنية في القانون الفرنسي مستقلة عن مدة تقادم الدعوى العمومية أصلا .

أما القانون المدني المصري فلا يربط بين مدتي تقادم الدعويين إلا اذا كانت مدة تقادم الدعوى العمومية أطول ، ذلك لأن هذا القانون يضع مدة تقادم قصيرة قدرها ثلاث سنين للدعوى المدنية في حالة علم المضرور بحادث الضرر والشخص المسئول عنه ، ففي هذه الحالة اذا كانت الدعوى المدنية ناشئة عن جناية ، وهي تتقادم بعشر سنين ، فإن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بمضي عشر سنين بدلا من ثلاث سنين (1) .

(1) انظر المادة 172 مدني مصري .

أما القانون المدني الجزائري فقد أحسن صمما إذ لم يربط بين مدتي تقادم الدعوى وجعل مدة تقادم الدعوى المدنية دائما خمس عشرة سنة فسي كل الأحوال (م 133) .

30 — رجوع المتبوع على التابع :

تنص المادة 137 على أن " للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر " .

فإذا دفع المتبوع التعويض عن الضرر الذي أحدثه التابع كان له الحق في أن يرجع بما دفع على التابع ، وهو يرجع عليه بكل ما دفع ، إلا إذا كان قد اشترك معه في إيقاع الضرر ، مثال ذلك أن يكون أصدر إليه أمرا بمجاوزة الحد المقرر للسرعة ، فإذا كان خطأ التابع مشتركا مع خطأ المتبوع ، فلا يرجع هذا الأخير على التابع إلا بنصف ما دفع من تعويض ، وإذا كان خطأ المتبوع قد استغرق خطأ التابع فلا رجوع له عليه بما دفع من تعويض .

وإذا كانت علاقة التبعية تقوم بينهما على عقد ، فإن رجوع المتبوع على التابع يكون على أساس المسؤولية العقدية إذ يكون التابع قد أخل بالتزام عقدي نحو المتبوع .

ويلاحظ أن القضاء الفرنسي قد جرى على أن ليس لرب العمل أن يرجع على العامل بما دفع من تعويض إلا إذا كان العامل قد أخطأ خطأ جسيما (lourde) (1) ، وليس في القانون الجزائري مثل هذا القيد .

(1) انظر مثلا حكم الدائرة الاجتماعية بمحكمة النقض الصادر في 1964/5/27 ، المنشور في جريس كلاسير الدورية سنة 1965 عدد 11 برقم 14056 .

وإذا كان الفعل الضار قد حدث من تابع عرضي ضد المتبوع ، فإن رجوع هذا الأخير على التابع العرضي يقوم على أساس المسؤولية الشخصية أى على أساس المادة 124 م ج ، فيجب أن يثبت المتبوع حينئذ خطأ شخصيا ضد التابع طبقا للرأى الذى يقيم مسؤولية التابع على أساس الخطأ .

وإذا كانت علاقة التبعية بين التابع والمتبوع ليست عرضية ولا تقوم على عقد ولم يشترك المتبوع في ايقاع الضرر ودفع التعويض عن التابع فإن رجوعه عليه بما دفع من تعويض يقوم على أساس الحلول محل الضرر طبقا لنص المادة 2/261 التي تعطي حق الحلول للموفاي اذا كان ملزما بالدين بح انمدين ، (أى متضامنا معه) أو ملزما بوفائه عنه ، والمتبوع ملزم بنص المادة 136 بدفع التعويض عن التابع ، فيحل محل الضرر فيما له من حقوق .

ويلاحظ أنه يجوز للضرر أن يرفع دعواه على المتبوع باعتباره قد ارتكب خطأ شخصيا طبقا لحكم المادة 124 م ج ، وفي هذه الحالة اذا أثبت الضرر خطأ المتبوع شخصيا ودفع المتبوع التعويض فليس له الرجوع به على التابع ، اذ أن رجوعه على التابع بما دفع من تعويض مشروط بأن تكون الدعوى قد رفعت عليه باعتباره متبوعا لتابع ارتكب فعلا ضارا هو مسئول عنه ، أما هنا فالدعوى رفعت عليه لا باعتباره متبوعا مسئولا عن فعل تابعه ، بل باعتباره مسئولا شخصيا عن خطئه .

31 — ما هو أساس مسؤولية المتبوع عن تابعه ؟ *Fondement*

كان الفقه والقضاء في فرنسا يبيان مسؤولية المتبوع على الخطأ ، إما على الخطأ في الاختيار *Culpa in eligendo* وإما على خطأ في الرقابة *Culpa in vigilando* . غير أنه اعترض على فكرة الخطأ في الاختيار بأن

المتبوع قد لا يختار تابعه ، بل قد يفرض عليه ، ولا يكون حراً في اختيار بقاءه ولا حراً في الاستغناء عنه ، واعتراض على فكرة الخطأ في الرقابة بأن هناك حالات كثيرة يستحيل فيها على المتبوع أن يراقب تابعيه . ولذلك عدل الفقه هناك عن هاتين الفكرتين . غير أن الرأي هناك انقسم الى فريقين : فريق يحتدر مسئولية المتبوع مسئولية شخصية ، مباشرة ، وفريق يعتبرها مسئولية عن فعل الغير ، أى غير مباشرة .

وقد اختلف الفريق الأول ، فمنهم من يقيّمها على فكرة الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس ، ومنهم من يرجعها الى فكرة تحمل التبعة ، ومنهم من يرجعها الى فكرة الضمان ، كما اختلف الفريق الثاني فمنهم من يقيّمها على الكفالة ، ومنهم من يقيّمها على النيابة ، ومنهم من يقيّمها على الحلول ومنهم من يقيّمها على العدالة .

فالرأي الأول ، يبنى المسئولية هنا على فكرة الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس ، وهو الذى مازال القضاء يردده في فرنسا حتى الآن ، كما أنه الرأي السائد فقها وقضاء في مصر (1) . وكان هذا الرأي هو الذى أخذ في الاعتبار في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، وكان الأستاذ السلهورى يقول به في أول الأمر ثم عدل عنه (2) . كما أخذ به القانون البولوي (م 44) ومشروع القانون الفرنسي الايطالي (م 79) ، وأول من قال بهذا الرأي هم Demolombe و Baudry et Barde ولكن

(1) انظر حكماً لمحكمة النقض الفرنسية في 15 / 2 / 1956 ، وحكماً لمحكمة

النقض المصرية في 16 / 12 / 1954 .

(2) الوسيط ج 1 ص 1178 ومايليها .

اعترض على هذا الرأي بأنه لو كانت مسؤولية المتبوع مبنية على الخطأ ما جاز أن يسأل المتبوع عديم التمييز أو المجنون وهما لا ينسب اليهما خطأ . كما اعترض عليه بأنه لو كانت هذه المسؤولية مبنية على الخطأ لجاز للمتبوع أن ينفى عن نفسه الخطأ ولو بنفى علاقة السببية ، وهذا ما لا يقبل منه .

والرأي الذي يبنيها على تحمل التبعة ، ومن هذا الرأي الأستاذ الكبير بالنيول الذي يعتبر من ألد أعداء نظرية تحمل التبعة ولكنه يقول بهذا فقط بصدد مسؤولية المتبوع عن تابعه ، يرى هذا الرأي أن المتبوع يخفى من نشاط تابعه ، فإذا سئل عما يحدثه للخير من ضرر فيكون هذا تطبيقاً لفكرة الغرم بالغرم *Ubi emolumentum ibi onus* . غير أنه اعترض على فكرة قيام مسؤولية المتبوع على تحمل التبعة بأن المتبوع يسأل عن أفعال التابع ولو لم يربح من ورائها أى شيء ، كما يعترض عليها بأنه لو كان المتبوع يسأل لأنه يخفى من نشاط التابع لكان ينبغي أن يسمح له بنفى مسؤوليته إذا أثبت أنه لم يخفى من فعل التابع ، واعترض على فكرة تحمل التبعة أيضاً بأنه لو كانت مسؤولية المتبوع مبنية على أنه يتحمل تبعة نشاط تابعه ما كان هناك محل لاشتراط وقوع خطأ من التابع في الرأي القائل بضرورة اثبات خطأ التابع ، بل كان ينبغي أن يسأل المتبوع عن كل نشاط يقوم به التابع ولو لم يكن خاطئاً ، ويضاف إلى ذلك اعتراض آخر هو أنه لو كانت مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة لسئل المتبوع العرضي عن فعل التابع ، في حين أن القضاء مجمع على مسؤولية المتبوع الأصلي الذي له على التابع سلطة إصدار الأوامر . وأخيراً يعترض على قيام هذه المسؤولية على الغرم بأن للمتبوع حق الرجوع بما دفع من تعويض على التابع ، فلو كانت المسؤولية عدا مبنية على تحمل التبعة ما جاز للمتبوع الرجوع على التابع بما دفع في حين أن الإجماع منعقد على حق المتبوع في الرجوع .

ويقترح ستارك⁽¹⁾ أن يكون أساس هذه المسؤولية هو الضمان la garantie فعنده أن أساس المسؤولية المدنية عامة هو أن الانسان يسأل عن كل ما ينشأ عن نشاطه son activité من ضرر ينزل بجسم المضرور أو بأمواله المادية préjudices corporals ou matériels دون البحث عما اذا كان مخطئا أو غير مخطي . والمتبوع قد يمارس نشاطه إما بواسطة التابع أو بواسطة شي ، وبما أن أحدا لم يقل ان مسؤولية الانسان عن فعل الشي هي مسؤولية غير مباشرة عن خطأ الشي فالأمر كذلك أيضا في مسؤولية المتبوع حين يمارس نشاطه بواسطة التابع ، فهي مسؤولية مباشرة directe لا مسؤولية عن الغير ، ولذا فان ستارك لا يقول بضرورة اثبات خطأ في جانب التابع غير أنه يهخذ على نظرية ستارك أن المتبوع له الحق في الرجوع على تابعه بما دفع من تعويض وهو ما لا يتفق مع هذه النظرية .

أما الفريق الذي يرى أن مسؤولية المتبوع هي المسؤولية الوحيدة عن فعل الغير فانه يختلف كذلك في أساسها :

فيرى الفقيه Flour⁽²⁾ أن هذه المسؤولية تقوم على فكرة العدالة 1'Equité والضرورات الاجتماعية ، فهي تقضي بأن المتبوع هو الملزم بالتعويض لأنه هو دائما المؤسر والمؤمن ، بينما التابع يكون غالبا غير مؤسر ولا مؤمن . غير أنه يعترض على تأسيس هذه المسؤولية على فكرة العدالة بأن هذه الفكرة مرنة وغامضة فضلا عن أن كل أحكام القانون تقوم أساسا على فكرة العدالة ، ولكن كلا منهما يرجع الى أساس فني قام عليه .

(1) الالتزامات ص 222 .

(2) في رسالته للدكتوراه سنة 1933 لجامعة Caén تحت عنوان علاقات المتبوع بالتابع طبقا للمادة 5/1384 .

ورأى بعض آخر أن الأساس هو الكفالة القانونية ، فالمتبوع كفيل قانوني لتابعه فيما يقوم به من أعمال ، وقد قالت بهذا الرأي الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1974 / 2 / 6 ، كما قال به كثير من الفقهاء . غير أنه يعترض على فكرة الكفالة بأن الكفيل يعتبر مدينا ثانويا لا يرجع عليه الدائن إلا بعد أن يعجز عن الحصول على حقه من المدين ، وإذا طالب الكفيل قبل مطالبة المدين (ولم يكن هناك تضامن بينهما) فللكفيل الدفع بالتجريد *le bénéfice de discussion* ، في حين أن للمضروب أن يطالب المتبوع أولا ولا يكون للمتبوع الحق في أن يطالب المضروب بالرجوع على التابع أولا . كما اعترض على هذه الفكرة بأن الكفالة عقد رضائي لا بد فيه من رضا الكفيل ، وإن كان أصحاب هذا الرأي قالوا بأن الكفالة هنا مصدرها القانون وليس العقد ، ولكن أين هو النص عليها في القانون ؟

ورأى فريق آخر أن أساس هذه المسؤولية هو فكرة النيابة *la représentation* فالتابع نائب عن متبوعه نيابة قانونية وبالتالي تتصرف أعماله كوكيل الى المتبوع كموكل أصيل ، وقد أخذ القانون الانجليزي الحالي بهذه الفكرة ، كما أخذت هذه الفكرة من القاعدة التي كانت سائدة في القانون الكنسي والتي كانت تقول " من يعمل بواسطة غيره فكأنما يعمل بنفسه *qui facit per alium, facit per se* ، ولكن اعترض على فكرة النيابة بأن النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية ولا نيابة في الأعمال العادية ، لاسيما وأنه لا يتصور أن ينوب شخص عن آخر في ارتكاب خطأ ، إذ الخطأ سلوك شخصي ، وانحراف عن جادة الصواب ينفرد به كل انسان وحده .

ولذا رأى فريق آخر من الفقهاء تأسيس هذه المسؤولية على فكرة الحلول
la substitution فالمتبوع يحل محل تابعه فيما قام به من نشاط ،
ويعتبر التابع امتدادا للشخص المتبوع le prolongement فاذا مارس
نشاطا فكان المتبوع هو الذى مارسه وقد قال بهذا الرأى القضاء البلجيكي (1)
كما اعتنقه مازو في كتاب المسؤولية المدنية .

وهكذا تخطى الرأى في أساس هذه المسؤولية ، والسبب في ذلك ما قرره
القانون المدني الفرنسي وقلده فيه المشرعون العرب ، من أن هذه المسؤولية
غير قابلة للادحاض . ولعل أقرب أساس للمنطق القانوني هو الأساس الذى
يقول بتحمل التبعة ، على أن يفهم تحمل التبعة بمفهوم واسع يتجاوز فكرة
مقابل الربح ، ويقوم على أساس أن المتبوع ، بما أنه يمارس نشاطه بواسطة
التابع كما يمارس نشاطه أحيانا بواسطة الشيء ، وبما أنه في الغالب موثر ومؤثر
عن مسؤوليته ، وبما أن من مصلحة الضرور أن يرجع عليه ليضمن تعويض ما أصابه
من ضرر ، فإن المتبوع يتحمل عبء هذا التعويض الذى لن يثقل كاهله بل
سوف تتحمله شركة التأمين .

أما ما يعترض به على فكرة تحمل التبعة من ضرورة اثبات خطأ في جانب
التابع فقد سبق أن فتدنا فكرة الخطأ وقلنا إنها أصبحت غير سائغة بعد أن
أصبح المجنون وعديم التمييز سألان كتابع أو كمتبوع . وأما ما يعترض به على
تحمل التبعة من رجوع المتبوع على التابع ، ففضلا عن أن هذا الرجوع غير منصوص
عليه في القانون الفرنسي بل هو من ابتكار القضاء ، فانه ، ولو أنه منصوص عليه
في قوانيننا العربية ، غير عطي ، اذ كثيرا ما يكون التابع عاجزا عن رد التعويض

(1) حكم لمحكمة النقض البلجيكية في 1937 / 12 / 6 .

الذى دفعه المتبوع ، ولذلك منع المشرع الفرنسي المؤمن من الرجوع على التابع (م 3 / 36 من قانون التأمين الصادر في 13 / 7 / 1930) وقلما يرجع المتبوع على تابعه لاسيما حين يدفع التأمين التعويض ويحسن أن يلغى حق الرجوع عندنا .

32 — تقدير مسؤولية المتبوع عن تابعه

لماذا شدد المشرع الجزائري ، وجارى القانون الفرنسي والقوانين العربية الأخرى ، في قسوتها بالنسبة الى مسؤولية المتبوع عن تابعه ؟
ان مصدر هذا التشديد هو من غير شك القانون الفرنسي ، اذ ان الشريعة الاسلامية ، كما رأينا ، لم تعرف مسؤولية الانسان عن فعل غيره ، وقد كان القانون الفرنسي القديم يعتبر التابع خادما للمتبوع ، وكان للمتبوع ، باعتباره سيدا ، سلطان كبير على التابع ، وكان هو الذى يختار أتباعه ، وهو الذى يصدر اليهم الأوامر فلا يملكون الا الطاعة ، ولذلك قام أساس هذه المسؤولية في القانون الفرنسي القديم على فكرة الخطأ في الاختيار *Culpa in eligendo* أو الخطأ في الرقابة *Culpa in vigilando* ، وقد تأثر الفقه الفرنسي القديم بنظام الرق ، ونظام الطبقات ، طبقة النبلاء وطبقة الخدم والعبيد .

وحين قامت الثورة الفرنسية ، وكان للطبقات الكادحة دور كبير في قيامها ، برزت روح العداء ضد طبقة النبلاء والسادة ، ووضع التقنين الفرنسي تحت تأثير هذا العداء ، ولذلك نرى الفقرة الخامسة من المادة 1384 تتكلم عن السادة *les maîtres* الى جانب المتبوعين ، وعن الخدم *les domestiques* الى جانب التابعين ، ورأى تقنين نابوليون أن يشدد من مسؤولية هؤلاء السادة ،

وأن يحملهم أوزار الطبقة الكادحة ، ولم يسمح لهم بالتخلص من مسئوليتهم بأية وسيلة ، في حين أنه أباح لمتولي الرقابة أن ينفي عنه المسئولية .

ولقد أصبحت التفرقة بين هذين النوعين من المسئولية عن فعل الخير لا تلائم روح عصرنا الحالي ، عصر المساواة واندثار طبقة العبيد والخدم ، وصيرورة كل انسان متمتعاً بشخصية قانونية مستقلة ، وبإسائية مساوية لإسائية أمثاله من الطبقات الأخرى .

وهل من المعقول أن تكون لاسان على انسان آخر سلطة أكثر من سلطة الوالد على ولده غير المميز ؟

فهل يكون منطقياً أن تشدد مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه أكثر من مسئولية هذا الوالد عن ولده غير المميز ؟

وهل من المنطق أن يسأل الوالد عن الأفعال الضارة التي يرتكبها ولده أثناء قيامه بأعماله العامة مسئولية الرقيب فيستطيع أن ينفیها عن نفسه ، ثم يسأل عنه مسئولية المتبوع اذا كلفه بتأدية مهمة خاصة فلا يستطيع عندئذ أن يتخلص من مسئوليته ؟ وكيف يمكن التمييز بين أعمال الولد العامة والمهمة الخاصة التي يكلفه بها الوالد ؟

أليست كل أعمال الولد بأمر والده أو على الأقل بموافقته ؟

ثم ان رب العمل الذي كانت له قد يما حرية اختيار عماله والحق في فصلهم ، قد أصبح اليوم مقيداً بقيود ضيقة في التعاقد مع عماله ، بل وقد يفرض عليه عمال لا يرغب فيهم بحكم عقد العمل المشترك ، وقد أصبح اليوم مقيد الحرية في إنهاء عقد العمل حين يشاء .

لقد كان أنصار نظرية تحمل التبعة على حق حين أقاموا مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على تحمل التبعة ، ولذا فإني أعتقد أن القانون المدني العراقي كان على حق حين انفرد عن القوانين العربية الأخرى بالتسوية في المادة 2 / 219 منه بمن مسؤولية المتبوع عن تابعه ومسئولية متولي الرقابة ، وحذا في ذلك حذو القوانين التي لم تتأثر بالقانون المدني الفرنسي ، مثل القانون المدني الألماني (المادة 831) وقانون الالتزامات والسبب (المادة 55) والقانون الصيني (المادة 188) ، بل أن القانون النمساوي قد جعل مسؤولية المتبوع عن تابعه واجبة الاثبات (المادة 1385) بحيث لا تقوم إلا إذا أثبت الضرر خطأ المتبوع طبقا للقواعد العامة .

لذلك فإني أرى ضرورة تعديل أحكام مسؤولية المتبوع عن تابعه بحيث تقتصر على الأشخاص الاعتبارية سواء كانت الدولة أو الهيئات المحلية أو المشروعات التجارية الكبرى ، فتكون مسئولة عن أعمال مستخدميهامسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، على أن تلغى مسؤولية الأفراد عن غيرهم كمتبوعين وتابعين .

* * *

المطلب الرابع

المسئولية عن فعل الغير عقدياً

33 — لم تكن المسئولية عن فعل الغير عقدياً معروفة في الفقه الفرنسي حتى عهد قريب ، ولم يكن الشراح هناك يميزون بين المسئولية عن فعل الغير

عقدياً وتقصيرياً ، بل كانوا يطبقون في الحالتين قواعد المسؤولية .
المنصوص عليها بالمادة 1384 (1) .

وقد ظل الأمر على ذلك الى أن نشر الفقيه الفرنسي *Becqué* مقالا في هذا الموضوع بالمجلة الفصلية للقانون المدني (2) مبرز فيه بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية عن فعل الغير ، وأشار الى أن الأشخاص الذين يسأل الانسان عنهم مسؤولية تقصيرية قد ورد النص عليهم بالمادة 1384 على سبيل الحصر (على عكس ما عندنا بالنسبة الى مسؤولية متولي الرقابة ، م 134 م ج) بينما الأشخاص الذين يسأل عنهم عقدياً غير محصورين ، وقال ان كل شخص يستعين به المدين في تنفيذ التزامه يكون المدين مسئولا عنه اذا أخل بالتزام ناشئ عن العقد ، بشرط ألا يكون الشخص الذي يخل بالالتزام أجنبيا عن المدين وألا اعتبر اخلافاً بالالتزام من قبيل فعل الغير الذي قد يؤدي الى الاعفاء من المسؤولية .

وقد فصل مازو في مؤلفه عن المسؤولية المدنية (3) شرح المسؤولية العقدية عن فعل الغير وقال انه ما من شك في وجود هذه المسؤولية ، وأنها كانت معروفة في القانون الروماني ، وقد أتى بأمثلة أوردها تقنين نابوليون لهذه المسؤولية ، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 1735 م ف من مسؤولية المستأجر قبل الموجر عما يحدثه من تلف في العين المؤجرة ، سواء كان ذلك (1) أرجع في ذلك الى *أوبري ورو* ، ج 4 ص 158 ، و*بودري لاكاتينري وبارد* في الالتزامات رقم 455 ، و*كولان وكابيتان* ج 2 ص 394 ، و*جوسران* ج 2 رقم 488 وما يليه .

(2) انظر هذه المجلة لسنة 1914 ص 250 وما يليها .

(3) انظر الجزء الأول من مؤلف مازو ص 1041 وما يليها .

بفعله هو أو بفعل من يعيشون معه أو بفعل مستأجره من الباطن ، ويرى أن القضاء الفرنسي يطبق المسؤولية العقدية عن فعل الغير فيقضي بمسئولية المؤجر ازاء كل مستأجر عما يحدث له مستأجر آخر من ضرر .

وتقضي المادة 1953 م ف بمسئولية أصحاب الفنادق عن سرقة أمتعة النازلين بها أو تلفها ، ولو كانت السرقة أو كان التلف من فعل الغرباء الذين يروحون ويجهثون بالفندق . وقد نصت المادة 2/599 من القانون المدني الجزائري على نفس هذا الحكم .

وتقضي المادة 1782 م ف بمسئولية الناقل البري أو النهري عن فعل الغير وتحققها بمسئولية أصحاب الفنادق . وتقضي المادة 99 من القانون التجاري الفرنسي بمسئولية الناقل برا أو بحرا عما يحدث من تلف للبضاعة المنقولة بفعل من كلفهم بالنقل نيابة عنه .

وتقضي المادة 1797 م ف بمسئولية المقاول عن يستخدم مهم في تشييد البناء ، وقد وردت مثل هذه المسؤولية في المادة 564 م ج وخصت المادة بالذكر المقاول الفرعي . ولكن يلاحظ أن المقاول يسأل مسؤولية عقدية لحورب العمل في مثل هذه الحالة ، ولكن اذا أحدث تابعوه ضررا بالغير كانت مسؤوليته تقصيرية وخضعت لمسئولية المتبوع عن تابعه .

وتنص المادة 1994 م ف على مسؤولية الوكيل ازاء الموكل عن فعل من أحله محله في تنفيذ الوكالة في الحالتين الآتيتين :

أولا - اذا لم يكن هناك اتفاق على هذا الاحلال بين الموكل والوكيل .

وثانيا - اذا كان الموكل قد منح الوكيل سلطة احلال غيره محله دون تعيين

شخص بالذات فاختار الوكيل شخصا غير كفء أو معسرا *inoapable ou*

insolvable . وللموكل حق الرجوع مباشرة على من حل محل الوكيل .

وقد ورد النص على نفس الحكم في المادة 580 من القانون المدني الجزائري .

وتنص المادة 1245 م ف على أن المدين بتسليم عين معينة بالذات *un corps certain* مسئول عن عدم تنفيذ التزامه بالمحافظة على الشيء قبل تسليمه ليس فقط اذا كان عدم التنفيذ يرجع الى خطئه هو بل وكذلك اذا كان يرجع الى خطأ من هو مسئول عنهم . ويمكن أن نستنتج بفهم المخالفة من نص المادة 178 م ج وجود مبدأ عام للمسئولية عن فعل الغير عقديا .

34 - اذن فهناك مبدأ عام يقضي بمسئولية الانسان عن فعل غيره عقديا يمكن أن يصاغ على النحو التالي :

يسأل الأصيل عن الأضرار التي يحدثها نائبه أثناء قيامه بوظيفته ، وتعتبر مسئولية الأصيل عقدية مادام هناك عقد بينه وبين المضرور وترتب الضرر على عدم تنفيذ التزام ناشئ عن العقد الذي بينهما .

ولتوافر هذه المسئولية العقدية ، يجب أن تتوافر كل الشروط التي يجب أن تتوافر لقيام المسئولية العقدية عن الفعل الشخصي ، وهي وجود عقد ، صحيح ، وأن يترتب الضرر على عدم تنفيذ التزام ناشئ عن هذا العقد أو على الاخلال بتنفيذه ، وأن يصيب الضرر أحد المتعاقدين أو من يسأل عنهم . وإلى جانب هذه الشروط ، يشترط في المسئولية العقدية عن فعل الغير أن يكون هذا الغير من الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين ، وأن يكون قد تدخل بفعله في الاخلال بالالتزام العقدي .

ويرى مازو⁽¹⁾ أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير لا تختلف عن مسؤولية المتبوع عن تابعه ، ففي كلتا المسؤوليتين يجب أن يكون النائب قد سبب الضرر أثناء ممارسة وظيفته ، وأن يثبت إخلاله بتنفيذ التزام نشأ عن عقد صحيح ، وإذا كان هذا الالتزام التزاما بتحقيق غاية ، فليس على الدائن إلا أن يثبت عدم تحقق الغاية فيستحق التعويض ، ولا يقبل من المدين أن يتخلص من هذه المسؤولية ، كما هي الحال في مسؤولية المتبوع عن تابعه . غير أن دائرة المسؤولية العقدية قد تكون أوسع من مسؤولية المتبوع عن تابعه ، فمثلا لا يسأل الموكل عن الأضرار التي يحدثها وكيله مسؤولية المتبوع عن تابعه إلا إذا كان الوكيل قد أحدث هذه الأضرار أثناء قيامه بتنفيذ أوامر الموكل وتعليماته المحددة ، ولكن الموكل يسأل عن الأضرار التي يحدثها وكيله مسؤولية عقدية حتى لو كان الوكيل يؤدي أعمال الوكالة بحرية تامة ودون توجيه من الموكل ، إذ هو في هذه الحالة لا يعتبر تابعا للموكل ، بل يسأل عنه هذا الأخير مسؤولية عقدية .

وكذلك تختلف المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، عن مسؤولية المتبوع عن تابعه من ناحية أنه لا يعرض فيها إلا عن الضرر المتوقع عند إبرام العقد ، في حين أن مسؤولية المتبوع عن تابعه يعرض فيها عن الضرر غير المتوقع إلى جانب الضرر المتوقع .

وتختلف كذلك عن مسؤولية المتبوع عن تابعه من حيث الاتفاق على الإعفاء منها أو على تخفيفها ، فهو جائز في المسؤولية العقدية بصفة عامة وغير جائز في المسؤولية التقصيرية .

(1) المرجع السابق الذكر ص 1041 .

هذا ويلاحظ أن من المتفق عليه في فرنسا ، ومن المقرر قانونا عددا أن ليس للمدين أن يتفق على اغائه من المسؤولية العقدية اذا كان عدم تنفيذ الالتزام يرجع الى غشه أو الى خطئه الجسيم (م 178 م ج) .

أما فيما يرجع الى الاتفاق على الاغاء من المسؤولية العقدية اذا ترتب عدم تنفيذ الالتزام العقدى على غش أو على خطأ جسيم من أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه ، فهناك اختلاف بين القضاء الفرنسي وبين ما تقضي به قوانيننا العربية ، فالقضاء الفرنسي يفرض مثل هذا الاتفاق أيضا ، بينما تقضي القوانين العربية بقبول هذا الاتفاق (م 178 م ج السابقة الذكر ، المقابلة للمادة 207 م م) .

35 — أساس المسؤولية العقدية عن فعل الخير

رأى أنصار فكرة الخطأ في المسؤولية المدنية ، أن المسؤولية العقدية عن فعل الخير تقوم على الخطأ أيضا ، فيعتبر المدين قد ارتكب خطأ حين عهد بتنفيذ التزامه الى غيره ولم ينفذ هذا الخير الالتزام أو أخل به .

ويرى مازو ، وهو من المتمسكين بفكرة الخطأ في كل أنواع المسؤولية ، أن أساس هذه المسؤولية هو أن الخير الذى ساهم في الاخلال بتنفيذ الالتزام العقدى يعتبر امتدادا لشخص المدين ، وأن كليهما قد امتزجا ببعضهما بحيث صار كل منهما يمثل الآخر إما بطريق النيابة *Représentation* وإما بطريق اتحاد الذمة *Confusion* (1) .

(1) انظر مازو المرجع السابق الذكر .

« أما الفقيه Beoqué فيرى أن أساس هذه المسؤولية يرجع الى أن الأصل هو أن يحفى المدين من مسؤوليته عن عدم تنفيذ الالتزام كلما حال دون التنفيذ سبب أجنبي لا يد له فيه ، ومن قبيل السبب الأجنبي فعل الغير الذى تتوافر فيه شروط السبب الأجنبي ، ومن ضمنها أن يكون أجنبيا عن المدين ، فإذا لم تتوافر في فعل الغير شروط السبب الأجنبي ، بقي المدين مسئولا عن عدم التنفيذ ، ومسؤوليته في هذه الحالة مسئولية شخصية وليست عن فعل الغير (1) .

وأخيرا يلاحظ أن القانون المدني الألماني قد وضع قاعدة عامة لمسئولية المدين عقديا عن فعل غيره فلمن في المادة 278 منه على ما يلي : " المدين ملزم بخطأ من ينوب عنه قانونا وعن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه بنفس القدر الذى يسأل به عن خطئه الشخصي " .

وكذلك وضع القانون السويسرى قاعدة عامة لهذه المسؤولية فلمن في المادة 101 من قانون الالتزامات على ما يلي : " ان الشخص الذى يكل بصفة مشروعة الى مساعدين يعيشون معه أو الى مستخدمين بمهمة تنفيذ التزام أو بممارسة حق مترتب عن التزام يكون مسئولا أمام الطرف الآخر عما يحدث هؤلاء الأشخاص من ضرر للغير في تأدية أعمالهم " (2) .

* * *

(1) انظر مقال Beoqué السابق الإشارة اليه .

(2) وقد كان القانون البولوني الصادر في سنة 1934 يلص على هذه المسؤولية في المادة 241 منه .

الفصل الثاني

المسئولية عن الأشياء

المطلب الأول

نبذة تاريخية

1 - في القانون الروماني

لم يكن في القانون الروماني أى نص عن المسئولية عن الأشياء ، ولم يورد لا قانون الألواح الاثنى عشر ولا قانون اكيليا أى نص خاص بهذه المسئولية فيما عدا حالة واحدة تتعلق بسقوط شيء من نافذة أو بسقوط شيء معلق على حائط ، فكان يترتب على سقوط الشيء واحدات سقوطه ضرراً بأحد المارة . أن يكون لمن أصابه الضرر أن يرفع دعوى على صاحب المنزل سماها القانون الروماني *Action de effusis et dejectis* يطالب بها المسئول عن تعويض هذا الضرر ، ولكن كانت هذه الدعوى ترفع على المسئول باعتباره مسئولاً شخصياً لا عن فعل الشيء ، وقد سبق أن قلنا ان القانون الروماني لم يكن يعتبر الخطأ ركناً في المسئولية ، فلم يكن على المضرور أن يثبت خطأ على المسئول . وهذا هو كل ما عرفه القانون الروماني عن الضرر الذى تحدثه الأشياء غير الحية .

أما الضرر الذى تحدثه الأشياء الحية ، وهذه الأشياء كانت تنحصر في الحيوان والعبد ، فكان يعطي الحق للمضرور في أن يرفع على صاحب الشيء

دعوى سميت *Action de pauperie* باعتباره مسئولاً شخصياً لا عن فعل
الشيء ، ولم يكن على المضرور أن يثبت خطأ على المسئول ، وكان للمسئول
الخيار بين نوعين من التعويض ، فلما أن يترك الحيوان أو العبد الذى وقع
منه الفعل الضار للمضرور ليفعل به ما يشاء ، وهذا هو ما سمي الترك العيني
أو : *l'abandon noxal* ولما أن يدفع للمضرور تعويضاً يقدر بقيمة الحيوان
أو العبد ولا يقاس بمقدار الضرر ، وأما بالنسبة إلى الضرر الذى يحدثه تهديم
البناء ، فكان المسئول يعطى للمضرور أنقاض البناء كتعويض .

2 - في القانون الفرنسي القديم

لم يتعرض دوماً للمسئولية عن الأشياء غير الحية ، وإنما تعرض فقط
للمسئولية عن الأشياء الحية وعن تهديم البناء ، ولكنه جعلها مسئولية شخصية
تقوم على أساس الخطأ ، فيجب أن يثبت المضرور خطأ في جانب صاحب الشيء .
وكذلك لم يتعرض بوتييه للمسئولية عن الأشياء .

وقد هجر القانون الفرنسي القديم فكرة الترك العيني
l'abandon noxal واقتصر على التعويض النقدي ، واحتفظ هذا القانون
بدعوى *de effusis et dejectis* التي كانت معروفة في القانون
الروماني عن الضرر الذى يحدث من سقوط الشيء .

وقد عرف في مقاطعة بريتاني عرف كان يقضى بمسئولية الخنزير عما
يحدثه من ضرر ، ولم يكن صاحب الخنزير هو الذى يسأل عن هذا الضرر ،
بل كان الخنزير نفسه هو الذى يمثل أمام القضاء ويحكم عليه بالشنق اذا كان
قد أكل طفلاً ، وكذلك كان هناك عرف يقضى بأنه اذا حدث ضرر من سقوط
تمثال يقضى على هذا التمثال بالتفطيت .

3 - في تقنين نابوليون

عندما شرع في وضع التقنين المدني الفرنسي فكّر بعض أعضاء اللجان المكلفة بتحضير نصوصه في أن يوردوا به نصا يتناول المسؤولية عن الضرر الذي يحدث من سقوط الشيء من النافذة أو من الحائط ، وأن ينص على الدعى الرومانية التي كانت موضوعة لهذه الحالة *de effusis et dejectis* ، ولكن لم توافق الأغلبية على الأخذ بهذا الاقتراح . وصدر تقنين نابوليون دون أية إشارة الى المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحيّة ، ولم يذكر بذهن واضعيه أى شيء عن هذه المسؤولية ، بل اقتصر على وضع حكم خاص بالمسؤولية عن فعل الحيوان بالمادة 1385 وحكم خاص بالمسؤولية عن تهدم البناء بالمادة 1386 ، وأوردوا في الفقرة الأولى من المادة 1384 نصا يقضي بأن الانسان لا يسأل فقط عن فعله الشخصي بل ويسأل كذلك عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم مسئول عنهم وعن الضرر الذي تحدثه الأشياء التي في حراسته ، وكان في ذهنهم أن المراد بالأشخاص المشار اليهم في هذه الفقرة هؤلاء الذين يخضعون للرقابة أو للتبعية طبقا للفقرات 4 ، 5 ، و6 من هذه المادة ، والمراد بالأشياء في هذه الفقرة الأولى الحيوان والبناء المنصوص عليهما بالمادتين 1385 و 1386 .

4 - في الشريعة الاسلامية

كما أن الشريعة الاسلامية لم تعرف فكرة الخطأ كركن في المسؤولية بصفة عامة متى كان التعدي مباشرا ولذا فالمسؤولية فيها مفترضة دائما ، ولم تكن بحاجة الى وضع مسئولية خاصة عن فعل الأشياء ، فيستوى في الشريعة الاسلامية أن يكون التعدي من فعل الشخص نفسه أو بواسطة شيء .

غير أنه اذا تسبب الحيوان من تلقاء نفسه في ايقاع ضرر ، فلما أن يكون هذا الحيوان تحت سيطرة من يركبه أو يقوده ، فيسأل الراكب أو القائد عن هذا الضرر مسئولية شخصية ، ويعتبر كأنه هو وليس الحيوان هو الذى سبب الضرر ، ولما أن يكون الحيوان حين سبب الضرر كان بغير راكب أو قائد ، فلا يسأل عن هذا الضرر أحد ، ولو كان المالك ، وذلك لقول رسول الله (ص) " العجماء جبار " .

واذن فمصدر المسئولية عن الأشياء في قوانيننا العربية ليس هو الشريعة الاسلامية ، وانما مصدرها التاريخي هو القانون الفرنسي بعد أن طور القضاء الفرنسي نصوصه على النحو الذى سنعرض له فيما يلي .

وسوف ندرس المسئولية عن فعل الأشياء غير الحية أولاً ، ثم المسئولية عن فعل الحيوان ثانياً ، ثم المسئولية عن تهدم البناء ثالثاً ونعقب عليها بالمسئولية عن الحريق ، متبعين في هذا الترتيب نصوص القانون المدنى الجزائرى في المواد 138 ، 139 ، و 140 .

* * *

المطلب الثاني

المسئولية عن فعل الأشياء غير الحية

5 — تطور القضاء الفرنسى فيما يتعلق بهذه المسئولية

رأينا أن تقنين نابوليون لم يتعرض للمسئولية عن الأشياء غير الحية بـصـ واضح ، ولم يكن يدور بذهن واضعيه أن هناك مسئولية عن الأشياء غير الحية ، ولم يكن نص الفقرة الأولى من المادة 1384 يراد به في ذهـم الآ إلا بناء عما ورد في الفقرات التالية لهذه المادة وفي المادتين 1385 و 1386 .

وقد ظلت الأضرار التي تحدثها الأشياء غير الحية منذ صدور القانون المدني الفرنسي سنة 1804 خاضعة للمسئولية عن الأفعال الشخصية التي تحكمها القواعد المنصوص عليها بالمادتين 1382 و 1383 ، وظل القضاء الفرنسي خلال ثلاثة أرباع القرن التاسع عشر يطبق على هذه المسئولية القواعد العامة ويطالب المضرور من فعل الشيء غير الحي بأن يثبت خطأ صاحبه ، وكان ذلك سائغا قبل أن تنتشر النهضة الصناعية في أوروبا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر ، وقبل انتشار وسائل الصناعة الميكانيكية ووسائل النقل المختلفة وكثرة الحوادث التي تترتب على الآلات الجديدة ، مما حدا بالقضاء الفرنسي الى تلمس مختلف الوسائل للتخفيف من عبء اثبات الخطأ عن المضرور ، فلجأ القضاء الفرنسي الى الوسائل الآتية لتحقيق هذا الغرض :

أولاً - توسع في تفسير فكرة الخطأ بحيث اعتبر بعض الحوادث دليلاً كافياً على خطأ المسئول ، مثل اصطدام قطارين أو سيارتين ، أو سقوط أحد الركاب من باب وسيلة النقل ، غير أن هذه لم تكن الا قرائن قضائية خاضعة لتقدير قضاة الموضوع دون خضوعها لرقابة المحكمة العليا ، وكثيراً ما كان قضاة الموضوع يختلفون في تقديرهم ، وبالتالي فلم تكن هذه الوسيلة كافية للتخفيف من عبء اثبات الخطأ .

ثانياً - فرض القضاء بعض الواجبات على من يستعمل الأشياء الخطرة وأوجب عليه أن يتخذ كل الاحتياطات اللازمة لكي يحول دون أن تحدث ضرراً ، وإذا لم يفعل كان مسئولاً . غير أنه اتضح أن هذه الوسيلة غير كافية لأنها تلقي على عاتق المضرور عبء اثبات أن المسئول لم يتخذ كل الوسائل الاحتياطية الواجبة ، فكان عبء اثبات الخطأ ما يزال يثقل عاتق المضرور .

ثالثا - لجأ القضاء الى انشاء التزامات في بعض العقود ، مثل الالتزام بالسلامة l'obligation de sécurité الذي ابتكره في عقدى النقل والعمل ، وقرر القضاء أنّ على الناقل وعلى رب العمل التزاما بتوصيل المسافرين وبأن ينتهي العامل من العمل سليما معافى saint et sauf ، واعتبر هذا الالتزام التزاما بتحقيق غاية obligation de résultat .

ولكن هذه الوسيلة ، فضلا عن أن الفقه قد وجه اليها نقدا مريرا ، لم تكن كافية لأنها لا تشمل غير المتعاقدين ، فضلا عن أنه من الممكن أن يتفق المتعاقدان على الاعفاء من هذا الالتزام الضمني بشرط صريح .

رابعا - لجأ القضاء الى التوسع في مفهوم نص المادة 1386 الخاصة بالضرر الذي ينترتب على تهديم البناء ، فاعتبر الشجر بناء ، واعتبر الآلات الميكانيكية بناء ، بل واعتبر دولا ب الملابس l'armoire بناء (1) واستند في هذا التوسع الى أن نص المادة 1386 حين تحدث عن البناء لم يــــرد التخصيص ، ولا يفيد معنى الحصر ، بل ورد على سبيل المثال . غير أن هذه الوسيلة انتقدت انتقادا شديدا من جانب الفقه الذي رأى أن نص المادة 1386 صريح في أن المقصود هو البناء وحده ، فضلا عن أن نص هذه المادة يديط المسؤولية عن الضرر المترتب على التهديم باثبات عيب في صيانة البناء أو في تشييده ، ويجعل اثبات ذلك على المضرور ، فكأن هذه الوسيلة لم تعد بفائدة على المضرور .

(1) انظر في اعتبار دولا ب الملابس بناء حكما لمحكمة استئناف باريس بتاريخ 1904 / 3 / 11 لشرفي سيريه سنة 1907 عدد 2 برقم 124 .

ولما أن أخفقت كل هذه الوسائل ، وبدأت النهضة الصناعية تزدهر في فرنسا في أواخر القرن الماضي ، وبدأت الحركة النقابية تتبلور ، وبدأ العمال يشعرون بمدى ما يقع عليهم من ظلم حين يطالبون بإثبات خطأ رب العمل ، وظهر أن اثبات خلل في الآلات الميكانيكية أو اثبات عيب في الأداة الكهربائية يحتاج إلى خبرة فنية تعوز العامل البسيط ، فيخفق في الإثبات ويضيع حقه في التعويض عما أصابه من ضرر ، برزت إلى الوجود نظرية تحمّل التبعية *la théorie du risque* التي حمل لواءها سالي وجوسران ، والتف حولهما لفيف من الفقهاء ، ونادت هذه النظرية بضرورة صرف النظر عن فكرة الخطأ في المسؤولية المدنية بصفة عامة ، وفي المسؤولية عن الأشياء غير الحية بصفة خاصة ، ونشر سالي مقالات وتعليقات عديدة هاجم فيها فكرة الخطأ من سنة 1894 إلى سنة 1911 ، ونشر جوسران كتابه الشهير *de la responsabilité du fait des choses inanimées* سنة 1897 ، وقامت نظرية تحمّل التبعية في بادئ أمرها هادفة إلى الدفاع عن طبقة العمال الذين يصابون بحوادث العمل ، مما اضطر المشرع الفرنسي إلى الاستجابة لندائها وإصدار قانون 1898/4/9 الذي أقام مسؤولية رب العمل عن الحوادث التي تصيب العمال بسبب العمل على أساس تحمّل التبعية .

غير أن نظرية تحمّل التبعية وسّعت من أفقها ولم تعد تقتصر على حوادث العمل ، بل هاجمت فكرة الخطأ في المسؤولية بوجه عام ، وقالت إن فكرة الخطأ في المسؤولية المدنية ليست إلا بقية من آثار اختلاطها بالمسؤولية الجنائية ، وإنها فكرة شابتها فكرة الخطيئة *le péché* التي اخططت بها لدى

الفقهاء الكلاسيكيين الذين اعتبروا المسؤولية المدنية صورة من المسؤولية الدينية ، وبما أن المسؤولية المدنية قد انفصلت عن المسؤولية الجنائية وعن المسؤولية الدينية فيجب أن تتخلص من فكرة الخطأ . ثم هاجموا نصوص القانون المدني الفرنسي وقالوا ان كلمة خطأ *faute* الواردة في نص المادة 1382 إنما استعملها المشرع بدلا من كلمة *fait* حتى لا تتكرر الكلمة في النص مرتين ، والدليل على ذلك هو أن صدر المادة 1384 يقول : " لا يسأل المرء فقط عن الضرر الذي يحدثه (بفعله) . . . الخ ولم يقل بخطئه .

وقد بدأت نظرية تحمل التبعة في أول الأمر على أساس فكرة الغرم بالغنم *ubi emolumentum ibi onus* فبما أن رب العمل يغنم من عمل العامل فيجب أن يغرم بتعويض ما يصيبه من ضرر ، وسميت في أول الأمر على هذا الأساس بنظرية الخطر - الربح *risque - profit* ، ولكن أعداء هذه النظرية انتقدوا هذا الأساس بأنه إذا صح في كثير من حالات العمل ، حيث يربح رب العمل من عمل العامل ، مع أنه قد يخسر أحيانا ، فإن هذا المعيار لا يصح في حوادث الأشياء الأخرى كالسيارات والأدوات الكهربائية وغيرها ، وهي تسبب أضرارا دون أن يكون فيها ربح .

ولذلك تحول أنصار نظرية تحمل التبعة عن فكرة الربح وبدوا نظريتهم على أساس إنشاء المخاطر ، وسموها *risque oréé* ، فكل من أوجد شيئا خطرا نشأ عنه ضرر يجب عليه أن يعرض عنه بصرف النظر عما إذا كان مخطئا أو غير مخطئ .

٥ - كل هذه العوامل أدت إلى حركة فكرية ترمي إلى ضرورة قيام مسؤولية عن الأضرار التي تحدثها الأشياء غير الحية لا تستند إلى فكرة الخطأ ، واتجهت

النظر الى الفقرة الأولى من المادة 1384 التي تتكلم عن المسؤولية عن الضرر الذي يحدثه الشيء الذي يقع تحت الحراسة ، وهكذا اكتشفت الفقرة الأولى من هذه المادة ، وكان أول من اكتشفها وكيل نيابة في بلجيكا بصدد قضية انفجار مرجل في مصنع لشركة تسمى : " Société linière de ST - Gilles " أدى الى قتل 12 عاملاً وجرح 10 عمال آخرين في سنة 1870 ، فرفعت عن هذا الحادث دعوى أمام محكمة بروكسل ترفع فيها وكيل النيابة Faider واقترح لأول مرة في سنة 1871 تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 باعتبارها تلص على مسؤولية عن الأشياء مستقلة وتفترض خطأ لا يدحض الا باثبات عكسه .

وأخذت المحكمة الابتدائية برأيه وأصدرت حكماً بتاريخ 31 / 5 / 1871 بافتراض خطأ الشركة ، ولكن رفضت محكمة استئناف بروكسل هذا الرأي وطالبت بضرورة اثبات الخطأ . وكان لرأى فيدر صدى لدى الفقه البلجيكي ، فتولى الفقيه الشهير Laurent الدفاع عن هذا الرأي في كتابه : مبادئ القانون المدني⁽¹⁾ الذي وضعه سنة 1876 ، وحين كلفته الحكومة البلجيكية بتقحيح القانون المدني في سنة 1879 وضع نصاً في المشروع بهذا المعنى ، ولكن مشروع لوران لم يقدر له النجاح ، وبذات محكمة النقض البلجيكية الرأي الجديد في حكم لها بتاريخ 18 مارس سنة 1889⁽²⁾ .

غير أن هذا الرأي وصل صدها الى فرنسا ، ولغت نظر القضاء هناك ، فصدر عن مجلس الدولة الفرنسي حكم بتاريخ 21 / 6 / 1895⁽³⁾ أخذ بافتراض الخطأ

(1) انظر الجزء 20 الذي وضع سنة 1879 في الفقرتين 523 ، 689 .

(2) انظر تفصيل ذلك في كتاب د روس في القانون المدني لمازو ج2 الالتزامات ص 500 ومايلها .

(3) لشرفي سيريه سنة 1897 عدد 3 برقم 88 مع تعليق لهوريو .

في حادث سببه آلة تابعة للدولة وترتب عليه ضرر .

ثم اتجه النظر الى الرأي الجديد في دوائر محكمة النقض الفرنسية ، فأصدرت الدائرة المدنية في هذه المحكمة حكماً بتاريخ 11 / 6 / 1896 (1) ، ذهبت فيه الى أبعد مما رأى فيدر ولوران في بلجيكا وقالت بافتراض الخطأ افتراضاً لا يقبل اثبات نفيه ، ولا يدحض إلا باثبات السبب الأجنبي ، وكان هذا الحكم بصدد حادث قاطرة سبب ضرراً للعامل بها .

وقد كان هذا الحكم مثار نقاش كبير بين الفقهاء ، لاسيما وأن المحامي العام Sarrut كان قد طلب في مرافعته أمام المحكمة عدم تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 . وقد علّق الفقيه الكبير اسمان على هذا الحكم بقوله : " انه لا السوابق التاريخية ، ولا الأعمال التحضيرية للمادة 1384 / 1 تسمح بالتفسير الذي ذهبت اليه الدائرة المدنية في هذا الحكم " .

أما الفقهاء الذين نادوا بنظرية تحمل التبعة فقد رحّبوا بهذا الحكم ، وتحسّس له سالي وجوسران تحمّساً قوياً فكتب عنه سالي تعليقا له في دالوز (2) أثنى به على هذا التجديد ، وكتب عنه جوسران في كتابه المسؤولية عن الأشياء غير الحية (3) متحمساً له .

غير أن دائرة العرائض ما لبثت أن خالفت رأى الدائرة المدنية ، وأخذت بما رآه فيدر ولوران في بلجيكا ، فقضت في حكم لها بتاريخ 30 / 3 / 1897 (4)

(1) لشرفي سيريه سنة 1896 عدد 1 برقم 17 مع تعليق لاسمان .

(2) انظر هذا التعليق في دالوز الدوى سنة 1397 عدد 1 برقم 433 .

(3) انظر كتابه المذكور الصادر سنة 1897 ص 311 .

(4) لشرفي سيريه سنة 1898 عدد 1 برقم 71 .

بصد د قضية خاصة بانفجار مرجل ohaudière أصاب عاملا بضرر ، بأن افتراض خطأ مالك المرجل قابل لاثبات العكس ، وله أن ينفي عن نفسه الخطأ ، وهكذا تراجعت محكمة النقض عن فكرة افتراض الخطأ افتراضا غير قابل لاثبات العكس ، واطرد قضاؤها على هذا النحو حتى سنة 1914 ، اذ عادت دائرة العرائض واتفقت مع الدائرة المدنية في افتراض الخطأ افتراضا لا يقبل اثبات العكس في حكم لها بتاريخ 1914 / 1 / 17⁽¹⁾ ، واطرد قضاء محكمة النقض منذ هذا التاريخ على أن المسئول عن الضرر الذي يحدثه الشيء الذي في حراسته لا يستطيع أن ينفي عن نفسه المسؤولية بنفي الخطأ ولا تدحض مسؤوليته إلا باثبات السبب الأجنبي ، وقد كان هذا قد تقرر سنة 1885 فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الحيوان ، كما سوف نرى .

وهكذا تقدم القضاء الفرنسي على القضاء البلجيكي الذي ظل يقضي بافتراض الخطأ افتراضا قابلا لاثبات نفيه ، وأصبحت المسؤولية عن الضرر الذي تحدثه الأشياء غير الحية مسؤولية مستقلة ، وأرجع حكمها الى الشطر الثاني من الفقرة الأولى للمادة 1384 الذي لا يشتمل على أكثر من عبارة (أو الأشياء التي في حراسته) وكتب حصول هذه العبارة مئات من الكتب وآلاف التعليقات ، وصدرت عشرات الأحكام التي توسعت في تفسيرها وحملتها بما لم يكن يدور بتاتا

(1) لشر في سيريه سنة 1914 عدد 1 برقم 120 .

في ذهن واضعيها ، حتى لقد صحّ القول بأن المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية من صنع القضاء والفقه لا من صنع المشرع الفرنسي ، بل أن المشرع الفرنسي اساق وراء تفسير الفقه والقضاء لهذه العبارة فأصدر قانوناً بتاريخ 1922/11/7 أيد فيه تفسير الفقه والقضاء لافتراض الخطأ ، فأضاف إلى الفقرة الأولى من المادة 1384 فقرة ثانية تستثني من افتراض الخطأ كل من حاز عقاراً أو جزءاً من عقار أو أموالاً منقولة شتّب فيها حريق ، فلا يكون مسئولاً عما يحدثه امتداد الحريق من ضرر للخير إلا إذا أثبت الضرر خطأ أو خطأ الأشخاص الذين يسأل عنهم ، فدلّ بإضافة هذه الفقرة على أنه يعترف بأن الشرط الثاني من الفقرة الأولى للمادة 1384 ينص على خطأ مفترض .

وقد كان السبب في إصدار هذا القانون حملة قامت بها شركات التأمين على العقارات ، وانضم إليها ملاك الغابات ، طالبوا فيها النواب بإدخال استثناء على افتراض الخطأ الذي اطرد عليه القضاء ، واستجاب المشرع لدعائهم بإصدار هذا القانون الذي كان مثار نقاش حاد ونقد شديد من جانب الفقه .

وقد استمر القضاء الفرنسي يستعمل عبارة " افتراض الخطأ " أو *présomption de faute* " حتى سنة 1930 ، وفي خلال هذه الفترة وجّه الفقه كثيراً من الانتقادات إلى هذا الاصطلاح ، وقال أنصار نظرية تحمل التبعة أنه لا داعي مطلقاً لإحكام لفظ الخطأ في مسؤولية لا تستند بتاتا إلى أي خطأ . أما أنصار فكرة الخطأ فقد انتقدوا هذا الاصطلاح بأنه إذا كان يتضمن قرينة غير قابلة لإثبات العكس فإن فيه مخالفة لما ورد في المادة 1350

التي نصت على القرائن التي لا تقبل اثبات عكسها على سبيل الحصر ، ولهمس
من بينها قرينة الخطأ في المسؤولية عن الأشياء . وأما إذا كان هذا الاصطلاح
لا يتضمن ابشاء مثل هذه القرينة فيجب أن يقبل من المسئول نفي الخطأ عن
نفسه ، وهو ما لا تقبله محكمة النقض .

وازاء هذه الانتقادات عدلت محكمة النقض عن اصطلاح *présomption de*
faute الى اصطلاح *présomption de responsabilité* أي افتراض
المسؤولية ، وكان هذا العدول بصدد القضية الشهيرة المسماة قضية جاندير
Jand ' hour التي طرحت على الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض وأصدرت فيها
حكمها الشهير بتاريخ 13/2/1930⁽¹⁾ . وتتخص هذه القضية في أن سيارة
بضائع مملوكة لشركة *Bumel* المسماة بشركة *Galeries belfortaises*
دست الطفلة ليز جاندير *Lise Jand ' hour* بتاريخ 2/4/1925 فجرحتها
جروحا خطيرة ، فرفعت أمها دعوى أمام محكمة بلفور طالبت فيها الشركة
بالتعويض عما أصابها وما أصاب ابنتها الطفلة من ضرر ، وبنت أساس دعواها
أصلا على المادة 1/1384 واحتياطيا على أساس اثبات خطأ السائق طبقا
للمادة 1382 اذا لم تقبل المحكمة تطبيق المادة 1/1384 ، فقبلت المحكمة
في حكمها الصادر بتاريخ 7/7/1925 تطبيق المادة 1/1384 ، فاستوف
حكمها أمام محكمة استئناف بيزانسون *Besançon* فعدلت محكمة الاستئناف

(1) نشر في دالوز سنة 1930 عدد 1 - 1 - برقم 57 مع تعليق لريبير ونشر
في سيريه سنة 1930 عدد 1 - 1 - برقم 121 مع تعليق لاسمان . وقد علق
على هذه القضية الفقيه كاييتان في دالوز الأسبوعي سنة 1930 ص 25 .
وعلق عليها مورييس بيكار في مجلة التأمين البري سنة 1930 .

المذكورة الحكم الابتدائي ورفضت تطبيق المادة 1/1384 في حكمها الصادر بتاريخ 1925/12/29 ، فرفع نقض من هذا الحكم الى الدائرة المدنية وطلب المحامي العام لانجلوا Langlois نقض هذا الحكم ، فتقدم المقدم وهو المستشار Ambroise Colin بتقرير يهد فيه المحامي العام ، وفعلا نقضت الدائرة المدنية الحكم بتاريخ 1927/2/21 (1) .

وقد كان منطوق هذا الحكم هو ما يلي : " ان افتراض المسؤولية طبقا للمادة 1/1384 لا يدحضه الا اثبات السبب الأجنبي ، ولا يكفي المسؤول ان يثبت أنه لم يرتكب خطأ أو أن سبب الضرر ظل مجهولا . وحيث ان القانون لم يميز ، في تطبيق القريضة التي نص عليها ، بين ما اذا كان الشيء الذي سبب الضرر محركا أو غير محرك يهد الانسان ، وأنه يكفي أن يكون الشيء الذي أحدث الضرر خاضعا للحراسة بسبب خطورته ، فلهذا يكون الحكم المطعون فيه قد خالف القانون ويتعين نقضه " .

وأحيل نظر الدعوى من جديد الى محكمة استئناف ليون Lyon .
وبلاحظ أن هذا الحكم قد وضع لأول مرة معيارا للمسؤولية عن فعل الشيء أقامه على الخطورة ، وقد كان المحامي العام هو الذي أشار الى معيار خطورة الشيء متأثرا في ذلك بما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بتاريخ 1924/12/22 (2) .

-
- (1) نشر حكم الدائرة الثانية في سوريه سنة 1927 عدد 1 برقم 137 مع تعليق لاسمان .
(2) نشر حكم مجلس الدولة المذكور في سوريه سنة 1926 عدد رقم 3 - مع تعليق لهوريو .

وقد كان معيار خطورة الشيء هو الذي برز في الحشريات ودافع عنه الفقيه الكبير ريسبر ، وأخذ به القضاء المدني بعد القضاء الإداري ، وإن كان مجلس الدولة قد عدل فيما بعد من هذا المعيار ، بعد أن عدل عليه القضاء المدني في سنة 1930 ، وكان عدول مجلس الدولة في حكم صدر من هذا المجلس بتاريخ 1949/11/2 (1) .

وقد نظرت محكمة استئناف ليسون في الدعوى المحالة إليها من محكمة النقض ، وانتهى رأيها إلى رفض تطبيق نص المادة 1/1384 ، وسأيرت في ذلك محكمة استئناف بوزانسون ، ولم تسأير الدائرة المدنية لمحكمة النقض في رأيها ، وأصدرت حكمها بتاريخ 1927/7/7 (2) وقالت فيه " بما أنه لم يثبت أنه كان بالسيارة التي أوقعت الحادث عيب فلا يسأل حارسها ما لم يثبت خطؤه ، وبما أن المدعية لم تثبت خطأه فيرفض طلبها " .

وطى إثر صدور حكم محكمة استئناف ليسون قامت ثورة فقهية عارمة ، وأخذ الفقهاء يدعون على القضاء تضارب أحكامه وتعارض آراء محاكم الاستئناف مع رأي محكمة النقض ، فاضطرت هذه الأخيرة إلى عرس الأمر على دوائرها المجتمعة ، وكان المترافع أمامها هو المحامي العام Matter والمقرر هو المستشار Le Haro-hadour ، وقد أصدرت الدوائر المجتمعة حكمها السابق الذكر بتاريخ 1930/2/13 ، وقالت في منطوقه ما يلي : " إن افتراض المسؤولية la présomption de responsabilité المنصوص عليه بالمادة 1/1384

(1) نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه سنة 1949 عدد رقم 2 برقم 423 .

(2) نشر هذا الحكم في دالوز الأسبوعي سنة 1927 برقم 423 .

لا يدحض إلا باثبات السبب الأجنبي ، وأنه لا يكفي المسئول أن يثبت أنه لم يرتكب أى خطأ أو أن سبب الحادث مجهول وحيث أن القانون ، في تطبيق المادة 1384 / 1 لا يميز في افتراض المسؤولية la présomption de responsabilité ، بين ما إذا كان الشيء الذى أحدث الضرر محركاً أو غير محرك بيد الإنسان ، وحيث أنه ليس من الضروري أن يكون بهذا الشيء عيب ملاصق لطبيعته وقابل لأحداث الضرر ، إذ أن نص المادة 1384 / 1 يربط المسؤولية بحراسة الشيء لا بالشيء نفسه ، فلذا يكون الحكم المطعون فيه قد خالف روح القانون فيما يتعلق بعيب الدليل ، ولهذه الأسباب يتعين نقضه .

وقد أحييت الدعوى من جديد إلى محكمة استئناف ديجون Dijon فحكمت بما رآته الدوائر المجتمعة .

ومكذا انتهت قضية جاندير التي شغلت دوائر القضاء الفرنسي ست سنين ، وكان لحكم الدوائر المجتمعة السابق الذكر صدق كبير في الفقه ، إذ كان أول حكم يصدر من محكمة النقض يصرف النظر عن قيد خطورة الشيء ، ويسجل عدم ضرورة وجود عيب في الشيء ، ولا يفرق بين الشيء الذى تحركه يد الإنسان والشيء الذى لا تحركه يده ، ويربط المسؤولية بالحراسة لا بالشيء نفسه . وقد عدل لأول مرة عن الاصطلاح الذى كانت تردده محكمة النقض في أحكامها وهو افتراض الخطأ la présomption de faute إلى اصطلاح افتراض المسؤولية أو la présomption de responsabilité .

وقد استقبل أنصار نظرية تحمل التبعة هذا الاصطلاح الجديد بالتهليل والترحاب ، وقالوا إن محكمة النقض قد هجرت فكرة الخطأ نهائياً وأخذت

بنظريه تحمل التهمة ، بينما رأى أنصار فكرة الخطأ أنه لا فرق بين الافتراض
الاستثنائية وافتراض الخطأ ، وكلا الاصطلاحين يتضمن فكرة الخطأ صريحة فسي
الاصطلاح القديم ، وضمنية في الاصطلاح الجديد ، وأن محكمة النقض لم تتدخل
عن فكرة الخطأ في المسؤولية المدنية بكل أنواعها .

غير أن الاصطلاح الجديد كان مثارا لنقد الكثير من الفقهاء ، الذين
عابوا عليه أن المسؤولية تعيبة تترتب على وقائع ، والنتيجة لا تفرض ، وإنما تفرض
الوقائع التي تدخلها النتيجة ، ولا يصوغ القول بأن شخصا غير مسئول
مسئوليته ، لأنه إما أن يكون مسئولاً فعلاً ، أو غير مسئول .

وهي الرغم من هذا النقد ، استمرت محكمة النقض تستعمل هذا الاصطلاح
أكثر من ربع قرن ، ولم تعدل عنه إلا في سنة 1958 ، ففي هذه السنة بدأت
محكمة النقض تستعمل اصطلاحاً جديداً ، الذي أصدرت الدائرة المدنية الثانية
بها حكماً بتاريخ 18/10/1956⁽¹⁾ جاء فيه ما يلي : " وحيث أن حارس
الأشياء غير الحية يعتبر مسئولاً بقوة القانون de plein droit عن الضرر
الذي سببه الشيء الذي في حراسته ما لم يثبت قيام سبب أجنبي لا يسد له
فيه ولم يستطع توقعه . . . " وهكذا اتحدت محكمة النقض عن فكرة الخطأ
وأصبح هناك ما يكاد يقبضه الإجماع على أن المسؤولية عن فعل الأشياء غير
الحية لا تقوم على فكرة الخطأ وإنما هي مسؤولية قانونية ، وضمتها القانون على
عائق الحارس بصرف النظر عما إذا كان مخطئاً أو غير مخطئ ، ودأبت محكمة

(1) نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه سنة 1956 العدد 2 - برقم 365 .

النقض منذ ذلك الحين تردد اصطلاح " بقوة القانون de plein droit " أو المسؤولية القانونية la responsabilité de droit .

ولكن على الرغم من هذا التطور الكبير في القضاء والفقه ، فما زالت قلة من أنصار الخطأ تبني المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية على الخطأ ، ومن هؤلاء مازو⁽¹⁾ الذي يقول بفكرة الخطأ في الحراسة " faute dans le garde " ويذهب الى التحليل التالي : ان حارس الأشياء غير الحية ملتزم بالتزام بتحقيق غاية ، وهو ألا يترك الشيء يفلت زمامه من يده ، فاذا تخلفت هذه الغاية وأفلت زمام الشيء من يده وأحدث ضررا للغير فيكون الحارس قد أخطأ .

والواقع أن هذا الرأي غير سائغ إذ في كثير من الأحيان يحدث الشيء الضرد دون تصور أن زمامه قد أفلت من يد الحارس ، فهل اذا انفجر عطلار السيارة فأنحرفت فجأة وأحدثت حادثا يمكن القول بأن زمامها قد أفلت من يد السائق ؟

ومل من المتصور أن يقال ان زمام الشيء قد أفلت من يد الحارس فسي العقبة التالية : كسب شخم زجاجة من النبيذ في لعبة نصيب loterie فقدم كأسه من نبيذ هذه الزجاجة الى صديق له ، فتسم هذا الصديق من النبيذ ومات ، واتضح أن النبيذ فاسد ، وقد قضت محكمة النقض بمسؤولية كاسب الزجاجة⁽²⁾ . فهل من المتصور أن يقال ان زمام الزجاجة أو النبيذ قد أفلت

(1) ارجع الى مؤلفه في المسؤولية المدنية طبعة سنة 1973 ج 2 ص 432 وما يليها والى مقال له نشر بالمجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1925 ص 793 وهو أول مقال طرح فيه مازو هذه الفكرة .

(2) أنشركمها بتاريخ 26 / 6 / 1953 المنشور في د اللوز سنة 1954 برقم 131 مع تعنيق لمساتييه وقد علق اسمان على هذا الحكم تحت عنوان le diable dans la bouteille في جريس كاسيرالد وري سنة 1954 عدد 1 برقم

من يد كاسب النصيب ؟ ثم ان القول بافلات الزمام يؤدي الى نتيجة شاذة ، وهي أن يكون الحارس الذي يتعمد احداث ضرر بالشيء أحسن حالا ممن يفلت منه زمام الشيء رغم ارادته . غير أن أنصار هذه الفكرة يردون على هذا الاعتراض بقولهم ان من يتعمد احداث ضرر بالشيء اذا أقر بأنه متعمد فان خطأه يكون قد ثبت ولا يطالب المضرور باثباته .

وقد لقيت نظرية الخطأ في الحراسة تأييدا من بعض الفقهاء (1) وقيل ان حكم الدوائر المجتمعة في قضية جاندير قد أخذ بها ، ومهما يكن من شيء فقد مجرت هذه النظرية اليوم كما مجرت كل النظريات التي تسعى الى اقحام فكرة الخطأ في هذه المسؤولية ، بعد أن استقر القضاء الفرنسي على قيام هذه المسؤولية بقوة القانون .

* * *

المطلب الثالث

قيام المسؤولية عن الأشياء غير الحية

أما وقد عرفنا أن المسؤولية عن الأشياء غير الحية قد صارت اليوم مسؤولية مستقلة تماما عن المسؤولية عن الأفعال الشخصية ، لا تقوم على فكرة الخطأ ، بل تقتضى بمجرد احداث شيء غير حي ضررا ، فينبغي الآن أن نبحث عناصر هذه المسؤولية ، وسنرى أن هذه العناصر قد تطورت هي الأخرى على يد القضاء الفرنسي ، وأن القانون المدني الجزائري قد أخذ بها وصل اليه هذا القضاء في نهاية مراحله .

(1) انظر مثلا Bessca في رسالته للدكتوراه أمام جامعة ديجون سنة 1937 ص 42 ومايليها ، وانظر تعليقا لنهبر نشر في دالوز سنة 1942 عدد 1 برقم 25 .

7 — عناصر المسؤولية عن الأشياء غير الحية

تنص المادة 138/1 على هذه العناصر بقولها : " كل من تولى حراسة شيء وكانت له (عليه) سلطة (1) الاستعمال والتسيير والرقابة ، يعتبر مسئولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء " .

ومن هذا النص يستظهر أن عناصر هذه المسؤولية هي : شيء ، ففي حراسة شخص ، يحدث ضررا للخير .

8 — أولا — الشيء ، والمقصود بالشيء في هذا النص هو كل شيء غير حي ، فيما عدا البناء الذي يتهدم ، واذن فيخرج من نطاق الشيء هنا ، الشيء الحي ، فالحيوان قد خصص لما يحدثه من ضرر نص المادة 139 ، والبناء الذي يتهدم خصص له نص المادة 140 ، واذن ففيما عدا هذين الشيئين ، يصدق اصطلاح الشيء هنا على كل شيء ، منقولاً كان أو عقارا ، صغيرا أو كبيرا ، جامدا أو سائلا ، بل ويصدق على التيار الكهربائي وتيار الغاز ، وعلى الضجة التي تحدثها الطائرات .

ولقد تطور القضاء الفرنسي بصدد العقارات ، فكان يرى في بادئ الأمر أن نص الفقرة الأولى من المادة 1384 لا يطبق إلا على المنقولات دون العقارات ، وكان يرى أن العقارات تخضع لحكم المادة 1386 ، اذا توافرت شروطها ، واذا لم تتوافر شروطها فان الأضرار التي تحدثها العقارات تخضع حينئذ للقواعد العامة المنصوص عليها بالمادتين 1382 و 1383 ويجب على المضرور أن يثبت الخطأ ضد المسئول . وقد كان الفقه في فرنسا ينتقد هذا (1) يلاحظ أن النص العربي خاطيء في ترجمته وقد وضعنا صحة الترجمة بين قوسين .

القضاء بانتقادين : الأول — هو أن نص الفقرة الأولى من المادة 1384 ورد
نأما حين نص على " الأشياء " والأشياء تشمل العقار والمنقول على السواء .

والانتقاد الثاني : هو أن القضاء طبق حكم المادة 1385 الخاص
بالحيوان على كل أنواع الحيوان ، سواء كان منقولا أو عقارا بالتخصيص فلماذا
التمييز بين العقار والمنقول في نص المادة 1384 / 1 ؟

وعلى الرغم من ذلك فقد ظل القضاء يسير على هذا التمييز حينا من
الدمر ، وإن كانت بعض المحاكم الدنيا قد طبقت النص على العقار ، بل إن
محكمة النقض نفسها قد أصدرت حكما بتاريخ 15 مارس سنة 1921 (1) أشار
الشك في أن المحكمة قد قبلت تطبيق نص المادة 1384 / 1 على العقارات ،
وقد صدر هذا الحكم بصدد قضية شهيرة تسمى قضية الصمغ *la résine* ،
وهي تتعلق في أن حريقا شت في محطة بوردو البحرية ولم يعرف سببه ،
ولكن الحريق ازداد اشتعالا بسبب امتداده إلى براميل مليئة بمادة الصمغ
la résine كانت مودعة بالمحطة لحساب شركة سكك حديد جنوب فرنسا ،
وقد امتد الحريق إلى المباني المجاورة ومن ضمن هذه المباني مبنى لشركة
حافلات أصيب بأضرار جسيمة ، فرفعت الشركة صاحبة هذا المبنى دعوى أمام
محكمة بوردو طالبت فيها المحطة البحرية بالتعويض على أساس المادة 1384 / 1
وفعلا حكمت محكمة بوردو في 16 / 7 / 1917 بالتعويض طبقا لحكم النص
المذكور ، فطعت محطة بوردو في هذا الحكم وقالت إن براميل الصمغ لم يكن

(1) نشر في د اللوز الدوى سنة 1922 عدد 1 برقم 25 مع تعليق لريبير.

بها عيب ملاصق لطبيعة المادة الموجودة بها والتي هي غير قابلة للاشتعال بطبيعتها ، فرفضت الدائرة المدنية الطعن وأيدت حكم محكمة بوردو بحكمها السابق الذكر .

وقد أثار هذا الحكم الشكوك حول ما اذا كانت المحكمة قد أرادت تطبيق المادة 1/1381 باعتبار أن الحريق قد امتد من مبني المحطة وهو عقار ، أو أنها أرادت أن تقول ان الحريق امتد من براميل الصمغ وهي منقول ؟

واذلك أهاب السهلع شركات التأمين لأن مقتضى تطبيق المادة 1/1384 على الحريق الذي يمتد من عقار الى عقار آخر يترتب عليه أن تزيد مبالغ التأمين التي تدفعها هذه الشركات مادام الخطأ مفترضا طبقا لحكم هذه الفقرة ، فقامت هذه الشركات بحملة واسعة الا طاق لدى أعضاء مجلس النواب ، وانضم اليهم أصحاب الغابات ، مطالبين باصدار قانون يستثنى العقارات من افتراض الخطأ ، وفعلا استجاب المشرع الذي بمسئولتهم وأصدر قانونا بتاريخ 7 نونبر سنة 1922 أدخل بمقتضاه فقرة ثانية على المادة 1384 استثنى بها العقارات والمنقولات التي يشب فيها حريق يمتد الى عقار الجيران ، وأخضع المسؤولية عن هذه القواعد العامة المنصوص عليها بالمادتين 1382 / 1383 التي تنفي بضرورة اثبات الخطأ .

وهو كان ينبغي أن يكون مقتضى هذا الاستثناء أن العقارات التي لا تخضع لحكم المادة 1386 تخضع لحكم المادة 1/1384 إلا في حالة امتداد الحريق الاستثناء بمقتضى القانون السالف الذكر ، والأفلا يكون للاستثناء معنى . ومع ذلك فقد ظل القضاء مترددا بعد صدور هذا القانون ، ولم تقلع محكمة النقض

برأى صريح في اخضاع العقارات لنص المادة 1384/1 فيما عدا ما استثنى
الآن بحكم صدر منها بتاريخ 6 مارس سنة 1928 (1) قطعت فيه صراحة بأن
المادة 1384/1 تطبق على المنقولات وعلى العقارات فيما عدا حالة
التهدم التي تناولها نص المادة 1386 ، ومنذ ذلك الحين أصبح هذا
النص يشمل الأشياء المنقولة والعقارية على السواء فيما عدا ما استثنى . وما من
شك في أن هذا هو ما ينبغي العمل به طبقا للقانون المدني الجزائري .

9 — كما تطور القضاء الفرنسي بصدد طبيعة الشيء المادية ، تطور كذلك
بصدد الصفات التي يجب أن تتوافر في الشيء الذي يحدث الضرر حتى
يسوغ تطبيق نص الفقرة الأولى من المادة 1384 . ففي بدء تطبيق هذه
الفقرة كان القضاء البلجيكي يتطلب من المضرور أن يثبت أن بالشيء الذي
أحدث الضرر عيبا كان هو السبب في حدوث الضرر ، وقد انتقل هذا القيد
من القضاء البلجيكي الى القضاء الفرنسي ، وظل هذا القضاء يشترط ضرورة
اثبات عيب في الشيء منذ أول حكم صدر من محكمة النقض في 16/6/1896 .
وكان القضاء متأثرا في ذلك بما نصت عليه المادة 1386 الخاصة بالضرر الذي
يحدث من تهدم البناء ، فطبقا لهذا النص يجب على المضرور أن يثبت ،
الى جانب أن الضرر ناشئ عن تهدم البناء ، أن هذا التهدم ناشئ عن
عيب في تشييد البناء أو عن إهمال في صيانه . وكان معنى مطالبة المضرور
بإثبات العيب هو الرجوع الى فكرة إثبات خطأ المسئول ، أي أنه أخطأ حين
ترك الشيء المعيب بدون معالجة عيبه حتى تسبب في أحداث الضرر .

(1) نشر في د اللوز الدوى سنة 1928 عدد 1 برقم 97 .

وقد كان الفقه ينتقد القضاء في تمسكه بضرورة اثبات العيب بانتقادين :
الأول : هو أن نص الفقرة الأولى من المادة 1384 جاء عاما مطلقا ولم يميز
بين الأشياء المعيبة والأشياء غير المعيبة . والثاني : هو أن في مطالبة
المضروب باثبات عيب في الشيء الذي تسبب في ضرره ارهاقا شديدا له ،
لا سيما إذا كان العيب فنيا دقيقا يحتاج اكتشافه الى فحص خبير ، ويكون
مقتضى تكليف المضروب بهذا الحـب عدم جدوى اكتشاف الفقرة الأولى من
المادة 1384 التي كان اكتشافها يهدف الى تخفيف عبء اثبات الخطأ
عن المضروب .

ولكن على الرغم من هذا النقد ظل القضاء الفرنسي يطالب المضروب باثبات
عيب في الشيء الذي سبب الضرر حتى صدر الحكم الذي سبق ذكره بصدد
قضية الصمغ في 15 مارس سنة 1921 ، وقد قالت الدائرة المدنية في هذا
الحكم أنه يستوى أن يكون الشيء الذي أحدث الضرر معيبا بعيب ملاصق
لطبـيـحته أو غير معيب لأن المسؤولية مرتبطة بحراسة الشيء لا بالشيء نفسه ،
وقد أيد حكم الدوائر المجتمعة الصادر في 13/2/1930 في قضية جاندير
السابقة الذكر ، هذا الاتجاه وهجرت فكرة العيب في أحكام القضاء الفرنسي ،
وان كانت بعض الأحكام مازالت تشير اليها ناسية ما قضت به الدوائر المجتمعة ،
ومن ذلك حكم صدر من الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ
25/5/1971⁽¹⁾ قررت فيه براءة طبيب لأن المضروب لم يثبت أن الدواء الذي
استعمله هذا الطبيب كان معيبا بعيب ذاتي .

(1) نشر في دالوز سنة 1972 برقم 534 مع تعليق للأستاذ Penneau .

أما القضاء البلجيكي فقد ظل حتى اليوم متمسكا بضرورة أن يثبت الضرور
عيبا في الشيء الذي أحدث الضرر ، وإن كان قد خفف من شدة هذا القيد
واعتبر أن بعض الحوادث تدل بمجرد وقوعها على وجود عيب في الشيء ويعفى
الضرر فيها من اثبات العيب ، بل ووصل القضاء البلجيكي إلى الاكتفاء في
بعض الحوادث بدليل سلبي وقرر أنه لو لا أن بالشيء عيبا لكان من المستحيل
أن يحدث الحادث (1) .

10 — وما كاد قيد وجود العيب يختفي من الأحكام حتى ظهر فيها قيد
جديد وهو أن يكون الشيء الذي يحدث الضرر خطرا ، وقيل إن المادة
1/1384 لا تطبق إلا على الأشياء الخطرة وحدها لأنها هي التي تلزم
الحناية في حراستها ولا سببت الضرر للخير ، بينما الأشياء غير الخطرة إذا
ما سببت ضررا فيطبق بشأنها نص المادة 1383/1382 ويجب على الضرور
اثبات خطأ المسئول . ولقد كان الأستاذ ريبير هو الذي اقترح هذا التمييز
بين الأشياء الخطرة والأشياء غير الخطرة (2) وسارعت المحاكم إلى الأخذ
بهذا التمييز ، بل وأخذت به محكمة النقض في حكمها الصادر في 1927/2/21
في قضية جاندير السابقة الذكر (3) وقد كان المحامي العام Langlois
هو الذي اقترح على المحكمة هذا القيد في مرافعته في القضية المذكورة ،

-
- (1) انظر مجموعة أحكام محكمة النقض البلجيكية لسنة 1943 عدد 1 رقم 110 .
(2) انظر تعليقات الأستاذ ريبير في دالوز سنة 1922 عدد 1 برقم 25
وسنة 1925 عدد 1 برقم 5 .
(3) سبق ذكر هذا الحكم وقد نشر في دالوز الدوري سنة 1927 عدد 1 برقم
97 ومعه تعليق لريبير كما نشر في سيريه سنة 1927 عدد 1 برقم 137 .

وأخذت محكمة النقض برأيه في حكمها السابق الذكر في سنة 1927 ، ثم توالى أحكامها بعد ذلك آخذة بهذا القيد وتبعتها المحاكم الدنيا ، ورددت بعض الأحكام أن معيار خطورة الشيء هو أن تكون له قوة ذاتية تحركه dynamisme propre ، وكان المقصود بذلك هو السيارات والآلات الميكانيكية .

ولقد انتقد الفقهاء هذا القيد من عدة نواح : أولاً - من ناحية أن التمييز في الأشياء بين ما هو خطر وما هو غير خطر عسير ، فقد يكون الشيء غير خطر بطبيعته ثم يصير خطراً بوضعه وضعا غير طبيعي ، كما لو وضعت دراجة في عرض الطريق ، وقد يكون الشيء خطراً بطبيعته كالسيارة ولكن لو وضعت السيارة في وضع طبيعي أو سارت سمرًا عاديًا فإنها لا تصير خطرة ، وفي الحالتين قد يحدث الشيء ضرراً للغير . ثانياً - من ناحية أن نص المادة 1384/1 جاء مطلقاً ولم يقتصر على الأشياء الخطرة ، ومن المقرر أن النص المطلق لا يخصم إلا بنص يخصمه . ثالثاً - من ناحية أن الإنسان يتخذ عادة الاحتياط اللازم لتفاد أضرار الأشياء الخطرة ، ولا يتخذ أى احتياط ضد الأشياء غير الخطرة ، ولو سببت له هذه الأشياء ضرراً وطالبت به باثبات خطأ صاحبها فكأننا نجازيه على عدم اتخاذ احتياط كان معذوراً فيه . رابعاً - من ناحية أن القضاء قد طبق حكم المادة 1385 على الأضرار التي تحدث من كل أنواع الحيوانات سواء كانت خطرة أو غير خطرة ، وطبق نص المادة 1386 على كل أنواع المباني سواء كانت خطرة أو غير خطرة ، فلماذا لا يطبق نص المادة 1384/1 على كل الأشياء خطرة أو غير خطرة ؟

11 — ولم يلبث القضاء طويلا يتمسك بهذا القيد ، وهجره حكم الدوائـر
المجتمعة الصادر في 13/2/1930 في قضية جاندير⁽¹⁾ فلم يشر اليه في
حيثياته وربط المسؤولية بحراسة الشيء لا بالشيء نفسه وقيل بحق ان هذا
الحكم كان أقطع في الدلالة على نبذ التفرقة بين الأشياء بما لم يصرح به أكثر
مما صرح به .

ومنذ سنة 1930 هجرت التفرقة بين الأشياء الخطرة وغير الخطرة ، ولم
يأخذ القانون المدني الجزائري بهذه التفرقة في المادة 138 ، بينما أخذ
بها القانون المدني المصري الذي وقف عند تطور القضاء الفرنسي في سنة
1927 . ولم يكن القانون المدني المصري القديم يعرف المسؤولية عن فعل
الأشياء ، وعند ما شرع في وضع القانون المدني الجديد رأى في احدى مراحل
أعماله التحضيرية الأخذ فيه بالمسؤولية عن فعل جميع الأشياء دون تمييز بينها
طبقا لآخر مرحلة وصل اليها القضاء الفرنسي يومئذ ، ولكن انتهى الرأى هناك
الى الاقتصار على الأشياء الخطرة وحدها وعدم العضي في هذه المسؤولية الى
أقصى ما وصلت اليه في فرنسا ، لاسيما وأن الصناعة في مصر لم تكن يومئذ
متقدمة ولا كانت الآلات الميكانيكية قد انتشرت هناك فرؤى ألا يثقل كامل
أصحاب المصانع الصغيرة بمسؤولية يفترض الخطأ فيها وانتهى الرأى الى رسم
المادة 178 التي تقول " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية
خاصة ، أو حراسة آلات ميكانيكية ، يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من
ضرر... الخ " وقد حذت القوانين العربية الأخرى في ذلك حذو القانون
المدني المصري (2) .

(1) سبق ذكر أن الحكم المذكور نشر في د اللوز سنة 1930 عدد 1 برقم 57
وفي سيريه سنة 1930 عدد 1 برقم 121 .

(2) انظر المواد 179 سوري ، 181 لبيي ، 231 عراقي ، 131 — 132 لبناني .

12 - ثانياً - حراسة الشيء : العنصر الثاني في المسؤولية عن الأشياء هو أن يكون الشيء الذي سبب الضرر في حراسة شخص ، لأن المسؤولية ، كما تقول محكمة النقض الفرنسية في آخر مراحل تطورها ، منوطة بحراسة الشيء لا بالشيء نفسه ، والغالب هو أن يكون الحارس هو مالك الشيء ، وإن كانت هذه الفكرة قد تطورت هي الأخرى كما سوف نرى . أما إذا لم تكن الأشياء مملوكة لأحد ، وهذه هي الأشياء التي لا مالك لها *Res nullius* فإنها لا تكون في حراسة أحد ، وبالتالي فإذا سببت ضرراً فلا يسأل عنه أحد . فالأشجار غير المملوكة لأحد ، وأكوام الرمال في الصحراء ، ومياه الأمطار ، إذا سببت ضرراً فبما أنها غير مملوكة لأحد ، فتعتبر *Res nullius* ولا يسأل عن أضرارها أحد .

ولقد أثبتت أمام القضاء الفرنسي منازعات خاصة بالأضرار التي تحدثها الثلوج التي تتكون من مياه الأمطار فوق سطوح المنازل ثم تنهار ويحدث سقوطها أضراراً بالغة ، فهل يسأل صاحب المنزل عن هذه الأضرار طبقاً للمادة 1384/1 ؟ رفض القضاء هناك في بادئ الأمر تطبيق هذا النص في مثل هذه الحالة ، وطالب الضررين بإثبات خطأ أصحاب المنازل طبقاً لحكم المادتين 1382/1383⁽¹⁾ وقيل إن على أصحاب المنازل في المناطق الشديدة البرودة التي تكثف فيها الأمطار الغزيرة أن يضعوا أسواراً حول السطوح تحول دون انهيار الثلوج التي تتكدس فوقها والأضرار بالغير . إلا كانوا محطمين . ومع ذلك فقد كان القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه .

(1) نص صدر الدائرة المدنية الثالثة في 14/10/1958 من 1958.

طبق نص المادة 1/1384 على الأضرار التي تحدثها أكوام الرمال التي تأتي بها الرياح وتكوّنها على أرض مملوكة ، ثم تنهار وتحدث أضراراً بالغير (1) .

وللمرء أن يتصامل ما هو الفرق بين الرمال التي تأتي بها الرياح والثلوج التي تتكون من مياه الأمطار ؟ لا سيما إذا تذكرنا أن مالك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها (انظر المادة 2/675 مدني جزائري) .

ومن قبيل الأشياء التي لا مالك لها الأشياء التي كانت مملوكة وتخلّى عنها مالكوها أو فقدت منهم ، وتسمى الأشياء المتروكة *Res derelictae* . فإذا ما أحدثت هذه الأشياء ضرراً وعرف من كان صاحبها ، فإنه يسأل عن هذا الضرر باعتباره حارساً لها (2) .

وقد أثبتت هذه المسألة في الولايات المتحدة الأمريكية بصدور قضية تتعلق بثلاجة ألقى بها صاحبها في مكان مخصص للمتروكات فدخل فيها أحد الأطفال وأغلق بابها على نفسه فاختنق . وسُميت هذه الحالات هناك باصطلاح *attractive nuisance* . وعلى ذلك فإذا أحدث الشيء المتروك ضرراً بالغير وعرف صاحبه الذي تخلّى عنه ، فإنه يسأل عن هذا الضرر ، أما إذا لم يعرف فيعتبر الشيء المتروك كالشيء الذي لا مالك له .

(1) انظر حكم الدائرة المدنية الثانية الصادر في 8 / 4 / 1941 المنشور في سريه سنة 1941 عدد 1 برقم 49 .

(2) انظر في ذلك مؤلف الأستاذ مازو في المسؤولية المدنية ————— ج 2 ص 286 .

13 — ما هو المقصود بالحراسة ؟

لم يرد في الفقرة الأولى من المادة 1384 مدني فرنسي ما يفيد في معنى الحراسة ، كما أن حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية في 13/2/1930 اقتصر على ربط المسؤولية بالحراسة دون أن يبين ما المراد بالحراسة ، ولذلك اختلف الرأي في تحديد معناها ، ففي بادئ الأمر رأى أن المقصود بها الحراسة القانونية *la garde juridique* ، فلا يعتبر حارسا للشيء إلا من كان له عليه حق يحميه القانون ، سواء حقا عينيا أو حقا شخصيا ، وقد استند هذا الرأي إلى أن المادتين 1385 ، 1386 تتكلمان عن مالك الحيوان وعن مالك البناء ، فينبغي أن يكون الأمر كذلك في المادة 1384/1 ، وأن يعتبر المالك هو الحارس حتى يثبت أنه نقل الحق إلى شخص آخر كالمستأجر أو المستعير أو المرتهن حيازيا ، ولا عبرة بالحيازة المادية للشيء لأنها لا تستند إلى حق .

وقد نادى بفكرة الحراسة القانونية مازو وجوسران⁽¹⁾ في سنة 1925 ، كما أن قضاء محكمة النقض أخذ بها كذلك⁽²⁾ .

والواقع هو أن نص المادتين 1385 و 1386 يهدهم الرأي القائل بالحراسة القانونية ، فهذان النصان يديطان المسؤولية بالمالك ، فمالك الحيوان مسئول عما يحدث له الحيوان من ضرر ولو وقع الحادث الضار منه في الوقت الذي ضل فيه

(1) انظر المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1925 .

(2) انظر حكما للدائرة المدنية في 15/12/1930 نشر في جازيت دي باليه سنة 1931 عدد 1 برقم 131 وآخر بتاريخ 3/3/1936 نشر في داللوز الدوري سنة 1936 عدد 1 برقم 31 .

الحيوان أو هرب ، أى حتى لو لم تكن للمالك أية سيطرة على الحيوان حين يحدث الضرر .

كما أن مالك البناء مسئول عما يحدثه تهدم البناء من ضرر ولو كان فسي حيازة غيره عند احداث الضرر كما لو كان بين يدي مستأجر مثلا .

ثم ان فكرة الحراسة القانونية لها بعض العزايا ، فهي توفر للمضروب ضمان الحصول على التعويض من مالك الشيء ، اذ هو معروف له ، ويكون في الغالب موسرا أو مؤمنا لدى شركة تأمين عما يحدث الشيء من ضرر للخير ، واذا أحدث الشيء ضررا بعد أن سرق ولم يعرف المضروب السارق ، ضمن المضروب الحصول على التعويض من المالك دون أن يتحمل عبء البحث عن أحدث الضرر .

كما أن القول بالحراسة القانونية يتسق مع القول بأن التابع غير مسئول عما يحدثه الشيء الذى بين يديه لحساب المتبوع لأن حيازة هذا الأخير هي وحدها المعتبرة حيازة قانونية بينما حيازة التابع مادية فقط ، وبالتالي فالمتبوع هو المسئول عما يحدثه التابع من ضرر بواسطة شيء مملوك للمتبوع باعتباره حارسا قانونيا . غير أن فكرة الحراسة القانونية ، على الرغم من هذه العزايا ، قد انتقدت من بعض الفقهاء انتقادا مبررا ، ذلك أن الأخذ بها يودى الى أن يسأل مالك السيارة التي تسرق عن كل ما يحدثه السارق من أضرار بواسطة السيارة المسروقة مهما طال الأمد ومهما تعددت الحوادث ، مما يترتب عليه " تحميل المسئول عن الأضرار التي يحدثها السارق بسيارته مع أنه

وكان من أظهر الفقهاء الذين تصدوا لانتقاد نظرية الحراسة القابولية سافاتييه Savatier⁽¹⁾ وكابيتان Capitant⁽²⁾، اللذان ناديا بالحراسة العادية .

14 - ظهور فكرة الحراسة المادية la garde matérielle

والمقصود بالحراسة العادية مجرد حيازة الشيء " حيازة تتيح للحائـز السيطرة عليه سيطرة فعلية ولو لم تستند الى حق يحميه القانون . وبالتالي يكون سارق السيارة ، وله عليها مثل هذه السيطرة ، هو المسئول عما يحدث بها من أضرار وليس مالكها هو المسئول .

ولقد كانت بعض المحاكم الدنيا قد اعتنقت هذا الرأي ، ولكن محكمة النقض كانت تلغز أحكامها وتصرّ على القول بالحراسة القابولية حتى سنة 1941 ، اذ عرضت عليها قضية شهيرة أخذت فيها بفكرة الحراسة المادية هي قضية فرانسك Franck .

وتتلخص هذه القضية في أن الابن القاصر للدكتور فرانك أخذ سيارة والده وذهب بها لقضاء سهرة ليلة عيد الميلاد في سنة 1929 بمدينة نانسى Nancy ودخل أحد الملاهي بها وترك سيارته أمام مبنى البلدية، فسرقتها مجهول وانطلق بها مسرعا فدهس بها ساعي البريد المسقى كونو Connot فقطه وغرّ بالسيارة ماريا .

(1) انظر تعليقا لسافاتيه شرفي د اللوز سنة 1931 عدد 1 بوقم 50.

(2) انظر تعليقا لكايتان شرفي د اللوز سنة 1936 عدد 1 برقم 31.

فرفعت أرمل القتييل دعوى أمام محكمة ناسي تطالب فيها الدكتور فرانسك بالتعويض باعتباره مالكا للسيارة وحارسها القانوني ، طبقا للمادة 1/1384 ، فرفضت محكمة ناسي طلب الأرمل باعتبار أن فرانك فقد السيطرة على سيارته عقب سرقتها ، وأن السارق لا المالك هو المسئول عن الحادث ، وأيدت محكمة استئناف ناسي الحكم (1) فرفعت الأرمل نقضا فلقضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض حكم محكمة استئناف ناسي مستندة الى أن المالك لا السارق هو الحارس القانوني للسيارة (2) وأحالت الدعوى الى محكمة استئناف بيزانسون Besançon فأيدت هذه المحكمة الرأي الذي أخذت به محكمة استئناف ناسي ولم تأخذ بالحراسة القانونية (3) .

فوجب أن تتدخل الدوائر المجتمعة لحسم هذا الخلاف بين محاكم الاستئناف وبين الدائرة المدنية ، وأصدرت المحكمة بدواثرها المجتمعة حكمها بتاريخ 1941/12/2 (4) قالت فيه : " وحيث إن فرانك لم تكن له على سيارته سلطات الاستعمال والتسيير والرقابة ، وبالتالي لم تكن له عليها الحراسة ، فيترتب عليه ألا يخضع للقريضة المنصوص عليها بالمادة 1/1384 ، وبما أن محكمة الاستئناف قد قضت بذلك فأنها تكون قد طبقت حكم القانون " .

(1) حكم محكمة الاستئناف صدر في 1931/7/10 ونشر في د اللوز الأسبوعي سنة 1932 برقم 28 .

(2) صدر حكم الدائرة المدنية في 1936/3/3 ونشر في د اللوز سنة 1936 عدد 1 برقم 31 السابق الإشارة اليه .

(3) صدر حكم محكمة استئناف بيزانسون بتاريخ 1937/2/25 ونشر في د اللوز الأسبوعي سنة 1937 برقم 182 .

(4) نشر حكم الدوائر المجتمعة في سيريه 1941 عدد 1 برقم 217 وفي د اللوز سنة 1942 برقم 28 مع تعليق لريهر .

وهكذا استبدلت محكمة النقض الحراسة العادية بالحراسة القانونية ،
وصرفت النظر عن الحراسة القانونية منذ هذا التاريخ ، وأصبحت الحراسة
العادية هي وحدها التي تؤخذ في الاعتبار . غير أنه قد خيف من الاكتفاء
بالحراسة العادية أن يسأل التابع دون المتبوع عما يستعمله ويقع تحت سيطرته
العادية من أشياء مملوكة للمتبوع ، كما خيف أن يسأل العامل دون رب العمل ،
عما يستعمله من أدوات مملوكة لرب العمل ، ولذا أخذت الآراء والأحكام تتجه
الى أن المراد بالحراسة العادية ليس مجرد الحيازة العادية ، بل المراد بها
السيطرة على الشيء وسلطات الاستعمال والتسيير والرقابة عليه ، وهذه
السلطات تكون للمتبوع لا للتابع ولرب العمل لا للعامل .

وهكذا أصبح مفهوم الحراسة هنا الحراسة المعنوية *la garde*
intellectuelle أو سلطة إصدار الأوامر بالنسبة الى الشيء *le pouvoir*
de commandement ولو لم تستعمل فعلا .

وقد استقر قضاء محكمة النقض على استعمال هذا الاصطلاح حتى الآن ،
فهو ما تزال تردد في أحكامها عبارات الاستعمال والتسيير والرقابة ، *l'usage*
la direction et le contrôle .

وقد تبنى المشرع الجزائري هذه الاصطلاحات بالمادة 138 .

15 — ولكن ما هو المراد بالاستعمال والتسيير والرقابة ؟

المراد بالاستعمال في نص القانون (م 138 م ج) (*l'usage*) هو
استخدام الشيء باعتباره أداة لتحقيق غرض معين⁽¹⁾ ولا يتطلب الاستعمال أن

(1) ستارك — الالتزامات طبعة 1972 ص 184 .

يكون الشيء " بين يدي الحارس ماديا ، ولا أن يكون واضعا يده عليه ، بل يكفي أن تكون له عليه سلطة استعماله وإن لم يمارسها فعلا . فإذا ترك صاحب السيارة سيارته في مرأب أو في المطار أو في موقف للسيارات ، فإنه يعتبر حارسها على الرغم من أنه لا يستعملها في مثل هذه الحالات .
والمستأجر والمستعير يعتبران حارسين للشيء " لأن لهما عليه سلطة الاستعمال . وليس من اللازم أن تستند سلطة الاستعمال إلى حق مشروع ، فالسارق له على الشيء " المسروق سلطة الاستعمال .

أما المراد بالتسيير *la direction* فهو التوجيه وسلطة إصدار الأمر *le pouvoir de commandement* فالتابع الذي يسوق سيارة متبوعه ليس له عليها سلطة التوجيه وإصدار الأمر (1) بل إن هذه السلطة للمتبع .
وسلطة التسيير والتوجيه متصلة عادة بسلطة الاستعمال ، ولذا فإن بعض الشراح يدمجها في سلطة الاستعمال (2) .

أما المقصود بالرقابة *le contrôle* فهو تعهد الشيء " ورعايته وفحصه واستبدال أجزائه التالفة ، أو كما يقول ستارك (3) أن المقصود بالرقابة هو استخدام الشيء " بطريقة مستقلة باعتبار الحارس سيده له .
والخلاصة هي أن المقصود اليوم بحراسة الشيء " حراسة معنوية هو أن تكون للحارس على الشيء " السلطة الفعلية المستقلة بحيث يستطيع أن يستعمله وبوجهه كيفما شاء (4) .

- (1) انظر مازو - المسؤولية ج 2 ص 220 .
(2) انظر في ذلك ستارك - رسالته : الوظيفة المزدوجة للمسئولية ط 1947 ص 246 .
(3) انظر ستارك - الالتزامات ص 185 .
(4) انظر في ذلك حكما للدائرة المدنية الثالثة بمحكمة النقض الفرنسية صدر في 1971/10/20 لشرفي دالوز سنة 1972 .

قد يكون الشيء الذي أحدث الضرر مملوكا لعدة أشخاص كالشيء المشاع فيعتبر المشتاعون مسئولين عما يحدث الشيء المشاع بينهم من الضرر ، مثال ذلك أن تكون السيارة مملوكة لعدة متبوعين ويحدث التابع ضرا بهم — هذه السيارة ، فيسأل كل المتبوعين عن الضرر .

وقد يتصور أن يكون الشيء في حراسة جماعة من الأشخاص تتمتع بالشخصية الاعتبارية كالهيئات العامة مثل الدولة والولايات والبلديات ، أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة التي اعترف لها بالشخصية القانونية مثل الشركات والمؤسسات وفي مثل هذه الحالات يكون المسئول عن الضرر الذي يحدثه الشيء هو الشخص الاعتباري .

وقد يكون الشيء في حراسة جماعة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية ، مثل جماعة تمارس الصيد أو تلعب الكرة ، فإذا أحدث الشيء الذي يقع تحته حراسة هذه الجماعة ضرا بالخير ، ولم يعرف من هو الذي كان السبب في أحداث هذا الضرر من بين أعضاء الجماعة ، كما لو صدرت عن الجماعة التي تمارس الصيد طلقات نارية في آن واحد فأصاب أحداها شخصا دون أن يعرف صاحب هذه الطلقة ، فمن يكون هو المسئول عن هذا الضرر ؟ كان القضاء الفرنسي يقضي في بادئ الأمر بعدم المسؤولية مادام الفاعل لم يعرف ، وكان يترتب على ذلك ضياع حق المضرور في التعويض ، غير أن القضاء هناك قد انتهى في هذا الصدد إلى القول بالحراسة المشتركة *la garde collective* وبمسؤولية كل أعضاء جماعة الصيد مستندا في ذلك إلى أن مجموع الطلقات

يعتبر كما لو كان يكون كتلة واحدة *une gerbe* . وقد صدر عن الدائرة المدنية الثانية حكم بذلك (1) .

كما أن هذه الدائرة قضت بأن لاعبي الكرة يعتبرون حراساً مشتركين للكرة ويسألون بالتضام *in solidum* عما تحدثه الكرة من ضرر للغير (2) ، ولكن يسأل كل لاعب على انفراد عما يحدثه من ضرر لزميله الذي يلعب معه ، أي أنه إذا عرف الفاعل من بين أفراد الجماعة فيكون هو وحده المسئول عن هذا الضرر .

وقد يحدث الشيء ضرراً وهو بين يدي من يستعمله أو يحركه في حين أن تكوين هذا الشيء أو صلعه كان قد تم بواسطة شخص آخر ، فمن يكون المسئول عما يحدثه الشيء من ضرر عند استعماله أو تحريكه ؟

لقد أثارَت هذه المسألة ما سمي بحراسة الهيكل وحراسة الاستعمال أو التحريك *la garde de la structure et la garde du comportement* أو بعبارة أخرى تجزئة الحراسة *la garde divisée* بين شخصين مختلفين في وقتين مختلفين بدلاً من الحراسة الجماعية التي تكون لعدة أشخاص في آن واحد .

فمثلاً إذا قام ناقل بنقل أنابيب معبأة بالغاز ، وانفجر أنبوب أثناء النقل وأحدث ضرراً بالغير ، فمن يكون هو المسئول عن الضرر ؟ ربما كان الضرر قد

(1) صدر هذا الحكم في 20/11/1957 ونشر في *دالوز سنة 1958* برقم 82 .

(2) صدر في 20/11/1968 ونشر في *جازيت دي باليه* برقم 414 .

نشأ عن عدم إحكام تعبئة الأبواب ، أو عن عيب في تكويده ، أو عن المواد التي بداخله ، وربما يكون الضرر قد حدث بسبب تحريكه .

لذلك رأى بعض الفقهاء التمييز بين حراسة الهيكل وحراسة الاستعمال ، وكان أول من قال بها هو الفقيه جولد مان Goldman في رسالته للدكتوراه التي قدمها إلى جامعة ليون سنة 1946 تحت إشراف الأستاذ Roubier ، وقد أيدته الأخوة مازو في مؤلفهم عن المسؤولية المدنية (1) بينما عارضها بعض الفقهاء الآخرين (مثل ستارك في مؤلفه الالتزامات) (2) .

وقد انقسم القضاء بصددها ، فصدرت أحكام قبلتها مثل ما قضت به محكمة (أميان Actions) في قضية انفجار أبوية معدنية معبأة بمواد متفجرة بسون يدى حداد كان يقوم بإصلاحها إذ اظهرت صاحب الأبوية هو حارسها المسئول عما أحدثته من ضرر (3) .

وقد رفضتها بعض المحاكم الأخرى ، وأيدتها في ذلك محكمة النقض التي أصدرت دأثرتها المدنية الثانية حكما قضت فيه بمسئولية مستأجر سيارة أحدثت ضررا بالغير ولو كان الحادث يرجع إلى وجود عيب في السيارة ، على أن يكون للمستأجر أن يرجع على المسئول عن العيب (4) .

(1) ج 2 ص 225 وما يليها .

(2) طبعة سنة 1972 ص 188 .

(3) صدر هذا الحكم في 1936/5/25 ونشر في جازيت دى باليه سنة 1936 عدد 2 برقم 418 .

(4) انظر حكمها الصادر في 1958/6/11 المنشور في دالوز سنة 1954 برقم 21 .

غير أن قضية شهيرة طرحت على القضاء وانتهت الى أخذه بهذه النظرية .
وهي قضية الأوكسيجين السائل oxygène liquide وتتلخص هذه القضية في أن
شركة الأوكسيجين السائل شحنت بالسكة الحديدية كمية من أنابيب الأوكسيجين
السائل ، وبينما كان الناقل ينزلها لتسليمها انفجرت احداها وجرح الانفجار
شخصين فرفع المضروران دعوى أمام محكمة بواتيه يطالبان بها الشركة المذكورة
بالتعويض باعتبارها هي الحارسة المسئولة عن هذا الضرر ، فرفضت المحكمة
طلبهما وقالت ان الحراسة قد انتقلت من الشركة الى الناقل الذي صارت له
الحراسة العادية على هذه الأنابيب (1) وكانت هذه المحكمة متأثرة بنظرية
الحراسة العادية التي برزت في قضية فرايسك السابقة الذكر . غير أن الدائرة
الثانية لمحكمة النقض نقضت هذا الحكم (2) على أساس أن الناقل لم تنتقل اليه
سلطات الرقابة والتسيير والاستعمال ، وأحيلت الدعوى الى محكمة Angers ،
ولكن هذه المحكمة لم تنحن أمام رأى محكمة النقض وأيدت رأى محكمة بواتيه
وقالت ان الناقل هو الحارس وهو المسئول عن هذا الضرر (3) .

فرفع نقض عن هذا الحكم أمام الدائرة المدنية الثانية ، فنقضته بحكم قالت
فيه ان مالك الشيء هو حارسه المسئول مما يحدثه من ضرر حتى يثبت أن عناصر
سلطات الرقابة والادارة والاستعمال قد انتقلت الى غيره (4) .

(1) انظر حكم محكمة أميان الصادر في 29/10/1952 المنشور في د اللوز
سنة 1953 برقم 68 .

(2) انظر حكم الدائرة الثانية في 5/1/1956 المنشور في د اللوز سنة 1957
برقم 261 .

(3) انظر حكم محكمة انجيه الصادر في 15/5/1957 المنشور في د اللوز سنة
1957 برقم 488 .

(4) انظر حكم الدائرة المدنية الثانية الصادر في 10/6/1960 المنشور في
د اللوز سنة 1960 برقم 609 .

وأحيلت القضية الى محكمة ليموج Limoges فأصدرت هذه المحكمة حكمها بمسئولية الشركة طبقا لما رآته محكمة النقض ، وقالت في حكمها ان الشركة هي الحارسة لهيكل الأنابيب وهي المسئولة عما أحدثه انفجار احداها من ضرر (1) .

ومن يومئذ أخذت محكمة النقض وتبعتها المحاكم الدنيا بنظرية حراسة الهيكل وحراسة الاستعمال أو التسيير ، غير أن أخذها بهذه النظرية الحصر في نطاق الانفجار الذي يحدث في أنابيب أو زجاجات معبأة بالغاز أو بمواد متفجرة (2) .

ولكن الفقه مازال منقسما بصدور هذه النظرية حتى الآن ، فيهدد البعض مستنديين الى فكرة العدالة التي تقضي بمسائلة من له على الشيء سلطة الاستعمال أو التحريك اذا نشأ عن ذلك ضرر ، وبمسائلة المالك أو الصانع أو المعبئ ، اذا نشأ الضرر عن نقص في الشيء نفسه أو عن عدم احكام تعبئته .

ويعارضها البعض بحجة أن في الأخذ بها إرهابا للمضروب الذي لا يحتاج له في يسر وسهولة أن يكتشف مصدر الضرر ويعرف هل هو ناشئ عن الاستعمال أو عن الهيكل وهل يرفع دعواه ضد المستعمل أو ضد المالك ؟

(1) انظر حكم محكمة ليموج الصادر بتاريخ 1961/11/20 غير المنشور والمذكور في الالتزامات لستارك ص 167 .
انظر حكم الدائرة الثانية الصادر في 1975/11/12 المنشور في الأسبوع الجنائي سنة 1975 عدد 11 برق 13478 .

وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذه النظرية في مرسوم أصدره بتاريخ 10 / 2 / 1960 نص في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه على أن موجر السيارة الشاحنة إذا أجرها هي وسائقها معا كان هو حارسها المسئول عما تحدثه من ضرر ، ما لم يتفق على غير ذلك ، وعلى أن المستأجر هو حارس البضاعة المحملة عليها والمسئول عما تحدثه من ضرر (1) .

17 - انتقال الحراسة

بما أن الحارس يجب أن تكون له على الشيء سلطات الاستعمال والتسيير والرقابة ، فالأصل أن يكون مالكه هو الذي يتمتع بكل هذه السلطات ، وأنه هو المسئول عما يحدثه من ضرر ، ولكن هذه قريضة بسيطة يجوز للمالك أن يدحضها بأن يثبت أنه نقل حراسة الشيء إلى شخص آخر . وللمضروب أن يرفع الدعوى عما يصيبه من ضرر بفعل شيء ضد مالك هذا الشيء ، ويعتبر المالك هو المسئول عن هذا الضرر حتى يثبت أن حراسة الشيء كانت قد انتقلت قبل وقوع الحادث إلى شخص آخر .

وليس للمتبوع أن يدعي أن الحراسة كانت لتابعه عند وقوع الحادث مادام التابع يستعمل الشيء المملوك لمتبوعه لحساب هذا المتبوع وفي حدود وظيفته كتابع ، بل يظل المتبوع هو الحارس المسئول عما يحدثه تابعه من ضرر لأنه هو الذي يتولى سلطة إصدار الأمر بصدد هذا الشيء " le pouvoir de commandement " ومع ذلك فقد يصير التابع حارسا أصليا للشيء الذي يستعمله لحساب متبوعه في بعض الحالات كما لو استعمل الشيء المملوك لمتبوعه لتأدية (1) أنظر في هذا الموضوع : مازو - د روس في القانون المدني الالتزامات ج 2 طبعة سنة 1978 ص 536 .

مصلحة الخاصة دون إذن من المتبوع ولو ضمنيا (1) إذ في هذه الحالة تنقطع علاقة التبعية بين المتبوع وتابعه ويصير التابع هو الحارس الأصلي للشيء .

وقد سبق أن ذكرنا (2) الخلاف بين الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية وبين الدوائر المجتمعة والجمعية العامة لهذه المحكمة فيما يرجع إلى تجاوز التابع حدود وظيفته واسامة استعمال وظيفته .

وقد ينقل المالك حراسة الشيء إلى مستعير بمقتضى عقد عارية فيكون المستعير هو حارسه الأصلي ويسأل عما يحدثه من ضرر مسئولية عقدية (3) .

ولكن إذا أعار المالك للمستعير شيئا لكي يؤدي به مهمة معينة رسم له حدودها ووقتها ، فإنه يظل هو الحارس لهذا الشيء ويكون مسئولا عما يحدثه من ضرر ، إلا إذا كان المستعير قد خالف تعليمات المعير وخرج عن حدود ما رسمه له فأحدث بذلك ضررا ، فيكون هو المسئول عن هذا الضرر ، شأنه في ذلك شأن التابع الذي يخرج عن حدود وظيفته ، غير أنه إذا كان الضرر قد وقع بسبب عيب في الشيء لم يخبر به المعير المستعير فإن المعير يكون هو المسئول عن هذا الضرر (4) .

(1) انظر حكم الدائرة المدنية الثانية في 23 / 11 / 1961 في جازيت دي باليه سنة 1962 عدد 1 برقم 154 .

(2) ارجع إلى صفحة 52 — 54 من هذه الدراسة .

(3) انظر في ذلك حكم الدائرة المدنية الثانية في 13 / 12 / 1973 المنشور في جازيت دي باليه سنة 1974 عدد 2 برقم 551 .

(4) انظر في ذلك حكم الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 26 / 10 / 1960 المنشور في دالوز سنة 1961 برقم 10 .

وكذلك تنتقل الحراسة الى مستأجر الشيء فيكون مسئولا عما يحدثه من ضرر مسئولية عقدية .

وبصدد تأجير السيارات يمكن التمييز بين عدة فروع :

— أن يؤجر صاحب السيارة سيارته وسائقها معا ويظل السائق خاضعا لتعليماته ، فيكون صاحب السيارة هو المسئول عما تحدثه من ضرر ،
— ألا يصدر صاحب السيارة تعليمات الى السائق ، ويتولى المستأجر توجيه السائق واصدار الأوامر اليه في قيادة السيارة ، فيكون المستأجر عندئذ متبوعا عرضيا للسائق وتنتقل اليه حراسة السيارة ويكون هو المسئول عما تحدثه من أضرار .

— وأخيرا ، أن يؤجر صاحب السيارة سيارته دون سائق ويستأثر المستأجر بقيادتها فيكون هو حارسها المسئول عما تحدثه من أضرار ما لم يكن ناشئا عن عيب في هيكل السيارة ، وهذا يكون بصدد التمييز بين حراسة الهيكل وحراسة الاستعمال التي سبق شرحها (1) .

18 — ثالثا — العنصر الثالث في المسئولية عن فعل الشيء غير الحي هو أن يحدث الشيء ضررا للغير ، أي أن ينسب الفعل الضار الى الشيء الواقع تحت

(1) وانظر في ذلك مازو — المسئولية المدنية ج 2 ص 262 وبيسون Besson في رسالته : فكرة الحراسة في المسئولية عن فعل الأشياء غير الحية ، ديجون سنة 1927 ، وجولدمان Goldman في رسالته : تحديده الحارس في المسئولية عن فعل الأشياء غير الحية ، ليون سنة 1946 .

الحراسة . وبصدد هذا العنصر كان الفقه والقضاء في فرنسا يميزان بين فعل الشيء وفعل الانسان ، فاذا نسب الفعل الى الشيء طبقت أحكام المسؤولية عن فعل الشيء المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة 1384 ، واذا نسب الفعل الى الانسان ، طبقت أحكام المسؤولية العامة المنصوص عليها في المادتين 1382 / 1383 ووجب على المضرور اثبات خطأ ضد المسئول . ولكن كيف يمكن التمييز بين فعل الشيء وفعل الانسان ، مع أن كل أفعال الشيء لابد أن يكون وراءها انسان ؟ والشيء لا يتحرك من تلقاء نفسه ، بل لابد أن يحركه انسان ؟

لقد قيل ان الفعل ينسب الى الشيء في حالتين : الأولى - اذا كان للشيء قوة ذاتية *dynamisme propre* . والثانية - اذا كان بالشيء عيب يكون هو السبب في احداث الضرر . ففي هاتين الحالتين يكون فعل الشيء منسوبا اليه ومستقلا عن فعل الانسان *fait autonome* .

ولكن حكم الدوائر المجتمعة في قضية جاندير الصادر في 13 / 2 / 1930 قضى على هذين المعيارين ، وأصبح الفعل ينسب الى الشيء ولو لم يكن ذا قوة ذاتية أو به عيب ، ومنذ صدور هذا الحكم قضى على التمييز بين فعل الشيء وفعل الانسان ، وأصبح الفعل ينسب الى الشيء كلما كان هذا الشيء هو السبب في احداث الضرر ، وبعد أن كانت حركات الشيء تنسب الى الانسان بلخ الأمر بالقضاء الفرنسي الى الحد الذي أصبحت فيه حركات الانسان تنسب الى الشيء ، وبعد أن كان الشيء يعتبر تابعا للانسان ، أصبح الانسان تابعا للشيء ، والأمثلة الآتية توضح لنا ذلك :

فتح راكب سيارة باب سيارته ونزل من ناحية المرور ، وبينما هو مازال ممسكا بمقبض باب السيارة صدم راكب دراجة ، فقضي بمسئولية حارس السيارة استنادا الى أن قوة الصدمة كانت بفعل اندفاع السيارة (حكم الدائرة المدنية الثانية في 1958/2/5) (1) .

مرّ رجل يحمل سلة زجاجات من خلف شاحنة فاصطدم براكب دراجة سقط فجرح ، فقضت نفس الدائرة بمسئولية حارس السلة استنادا الى أنه لولا سلة الزجاجات ما كان للصدمة مثل ما حدث من أثر (حكم الدائرة الثانية في 1963/10/16) (2) .

أوقف سائق شاحنة بضائع سيارته ونزل منها وفتح بابها ووقف الى جانبه فاصطدم به راكب دراجة فسقط وجرح فقضت محكمة لا مانس la Mans بمسئوليته عن فعل الشيء باعتبار أنه امتداد للسيارة (3) .

راكب دراجة صدم بمرفقه جسم راكب دراجة أخرى فسبّب له ضررا فلنسب الفعل الى الدراجة (4) .

صدم متزحلق على الثلج skieur شخصا فنسب الفعل الى جهّاز التزحلق (5) .

(1) نشر في د اللوز سنة 1958 برقم 586 .

(2) نشر في جازيت دي باليه سنة 1964 عدد 1 برقم 159 .

(3) صدر هذا الحكم في 1968/2/7 .

(4) حكم الدائرة المدنية الثانية في 1962/12/21 المنشور في جازيت دي باليه سنة 1963 عدد 1 برقم 285 .

(5) حكم محكمة جرنوبل في 1966/6/8 المنشور في جورييس كلاسير الدوري سنة 1967 عدد 2 برقم 14928 .

كسب شخص عن طريق الصيب la loterie زجاجة نبيذ قدّم منها كأساً
لصديق له فمات الصديق مسموماً من النبيذ الذي اتضح أنه فاسد ، فقضت
محكمة النقض بمسئولية كاسب الزجاجة باعتباره حارساً لما فيها (1) .

وهكذا استغرق فعل الشيء فعل الانسان وأصبحت المسئولية عن فعل
الشيء تتسبب الى الشيء كلما كان للشيء أى تدخل في احداث الضرر .
وقد كان بعض الفقهاء مثل بلايول وريبيريون التفرقة بين حالة ما اذا
حدث احتكاك مادي contact matériel بين الشيء وبين الضرر
وحالة ما اذا لم يكن قد حدث تماس مباشر بينهما ، ويرون أنه في الحالة
الأولى يفترض أن الشيء تدخل في احداث الضرر وتخضع المسئولية لحكم
المادة 1384/1 وفي الحالة الثانية يفترض أن الشيء لم يتدخل في احداث
الضرر وبالتالي يجب على المضرور اثبات خطأ المسئول طبقاً لحكم المادة 1382/1383 ، ولكن محكمة النقض الفرنسية نبذت هذه التفرقة في حكم لها
صدر من الدائرة المدنية في 15/5/1935 (2) .

ورأى القضاء أنه متى أحدث الشيء ضرراً فانه يفترض أن تدخله كان على
إثباته مباشرة بالضرر ، وعلى المسئول أن ينفي هذا الاحتكاك المباشر

(1) صدر هذا الحكم في 26/6/1953 ونشر في دالوز سنة 1954 برقم
141 وعلق عليه أسمان في جيميس كاسير الدوى سنة 1954 عدد 1
برقم 1168 تحت عنوان " الشيطان في الزجاجة le diable dans la
bouteille " .

(2) نشر في جازيت دي باليه سنة 1935 عدد رقم 2 برقم 153 .

بأثبات السبب الأجنبي . ولكن اذا كان الضرر قد حدث بدون احتكاك مباشر بين الشيء وبين الضرر ، كما لو قذفت عجلة سيارة بحصاة كسرت زجاج واجهة محل تجارى ، فيكون الاحتكاك ماديا ولكن غير مباشر ، أو كما لو مرت سيارة بسرعة كبيرة فأزعجت شخصا كان قريبا منها فسقط وجرح ، ويكون الاحتكاك هنا معنويا ، ففي هاتين الصورتين يكون على الضرر اثبات تدخل الشيء في احداث الضرر ومتى أثبت ذلك قامت مسؤولية الحارس وطبقت أحكام المادة 1384 / 1 ما لم يثبت السبب الأجنبي أو أن دور الشيء في إحداث الضرر لم يكن ايجابيا .

وكذلك كان بعض الفقهاء يفرقون بين الأشياء المتحركة والأشياء الساكنة (1) ويقولون ان الأشياء المتحركة *en mouvement* هي وحدها التي يمكن أن تتدخل في إحداث الضرر ، أما الأشياء الساكنة *inertes* فلا يتصور أن تحدث ضررا ، فإذا اصطدم شخص بسيارة واقفة فلا تطبق أحكام المادة 1384 / 1 ، وقد سائر قضاء المحاكم الدنيا هذا الرأي حيناً من الدهر .

ولم يكن هذا الرأي في الواقع إلا إحياء في صورة أخرى للتفرقة بين فعل الانسان وفعل الشيء ، فالأشياء المتحركة هي التي تحركها يد الانسان ، أما الأشياء الساكنة فهي التي لم تحركها يد الانسان وبالتالي فلا ينسب الفعل اليها ، وهذه التفرقة كان القضاء الفرنسي قد هجرها منذ صدور أحكامه في قضية جاندير .

(1) لالو في مقال له نشر في دالوز الأسبوعي سنة 1933 ص 95 .

ولقد يكون الشيء ساكنا ومع ذلك يحدث ضرر ، كما لو كانت السيارة الواقعة قد وقفت في عرض الطريق أو في ممر مظلم ، كما قد يكون الشيء متحركا ولكن لا يكون دوره ايجابيا في حدوث الضرر ، كما لو ألقى شخص بنفسه بقصد الانتحار أمام سيارة تسير بالسرعة المقررة ، فدور السيارة في مثل هذه الحالة سلبي مع أنها متحركة .

ولذلك ما لبث القضاء أن هجر التفرقة بين الأشياء المتحركة والأشياء الساكنة في حكم صدر من الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في 19 / 2 / 1941⁽¹⁾ قالت فيه : " انه يجب أن يكون الشيء هو سبب الضرر ، سواء كان ساكنا أو غير ساكن . . . " .

ولكن استمر القضاء على أنه اذا كان الشيء متحركا فيفترض أن تدخله هو الذي أحدث الضرر ويكون على حارسه أن يثبت إما السبب الأجنبي وإما أن دور الشيء كان سلبيا ، أما اذا كان الشيء ساكنا فيفترض أن دوره في إحداث الضرر كان سلبيا ، ويقع على المضرور عبء اثبات أن دوره كان ايجابيا . وتسهيلا على المضرور ، أقام القضاء قرينة على اعتبار دور الشيء الساكن ايجابيا ، فوضعت محكمة النقض معيار الوضع أو السلوك غير الطبيعي للشيء ، أو *le comportement anormal ou la position anormale* . فقد قضت محكمة النقض في حكم لها صدر في 19 / 2 / 1941⁽²⁾ في قضية اصطدم فيها شخم أثناء الليل بكرسي مقلوب أمام مقهى فقضت المحكمة بمسئولية صاحب المقهى كحارس لهذا الكرسي الذي كان في وضع غير طبيعي .

(1) نشر في سيريه سنة 1941 عدد 1 برقم 49 .

(2) نشر هذا الحكم في دالوز سنة 1941 عدد 1 برقم 65 .

كما قضي بأن وضع سيارة في عرض الطريق مظفأة الأنوار ليلا يعتبر وضعاً غير طبيعي ويكون الضرر الذي تحدثه ناتجا عن الدور الايجابي الذي قامت به ، ويسأل عنه حارسها (1) .

كما قضي بأن حارس المصعد الذي ترك بابه مفتوحا يعتبر مسئولا عما يحدثه من ضرر لأن وضعه غير طبيعي (2) .

وقضي كذلك بمسئولية حارس سلم انزلق عليه شخص فجرح وكان السلم مضاًاضافة سيئة فاعتبر وضعه غير عادي (3) .

غير أنه قد اعترض على معيار الوضع غير الطبيعي بأنه رجوع الى فكرة الخطأ، تلك الفكرة التي ابتعد عنها القضاء شيئا فشيئا ، إذ أن من يضع شيئا في وضع غير عادي يكون مخطئا ، ومتى اعتبر مخطئا فلا ملص من أن يسمح له بنفسه الخطأ عن نفسه ، وهذا ما لا يقبله القضاء .

ولتجنب هذا الحرج انتهى القضاء الفرنسي الى القول بأنه يكفي في كل الأحوال ، سواء كان الشيء متحركا أو ساكنا ، أن يكون هو السبب الفعال *la cause génératrice* في احداث الضرر أو هو أداة الضرر *l'instrument du préjudice* (4) .

(1) الدائرة المدنية في 3 / 2 / 1942 نشر في جازيت دي باليه سنة 1942 عدد 1 برقم 228 .

(2) الدائرة المدنية في 29 / 4 / 1949 نشر في جازيت دي باليه سنة 1949 عدد 2 برقم 150 .

(3) الدائرة المدنية الأولى في 12 / 2 / 1964 نشر في دالوز سنة 1964 برقم 358 .

(4) انظر حكم الدائرة المدنية الثانية الصادر في 4 / 6 / 1969 المنشور في دالوز سنة 1970 مختصر برقم 8 .

ولعل القضاء الفرنسي تأثر في ذلك بنظرية السببية الممتدة
la causalité adéquate التي نادى بها Von Kreis والتي تحول اليها
القضاء الفرنسي بعد أن كان يأخذ بنظرية تكافؤ الأسباب l'équivalence
des conditions التي نادى بها Von Buri .

وبعد أن انتهينا من بحث عناصر المسؤولية عن فعل الشيء وتطور القضاء
الفرنسي بصدد كل عنصر منها ، نعرض لتطور هذا القضاء بصدد مسئولية
عديم التمييز عن فعل الشيء الذي في حراسته وبصدد مسئولية الناقل مجانا ،
وبصدد السبب الأجنبي المحفي من المسؤولية عن الأشياء .

19 — تطور القضاء الفرنسي بصدد مسئولية عديم التمييز عن الحراسة

كان هناك اجماع لدى القضاء وغالبية الفقه في فرنسا على ضرورة توافر
التمييز لدى المسئول في كل أنواع المسؤولية ، مادامت المسؤولية تقوم على
الخطأ وعديم التمييز لا ينسب اليه خطأ . ولم يكن يشذ عن هذه الفكرة
الأنصار تحمل التبعة ولكن كانت هناك أقلية من الفقه تنظر الى الخطأ بنظرة
مجردة in abstracto وتقارن المسئول برب الأسرة الحذر le bon père
de famille محاطا بنفس الظروف الخارجية ، دون اعتبار للظروف الداخلية ،
وكان مقتضى الأخذ بهذا المعيار ألا يؤخذ في الاعتبار بجنون المسئول أو
بصغره . ولكن القضاء الفرنسي أصر على ضرورة توافر التمييز لدى المسئول ،
لا سيما بعد أن عدل عن فكرة الحراسة القانونية في حكم الدوائر المجتمعة في
قضية فرانك السابقة الذكر في سنة 1941 وأخذ بفكرة الحراسة المعنوية التي

تقوم على توافر سلطات الرقابة والادارة والتسيير ، وهي سلطات لا تتوافر
الذى لدى المميز ، بينما الحارس القانوني لا يجب بالضرورة أن يكون مميزا
ولذلك كان القضاء يصرّ على ضرورة أن يكون الحارس مميزا (1) .

وقضت محكمة النقض بأن المجنون وعديم التمييز لا يسألان عما تسببه
الأشياء التي في حراستهما من الأضرار للغير (2) .

ولكن القضاء الفرنسي كان يحس بأن التمسك بهذا الرأي فيه ظلم
للمضروب من أفعال عديمي التمييز ، ولذلك عمد الى التحايل ولجأ الى وسائل
يخفف بها من قسوة هذا الرأي ، ومن هذه الوسائل ما يلي :

أولا - كان يشترط ألا يكون العدم الوعي لدى عديم التمييز قد حدث
بخطأ منه (3) فإذا كان قد تناول المسكر أو المخدر على علم منه فانه يسأل .

ثانيا - كان يشترط لعدم مسؤولية المجنون أن يكون جنونه مطبقا لا تتخلله
أوقات افاقة ، بحيث لو أتى فعلا ضارا فانه يفترض أنه ارتكبه في أوقات افاقة
ما لم يثبت غير ذلك ، أى أن اثبات وقوع الفعل الضار أثناء جنونه كان يقع على
عاتقه ، ولكي تنفي مسؤوليته يجب ألا يكون لديه أى بصيص ولو ضئيل من الافاقة (4) .

(1) انظر حكم دائرة العرائض في 8 / 11 / 1942 المنشور في جديرين كلاسيك
سنة 1944 عدد 2 برقم 2585 وحكم الدائرة المدنية الثانية في 11 مارس
سنة 1965 المنشور في د اللوز سنة 1965 برقم 275 .

(2) حكم الدائرة المدنية الثانية في 28 / 4 / 1947 المنشور في د اللوز سنة
1947 برقم 329 .

(3) حكم الدائرة المدنية الثانية في 15 / 12 / 1965 المنشور في د اللوز سنة
1966 برقم 397 .

(4) حكم الدائرة المدنية الثانية في 28 / 4 / 1965 المنشور في د اللوز سنة
1965 برقم 758 .

ثالثا - كان يجعل الشخص الذي كان يجب عليه ادخال المجنون في مستشفى الأمراض العقلية مسئولا عن أفعال المجنون الضارة (1) .

رابعا - انتهى الى القول بمسئولية متولي الرقابة عن فعل القاصر غير المشروع ولو كان القاصر غير مميز (2) .

ثم انتهى القضاء الفرنسي الى الأخذ بمسئولية فاقد الوعي عن الضرر الذي سببته سيارته في قضية Trichard الشهيرة ، وهي تتلخص في أن تريشار هذا كان يقود سيارته وفي أثناء السير أصيب بنوبة صرع *une crise d'épilepsie* أفقدته وعيه ، فانفلتت منه قيادة السيارة ، وأصاب أحد المارة بضرر ، فقضت الدائرة المدنية الثانية بمسئوليته عن تعويض هذا الضرر على الرغم من فقدانه وعيه (3) وقد تم هذا الانقلاب القضائي في سنة 1964 ، وكان لهذا الانقلاب أثره في التشريع ، اذ اضطر المشرع الفرنسي الى ادخال تعديل جديد على أحكام القانون المدني ، فأصدر قانونا بتاريخ 1968 / 1 / 3 أدخل بمقتضاه مادة جديدة تحمل رقم 489 - 2 تقضي بمسئولية غير المتمتع بقواه العقلية عن تعويض ما يحدثه من ضرر .

ومع أن هذه المادة وردت في الفصل الخاص بالأشخاص الرشديين —
الموضوعين تحت الرقابة للنقص في قواهم العقلية ، فقد عمم حكمها حتى شمل غير

(1) انظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في 11 / 7 / 1952 المنشور في جازيت دي باليه سنة 1952 عدد 2 برقم 393 .

(2) انظر حكم الدائرة المدنية الثانية في 25 / 1 / 1957 المنشور في دالوز سنة 1957 برقم 163 .

(3) انظر حكم الدائرة المدنية الثانية في 18 / 12 / 1964 المنشور في جازيت دي باليه سنة 1965 عدد 1 برقم 202 .

الرشيدين ، وشمل جميع أنواع المسؤولية ، فقد قضت محكمة النقض هناك في حكم لها صدر في سنة 1977⁽¹⁾ بأن المادة 489 — 2 لا تلص على مسؤولية خاصة ، بل تطبق على جميع أنواع المسؤولية المنصوص عليها بالمواد 1382 وما يليها .

بل وقضت الدائرة المدنية الثانية في حكم لها في سنة 1976 بمسؤولية الطفل الذي لم يبلغ سن التمييز ، والذي يطلق عليه *l'infans*⁽²⁾ تطبيقاً لنص المادة 489 — 2 الواردة بصدد الرشيدين ، وكذلك عمّ حكم هذه المادة على القصر المجانين أيضاً⁽³⁾ .

وأصبح القاصر مسئولاً عن الحراسة ويسأل عنه أبواه⁽⁴⁾ .

هذا ويلاحظ أن قوانيننا العربية نصت صراحة على مسؤولية غير المميز عن فعله غير المشروع ، فقضت المادة 125 في فقرتها الثانية بأنه : " إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم " .

(1) انظر حكم الدائرة المدنية الثانية في 4/5/1977 نشر في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1977 تحت رقم 772 .

(2) انظر حكم الدائرة المدنية الثانية في 29/4/1976 المنشور في الأسبوع القانوني سنة 1978 عدد 11 برقم 18793 .

(3) انظر نفس الحكم السابق الذكر .

(4) حكم الدائرة المدنية الثانية في 29/2/1977 المنشور في دالوز سنة 1977 برقم 325 .

فبمقتضى هذا النص ، يسأل غير المميز عما يحدث له من ضرر ، سواء بفعله الشخصي ، أو بفعل شيء في حراسته . وإذا كان له من هو مسئول عنه ، سواء كان رقيباً قانونياً أو اتفاقياً أو متبوعاً ، فإن المسئول عنه هو الذى يلزم بدفع التعويض ، وتكون مسئوليته أصلية ، بحيث لا يجوز له الرجوع بما دفع من تعويض على غير المميز (المادة 137 بفهم المخالفة) .

أما إذا لم يكن لغير المميز من هو مسئول عنه ، أو تحذر الحصول على تعويض من هذا المسئول ، بأن يكون قد استطاع التخلص من مسئوليته أو كان معسراً ، فإن غير المميز يكون هو المسئول عن دفع التعويض ، وتكون مسئوليته جوازية ومخففة . فهي جوازية لأن للقاضي ألا يقضي على غير المميز بأى تعويض منى رأى أنه غير قادر على دفعه وأن المضرور معسر ، كما أن له أن يقضي على غير المميز بتعويض كامل إذا رأى أنه معسر وأن المضرور معسر . وهي مسئولية مخففة لأن التعويض فيها لا يقاس بمقدار الضرر ، بل بمركز الخصوم .

وقد طبق المشرع الجزائرى حكم مسئولية غير المميز في المادة 134 فاعتبر الرقيب عليه مسئولا عن عمله الضار وقرر مسئولية المتبوع عن عمل تابعه غير المشروع (المادة 136) أى أنه لم يشترط وقوع خطأ من التابع ، بل اكتفى بأن يكون عمله غير مشروع ، وقد يقع العمل غير المشروع من غير المميز .

أما في الحراسة فلم يأت المشرع الجزائرى بنص خاص يسأل به غير المميز ، مجارياً في ذلك القوانين العربية الأخرى . ولكن الرأى الراجح هو أن يسأل غير المميز عما يقع من ضرر بواسطة شيء في حراسته ، طبقاً لحكم المادة 125 / 2 .

ولحن من هذا الرأي ، ولا نهيد الأستاذ السدهوري⁽¹⁾ فيما ذهب اليه من عدم مسئولية غير المميز عن الحراسة اذ لا ينسب اليه خطأ . وذلك لأن هذا الرأي ، فضلا عن أن غالبية الفقه المصري تعارضه⁽²⁾ اذا أمكن قبوله في القانون المدني المصري ، الذي ينزل بسن التمييز الى سبع سنين ، والذي يقصر حراسة الأشياء على تلك التي تتطلب حراستها عناية خاصة وعلى الآلات الميكانيكية ، وحراسة هذه الأشياء الخطرة تتطلب بلوغ قدر من النضج لا يتوافر لمن لم يبلغ سبع سنين ، فانه لا يسوغ قبوله في القانون المدني الجزائري ، الذي رفع سن التمييز الى ست عشرة سنة (المادة 112 / 2) والذي عم الحراسة حتى شملت جميع الأشياء ولو لم تتطلب حراستها عناية خاصة ، والذي أراد أن يأخذ بأخر مرحلة وصل اليها القضاء في فرنسا .

وعلى ذلك فلو أن صبيا دون السادسة عشرة أحدث ضررا بشي فانه يكون مسئولا عن هذا الضرر كحارس ، وتكون مسئوليته كمسئولية المميز ، وتطبق أحكام المادة 2 / 125 .

هذا ويلاحظ أن القانون الألماني (م 829) والقانون السويسري (م 54) والقانون اليوناني (م 918) وحتى القانون المدني البلجيكي الذي أضاف مادة مكررة الى المادة 1386 ، كل هذه القوانين جعلت للقضاء حرية تقدير بصدد مسئولية غير المميز ، وتحقيقا للعدالة ، فان شاء قضى بها وان شاء لم يقض بها .

-
- (1) انظر رأيه في الوسيط ج 1 ص 1242 بند 735 طبعة بيروت سنة 1973 .
(2) انظر مثلا سليمان مرقس في رسالته : دفع المسئولية فقرة 523 ، وعبد المنعم فرج الصده في مصادر الالتزام فقرتي 530 — 531 .

كذلك تطور القضاء الفرنسي بصدد النقل المجاني ، فبينما كان يطبق على النقل بأجر أحكام المسؤولية العقدية عن فعل الشيء منذ سنة 1911 ، كان ينكر على النقل بدون أجر أنه عقد ويجرى على مسؤولية الناقل المجاني أحكام المسؤولية الشخصية . صحيح أنه كانت هناك محاولة لا اعتبار النقل المجاني عقدا بدون عوض⁽¹⁾ ولكن هذه المحاولة لم تنجح وعارضتها أغلبية الفقهاء⁽²⁾ وقضت محكمة النقض عليها بحكم صدر من الدائرة المدنية قالت فيه ان النقل المجاني ليس عقدا⁽³⁾ . غير أن هذا الحكم الذي نفى صفة العقد عن النقل المجاني لم يخضعه لحكم المادة 1384 / 1 ، وظل هذا النقل خاضعا للقواعد العامة وضرورة اثبات خطأ الناقل المجاني . وقد قيل في تهريب ذلك أن المنقول مجانا كان يعلم بما يتعرض له من مخاطر وقبل هذه المخاطر . وقد عورض هذا القول بأن المنقول بأجر يعلم هو أيضا أنه يتعرض للمخاطر ، ومع ذلك يسمح له بالمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية ، ولو فسر قبول المخاطر بأنه تنازل من المنقول مجانا عن تمسكه بقواعد المسؤولية ، فالرد على ذلك هو أن قواعد هذه المسؤولية تعتبر من النظام العام فلا يجوز التنازل عن تطبيقها مقدما ، وكل اتفاق على عدم التمسك بأحكامها باطل .

(1) مارتى وريديو — القانون المدني — الالتزامات ج 2 طبعة سنة 1962 ص 460 .

(2) انظر مازو — المسؤولية المدنية ج 2 ص 393 .

(3) انظر حكم الدائرة المدنية الصادر في 27 مارس سنة 1928 المنشور في

دالوز سنة 1928 عدد 1 برقم 145 .

كما قيل في تهريب هذا القول بأن الناقل مجانا متبرع يأتي عملا انسانيًا محضًا فلا يسوغ أن يقابل عمله هذا بإثقال كاهله بالتعويض دون اثبات خطأ من جانبه ، اذ ما جزاء الانسان إلا الاحسان .

ثم اذا فرض جدلا أن المنقول مجانا قد قبل المخاطر وتنازل عن حقه في مطالبة الناقل بتعويض فكيف يسوغ له أن يطالبه بالتعويض اذا أثبت عليه خطأ طبقا للمواد 1382 أو اهمالا طبقا للمادة 1383 ؟

واذا قيل ان الناقل مجانا يؤدي خدمة انسانية فلا يسوغ أن يثقل عاتقه بالتعويض دون اثبات خطأ منه فلماذا يقضي القضاء بالتعويض دون اثبات خطأ على حارس المصعد اذا أحدث ضررا لزائر يصعد به لزيارة صديق أو قريب ، مع أن حارس المصعد يؤدي لهذا الزائر خدمة كريمة حين يوفر عليه مشقة الصعود على قدميه (1) .

ثم ان مطالبة المنقول مجانا باثبات خطأ على ناقله كانت قد أصبحت غير سائغة بعد أن أصدر المشرع الفرنسي قانون التأمين الاجباري عن حوادث السيارات بتاريخ 1958/1/27 وأصبح المؤمن يدفع التعويض حتى عن الضرر الذي يصيب المنقول مجانا ، أي أن التعويض الذي يدفع للمنقول مجانا لم يعد يقع على كامل الناقل مجانا .

وأمام كل هذه الاعتبارات ، أخذ القضاء الفرنسي يتلمس مختلف الوسائل للتخفيف من قسوة قضائه بضرورة اثبات خطأ الناقل مجانا ، فلجأ الى الوسائل الآتية :

(1) انظر في ذلك مازو ، دروس في القانون المدني ج 2 بند 6 .

أولاً - كان يفترض أن النقل بأجر حتى يثبت الناقل أنه بغير أجر ، أى أن عبء اثبات مجانية النقل كان يقع على عاتق الناقل لا على عاتق المنقول مجانياً .

ثانياً - كان القضاء لا يعتبر النقل مجانياً إلا إذا كان تبرعاً محضاً وعلى سبيل المجاملة ، بحيث لا تكون فيه أية مصلحة مادية أو معنوية للناقل ، فلم يكن النقل معتبراً مجانياً إذا ساهم المنقول ولو بقسط ضئيل في ثمن البنزين ، أو كان قد ركب السيارة ليدل الناقل على الطريق ، أو بقصد عقد صفقة معه ، أو كانت شركة تنقل عمالها لتوصيلهم إلى محل العمل أو لتعيدهم إلى منازلهم ، أو في حالة ما إذا كانت المجانية قد مدحت بسبب عدد أفراد الأسرة . في مثل هذه الحالات كان النقل يعتبر بمقابل وتطبق عليه أحكام المسؤولية العقدية .

ثالثاً - بما أنه كان على المنقول مجانياً اثبات خطأ الناقل فقد تساهل القضاء في فكرة الخطأ بصدد النقل المجاني ، فكان يقضي بأن مجرد فقد الناقل السيطرة على السيارة يعتبر خطأ ، ومجرد خروج السيارة عن مسارها العادى وانحرافها يعد خطأ ، وهذا عكس العهد الذى يسود في القانون الجنائي والذى يقضي بتفسير الشك لمصلحة المتهم ، والذى يقضي في القانون المدني بتفسير الشك لمصلحة المدين ، فاعتبر الشك في معرفة سبب الحوادث في النقل المجاني مدفوعاً على خطأ من الناقل أى فسر الشك لمصلحة الدائن ، خلافاً لما تقضي به المادة 112 م ج من تفسير الشك لمصلحة المدين في غير عقود الاذعان .

وقد وصل القضاء في هذا الصدد إلى درجة أنه ابتكر اصطلاحاً جديداً للخطأ في مادة النقل المجاني لم يكن معروفاً من قبل ، وهو اصطلاح الخطأ

الكامن أو بالقوة *la faute virtuelle* ، فكان يقول بهذا الاصطلاح كلما حدث شيء غير عادي من السيارة ، كاحرافها عن المسار العادي ، أو كانبجار اطار من اطاراتها ، أو كفقد قائدها السيطرة عليها .

ولقد تعرض هذا الاصطلاح للنقد مرير من الفقه ، فاعترض عليه بأنه لا يستند الى أى نص في القانون ، وتساؤل الفقهاء عما هو الفرق بين الخطأ الكامن في النقل المجاني وبين الخطأ المفترض في النقل بأجر ، اللهم إلا في أن الناقل المجاني يستطيع أن ينفى عن نفسه الخطأ الكامن في حين أن الناقل بأجر لا يستطيع أن ينفى عن نفسه الخطأ ، وكذلك في أن المنقول مجانا ليس له الحق في أن يرفع دعوى مدنية أمام القضاء المدني اذا كان القضاء الجنائي قد نفى الخطأ من جانب الناقل المجاني ، مع ملاحظة أن القضاء الجنائي لم يساير القضاء المدني في الأخذ بفكرة الخطأ الكامن ، وكان هناك ازدواج في هذا الصدد بين دوائر محكمة النقض ، في حين أن المنقول بأجر له الحق في أن يرفع دعواه المدنية أمام القضاء المدني في مثل هذه الحالة لأن الحكم الجنائي ليست له حجية الأمر المقضي أمام القاضي المدني اذا ما رفعت اليه الدعوى على أساس المسؤولية الحقدية أو على أساس المسؤولية المنصوص عليها في المادة 1384 / 1 ، بينما تكون للحكم الجنائي هذه الحجية أمام القضاء المدني اذا ما رفعت اليه الدعوى على أساس المادتين 1382 / 1383 اللتين تعتبران الخطأ ركنا فيهما .

يضاف الى كل ما تقدم أن تمسك القضاء بضرورة اثبات خطأ الناقل المجاني كانت تترتب عليه نتائج شاذة وغير منطقية في حالة التصادم بين سيارتين

دون أن يعرف سبب التصادم ، اذ كان يسمح للمنقول مجاناً بمطالبة حارس السيارة الأخرى بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر تأسيساً على حكم المادة 1384 / 1 ، وكان يترتب على ذلك أن يطالب حارس السيارة الأخرى الناقل المجاني بتعويض كل ما أصابه من ضرر ومن بين ذلك ما دفعه من تعويض إلى المنقول مجاناً في سيارة الناقل المجاني ، وكان معنى ذلك أن الناقل المجاني هو الذي يدفع التعويض للمنقول مجاناً ولكن بطريقة غير مباشرة ، ودون أن يضطر ناقل السيارة الأخرى إلى اثبات خطأ من جانبه ، ودون أن يثبت المنقول مجاناً أى خطأ من جانبه .

صحيح هو أنه كانت هناك نظرية طرحها جوسران بهدف التصادم بين أداتي نقل وهي نظرية تهاتر القريبتين *la neutralisation des deux présomptions* ، وكان مقتضاها أنه إذا اصطدمت أداة نقل بأخرى دون أن يثبت خطأ من أحد الناقلين ، فبدلاً من أن يطالب كل منهما الآخر بالتعويض ، يحدث بينهما ما يشبه المقاصة ولا يطالب كل منهما الآخر بالتعويض (1) . ولكن كان يعترض على هذه النظرية بأن تطبيقها قد ينتهي إلى الظلم في حالة ما إذا كانت إحدى أداتي النقل عربة يد أو دراجة أو شاحنة قديمة ، في حين أن الأداة الأخرى سيارة قيمة قد تصاب بأضرار فادحة فيترتب على تهاتر القريبتين خسارة كبرى لحارس السيارة القيمة ، في حين لا يخسر الآخر إلا شيئاً تافهاً .

(1) انظر نظرية جوسران في تعليق له نشر في د اللوز الأسبوعي سنة 1928 برقم 33 والجزء الثاني من كتابه بند 550 .

ولذا فإن هذه النظرية لم يكتب لها النجاح ، واستقر القضاء الفرنسي على أن يدفع كل من المتصادم من كل التعويض للمتصادم الآخر ، ولكن لما كان للمنقول مجانا أن يطالب المتصادم الآخر بتعويض ما أصابه من ضرر على أساس المادة 1384 / 1 ، وكان لهذا المتصادم أن يسترد هذا التعويض من الناقل المجاني باعتباره جزءا مما أصابه من ضرر ، وكان ذلك منتقدا من الفقه ، فقد عالج القضاء هذا الوضع الشاذ بصدور قضية شهيرة هي قضية *Pilastre* التي أصدرت فيها الدائرة المدنية حكما بتاريخ 9 مارس سنة 1962 (1) قضت فيه بأن ليس للمنقول مجانا أن يطالب المتصادم الآخر إلا بنصف التعويض فقط ، وليس لهذا المتصادم الآخر أن يرجع على الناقل المجاني بهذا النصف ، ولكن بما أن القضاء الفرنسي لم يستطع أن يقضي بالتضامن *la solidarité* إذا تعدد المسئولون ، لعدم وجود نص في القانون المدني الفرنسي على التضامن في هذه الحالة (2) ولا تضامن الأب بـن ، فقد لجأ القضاء هناك الى فكرة التضامن *in solidum* في حالة تعدد المسئولين ، وكان ينبغي أن يترتب عليها أنه إذا دفع المتصادم الآخر الى المنقول مجانا كل التعويض باعتباره ملتزما تضاميا *in solidum* فإن له حق الحلول بالنصف الثاني من التعويض محل المنقول مجانا والرجوع به على الناقل المجاني تطبيقا لمقتضى أحكام الالتزام التضامني ، ولكن ، بما أن

(1) نشر هذا الحكم في جريدة *Le Droit* 27 فبراير 1962 وفي *Daillou* سنة 1962 برقم 625 .

(2) ملاحظ أن قوانيننا العربية قد أوردت نصا يقضي بالتضامن بين المسئولين إذا تعددوا (م 126 م ج و 169 م م) وقضت بأن للمتضامن حـق الحلول (المادتان 1/261 م ج و 1/386 م م) .

المقول مجانا لم يكن يستطيع مطالبة ناقله بالتعويض إلا اذا أثبت عليه خطأ ، فقد رأى القضاء الفرنسي أن ليس للمتصادم الآخر أن يرجع بالنصف الثاني من التعويض على الناقل المجاني ما لم يكن المقول مجانا قد أثبت عليه خطأ حتى يحل محله في هذا النصف بطريق الحلول *la subrogation* ، أى أن القضاء هناك علق التزام المتصادم الآخر تضاميا على وجود دعوى لرجوع المقول مجانا على ناقله ، واذا لم تكن له هذه الدعوى فلا تضام للمتصادم الآخر مع الناقل المجاني ولا يلتزم بدفع النصف الثاني ، ومقتضى ذلك أن الحق في الحلول موقوف على اثبات خطأ من الناقل المجاني ، وأن الالتزام التضاممي موقوف على حق الحلول . ولقد كان هذا الوضع منقدا من الفقهاء ، اذ اعترضوا عليه بأنه من قبيل المصادرة على المطلوب *la péltion de principe* ، فبدلا من أن يقال ان الالتزام التضاممي يتضمن حتما حق الرجوع على المتضامم الآخر بنصيبه في الدين ، العكس الوضع وأصبح الالتزام التضاممي موقوفا على وجود دعوى الحلول ، وهو ما يجافي المنطق القانوني .

أمام كل الانتقادات التي وجهت الى القضاء الفرنسي على تصكه باثبات خطأ الناقل المجاني ، وعلى قضائه بتعليق حق الملتزم تضاميا في الرجوع على المتضامم معه على حق الحلول ، اضطر القضاء الفرنسي الى التراجع عن رأيه ، وقر اخضاع النقل المجاني الى أحكام المادة 1384/1 ، وأصدرت الدائرة المخططة لمحكمة النقض ثلاثة أحكام بذلك (1) .

(1) صدرت هذه الأحكام في 20 ديسمبر سنة 1968 ونشرت في جيزيس كلاسير سنة 1969 عدد 2 برقم 15766 .

وبمقتضى هذه الأحكام ، أصبح المنقول مجانا ، يستطيع ، أسوة بالمنقول بعوض ، وان كان هذا الأخير يرجع طبقا لأحكام المسؤولية العقدية ، أن يرجع على الناقل المجاني طبقا لأحكام المسؤولية عن فعل الشيء المنصوص عليها بالمادة 1384 / 1 ، ما لم يوجد نص على غير ذلك (1) ، وأصبح له في حالة التصادم أن يرجع على أى من المتصادمين بكل التعويض ، تطبيقا لأحكام الالتزام التضاممي *l'obligation in solidum* ، ومن يدفع منهما كل التعويض يكون له الحق في دعوى رجوع *action recoursoir* على المتضامن الآخر بنصيبه في التعويض ، تطبيقا لأحكام التضامن ، دون تعليق على حق الحلول .

وبما أن القانون المدني الجزائري قد أراد أن يأخذ بآخر مرحلة وصل إليها القضاء الفرنسي ، فينبغي أن يخضع النقل المجاني هنا لحكم المادة 138 م ج ما لم يوجد نص على غير ذلك .

21 - تطور القضاء الفرنسي بصدد السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية عن الأشياء :

بعد أن تبلورت المسؤولية عن فعل الأشياء ، أخذ القضاء الفرنسي يعمل بكل ما لديه من وسائل على التضييق من التخلص منها ، وإحكام الخناق على المسئول فيها ، لضمان حصول المضرور على التعويض ، لا سيما بعد انتشار نظام التأمين من هذه المسؤولية .

(1) قضى المرسوم الصادر في 30 مارس سنة 1967 ، المعدل لقانون الطيران المدني بضرورة أن يثبت المنقول مجانا خطأ الناقل الجوي .

فبعد أن كان يكفي في السبب الأجنبي المعفي من هذه المسؤولية بأن يكون غير ممكن الدفع *insurmontable* أو *irrésistible* وغير ممكن التوقع *imprévisible* وغير منسوب إلى المثل *non imputable* وهي الشروط التقليدية التي كانت تشترط في السبب الأجنبي من قبل ، أي في القوة القاهرة *la force majeure* ، والحادث الفجائي *le cas fortuit* ، وفعل المضرور *le fait de la victime* وفعل الغير *le fait du tiers* ، تطور القضاء الفرنسي وأصبح يستلزم في السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية شرطا رابعا وهو أن يكون خارجيا *extérieur* ، وضيق في شرط الخارجية فاستلزم أن يكون خارجيا بالنسبة إلى شخص المثل ، وبالنسبة إلى الشيء الذي سبب الحادث ، ثم أضافت بعض الأحكام الخارجية أيضا بالنسبة إلى طريق السير كما اقترح ستارك *Starck* (1).

فاشترط الخارجية عن الشخص ظهر منذ حكم الدوائر المجتمعة في قضية جاندير السابق الذكر والصادر في 13/2/1930 حين قالت المحكمة عن السبب الأجنبي أنه هو الذي لا يسبب إلى المثل *non imputable* .

ولكن تطور القضاء بعد ذلك فاشترط الخارجية أيضا عن الشيء في حكم صدر من الدائرة المدنية في سنة 1940 (2) ثم تطور فأخذ بالخارجية أيضا عن

(1) انظر مقالا لستارك تحت عنوان : *Les rayons et les ombres d'une esquisse de loi sur les accidents de la circulation*

في مجلة القانون المدني الفصلية سنة 1966 برقم 644 . وانظر كذلك رأيه هذا في كتابه الالتزامات بند 534 وما يليه .

(2) صدر هذا الحكم في 11/3/1940 ونشر في جازيت دي باليه سنة 1940 عدد 2 برقم 15 .

طريق السير كما اقترح ستارك الذي رأى أنه اذا كان في طريق سير السيارة عيب كان هو السبب في الحادث فانه لا يعتبر سببا أجنبيا معفيا من المسؤولية قياسا على العيب الذي يعيب قضبان السكك الحديدية بالنسبة الى سير القطار ، فلو خرج القطار عن السير على هذه القضبان لعيب فيها ، فان هذا لا يعتبر سببا أجنبيا خارجيا ، ولا يعفي الناقل من المسؤولية ، وكذلك الأمر بالنسبة الى طريق سير السيارة ، فلو كان فيه عيب كحفرة مثلا سببت انحراف السيارة وتسبب ضرر للخير ، فان هذا لا يعتبر سببا أجنبيا معفيا من المسؤولية (1) .

وأما شرط عدم امكان الدفع فقد كان القضاء يتشدد فيه فيتطلب أن يكون عدم امكان الدفع مستحيلا استحالة مطلقة ، أى يستحيل على كل انسان التغلب عليها مهما كان حذرا وحريصا ، ولكن الفقه انتقد القضاء في ذلك ، فعدل القضاء عن التمسك بالاستحالة المطلقة واكتفى بأن يكون معيار الاستحالة معيار الرجل العادى أى *le bon père de famille* وأخذ يضيف كلمة (عادة *normalement*) الى استحالة الدفع (2) وكذلك الى استحالة التوقع فيجب ألا يتوقع الرجل العادى حدوث السبب الأجنبي .

وبالاحظ أن القضاء الفرنسي كان يقضي بأنه اذا ظل الحادث مجهولا فسر الشك لمصلحة المضرور ولا يعفى المسئول إلا اذا أثبت سببا أجنبيا ومحدد (3) .

(1) انظر ستارك المقال السابق الذكر .

(2) انظر حكم الدائرة المدنية في 20 مارس سنة 1940 المنصور في جازيت دى باليه سنة 1941 عدد 1 برقم 301 .

(3) ارجع في ذلك الى جمال الدين زكي في كتابه مشكلات المسؤولية فقرة 279 (طبعة القاهرة سنة 1978) .

ثم بعد أن كان القضاء في فترة من الزمن يرتب على اشتراك السبب الأجنبي ، وعلى الأخص القوة القاهرة ، مع خطأ المسئول تقسيم المسؤولية فيحمل المسئول جزءاً من المسؤولية ويحمل القوة القاهرة جزءاً ، كما حدث في قضيتي السفينة *la Moricière* (1) وشركة *la Houillere* (2) ، وقد قررت محكمة النقض في حكميها في هاتين القضيتين تجزئة المسؤولية ، واستمر القضاء فترة من الزمن على تجزئة المسؤولية إذا ما اشترك خطأ المسئول مع القوة القاهرة ، غير أنه ما لبث أن عدل من هذا الاتجاه ، فقضت الدائرة المدنية في سنة 1970 (3) بأنه إذا اشتركت القوة القاهرة مع خطأ المسئول ، فإن خطأ المسئول يستغرق القوة القاهرة ويسأل المسئول عن كل التعويض ، ولا تعفى القوة القاهرة من المسؤولية جزئياً ، بل تعفى منها كلية إذا كانت هي السبب الوحيد في الحادث وتوافرت فيها كل الشروط المطلوبة .

ومن بين أنواع السبب الأجنبي فعل الغير *le fait du tiers* ، والمقصود بالغير هنا هو كل شخص أجنبي عن المسئول ، فلا يعتبر أجنبياً عنه كل شخص يكون مسئولاً عنه مدنياً ، مثل الموضوع تحت الرقابة والتابع ، فهما لا يعتبران من الغير بالنسبة إلى المسئول . وفعل الغير يعفى من المسؤولية إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة السابق ذكرها حتى لو ظل هذا

(1) حكم الدائرة التجارية في 19 / 6 / 1951 نشر في *دالوز* سنة 1951 برقم 717 .

(2) حكم الدائرة المدنية الثانية في 13 / 3 / 1957 نشر في *جوريس كلاسير* سنة 1957 عدد 2 برقم 10048 .

(3) انظر حكمها هذا الصادر في 12 / 12 / 1970 في *جوريس كلاسير* سلسلة 1970 عدد 4 برقم 90 .

الخير مجهولا . أما اذا لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة يساهم مع ذلك في احداث الضرر ، فان للمضروب أن يرجع بكل التعويض على المسئول ، ويكون للمسئول الحق في الرجوع على الخير بقدر خطئه ان كان مخطئا ، أما اذا لم يكن مخطئا فلا رجوع له عليه (1) .

وبهذا الصدد يلاحظ أنه طبقا للمادة 126 مدني جزائري " اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي الا اذا عيّن القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض " .

وكذلك يعتبر سببا أجديبا فعل المضروب الخاطي " la faute de la victime ، فاذا كان هذا الفعل قد توافرت فيه شروط القوة القاهرة السابقة الذكر ، وكان هو السبب الوحيد في احداث الضرر ، فان الحارس يعفى اغناء كلياً من مسئوليته .

واذا اشترك خطأ المضروب مع خطأ المسئول في احداث الضرر قسم التعويض بينهما بحسب جسامه خطأ كل منهما (2) .

أما اذا كان فعل المضروب غير خاطي ، فقد كان ينبغي ألا يؤخذ في الاعتبار ، ولكن الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية دأبت على تقسيم

(1) حكم الدائرة المدنية الثانية في 7 / 1 / 1959 المنشور في المجلة المدنية عدد 2 برقم 21 .

(2) انظر حكم الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 1 / 12 / 1938 والمنشور في دالوز الأسبوعي سنة 1939 برقم 100 .

التعويض بين المسئول والمضروب ولو كان فعل المضروب غير خاطي متى كان قد ساهم في أحداث الضرر (1).

وهكذا خالفت الدائرة المدنية قضاءها فيما يتعلق بفعل الغير إذا لم يكن خاطئاً ، إذ لم ترتب عليه تقسيم التعويض بينما أخذت في الاعتبار بفعل المضروب غير الخاطي ، وقد انتقد الفقه قضاءها هذا (2) في التمييز بين الفعلين بل أن قضاء الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض لم يساير قضاء الدائرة المدنية الثانية ولم يأخذ في الاعتبار بفعل المضروب غير الخاطي (3) وأكثر من ذلك فإن محكمة النقض لم تأخذ بفعل المضروب غير الخاطي لا في المسئولية العقدية ولا في المسئولية عن تهميم البناء (4).

21 مكرر - ولقد ظل قضاء الدائرة المدنية على هذا النحو حتى غيرت رأيها في حكم أصدرته بتاريخ 1982/7/21 (5) في قضية ديمار Desmares ، التي كان المحامي العام فيها هو الأستاذ charbonnier ، وتتلخص هذه القضية في أن الزوجين charles كانا يجتازان الشارع ماشيين فصدمتها سيارة ديمار وأصابتهما بجروح بليغة. وقد دافع ديمار عن نفسه بأن هذين الزوجين اجتازا الشارع دون أن يحذرا من سرعة السيارات، وبأن الوقت كان ليلاً، وبأن سيارة كانت تسير إلى يمينه حجبت عنه رؤية هذين الزوجين، وبأنه لم يكن لديه الوقت الكافي لوقف السيارة قبل الاصطدام بهما.

(1) انظر على سبيل المثال حكماً للدائرة المدنية الثانية صدر في 20 نوفمبر

سنة 1969 نشر في المجلة المدنية سنة 1969 عدد 2 برقم 234.

(2) انظر هذا الانتقاد في الالتزامات لستارك طبعة 1972 ص 302.

(3) انظر حكماً للدائرة المدنية الأولى في 31/4/1973 نشر في الأسبوع القانوني سنة 1973 برقم 17450.

(4) انظر حكماً للدائرة المدنية الثالثة في 1/7/1971 نشر في د اللوز سنة 1971 برقم 672.

ولكن رفضت الدائرة المدنية دفاعه، وقالت في حكمها: ان المسؤولية المنصوص عليها بالمادة 1/1384 لا قد حض الابطاثبات السبب الأجنبي الذي تتوافر فيه شروط القوة القاهرة، وأن خطأ المضرور حتى لو ثبت، لا يترتب عليه أي اعضاء، ولو جزئيا، ما لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة.

وهكذا وضع هذا الحكم حدا لتذبذب القضاء الفرنسي حينما من الدهر، ولتجاهله لما سبق أن قرره الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض في قضية tand'heure بتاريخ 13/2/1930، وترتب على حكم ديمار المذكور أن أصبح المسئول عن فعل الشيء غير الحي يعفى من مسؤوليته ولو جزئيا، ما لم يثبت السبب الأجنبي بكل شروطه، ولم يعد يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته باثبات أن دور الشيء في احداث الضرر كان سلبيا.

وترتب على هذا الحكم أيضا أن استحالة الدفع واستحالة التوقع، أصبحا مطلقا، وزال القيد الذي كانت هذه الدائرة قد أدخلته على وصف الاستحالة بلفظ *normalement* أي عادة، مما كان يفيد أن تقاس الاستحالة بمعيار الرجل العادي *le B.P.F* ، وأصبح السبب الأجنبي المعفي من هذه المسؤولية يجب أن يكون مستحيل الدفع ومستحيل التوقع استحالة مطلقة، والا فلن يترتب عليه أي اعضاء، ولو جزئيا، يستوي في ذلك أن يكون هذا السبب قوة القاهرة أو حادثا فجائيا أو خطأ المضرور أو خطأ الغير (6).

هذا ولا يفوتني بصدد السبب الأجنبي أو أشير الى أن المشرع الفرنسي قد أصدر قانونا بتاريخ 5/7/1985، خاصا بتحسين وضع المصابين في حوادث النقل بواسطة أدوات النقل البري التي تتحرك بمحرك، وقد اكتفى هذا القانون بأن يكون لأداة النقل أي دور في احداث الضرر سواء كانت متحركة أو ساكنة، وسواء كانت في وضع عادي أو غير عادي.

وقسم ضحايا هذه الأنواع الى قسمين: الضحايا الذين تزيد سنهم عن 16 سنة وتقل عن 70 سنة، وهم يموضون عما أصابهم من ضرر بسبب هذه الأدوات جسيما، دون أن يستطيع المسؤول أن يتخلص من مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي بكل شروطه، ولا يعفيه من مسؤوليته الا أن يثبت أن الحضور قد ارتكب خطأ لا يفكر Une faute inexcusable أي خطأ جسيما ارتكبه وهو على علم بخطورته وغير مضطر الى ارتكابه، وعلى المسؤول أن يثبت ان هذا الخطأ كان هو السبب الوحيد في احداث الضرر. والقسم الثاني هم الضحايا الذين تقل سنهم عن 16 سنة أو تزيد على 70 سنة، والمعوقين les handicapés وهؤلاء لا يستطيع المسؤول أن يتخلص من مسؤوليته.

عما أصابهم من اضرار جسمية، حتى لو أثبت السبب الأجنبي بكل شروطه وحتى أو أثبت خطأهم، ولا يعفيه من مسؤوليته الا أن الحضور قد أراد أن يحدث الضرر بنفسه، كما لو كان قد أراد الانتحار، وأن هذا كان هو السبب الوحيد في اصابته بهذا الضرر. وهكذا أقل نجم السبب الأجنبي المعفي من هذه المسؤولية.

(5) نشر هذا الحكم في دالوز الدوري سنة 1982 برقم 449 مع تعليق للأستاذ

larromet

(6) أنظر تعليقا على هذا الحكم في: les grands arrêts de la jurisprudence civile éd. 1984.

هذا ويلاحظ أن المادة 127 مدني جزائري ، المقابلة للمادة 165 مدني مصري ، قد ساوت بين خطأ الخير وخطأ الضرر ، ويفهم بفهم المخالفة من هذا المرأه لا يهخذ في الاعتبار بفعل الضرر غير الخاطي .

وخلاصة ما تقدم هي أن فعل الخير اذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة فانه يؤدي الى اغفاء الحارس من مسئوليته اغفاء كلياً متى كان هو السبب الوحيد في احداث الضرر ، واذا كان فعل الخير لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة فانه لا يعفي الحارس من مسئوليته ، واذا كان فعل الخير قد ساهم

في احداث الضرر وكان خاطئا ، فان الحارس له على الغير حق الرجوع بقدر خطئه ، أما المضرور فيرجع على الحارس بكل التعويض .

وأما فعل المضرور ، فلما أن تتوافر فيه شروط القوة القاهرة فيترتب عليه اغفاء الحارس اغفاء كلياً من المسؤولية . وكذلك اذا لم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة ولكنه كان خاطئاً فان التعويض يقسم بين المضرور والحارس بحسب جسامه خطأ كل منهما . واذا كان فعل المضرور غير خاطئ ولكن توافرت فيه كل شروط القوة القاهرة فانه يعفى الحارس من المسؤولية اغفاء تاماً ، أما اذا كان غير خاطئ ولم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة ، ولكنه ساهم في احداث الضرر فان الدائرة المدنية الثانية ترتب عليه اغفاء الحارس جزئياً من التعويض .

22 - مدى مسؤولية الحارس

متى توافرت عناصر المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي كما سبق أن فصلناها ، افترضت مسؤولية الحارس افتراضاً لا يقبل اثبات العكس ، بحيث لا يستطيع أن ينفي عن نفسه الخطأ ، ولا تلغى مسؤوليته إلا باثبات السبب الأجنبي الذي شرحنا شروطه .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 138 على ذلك بقولها : " 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 " .

وتقابل هذه الفقرة ما ورد في المادة 178 مدني مصري التي تقول " ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه " وقد لاحظ القانون المدني

المصري توحيد الحكم بين المادة 165 التي تنص على أن السبب الأجنبي هو الذي لا يد للشخص فيه ، وبين المادة 178 التي كررت نفس العبارة " بسبب أجنبي لا يد له فيه " وقد كان ينبغي أن يلاحظ القانون المدني الجزائري التنسيق فيما يتعلق بالسبب الأجنبي المعفي من المسؤولية بين نص المادة 127 ونص الفقرة الثانية من المادة 138 ، ولكنه أغفل هذا التنسيق ، فذكر في المادة 127 أن السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية هو الذي نشأ عن سبب لا يد للشخص فيه ، ثم اكتفى في المادة 138 / 2 بقوله أن السبب الأجنبي هو الذي لم يكن الشخص يتوقعه . ففضلا عن أن هذا عيب ، لعدم التنسيق بين النصين ، فإن في الفقرة الثانية من المادة 138 خطأ حين اكتفت في السبب الأجنبي بصفة عدم التوقع ولم تقرنها بصفة عدم إمكان الدفع ، مع أن القضاء الفرنسي مستقر ، كما سبق أن ذكرنا ، على ضرورة تلازم الصفتين ، عدم إمكان التوقع ، وعدم إمكان الدفع ، وإذا كانت بعض الأحكام هناك قد اكتفت أحيانا بشرط عدم إمكان الدفع ، وقالت إن عدم إمكان الدفع يتضمن عدم إمكان التوقع ، فإن الإجماع منعقد على أن عدم إمكان التوقع لا يتضمن عدم إمكان الدفع .

يضاف إلى ما تقدم أن الفقرة الثانية من المادة 138 تطلق على الحادث المفاجيء عبارة " الحالة الطارئة " والحادث المفاجيء أو *le cas fortuit* مصطلح متفق عليه ، ولا ينبغي الخلط بينه وبين اصطلاح آخر كاصطلاح الحالة الطارئة المستعمل في هذه الفقرة ، إذ قد يؤدي ذلك إلى اللبس ويوحي إلى الذهن اتحاد حكم الحالة الطارئة والظروف الطارئة مع أن بينهما فرقا شاسعا ،

اذ الحادث المفاجي * من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، بينما
الظرف الطارىء * يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط لا مستحيلا .
ومن الغريب أن استعمال عبارة " الحالة الطارئة " قد ورد فقط في
المادة 2 / 138 ، بينما استعمل اصطلاح الحادث المفاجي * في المواد
127 ، 168 ، 178 ، فكان ينبغي أن يستعمل نفس الاصطلاح في المادة
2 / 138 .

والخلاصة هي أنه لحارس الشيء * غير الحي أن ينفي عن نفسه المسؤولية
بإثبات أحد أنواع السبب الأجنبي السابق شرحه كما أن له أن يدفع هذه
المسؤولية بإثبات أن دور الشيء * في احداث الضرر كان سلبيا .
ولقد رأينا من قبل (1) أنه اذا كان الشيء * متحركا *en mouvement*
عندما أحدث الضرر ، فيفترض أن دوره في التدخل كان ايجابيا ، ويقع على
الحارس عبء اثبات أن دوره كان سلبيا .
أما اذا كان الشيء * ساكنا *inerte* عند حدوث الضرر ، فيفترض أن دوره
كان سلبيا ، ويقع عبء اثبات الدور الايجابي على عاتق المضرور .
وكذلك الأمر اذا لم يكن هناك احتكاك مباشر بين الشيء * وبين المضرور
وأثبت هذا الأخير أن دور الشيء * كان ايجابيا ، فان للحارس أن يثبت أن دور
الشيء * كان سلبيا (2) .

* * *

(1) ارجع الى ص 129 من هذه الدراسة .

(2) ارجع الى ص 128 من هذه الدراسة .

المطلب الرابع

23 - أساس المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي

اختلف الرأي حول الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي ، فالبعض يرجع أساسها الى فكرة الخطأ ، وهو ما يسمى بالنظرية الشخصية *la théorie subjective* والبعض الآخر يصرف النظر عن فكرة الخطأ ، وهو ما يسمى بالنظرية الموضوعية *la théorie objective* .

فالنظرية الشخصية التي تقيم الأساس على فكرة الخطأ ، هي التي اعتنقها القضاء الفرنسي في بدء مراحله ، ففي أول الأمر كان يقيم أساسها على الخطأ الواجب الإثبات ، وظلّ على ذلك حتى سنة 1896 ، حين بدأ يأخذ بفكرة الخطأ المفترض ، وكان قد أخذ في هذه السنة بالخطأ المفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس ، ثم تراجع عنه في سنة 1897 وظلّ يعتبر الخطأ مفترضا افتراضا يقبل اثبات العكس حتى سنة 1914 ، اذ عاد مرة أخرى يعتبر افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس ، ثم عدل في سنة 1930 عن افتراض الخطأ *présomption de faute* الى افتراض المسؤولية *présomption de responsabilité* ، حتى سنة 1956 ، حين بدأ يقضي باعتبار هذه المسؤولية مفروضة بقوة القانون .

ولقد اعترض على هذه النظرية بأن الخطأ مهما كان مفترضا ، يجب أن يتاح للمسئول عنه نفيه عن نفسه ، وهو ما انتهى القضاء الى رفضه ، حتى لو كان سبب الحادث قد ظل مجهولا . ولذلك انتهى القضاء الفرنسي الى لبذ فكرة الخطأ منذ سنة 1956 وأخذ بفكرة المسؤولية القانونية أو بقوة القانون كما رأينا من قبل .

غير أن أنصار فكرة الخطأ مازالوا مصرين على أن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ في الحراسة *la faute dans la garde* ، وهو ما قال به مازو كما سبق ذكره ، ففي رأيه أن كل من يحرس شيئاً تكون له عليه السيطرة *le pouvoir de commandement* ، وسلطة إصدار الأمر *la maîtrise* يقع على عاتقه التزام محدد بتحقيق غاية *obligation déterminée de* *résultat* يحدده في ألا يترك زمام الشيء يفلت من يده ويحدث ضرراً للخير ، فإذا ترك زمام الشيء يفلت من يده ويحدث ضرراً ، فإنه يكون قد أخل بالتزامه ، ويثبت خطؤه ، ولا حاجة بالضرور إلى اثبات هذا الخطأ لأن حدوث ضرر له يدل بنفسه على عدم قيام الحارس بتنفيذ التزامه .

وقد اعترض على هذا الرأي بأنه يترتب عليه أن من يتعمد أحداث ضرر بواسطة شيء يكون أحسن حظاً ممن لم يتعمد أحداث الضرر ، إذ الأول تطبق عليه أحكام المسؤولية الشخصية ويجب على المضرور اثبات خطأ في جانبه ، بينما تطبق على الثاني أحكام المسؤولية عن فعل الشيء ويفترض خطؤه . وقد تدارك مازو هذا الاعتراض وقال بأن المتعمد إذا اعترف بأنه كان متعمداً فإنه يعفى المضرور من اثبات خطئه ، فيستوى هو ومن أفلت زمام الشيء من يده .

ويمكن الرد على هذا القول بأن المتعمد لو اعترف بخطئه فإنه ، طبقاً لأحكام المادة 1382 ، يستطيع أن ينفي عن نفسه هذا الخطأ بكل وسائل نفي الخطأ فيكون بهذا أحسن حظاً من غير المتعمد الذي لا سبيل له لنفي الخطأ عن نفسه كما اعترض على هذا الرأي بأنه لو كان صحيحاً أن الحارس قد ارتكب خطأ في الحراسة فكيف يقضى مع ذلك بمسؤوليته عما أحدثه الشيء من ضرر حين

يقضي القضاء الجنائي بهرمته من الاعمال في الدعوى الجنائية ومع ذلك لا يحفل القضاء المدني بهذه الهرمة من الاعمال ؛ ولذلك لم يأخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي .

وقد اقترح الأستاذ ايمانويل ليفي Emanuel Levi أن يكون أساس هذه المسؤولية يقوم على الثقة المشروعة التي خدعت la confiance légitime trompée . فالشخص الذي يسير في الشارع تكون لديه الثقة المشروعة ألا يصيبه أذى من فعل الشيء ، فاذا أصيب بأذى تكون ثقته قد خدعت (1) ولم يكتب لهذا الرأي اللجاح ، وأخفقت كل الآراء التي تبني هذه المسؤولية على الخطأ .

أما النظرية الموضوعية فهي تصرف النظر عن فكرة الخطأ وتقيم أساس هذه المسؤولية إما على أساس تحمل التبعة ، وإما على أساس فكرة الضمان la garantie .

ولقد رأينا فيما تقدم كيف نشأت نظرية تحمل التبعة la théorie du risque على يد سالي وجوسران ، وكيف أنها قامت في بدء الأمر على أساس الخرم بالغنم وسميت risque - profit ، ثم تطورت الى الخطر المستحدث risque créé وكيف أنه قد اعترض على فكرة الخرم بالغنم بأن حارس الشيء يخرم في كثير من الأحيان دون أن يخنم ، وكيف أنه اعترض على فكرة الخطر المستحدث بأنها تؤدي الى تثبيط الهمم .

(1) بسط الأستاذ ايمانويل ليفي رأيه هذا في مجلة التشريع والقضاء الانتقادية في سنة 1899 ص 361 وما يليها .

ولقد قال بعض أنصار نظرية تحمل التبعة أن هناك محلاً للجمع بين فكرتي الخطأ والخطر ، فالخطأ يجب أن يظل هو الأساس العام الأصلي للمسئولية ، على أن يكون الخطر مساعداً يجب اللجوء إليه كلما اقتضت العدالة ذلك مساعدة للضرور ، وقالوا إن الخطأ يجب أن يظل أساساً للمسئولية عن الأفعال الشخصية وأن يكون الخطر هو أساس المسئولية عن فعل الغير وعن فعل الشيء .

وقد اعترض على هذا الازدواج بأن الخطأ مازالت له أهمية في نطاق المسئولية عن فعل الغير وعن فعل الشيء ، فللضرور في حالتي هاتين المسئوليتين أن يثبت خطأ المسئول إذا رأى أن مصلحته في ذلك ، وقد يثبت المسئول خطأ الضرور ، وفي الحالة الأولى قد يشدد التعويض على المسئول وفي الحالة الثانية قد يخفف التعويض أو لا يقضى به بتاتا ، مثال ذلك أن الخطأ غير المغتفر أو العمدى من جانب رب العمل أو من جانب العامل يؤثر في مقدار التعويض .

أما الفقيه ستارك Starok (1) فهو يقيم أساس المسئولية بكل أنواعها على فكرة الضمان la garantie ويرى أن لكل إنسان الحق في أن يحترم الخير سلامة جسمه وسلامة ذمته المالية ، فإذا انتهك الغير هذا الحق ، بدون أن يكون له الحق في الأضرار ، كما في حالة الدفاع الشرعي ، فإنه يكون قد

(1) انظر رسالته للدكتوراه المقدمة سنة 1947 لجامعة باريس تحت عنوان : *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée* . وانظر كذلك كتابه : *الالتزامات* طبعة سنة 1972 حيث يردد نفس الفكرة .

خرج على فكرة الضمان ويكون مسئولا عما أحدثه من ضرر ، بصرف النظر عما إذا كان مخطئا أو غير مخطي * . أما إذا أحدث الشخص لغيره ضررا اقتصاديا محضا purement économique أو ضررا معنويا dommage moral فلا يسأل إلا إذا أثبت الضرر خطاه .

وقد انتقدت نظرية الضمان بأنها تعتبر بعض الحريات حقوقا شخصية ، وبأنها اعتبرت الضرر المعنوي أقل قيمة من الضرر المادي مع أن الضرر الأدبي قد أصبح اليوم من الأهمية بحيث يساوي الضرر المادي بل ويفوقه أهمية .
والواقع هو أن فكرة الضمان لا تختلف كثيرا عن نظرية تحمل التبعة ، ولذلك فلم يكتب لها النجاح .

ولما أن أخفقت كل النظريات الشخصية والموضوعية في وضع أساس للمسئولية عن فعل الشيء * ، ساغ للفقهاء الفرنسي ⁽¹⁾ Rassat أن يقول : " ان المسئولية عن فعل الشيء * غير الحي من خلق القضاء ، فهو الذي ابتكرها ، وطورها بحسب الظروف ووفقا لتطور الأحداث ، وقد تجلب القضاء أن يوضح أساسها القانوني ، ولذا فقد تضاربت آراء الفقهاء حول هذا الأساس ، والواقع هو أن أساسها مستحيل التحديد ، وكل أساس قانوني مقترح لها معرض للنقد ، فمن العبث محاولة إيجاد أساس قانوني لها يسلم من النقد ، وينبغي القول بأنها مسئولية من نوع خاص sui generis وأعتقد أن هذا هو الرأي الصحيح .

* * *

(1) انظر رأى Rassat في مؤلفه : المسئولية المدنية طبيعة سلبية 1973 ص 74 - 75 .

المطلب الخامس

24 - المسؤولية العقدية عن فعل شيء غير الحي

- المعروف أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا بشروط معينة ، وهي :
- أ - قيام عقد بين المسئول والمضروب ،
 - ب - وأن يكون هذا العقد تاما وصحيحا ،
 - ج - وأن ينشأ الضرر عن عدم تنفيذ التزام مترتب على هذا العقد أو عن الإخلال بتنفيذه ،
 - د - وأن يصيب الضرر أحد المتعاقدين أو من يمثله .

فإذا توافرت هذه الشروط كانت المسؤولية عقدية . وقد يكون الضرر الذي أصاب المضروب ناشئا عن فعل شيء ، فتكون المسؤولية حينئذ مسؤولية عقدية عن فعل الشيء ويكون المدين قد أخل بتنفيذ التزامه بسبب فعل الشيء . وبما أن الذي استقر عليه الرأي هو أنه لا مجال لتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية إذا قامت المسؤولية العقدية ، فإنه إذا حدث الضرر بفعل شيء كان محل عقد فإن أحكام المسؤولية العقدية هي الواجبة التطبيق ولا تطبق أحكام المادة 1384 / 1 م ف المقابلة للمادة 138 م ج .

ولكي نعرف متى تقوم المسؤولية العقدية ، لا مخلص من أن نفضل شروطها السابقة التعداد .

- 1 - فيشترط أولا أن يكون بين المسئول والمضروب عقد ، فإذا لم يكن بينهما عقد ، كما هي الحال في النقل المجاني ، فلا محل لتطبيق المسؤولية العقدية .

وإذا اقتصر الأمر على مفاوضات يقوم بها الطرفان لإبرام عقد ثم يكسب أحدهما ولم يهرم العقد وترتب على عدوله عن إتمام العقد ضرر للآخر ، فقد رأى اهرنج أن المسؤولية هنا عقدية ، لأن المتفاوضين حينما بدأ المفاوضات قد عقدا بينهما عقدا ضمنيا بإتمام العقد ، فإذا أخل أحدهما بهذا العقد كان مرتكبا خطأ عقديا وطبقت عليه أحكام المسؤولية العقدية . وقد سمى اهرنج هذا الخطأ بالاصطلاح المشهور *culpa in contrahendo* (1) . وقد دعا اهرنج الى القول في هذا الصدد بالمسؤولية العقدية ، أن القانون الروماني ، الذي كان معمولا به في ألمانيا عندما بسط اهرنج نظريته ، لم يكن يضع مبدأ عاما للمسؤولية التقصيرية ، وبالتالي فلم تكن هذه المسؤولية تترتب إلا بنص في القانون ، ولم يكن قانون اكيليا *Aquilina* ينص على هذه الحالة ، ولكن كان القانون الروماني يتضمن نصوصا تسمح في هذه الحالة بالقول بالمسؤولية العقدية . أما اليوم ، وقد وضعت القوانين الحديثة مبدأ عاما للمسؤولية التقصيرية ، فلم يعد هناك حاجة الى الأخذ بنظرية اهرنج . ولذلك رفض القانون المدني المصري الأخذ بها كقاعدة عامة (2) ، وأعتقد أن القانون المدني الجزائري قد حذا في هذا الرفض حذو القانون المدني المصري .

صحيح أن مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ذكرت (3) بصدد بيع ملك الخير ، أن حق المشتري حسن النية ، الذي قضي له بإبطال

(1) ارجع في تفصيل ذلك الى الوسيط للمسنهوري ج 1 فقرة 309 ، 310 ، 311 .

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 262 — 263 .

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 193 .

البيع ، في مطالبة البائع ، ولو كان حسن النية ، بتعويض ما أصابه من ضرر ، ما هو إلا تطبيق تشريعي لقاعدة الخطأ عند تكوين العقد . وهذا غير مسلم به ، والصحيح هو أنه إذا أبطل العقد ، سرى البطلان بأثر رجعي ، واعتبر العقد كأن لم يكن ، ولا يتصور أن يكون التعويض هنا إلا على أساس المسؤولية التقصيرية .

وكذلك كان في فرنسا خلاف كبير بين الفقهاء والقضاء حول مسئولية الطبيب هل هي تقصيرية أو عقدية . إلى أن حسمت محكمة النقض هناك هذه المسألة ، وقضت في حكم شهير لها في سنة 1936 بأن مسئولية الطبيب مسئولية عقدية (1) .

ويلاحظ أن مسئولية الطبيب عما يحدثه من ضرر لا تعتبر عقدية إلا إذا عالج المريض بناءً على اتفاق صريح أو ضمني ، ولا يتصور ذلك إلا إذا كان الطبيب يعمل لحسابه الخاص ، أما إذا كان يعمل لحساب الدولة أو لحساب هيئة خاصة ، فإن مسئوليته عما يحدث من ضرر تكون مسئولية تقصيرية .

ويحترق الوعد بإبرام عقد في المستقبل عقداً متى اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه وعلى المدة التي يجب إبرامه فيها (م 71 م ج) ، وبالتالي فإن الإخلال بهذا الوعد يترتب مسئولية عقدية .

2 — ويشترط ثانياً ، أن يكون العقد تاماً وصحيحاً ، حتى تكون المسئولية المترتبة على الإخلال بالتزاماته عقدية .

(1) صدر هذا الحكم في 20/5/1936 ونشر في سيريه سنة 1937 عدد 1 برقم 321 .

فاذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركانه أو لنص في القانون ، فانه لا يترتب مسؤولية عقدية لأنه يعتبر باطلا بأثر رجعي ، أى كأنه لم يوجد ، وبالتالي فكل ضرر يحدث عنه تطبق عليه أحكام المسؤولية التقصيرية .
والأمر كذلك أيضا في حالة ما اذا كان العقد قابلا للإبطال وقضى بإبطاله ، فيعتبر عددئذ كأن لم يكن وتخضع المسؤولية المترتبة عليه لأحكام المسؤولية التقصيرية .

والأمر كذلك أيضا اذا فسخ العقد ، فان للفسخ أثرا رجعيا ، ويعتبر العقد الذى فسخ كأن لم يكن قط ، والتعويض الذى يطلبه المضرور من الفسخ يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية .

3 — ويشترط ثالثا ، أن ينشأ الضرر عن عدم تنفيذ التزام مترتب على هذا العقد أو عن الإخلال بتنفيذه .

ويستوى أن يكون الالتزام الذى لم ينفذ أو الذى أخل بتنفيذه ، التزاما اتفاقيا ، أو قانونيا ، طبقا للرأى الراجح .

وقد ابتكر القضاء الفرنسى التزامات في بعض العقود مثل الالتزام بالسلامة في عقد النقل *l'obligation de sécurité* وفي غيره من العقود ، واعتبر الإخلال بهذه الالتزامات مرتبا للمسؤولية العقدية . واعتقد أن مثل هذه الالتزامات لا تترتب مسؤولية عقدية في الجزائر إلا اذا اتفق الطرفان عليها صراحة أو ضمنا أو نص عليها نص قانوني ، أما اذا لم يتفق عليها ولم يوجد نص ملزم بها ، فلا تعتبر التزامات تعاقدية ، لا لشيء إلا لأن القضاء الفرنسى وضعها .

4 — وبشترط رابعا ، أن يصيب الضرر أحد المتعاقدين أو من يمثله .
وقد يصيب الضرر الناشئ عن الاخلال بالتزام عقدي أحده
المتعاقدين ، وقد يصيب خلفه العام ، وهو يمثله ، وقد قضت المادة 108
مدني جزائري بأن "العقد ينصرف أثره الى المتعاقدين والخلف العام ، ما لم
يتبين من طبيعة التعامل ، أو من نص القانون ، أن هذا الأثر لا ينصرف
الى الخلف العام " .

وكذلك ينصرف أثر العقد الى الخلف الخاص ، طبقا لنص المادة 109
مدني جزائري ، اذا كانت الالتزامات الناشئة عنه من مستلزمات محله ، وكان
الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال محل العقد اليه ، ويضاف الى ذلك أن
تكون هذه الالتزامات سابقة على التصرف للخلف الخاص .

ويعتبر المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ممن يمثلون المتعاقد طبقا
لنص المادة 2 / 116 ، فحقه ينشأ من عقد الاشتراط ولو أنه لم يكن طرفا فيه ،
فله أن يرفع على المتعهد دعوى تعاقدية لمطالبته بالوفاء بما التزم به .
وكذلك يعتبر مساعدو المدين في تنفيذ الالتزام ممثلين له وتكون
مسئوليتهم عقدية ، إلا اذا اعتبروا تابعين للمدين فيكون للمضروب أن يرفع
دعواه طبقا لقواعد مسؤولية المتبوع تقصيرها عن أفعال تابعه .

25 — ومتى توافرت هذه الشروط كانت المسؤولية عقدية . واذا كان عدم
تنفيذ الالتزام أو الاخلال به قد حدث بفعل شيء ، فإن المسؤولية التي تترتب
تكون مسؤولية عقدية عن فعل الشيء ، وتطبق قواعد المسؤولية العقدية دون

قواعد المسؤولية التقصيرية ، مثال ذلك أن يبيع شخص آلة تتفجر في يد المشتري وتصيبه بضرر بسبب عيب خفي فيها ، فيكون البائع قد أخل بالتزامه بضمان العيوب الخفية المنصوص عليه بالمادة 379 مدني جزائري .

وبهذا الصدد يلاحظ أن المادة 379 م ج تجعل البائع ملزما بضمان العيوب ولو لم يكن عالما بها ، وهي تقابل المادة 447 م م ، بينما المادتان 1645 ، 1646 م ف لا يعتبران البائع حسن النية ملزما بالتعويض عن الضرر الذي يحدث من العيوب الخفية في الشيء المباع .

ومثال ذلك أيضا أن يضع المستأجر مواد متفجرة في العين المؤجرة فتفجر ويلشأ عن الانفجار حريق يؤدي إلى عدم تنفيذ التزامه برد العين المؤجرة بالحالة التي تسلمها عليها (م 503) .

في مثل هاتين الحالتين وأشباههما تكون هناك مسؤولية عقدية عن فعل الشيء ، وبما أن القانون المدني الجزائري ، وكذلك القوانين العربية الأخرى ، والقانون الفرنسي كذلك ، كل هذه القوانين لم تضع قواعد خاصة بالمسؤولية العقدية عن فعل الشيء غير الحي ، فإن هذه المسؤولية تخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها المسؤولية العقدية عن فعل الشخص ، وعلى ذلك فإذا كان الالتزام الذي حدث خلال بتنفيذه التزاما بتحقيق غاية obligation de résultat ، فإن مسؤولية المسئول تكون مفترضة افتراضا لا يدحض إلا باثبات السبب الأجنبي ، كما هي الحال في المسؤولية التقصيرية عن فعل الشيء غير الحي ، ولا يكون هناك اختلاف بين

المسئوليتين . وإنما تختلف المسئوليتان حين يكون الالتزام الذي حدث
الاخلال بتنفيذه التزاما ببذل عناية ، فيكون على المضرور من فعل الشيء
عندئذ أن يثبت أن المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه عناية رب الأسرة
العادى *le bon père de famille* ، وإذا أثبت ذلك كان للمسئول
أن يثبت أنه بذل في تنفيذ التزامه عناية رب الأسرة العادى ، أى أن ينفي
عن نفسه الخطأ ، وهذا هو ما يجعل المسئولية العقدية عن فعل الشيء
تتميز عن المسئولية التقصيرية عن فعل الشيء ، التي لا يقبل فيها من
المسئول نفي الخطأ عن نفسه ، ولو كانت الخيرة بين المسئوليتين مقبولة
لكانت للمضرور فائدة في أن يترك المسئولية العقدية ويختار المسئولية
التقصيرية عن فعل الشيء ، غير أن الرأي السائد فقها وقضاء هو عدم جواز
الخيرة بين المسئوليتين إلا في بعض الحالات الاستثنائية .

* * *

المطلب السادس

مسئولية الانسان عما يحدثه الحيوان من ضرر

26 - في القانون الروماني

كان القانون الروماني ، وهو كما سبق ذكره ، لا يضع مبدأ عاما للمسئولية
المدنية ، يعزى مالك الحيوان مسئولا مسئولية شخصية عما يحدثه الحيوان من
ضرر ، ولما لم يكن الخطأ ركنا في المسئولية بصفة عامة في القانون الروماني ،
فقد كانت مسئولية مالك الحيوان مفترضة افتراضا لا يقبل اثبات العكس ، وكانت
مسئوليته محددة بقيمة الحيوان على أن يكون له أن يتخلى عنه للمضرور تخليا

عليها ، 1'abandon noxal ، واذن فلم يكن التعويض يقدر بحسب جسامه
الضرر بل بقيعة الحيوان (1)

27 - في القانون الفرنسي القديم

أخذ القانون الفرنسي القديم المسؤولية عن فعل الحيوان من القانون
الروماني ، وأفرد Domat لهذه المسؤولية المبحث الثاني من كتابه " القوانين
المدنية " les lois civiles ، وأقام مسؤولية مالك الحيوان على أساس
الخطأ الواجب الإثبات ، إلا في بعض الحالات ، كما في حالة ما اذا ترك
الحيوان دون حراسة فتسرب وأحدث ضررا بأرض الغير ، فيكون خطأ المالك
حينئذ مفترضا .

وقد عرفت في بعض مقاطعات فرنسا محاكمة بعض الحيوانات نفسها أمام
المحاكم ، فكانت الخزائير الهرية اذا أكلت طفلا تساق الى المحكمة ويحكم عليها
بعقوبات تصل الى حد الاعدام .

23 - في تقنين نابوليون

وقد نقل القانون المدني الفرنسي مسؤولية الانسان عن فعل الحيوان من
القانون الفرنسي القديم ، فنصت المادة 1385 منه على أن " مالك الحيوان ،
أو من يستخدمه أثناء استخدامه ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، سواء
كان الحيوان تحت حراسته أو كان قد ضلّ أو تسرب " .

(1) انظر في تفصيل ذلك : مازو ، المسؤولية المدنية ج 2 بند 1071 وحسين
عامر ، المسؤولية المدنية طبعة سنة 1956 بند 693 .

ولقد كانت هذه المادة مدمجة في بادىء الأمر في المادة 1384، ولكن فصلت عنها عند مناقشة مشروع القانون المدني وانتهى الأمر بتخصيص المادة 1385 للمسئولية عن فعل الحيوان وهي تجعل المالك مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو لم يكن في حيازته بل ضل أو تسرب، فمسئوليته اذن مبنية على الخطأ المفترض القابل لاثبات نفيه .

وقد ظل القضاء الفرنسي يقبل نفي الخطأ من مالك الحيوان ردحا طويلا منذ وضع القانون المدني حتى سنة 1885 ولما كثرت الحوادث التي كانت تسببها الحيوانات، وخصوصا خيول عربات النقل التي كانت أكبر وسيلة للنقل حينئذ، ولم تكن المسئولية عن فعل الأشياء غير الحية قد اكتشفت بعد فسي فرنسا، عدلت محكمة النقض عن قضائها السابق وأصدرت الدائرة المدنية الثانية بها حكما في 27/10/1885⁽¹⁾ قررت فيه أن المسئولية عن فعل الحيوان تقوم على خطأ مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس ولا يدحض إلا باثبات السبب الأجنبي، وقد كان لهذا الحكم أثره بعد ذلك في اعتبار المسئولية عن فعل الشيء تقوم على خطأ مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس .

29 - في القانون المدني المصري

نقل القانون المدني المصري القديم نص المادة 1385 مدني فرنسي فسن في المادة 158 منه على ما يلي : " وكذلك يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ من الحيوان المذكور سواء كان في حيازته أو تسرب منه "

(1) نشر هذا الحكم في سبويه سنة 1886 عدد 1 برقم 33 .

فأناط المسؤولية بالمالك كما فعل القانون المدني الفرنسي ، ولم يشر إلى أن افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس ، غير أن القضاء المصري جارى القضاء الفرنسي بعد حكم الدائرة الثانية في سنة 1885 واعتبر الخطأ مفترضا افتراضا لا يقبل اثبات العكس ولا يدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي .

ولما صدر القانون المدني المصري الجديد نص بالمادة 176 منه على أن " حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضلّ الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه " وهكذا أناط المسؤولية بالحارس لا بالمالك ، وقطع بأن الخطأ مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس ولا يدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي . وقد حذت القوانين العربية الأخرى حذوه ومنها القانون الجزائري كما سوف نرى في المادة 139 منه ، والقانون المدني السوري (المادة 177 منه) والقانون المدني الليبي (المادة 179 منه) وجاءت المواد 221 - 227 من القانون المدني العراقي والمادتان 129 - 130 من قانون الموجدات اللبناني متفقة في الحكم مع القانون المصري .

وهناك قوانين أجازت لحارس الحيوان أن ينفي الخطأ عن نفسه ، مثل القانون الألماني (م 834) والقانون النساوى (م 1320) والقانون البرتغالي (م 2394) وقانون الالتزامات السهرى (م 56) .

30 - المسؤولية من فعل الحيوان في القانون المدني الجزائري

نصت المادة 139 م ج على أن " حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضلّ الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه " .

وهكذا خالف القانون المدني الجزائري القانون المدني الفرنسي فأنطاط المسؤولية بحارس الحيوان بدلا من مالكه ، وقطع ، أسوة بالقوانين العربية الأخرى ، بأن الخطأ في هذه المسؤولية مفترض افتراضا لا يدحض إلا باثبات السبب الأجنبي ، أخذا بما وصل اليه القضاء الفرنسي في سنة 1885 .

ويقتضينا بحث هذه المسؤولية ، أن نستخلص من نص المادة 139 ما المراد بالحراسة ، ومن هو الحارس ، وما هو الحيوان ، وما هو الضرر الذي يحدثه ، وما هو مدى مسؤولية الحارس .

31 — ما المراد بالحراسة ومن هو الحارس ؟ (1)

يراد بالحراسة هنا la garde ما يراد بها في المسؤولية عن فعل الشيء ، أى السيطرة الفعلية على الحيوان ورقابته وتوجيهه ، بمستوى أن تكون هذه السيطرة قانونية أو غير قانونية ، ويفترض أن مالك الحيوان هو حارسه ، فإذا أحدث الحيوان ضررا بالخير ، فإن للمضرب أن يرجع على مالك هذا الحيوان ، ولهذا المالك أن يثبت أن حراسة الحيوان قد انتقلت الى غيره . والمنافع بالحيوان يكون هو حارسه مادامت له السيطرة الفعلية عليه ، فإذا لم تكن له هذه السيطرة ، كما هي الحال في مستأجر حصان ليركبه على أن يتولى حارسه قيادته ، فلا يكون مسئولا عما يحدثه من ضرر بل يسأل عنه الحارس .

(1) لمزيد من التفصيل بهذا الصدد ، أرجع الى الوسيط للسنهوري ج 1 ص 1194 وما يليها وكذلك الى : المسؤولية المدنية لحسين عامر ص 715 وكذلك الى : المسؤولية المدنية لسليمان مرقس ص 97 وما يليها .

ولا يعتبر راعي الحيوان ولا الخادم الذى يقوم بالعناية بالحيوان لحساب مخدومه ، حارسين ، وكذلك لا يعتبر الذى يدرب الحصان لحساب صاحبه حارسا . ولكن يعتبر حارسا للحصان الخيال Jockey الذى يمتطي ظهره ليتسابق به ، لأنه هو الذى يتولى السيطرة الفعلية والتوجيه على الحصان أثناء السباق (1) .

أما التابع فلا يعتبر حارسا للحيوان المملوك لمتبوعه ، بل الحارس هو المتبوع ، إلا اذا استولى التابع على الحيوان دون علم المتبوع أو دون إذنه واستخدمه لتأدية حاجاته الشخصية ، فانه يصبح هو حارسه الفعلي المسئول عنه .

وقد تساهل الفقهاء عما اذا كان الطبيب البيطرى حين يتولى علاج الحيوان ، أو البيطار le maréchal - ferrant الذى يتولى وضع الحذاء في أرجل الحصان ، يعتبران حارسين له (2) والواقع هو أنهما يعتبران حارسين له اذا انتقلت اليهما السيطرة الفعلية عليه ، أما اذا ظل صاحب الحصان ممسكا بزمامه أثناء اجراء العملية فان الحراسة تظل له .

واذا ضلّ الحيوان أو تسرب ، دون أن يضح أحد يده عليه ، فان مالكه أو حارسه يكون هو المسئول عما يحدثه من ضرر . أما اذا عثر شخص عليه ومارس حراسته ، فانه يكون هو المسئول عما يحدثه من ضرر واذا سلم الحارس حيوانا

(1) انظر الوسيط للسهمورى ج 1 ص 1197 .

(2) انظر في ذلك : المسؤولية المدنية لمازو ج 2 الفقرات 1104 - 1108 .

يعلم أنه شرس الى شخص يجهل شراسته ويكون عاجزا عن كبح جماحه ، فان الحارس يظل هو المسئول عنه .

32 - ما المراد بالحيوان هنا ؟

يراد بالحيوان في تطبيق المادة 139 م ج كل أنواع الحيوانات ، سواء كانت كبيرة كالفيلة والجمال أو صغيرة كالعصافير المستأنسة . ويدخل في مفهوم الحيوان هنا كل الدواب والدواجن وكل الطيور المستأنسة ، والدواجن والبهائم من خيل وبغال وحمير وبقر وغنم . ويصدق المفهوم على كل الحيوانات الأليفة كالكلاب والقطط والقردة والنسائيس ، ويصدق على الحيوانات غير الأليفة كالسباع التي يدربها الأشخاص أو يستخدمها أصحاب (السيرك) . وقد يعتبر الحيوان عقارا بالتخصيص اذا ألحق بعقار لخدمته أو لاستغلاله ولا يملح اعتباره كذلك من أن يظل حارسه مسئولاً عن فعله . ولكن لا يصدق مفهوم الحيوان على الحيوان الذي نفق ، بل يشترط أن يقع الفعل الضار من الحيوان وهو حي ، فاذا نفق أصبح شيئاً وأصبحت المسؤولية عنه مسئولية عن فعل الشيء غير الحي ، ولا فرق بين المسئوليتين في القانون المدني الجزائي ولكن يظهر الفرق في القوانين العربية الأخرى التي قصرت المسئولية الشئئية على الأشياء الخطرة وحدها ، والحيوان الذي نفق لا يعتبر شيئاً خطراً ، فاذا حدث منه ضرر فان صاحبه يسأل عنه مسئولية شخصية طبقاً لهذه القوانين .

33 - ما هو الضرر الذي يحدثه الحيوان ؟

كل ضرر يحدثه حيوان بفعله يسأل عنه حارسه ، ويشترط أن يكون تدخل الحيوان في احداث الضرر تدخلاً ايجابياً ، كما لو قام بعض الضرر أو نفسه

أو لطحه ، ولا يشترط في تدخله الايجابي أن يكون قد تمّ على إثرا احتكاك مادي بينه وبين المضرور ، بل يكفي أن ينسب الضرر الى فعل الحيوان ولو لم يحدث احتكاك مادي ، مثال ذلك أن يحدث زعر للمضرور بسبب عواء كلب يهيم بمهاجمته فيتعثر فيصاب بضرر .

وقد يدق الأمر في حالة ما اذا كان الحيوان يجر عربة وتتسبب الحربة في احداث الضرر ، فهل ينسب احداث الضرر الى الحربة أو الى الحيوان ؟ الواقع هو أنه لا فرق بين الحالتين بالنسبة الى القوانين التي لا تميز بين المسؤولية عن فعل الحيوان والمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية بصفة عامة ، ولما تظهر أهمية التمييز بين الفعلين بالنسبة الى القوانين الحرية السلبية تقيد المسؤولية عن فعل الشيء بالأشياء الخطرة ، والحرية التي تجررها الجياد ليست شيئاً خطراً في نظر هذه القوانين . ومع ذلك فللتمييز بين الفعلين أهمية في القوانين الأولى بالنسبة الى التأمين من المسؤولية ، فقد تكون شركة التأمين التي أمّنت لديها عن فعل الحيوان غير شركة التأمين التي أمّنت لديها عن فعل الشيء ، ولذلك ينبغي أن يعرف ما اذا كان الفعل ينسب الى الحيوان أو الى الحربة وكذلك قد يدق الأمر في حالة ما اذا كان الضرر قد حدث من فعل حيوان يمتطيه أو يقوده شخص ، اذ لو نسب الفعل الى الحيوان لا فترس خطأ المارس افتراضاً غير قابل لإثبات العكس ، ولو نسب الفعل الى الشخص ننان الخطأ واجب الاثبات طبقاً لقواعد المسؤولية عن الأفعال الشخصية .

ولكن كان قضاء محكمة النقض الفرنسية يسبب الفعل الى الراكب أو الى القائد (1) .

ولكن بعد أن صدر حكم النقض في قضية جاندير في سنة 1927 وقرر أن المادة 1384/1 لا تفرق بين ما اذا كان الشيء محرّكا بيد الانسان أو غير محرّك ، عدل القضاء الفرنسي عن نسبة الفعل الى الشخص في مثل هذه الحالة وأصبح يسبب الفعل الى الحيوان (2) .

ولكن يلاحظ أنه اذا كان قائد الحيوان أو ممتطيّه قد تعمد أن يستعمله كأداة لحدوث الضرر ، وثبت عليه التعمد ، فإن قواعد المسؤولية الشخصية هي التي تطبق عليه ، فيجب على المضرور اثبات الخطأ عليه ، وهكذا يكون المتعمد أحسن حالا ممن لم يتعمد .

ويشترط أن يقع الفعل الضار من الحيوان على غير حارسه ، لأن الغير هو وحده الذي يستفيد من افتراض الخطأ . واذا أوقع الحيوان الضرر بحارسه ، وكان الحارس غير المالك ، فلا يجوز للحارس أن يرجع على المالك بالخطأ المفترض ، بل يجب عليه أن يثبت خطأه طبقا لقواعد المسؤولية عن الأفعال الشخصية ، أما العكس فهو غير صحيح ، فاذا أحدث الحيوان ضرا بالمالك ، وكان حارسه شخصا آخر ، فللمالك أن يرجع على الحارس بالخطأ المفترض .

(1) انظر في ذلك مثلا حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1901/5/6 المنشور في سيريه سنة 1902 عدد 1 برقم 286 وحكما آخر منها في 1908/5/11 لشرفي د اللوز سنة 1911 عدد 1 برقم 399 .

(2) انظر في ذلك مثلا حكما لمحكمة النقض صدر في 1928/1/30 لشرفي في سيريه سنة 1928 عدد 1 برقم 177 وحكما آخر في 1930/6/24 لشرفي في سيريه سنة 1931 عدد 1 برقم 121 .

وإذا أحدث الحيوان الضرر بالتابع الذي لم تكن له عليه السيطرة الفعلية ،
فإن للتابع أن يرجع على المتبوع طبقا لقواعد المسؤولية عن فعل الحيوان ، لأن
المتبوع هو حارسه الأصلي .

وإذا تسبب الحيوان في أحداث ضرر لحيوان آخر ممنوك لخير حارسه فإن
لصاحب الحيوان المضرور أن يرجع على حارس الحيوان الذي أوقع الضرر طبقا
لقواعد المسؤولية عن فعل الحيوان .

وبلاحظ أن المسؤولية عن فعل الحيوان تكون عقدية ، إذا كان بين الحارس
والمضرور عقد وترتب عن فعل الحيوان الاخلال بالتزام عقدي ، كما لو كان حارس
الحيوان قد أجره لشخص ليركبه فأحدث الحيوان ضررا براكبه المستأجر له (1) .

34 - ما مدى مسؤولية حارس الحيوان ؟

سبق أن رأينا أن مسؤولية حارس الحيوان كانت في بادئ الأمر واجبة
الاثبات ، إلى أن صدر ، في سنة 1885 ، حكم محكمة النقض الذي سبق
الإشارة إليه ، والذي جعل الخطأ فيها مفترضا افتراضا لا يقبل اثبات العكس ،
ولا يدحض إلا باثبات السبب الأجنبي . وبعد أن اكتشفت الفقرة الأولى من
المادة 1384 ، الخاصة بالمسؤولية عن فعل الشيء غير الحي ، أخذت
المسؤولية عن فعل الحيوان تواكب تلك المسؤولية ، وتتأثر بتطور القضاء بصدد ها ،
سواء من حيث الحراسة ، أو من حيث تدخل الشيء ، أو من حيث السبب
الأجنبي .

(1) الوسيط للسنهوري ج 1 ص 1202 فقرة 704 .

وعلى ذلك فمعلني من أصابه الضرر بفعل حيوان أن يثبت أمرين : الأول :
هو أن الشخص الذي يرفع عليه اند عوى هو حارس الحيوان ، وقد رأينا أن مالك
الحيوان يعتبر هو حارسه ، حتى لو ضلّ الحيوان أو تسرب ، وأنه لا يستطيع أن
يتغلب من افتراض حراسته إلا إذا أثبت انتقال الحراسة إلى غيره . الأمر الثاني :
هو أن يثبت الضرر أن الضرر قد حدث بفعل الحيوان ، ومتى أثبت الضرر
هذين الأمرين ، افتراض خطأ الحارس ، ولا يستطيع أن يتغلب من مسؤوليته إلا
بإثبات السبب الأجنبي ، بالشروط التي ذكرناها بمسند المسؤولية من فعل
الشيء غير الحي .

وقبل الانتهاء من هذه المسؤولية ، لا بأس من إيراد بعض الأمثلة التي
أشار إليها الأستاذ السنيهوري في الوسيط (1) .

فقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بالاسكندرية في 3 / 4 / 1930 بأن
حارس الكلب مسئول عما أحدثه الكلب من ضرر بشخص دخل الحديقة وهو عالم
أن الكلب خطر ، وكان الكلب مطلق السراح فمضيه ، وقال الحكم أنه كان حارس
حارس الكلب ألا يتركه مطلق السراح وهو يعلم أنه خطر .

ولكن لا يكون حارس الكلب الخطر مسؤولاً عما يحدثه الكلب من ضرر إذا كان
قد وضعه في حظيرة وربطه بوث وكتب على باب الحظيرة تحذيراً من خطر الكلب ،
ومع ذلك دخل الضرر الحظيرة واستفز الكلب فمضيه ، إذ يكون الضرر قد حدث
بخطأ الضرر .

وما سبق أن قلناه عن مسؤولية غير المميز عن فعل الشيء غير الحي ، يصدق
على مسؤوليته عن فعل الحيوان ، خلافاً لما يراه الأستاذ السنيهوري (2) .

(1) ج 1 بند 704 هامش 3 ومن 2201 نفس البند هامش 3 .

(2) ج 1 بند 708 من 2205 من الوسيط .

المطالب السابع

مسئولية الانسان عما يحدثه تهديم البناء من ضرر

3 - نبذة تاريخية من هذه المسؤولية

عرف تشريع حنوريابي الصادر في سنة 1728 قبل الميلاد ، المسؤولية عن سقوط البناء ، وقد كانت المادة (230) منه تنص بأنه اذا سقط البناء وقتل ابن مالك ، قضي بقتل ابن الباني .

وعرف القانون الروماني هذه المسؤولية أيضا وكان يقرر أنه اذا تهدم بناء وسبب ضررا للغير ، فلمن أصابه الضرر أن يستولي على ألقاض البناء على سبيل التعويض . وهذا هو نظام الترك العيني ، *l'abandon noxal* . وقد طوّر القانون المريتوري هذه المسؤولية ، فجعل للجار المهدد بتهديم بناء مجاوره ، الحق في أن يطالب مالك البناء المهدد بالسقوط ، بتقديم كفالة تسمى : *cautio damni infecti* ، تضمن له الحصول على التعويض اذا تهدم البناء وأحدث له ضررا . واذا رفض مالك البناء المهدد بالسقوط تقديم هذه الكفالة ، كان للجار المهدد الحق في أن يستولي على البناء الذي يهدده وأن يقوم هو نفسه بإجراء الاصلاحات اللازمة له حتى يزيل خطر تهديمه ، على أن تكون نفقات هذه الاصلاحات على حساب المالك .

وقد انتقلت أحكام هذه المسؤولية من القانون الروماني الى القانون الفرنسي القديم ، ولكن هذا القانون لم يأخذ بالترك العيني ولا بفكرة الاستيلاء على البناء ، بل جعل للجار المهدد بتهديم بناء مجاور له الحق في

توجيه اذار الى مالك البناء المهتد أو رفع دعوى أمام القضاء يطالبه بالقيام باصلاح البناء ، فاذا لم يتم باصلاحه كان للجار المهتد أن يطلب اذنا من القضاء يسمح له بالقيام باجراء الاصلاح النازم بناء على تقرير يفصحه بخبراء ، على أن تكون نفقات الاصلاح على عاتق مالك البناء ، أو أن يؤذن له بهدم البناء المهتد بالتهدم .

أما اذا تهدم البناء قبل اتخاذ هذه الاجراءات الوقائية ، فقد كان على مانته إما أن يدفع تعويضا نقديا للجار الذي أصيب بضرر من جراء التهديم ، وإما أن يترك له ألقاب البناء الذي تهدم (1) .

ثم نقض واضعو القانون المدني الفرنسي أحكام المسؤولية عن تهديم البناء عن القانون الفرنسي القديم ، غير أنهم لم يتناولوا حكم اجراءات الوقاية التي كانت مبرورة في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم ، واقتصروا في المادة 1336 على النص التالي : " مالك البناء مسئول عما يحدثه انهيار البناء من ضرر اذا كان الانهيار ناشئا عن تقصير في صيانته أو بسبب عيب في تشييده " ، وهكذا أهمل النص اجراءات الوقاية ولم يتعرض لمدى مسؤولية مالك البناء ، ولكن الرأي قد استقر في فرنسا فقها وقضاء على أن الضرر من التهديم هو الذي يقع على عاتقه عبء اثبات أن الضرر قد نشأ من تهديم البناء بسبب تقصير في صيانته أو عيب في تشييده (2) .

(1) أرجع في تفصيل ذلك الى ما زو المسؤولية المدنية ج 1 بند 1019 و ج 2 بند 1019 - 1070 .

(2) انظر مثلا حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 16 جويليه سنة 1903 المنشور في دالوز سنة 1904 عدد 1 برقم 33 وأرجع الى ما زو في ارجع السابق المذكور .

البناء من ضرر ، ولو كان الهدم جزئيا ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه الى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه " .

ويقتضينا شرح هذا النص أن نبحت عما هو المقصود بالبناء ، وبالتهدم ، ومن هو المسئول ، وما مدى مسئوليته ، وكيف يستطيع أن يتخلص منها .

36 — المقصود بالبناء (1)

يراد بالبناء هنا ، كل مجموعة من المواد ، سواء من الحجارة ، أو من الطوب ، أو من الخشب ، أو من الحديد ، أو من الطين ، شيدتها يد الإنسان فوق الأرض أو في باطنها ، واتصلت بالأرض اتصال قرار . ويستوى أن يكون البناء قد شيد بقصد سكنى الإنسان ، أو بقصد إيواء الحيوان ، أو تربية الدواجن ، أو كحظيرة للخيل ، أو كمستودع للبضائع ، أو كمخزن للحبوب ، كما يستوى أن يكون لخير هذا القصد ، كالجدران ، والأعمدة المثبتة بالأرض ، وكالقناطر ، والسدود والجسور ، والأنفاق ، والمصارف ، وأبواب المجارى والمياه والخازن ، ويصدق مفهوم البناء هنا أيضا على أجزاء العقار التي تعتبر من ملحقاته ، مثل النوافذ والشرفات ، والأسوار ، ودرجات السلم ، ومسندة (rampes) ، وليس من الضروري أن يكون البناء قد شيد بقصد الدوام ، بل يكفي أن يستقر على ظهر الأرض أو في باطنها ، ولو كان استقرارا مؤقتا ، مثل أكشاك البيع ، وكابينات الاستحمام ومعارض البضائع . كما أنه ليس من اللازم أن يكون البناء قد تم تشييده ، بل لو حدث التهدم في خلال تشييده كان المالك هو المسئول ،

(1) انظر في ذلك الوسيط للسهرورى ج 1 بند 714 .

ويرجع بالمسئولية على المقاتل . وقد كانت المحاكم الفرنسية تعتبر المصعد
د اخلا في مفهوم البناء ، ولكنه أصبح اليوم خاضعا للمسئولية عن الأشياء غير
الحية .

ويخرج من مفهوم البناء ما يعتبر عقارا بالتخصيص ، لأنه منقول بطبيعته ،
مثال ذلك آلات الحرث والرى غير المثبتة بالأرض ، وأحواض الزهور ، وأحواض
أسماك الزينة . وكذلك تخرج عن مفهوم البناء أسلاك الكهرباء ، وأسلاك
التليفون المعلقة ، وتطبق على هذه الأسلاك أحكام المسئولية عن الأشياء غير
الحية (م 138) ، وكذلك لا يصدق مفهوم البناء على الأرض اذا تشققت
وأحدث تشققها ضرا ، ولا على الأشجار اذا اقتطعت الهواء وألقي بها على
الأرض فأحدثت ضرا ، فهي تدخل في نطاق المسئولية عن الأشياء غير
الحية .

37 - المقصود بالتهديم (1)

يراد بالتهديم انهيار البناء وتفككه ، سواء كان كليا أو جزئيا ، ومن هذا
القبيل انهيار السقف أو السافذة ، أو الشرفة . وقد قضت محكمة النقض
الفرنسية بأن الانهيار يصدق على كل تهديم ، ولو كان جزئيا ، يحدث تهديم
البناء نفسه أو في أحد عناصره ، مثل مصعد السلم (درابزين rampo) أو سور
البناء ، متى كانا من مجتمعين في البناء بمقتضى دالة (2) .

(1) أرجع الى الوسيط للسياسي ج 1 بند 736 ومصادر الالتزام لأبيور سلطان
بند 545 .

(2) انظر حكمها الصادر في 13/5/1953 المنشور في د اللوز سنة 1953
برقم 515 وحكمها الصادر في 30/11/1977 د اللوز 1978 برقم 801 .

وليس من الضروري أن يحدث التهدم في بناء قديم ، بل قد ينهار المبنى الجديد لحبيب في تشييده ، ويكون رجوع المضرور على المالك ، وللمالك الحق في الرجوع على المقاول وعلى المهندس المعماري طبقا لنص المادة 554 لمدة عشر سنين ويكونان متضامين .

ويجب أن يكون التهدم هو السبب في أحداث الضرر ، فلو سقط شي * من نافذة منزل على شخص وأصابه بضرر ولم يكن السقوط بسبب الانهيار فلا ينطبق حكم المادة 140/2 بل نص المادة 138 م ج . ولو احترق المنزل وتسبب عن حريقه ضرر للجيران أو للخير ، فلا يعتبر الضرر ناشئا عن التهدم مادام البناء لم يتهدم من الحريق ولكن تطبق في هذا الصدد أحكام المسؤولية عن الحريق ، التي سوف نعرض لها فيما بعد .

38 - من هو المسئول ؟

سبق أن ذكرنا أن القانون المدني المصري يبيط المسؤولية بالحارس لا بالمالك ، وأن القوانين العربية الأخرى قد حذت حذوه ، وذلك تمشيا مع أحكام المسؤولية عن فعل الأشياء الحية وغير الحية . أما القانون المدني الجزائري فقد حذا حذو القانون المدني الفرنسي وحذو المشروع الفرنسي الايطالي وألغى المسؤولية هنا بالمالك وعليه فالمالك هو المسئول عما يحدثه تهدم البناء من ضرر ، والمفروض أن المالك هو الذي له السيطرة الفعلية على البناء . ويسأل المالك ولو كان البناء بين يدي مستأجر (1) ، بل ولو تقدر

(1) حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 28 / 1 / 1936 نشر في د اللوز الأسبوعي سنة 1936 برقم 148 .

الاستيلاء عليه من السفطة العامة (1) .

ويعتبر بائع العقار قبل تسجيل عقد البيع هو المالك ولو كانت العقارات مخصصة
الى المشتري ، لأن ملكية العقار لا تنتقل ، لا فورا بين المتعاقدين ولا بالتسليم
الى الخير إلا بعد التسجيل (م 298 م ج 1) ، ويعتبر دائما للراهن المالك
وسجل عقده ، ولو كان العقد معلقا على شرط فاصح أو غير ذلك ، فليس
مادام الشرط لم يتحقق ومادام الأجل لم يحل ، يظل المالك هو المالك
على أرضه بمواد مملوكة للخير (م 288 م ج 1) .
كما يعتبر مالكا من يقوم منشآت على أرضه المملوكة له أو يملكها
نية طالما أن صاحب الأرض لم يطلب إزالتها (م 289 م ج 1) .
والراهن لعقار رهنا حيازيا هو مالك العقار بالرغم من انتقاله الى الراهن
المرتهن ، ويظل هو المسئول عما يحدث من ضرر ، ولا يعتبر مسئولاً عن
الارتفاع ولا صاحب حق الاستعمال ولا صاحب حق السكنى ، ولكن ، فإن كان
المسئول هو صاحب حق الرقبة .

39 — ما مدى مسئولية مالك البناء ؟

مسئولية مالك البناء مفترضة ، فإذا تهدم البناء ، كليا أو جزئيا ، والضرر
إذا أحدث التهدم ضرا للخير ، أن هذا الضرر قد حدث بسبب إهمال المالك
الصيانة ، أو بسبب قديم البناء ، أو بسبب زلزال ، أو بسبب أسباب أخرى ،
أن التهدم لا يرجع سببه الى أحد هذه الأسباب الثلاثة ، فإذا لم يثبت أن

(1) حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 12/12/1955 ، وهو أساسي
دالوز سنة 1956 برقم 196 .

ذلك افترضت مسؤوليته افتراضاً لا يقبل اثبات العكس ولا يدحضه إلا اثبات
السبب الأجنبي ، ويلاحظ أن القانون الفرنسي لم يذكر عيب قدم البناء ، ولكن
الفقه والقضاء يضيفانه .

وليس على المضرور إلا أن يثبت أن ضرراً أصابه بسبب تهديم البناء ، فإذا
أثبت ذلك ، افترضت مسؤولية المالك عن التهديم ، وافترض أن التهمد يرجع سببه
إلى أحد العيوب الثلاثة السابقة .

وقد سبق أن ذكرنا أن القانون المدني الفرنسي يضع على متق الخضر
أثبات أن الضرر حدث بسبب التهديم وأن التهمد يرجع إلى نقص في الصيانة أو
سبب في التشييد ، فهو إذن أشد قسوة على المضرور من القوانين الجزئية .

40 - كيف يستطيع المالك أن يتخلص من هذه المسؤولية ؟

إذا استطاع المالك أن يثبت أن تهديم البناء يرجع إلى سبب أجنبي لا يد
له فيه ، أو بفهم علاقة السببية بين التهديم والضرر ، انتفت مسؤوليته .

ويحلل الأستاذ السهموري (1) ذلك فيما يلي : " أن الخطأ المفترض في
جانب الحارس (المالك طبقاً للقانون المدني الجزائري) ذو شقين : الشق
الأول منه يقوم على أن التهديم سببه إهمال في صيانة البناء أو تجديده أو
إصلاحه ، والشق الثاني يقوم على أن هذا الإهمال منسوب إلى الحارس (المالك) ،
والشق الأول من هذا الخطأ يقبل اثبات العكس ، أما الشق الآخر فلا يقبل
اثبات العكس .

(1) أرجع إلى الوسيط للسهموري ج 1 بند 721 .

وتفصيل ذلك أن حارس (مالك) البناء يستطيع أن ينفي الشق الأول ، بأن يثبت أن التهمم ، ليس سببه إهمالا في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه ، وهو يستطيع ذلك بأحدى وسيلتين ، إما بإثبات أن البناء لم يكن في حاجة إلى ترميم أو إلى تجديد أو إلى إصلاح ، بل كان الحارس (المالك) قادرا كما ينبغي على صيانته وتجديده وإصلاحه ، وإما بإثبات أن التهمم كسكان نتيجة لسبب غير ذي علاقة إلى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح فسادا قام بهذا الأضرار دفع من نفسه الخطأ المفترض ووجب تطبيق القواعد العامة ، وتعين على المفسر أن يثبت خطأ في جانبه . أما إذا لم يستطع أن ينفي الشق الأول ، يثبت هذا الشق مفترضا في جانبه ، وكذلك يبقى الشق الثاني مفترضا لأن افتراضه لا يقبل إثبات العكس .

وأما لا أوافق الأستاذ السبكي في قوله بأنه إذا دفع (المالك) ضمن نفسه الخطأ المفترض ، وجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وتعين على المفسر أن يثبت خطأ في جانبه ، لأن هذا إذا صح في القانون المدني المصري الذي لا يمسائل حارس المبنى في المسؤولية إلا إذا يكون منها خطريا ، فإنه لا يصح فسخ القانون المدني في الجزائي الذي يجمع المسؤولية عن كل الأشياء غير المشيئة ، ومن ذلك نلاحظ أن استخدام القانون المدني الجزائي ، إذا لم يتوافر شروط المسؤولية عن ترميم المبنى ، واستطاع المالك أن يثبتها بطلان التهمم ، التي يجب أن يمس بها تارك المبنى ، فالمستدبر أن يرجع إليه بالمسؤولية عن فعل الأضرار من الجهة التي كانت تحت إشرافه وهذا المعنى قد ثبتت أنه أثر المدعي محكمة النقض قد قبلت في حكم لها بتاريخ 1960 / 7 / 26 (أما قاله) (أما قاله) في الحكم في المطالبة 1960 / 7 / 26 بقرعة 100 ،

" أما إذا توافقت شروط المسؤولية من البناء وجب تطبيق نص المادة 286 من المادة 3/2862 ، وإذا لم تتوافر شروط المسؤولية من تهميد البناء تطبق أحكام المادة 3/2862 . "

مادة 3/2862 من القانون رقم 15/1962

من أن البناء أن القانون الروماني ، وكذلك القانون الفرنسي القديم ، كان يتناول من حكم المسؤولية الوقائية لجهة الأضرار التي ربما تترتب على تهميد البناء ، وهذا هو الحال في قانون نابليون هذه التدابير الوقائية ولم يتناولها في المادة 180 ، مع أن التعديلات الحديثة قد أخذت بها ، فتناولها القانون الفرنسي في المادتين 80 و 85 من القانون البولوني في المادة 151 منه ، مما تكون الفرنسي في المادة 85 منه .

وهذا هو نص القانون المدني المصري الجديد حكم التدابير الوقائية من المادة 2/277 منه بأنها ثم نقل القانون المدني الجزائري الذي كان يجرى فيها في الفقرة الثالثة من المادة 140 التي تنص على ما يلي : " من يترك أو يهمل في إجراء التدابير الوقائية من البناء أن يطالب المالك بالتدابير الوقائية الضرورية للوقاية من الخطر فإن لم يرق المالك بذلك ، فإن المالك يتحمل المسؤولية في اتخاذ هذه التدابير على حسابه . "

ولذلك أن القانون المدني المصري نص في المادة 2/177 بأن المطالبة بوجوب تدابير الوقاية على المالك ، مع أن المالك في هذا النص هو المسئول ، ولم يأت هناك نص يحكم من هذا النص ومن المادة 567 الواردة في

عقد الايجار وهي تجعل على المؤجر (وهو المالك غالبا) أن يتعهد العيّن المؤجرة بالصيانة ولم تضع هذا الالتزام على عاتق المستأجر ، وقد يكون هو الحارس . وقد جرى القانون المدني الجزائري القانون المصري في التزام المؤجر بالصيانة (م 479) .

وتطبيقا لنص الفقرة الثالثة من المادة 140 م ج ، يكفي أن يكون البناء مهددا بالسقوط وان لم يقع الانهيار فعلا ، وتقدير هذا التهديد مستترك للقضاء ، فهو الذي يقدر ما اذا كان المبنى مهددا أو غير مهدد بالسقوط . ويستوى أن يكون المهدد بالانهيار المبنى من بين سكانه أو من الجيران ، ولكن من المعقول ألا يكون من المارة . واذا تحقق أن هناك تهديدا بالخطر فيكلف المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء هذا الخطر ، واذا لم يستجب المالك لهذا التكليف ، فللمهدد بالخطر أن يطلب من المحكمة أن تأذن له باتخاذ التدابير الوقائية على نفقة المالك . واذا فرض أن حارس المبنى هو الذي تولى اجراء هذه التدابير الوقائية ، وكان الحارس غير المالك ، فان له أن يرجع بما أنفقه فيها على المالك ، لأن هذا الأخير هو المسئول عنها .

* * *

المطلب الثامن

المسئولية عن الحريق

42 — نبذة تاريخية

لم تعرف المسئولية عن الحريق بصفة خاصة لا في القانون الروماني ولا في القانون الفرنسي القديم ولا في تقنين نابوليون عند وضعه في سنة 1804 . وعند ما اكتشفت الفقرة الأولى من المادة 1384 اقتصر تطبيقها فيما يتعلق

بالحريق على ما يتصلق بالحريق الذي يمتد من المنقولات ويصيب الغير بضرر. أما الحريق الذي ينشأ في العقارات ويمتد منها إلى عقارات أخرى فقد ظل خاضعاً لأحكام المادة من 1382/1383 الخاصة بالخطأ الواجب الإثبات. وظل الأمر يسمو على هذا النحو في القضاء إلى أن صدر حكم محكمة النقض في 15 مارس 1921 في قضية براميل الممنوع التي سبقت الإشارة إليها. وقد سبق أن ذكرنا أن شركات التأمين وملاك التأمينات قاموا بحملة لدى مجلس النواب طالبوا فيها بإصدار تشريع يستثني من الفقرة الأولى بالمادة 1384 الحريق الذي يمتد إلى عقارات مجاورة للعقار الذي نشب فيه الحريق ويخضعه لإثبات الخطأ طبقاً للقواعد العامة.

وقد استجاب المشرع الفرنسي لهذه الحملة وأصدر قانوناً بتاريخ 2 نوفمبر سنة 1922 أضاف به فقرة ثانية إلى المادة 1384 نص فيها على ما يلي: "وبعد ذلك فكل من يجوز بأى سبب كان عقاراً أو جزءاً من عقار أو أموالاً منقولة ويصيب فيها حريق ولا يكون مسؤولاً إزاء الغير عن الأضرار التي تنشأ عن هذا الحريق إلا إذا ثبت أن الخطأ ينسب إليه أو إلى الأشخاص الذين هم مسؤولون عنهم".

وبعدت الفقرة الثانية من هذا القانون وهي التي أصبحت الفقرة الثالثة للمادة 1384، على أن هذا النص لا يمسى على العلاقات القائمة بين المواجهين والمستأجرين التي تظل خاضعة لأحكام المادة من 1733 - 1734 من القانون المدني "ومما تان المادة تان وردت في عقد الإيجار، فالسؤولية فيهما مقدية. وعلى الرغم من أن هذا القانون قد أحدثت ضجة كبرى في محيط الفقهاء الفرنسي الذي اعتبره استثناء لا مبرر له، ومطالبة لبعض الحوافظ (2) فقد (7) أشار في ذلك : المسؤولية المدنية، سارو، ج 2، عدد 1384.

جارى القانون المدني الجزائرى المشرع الفرنسى فى هذا الحكم ، كما أن المشروع الفرنسى الايطالى قد أخذ بنفس الحكم فى المادة 2/82 منه .

أما المشرع المصرى فلم ينص على مثل هذا الاستثناء ، وعلى ذلك فطبقا للقانون المدني المصرى يخضع الحريق الذى يمتد من أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو من آلات ميكانيكية لحكم المادة 178 التى تفترض الخطأ افتراضا غير قابل لاثبات العكس ، أما الحريق الذى يمتد من أشياء غيرها فيخضع الخطأ فيه لاثبات طبقا للقواعد العامة . وأما الحريق الذى ينشأ فى عين مؤجرة فهو يخضع لحكم المادة 584 م م ، وتكون المسئولية فيه عقدية .

43 - المسئولية عن الحريق فى القانون المدني الجزائرى

نقل القانون المدني الجزائرى حرفيا نص الفقرة الأولى من قانون 7 نوفمبر سنة 1922 الذى صدر فى فرنسا ، فنصت الفقرة الأولى من المادة 140 م ج على أن : " من كان حائزا بأى وجه كان لعقار أو جزء منه أو منقولات حدث فيها حريق ، لا يكون مسئولا نحو الغير عن الأضرار التى سببها هذا الحريق إلا اذا أثبت أن الحريق ينسب الى خطئه أو خطأ من هو مسئول عنهم " ، أما الفقرة الثانية من القانون الفرنسى ، فقد أورد القانون الجزائرى حكمها فى عقد الايجار ، المادة 496 ، التى تعتبر المسئولية فيها عقدية .

واذن فطبقا للقانون المدني الجزائرى ، تخضع المسئولية المترتبة على الحريق الذى ينشأ فى عقارات أو فى منقولات للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة 124 م ج ويخضع الخطأ فيها لاثبات ، استثناء من أحكام المسئولية

عن فعل الشيء غير الحي ، المنصوص عليها بالمادة 138 ، ولم يكن المشرع الجزائري بحاجة الى هذا الاستثناء لأنه لم يتعرض لما تعرض له المشرع الفرنسي من ضغط من شركات التأمين وملاك الغابات في فرنسا ، وكان ينبغي أن يترك المسؤولية عن الأضرار التي يحدثها الحريق لحكم المادة 138 إذ لا معنى مطلقا لاستثناء المسؤولية عن الحريق هنا ، لاسيما وقد تعرض قانون 1922/11/7 لنقد مثير من الفقه الفرنسي .

والمسئول عن أضرار الحريق طبقا للقانون المدني الجزائري هو الحائز لا المالك ، فالحائز يعتبر هو الحارس للعقار أو للمنقول الذي شب فيه الحريق ، سواء كانت حيازته تستند الى حق مشروع أو لا تستند ، واذن فسارق المنقول الذي يشب فيه حريق يعتبر هو حارسه المسئول عما يحدثه من أضرار . ويستوى أن ينسب الخطأ الى الحائز نفسه أو الى من هو مسئول عنهم كالموضوعين تحت الرقابة والتابعين ومن يعيشون معه .

44 — ما المراد بالحريق ؟

المقصود بالحريق هو اشتعال النار في عقار الحائز أو في منقلبه ، يستوى في ذلك أن يكون سبب الحريق محدد أو غير محدد (1) . وقد استبعدت الأعمال التحضيرية لقانون 7 نوفمبر سنة 1922 الفرنسي الانفجار الذي يحدث حريقا (2) . ومما لا شك فيه أنه اذا كان الانفجار قد نتج عن الحريق فلا معنى

(1) حكم محكمة النقض الفرنسية في 9/6/1966 أورده مازو في كتابه المسؤولية المدنية ج 2 فقرة 1361 هامش 11 .

(2) انظر في ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 14/2/1928 نشر في دالوز سنة 1928 عدد 1 برقم 130 .

لاستبعاد تطبيق حكم الحريق .

ولكن يخرج عن حكم الحريق ما يحدث من اشتعال نار في مال الغير
نتيجة تطاير شرر من مدخنة قطار أو من آلات الحصاد أو الرى (1) .

45 — أما الحريق الذى ينشأ في عقار مستأجر فان الأضرار التى تنشأ عنه
تنسب الى خطأ المستأجر ، ويفترض خطؤه افتراضا لا يقبل اثبات العكس ،
والمسئولية فيه عقدية ، ولا يستطيع المستأجر أن يتخلص منها إلا باثبات
السبب الأجنبي . وإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد وشب الحريق في
العقار دون أن يعرف الجزء الذى شب فيه ، فان المستأجرين يسألون عن
الأضرار الناجمة عن هذا الحريق كل بنسبة الجزء الذى يشغله من العقار ،
وإذا كان المؤجر يشغل منه جزءا فيسأل مع المستأجرين بنسبة الجزء الذى
يشغله ، ولكن إذا ثبت أن الحريق شب في جزء معين من العقار يشغله
مستأجر منهم ، فان هذا المستأجر يسأل وحده عن تعويض الأضرار الناجمة عن
الحريق دون المستأجرين الآخرين .

* * *

(1) لقض فرنسي في 20 / 1 / 1948 د اللوز سنة 1948 برقم 201 .

الفصل الثالث

التعويض

المطلب الأول

لبذة تاريخية

1 - لم تكن الانسانية في بدء طفولتها ، تعرف المسئولية المدنية كما نعرفها اليوم ، وكانت فكرة الأخذ بالتأثر والانتقام *la vindicta privata* ممن أتى فعلاضارا هي التي تسود لدى الجماعات البدائية ، فمن يصاب بضرر لم يكن يدور بخلده أن يطلب عنه تعويضا كما هي الحال اليوم ، بل كان كل ما يشغل باله وبأل جماعته هو الانتقام من الجاني واعتبار جماعته كلها مسئولة عما أحدث من ضرر . ولذلك بدأ الانتقام جماعيا ، تقوم به قبيلة المجني عليه ضد قبيلة الجاني ، أو تقوم به عائلة المجني عليه ضد عائلة الجاني ، اذ لم تكن الدولة بالمعنى المعروف اليوم قد تكونت بعد ، بل كان شيخ القبيلة أو رب الأسرة هو الذى يطلي الانتقام ، ويرسم كيفية القيام به ، وقد كان الانتقام قديما هو أهم سبب من أسباب نشوب الحروب بين القبائل .

ثم تطورت فكرة الانتقام شيئا فشيئا ، وتهدبت ، وأصبحت تقتصر على رد الاعتداء بمثلّه ، فالسن بالسن ، والعين بالعين ، وهذا هو ما سمي بقانون القصاص *la loi du Talion* .

ولم يكن المعتدى عليه يفرق بين ما اذا كان الاعتداء عليه متعمداً أو خاطئاً ، ولا يميز بين ما اذا كان المعتدى رشيداً أو غير رشيد ، مميّزاً أو غير مميّز . ذلك أن المعتدى عليه لم يكن يفكر بتاتا في اصلاح ما سببه له الفعل الضار ، وإنما كان يسعى فقط الى اشباع شهوة الانتقام في نفسه بصرف النظر عما أصابه من ضرر ، وعن مدى هذا الضرر ، أى لم يكن هناك تقابل بين فداحة الضرر وجسامة الخطأ ، بل هناك اشباع لشهوة بهيمية لدى المعتدى عليه ولدى عشيرته أو أسرته . وكثيرا ما كان النزاع بين القبيلتين أو بين الأسرتين ينتهي بتسليم المعتدى للانتقام منه شخصيا ، وهذا هو أصل ماسمي بالترك العيني أو l'abandon noxal الذى عرفته الشرائع القديمة وعرفه القانون الروماني ، وما زال معمولاً به حتى الآن في اطار القانون التجارى البحرى الذى يعرف ترك السفينة للدائنين .

ولقد كان قانون حمورابي الذى حكم بابل لمدة 42 عاما منذ سنة 1728 ق.م. أقسى القوانين وأشد ما مغالاة في فكرة الانتقام ، فكان مثلاً يقضي بأنه : " اذا قام بناءٌ ببناء منزل فتهدم وقتل ابن صاحب البناء ، استحق عقابه بقتل ابنه ، واذا ضرب شخص بنتا فماتت حكم بالموت على ابنته " . وقد اختلفت العقوبات في هذا القانون بين قطع الأصابع ، وقطع اليد ، وجذع الأنف ، والاعدام بالشنق ، أو بالا حراق ، أو بالرمي في حفرة .

2 — في القانون الروماني

عرف القانون الروماني أيضا في بدء مهده نفس المبدأ من القسوة الشديدة التي عرفها قانون حمورابي ، ولكنه تطور سريعا ووصل الى نظم خففت من حدة

شهوة الانتقام . فلشأ فيه نظام التحكيم الاختياري ، وبمقتضاه كانت أسرة المحدثى عليه أو قبيلته تتفق مع أسرة المعتدى أو مع قبيلته على أن يعهد بالفصل في النزاع الى شيخ من أو الى رجل دين يكون حكما بينهما . ثم عندما قويت شوكة الدولة الرومانية جعلت التحكيم اجباريا ، وألزمست المتخاصمين باختيار حكم يفصل بينهما ، وينقضي بما يراه من تعويض عن الضرر الذى أحدثه المعتدى ، على أن تتولى الدولة تنفيذ حكم الحكم .

ثم ما لبثت الدولة الرومانية أن وضعت قانون الألواح الاثنى عشر *la loi de douze tables* ، الذى لم يعرف تاريخ صدره على وجه التحديد ، وقد أجاز هذا القانون الانتقام في بعض الحالات وحرّمه في بعض الحالات الأخرى التي وضع بصدد ها نظام التعويض الاجباري ، واعتبر التعويض في هذه الحالات التزاما قانونيا جنائيا يثقل عاتق المسئول شخصيا وينقضي بموته فلا ينتقل الى ورثته .

وكان هذا التعويض يؤدي أحيانا في صورة مبلغ من المال ، وأحيانا أخرى في صورة أداء عيني ، وكان يباح للأفراد أن يتفقوا على مقدار التعويض . وكان هذا التعويض يقدر بحسب مراكز الخصوم لا بحسب جسامه الضرر .

ثم انتهى القانون الروماني الى تحريم فكرة الانتقام نهائيا ، وبعد أن كان يترك للأفراد حرية تقدير التعويض ، تدخل القانون في تقديره وجعله الزاميا ، وهذا هو ما سمي قديما بنظام الدية ، التي كانت أولا اختيارية ، ثم صارت اجبارية .

غير أن الدية ظلت تتسم بالصيغة الجنائية ، فكان ينظر اليها باعتبارها عقوبة جنائية شخصية تنقضي بوفاة المحكوم عليه بها .

وقد كان قانون الألواح الاثنى عشر يحدد تحديداً ضيقاً ما هي الجرائم التي تقع على الأفراد ويترتب عليها التعويض ، ثم جاء بعده قانون أكيليا Aquilia الذي صدر على الأرجح في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد ، فحدد الجرائم التي يعاقب عليها والتي يحكم فيها بالتعويض ، وفصل بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة ، ولم يكن يقضي بالتعويض إلا في الجرائم التي نمر عليها ، أى لم تكن هناك مسئولية عن التعويض إلا في الجرائم المنصوص عليها ، وهو المبدأ المتبع اليوم في القانون الجنائي الذي يقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

ولم يكن قانون أكيليا يقضي بالعقوبة إلا على الجرائم المادية التي تقع على الأشخاص أو على الأشياء ، وبشرط أن تكون جرائم ايجابية ، أما جرائم الامتناع فلم تكن تؤخذ في الاعتبار . ولم يكن هذا القانون يقيم وزناً فسي المسئولية لفكرة الخطأ ، بل كان يكفي أن تكون الجريمة منصوصاً عليها .

وقد ظل القانون الروماني حتى آخر عهده يعتبر التعويض غرامة جنائية شخصية لا تنتقل الى الورثة بعد موت المسئول ، لأن هذا القانون لم يضع مبدأ عاماً للمسئولية المدنية وحدها ، بل كان يخلط بينها وبين المسئولية الجنائية ، وقد استمر الخلط بين المسئوليتين حتى جاء دومات Domat في القرن السابع عشر ففصل بين المسئوليتين .

3 - في الشريعة الاسلامية

وضعت الشريعة الاسلامية منذ البداية نظام القصاص في القتل ، فقال تعالى في سورة البقرة : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتل

الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى " ووضعت نظام الدية في القتل الخطأ ، فقال تعالى في سورة النساء : " ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله " .

أما ما دون القتل فالسن بالسن والعين بالعين والأنف بالأنف ، والجروح قصاص .

وقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية اصطلاح الضمان للتعويض المالي ، ويشمل الضمان الدية في القتل ، كما يشمل التعويض عن الفعل الضار ، وعن الإخلال بالالتزامات العقدية ، أى عما نسميه اليوم بالمسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية . وقد رتبوا الضمان في المسؤولية التقصيرية على التعدى المباشر وعلى التسبب ، وأرادوا بالتعدى المباشر الفعل الذى لا يفصل بينه وبين وقوع الضرر فعل آخر ، وأرادوا بالتسبب الضرر الذى يفصل بينه وبين الفعل الضار فعل آخر .

ولم يرتب أغلب الفقهاء ضماناً على الجرائم السلبية أو ما نسميه جرائم الامتناع ، وإن كان المالكية قد قالوا بالضمان في جرائم الامتناع التي تترتب عليها مخالفة لواجب المحافظة على مال المسلم متى كانت لدى الممتنع القدرة على إنقاذه من التلف .

ورتبوا الضمان على كل ضرر يصيب الإنسان في جسمه من جراح أو تشويه أو عجز عن العمل ، كما رتبوه على كل ضعف يصيب الإنسان في كسبه ماله (1) .

(1) لمزيد من التفصيل عن الضرر الأدبي في الشريعة الإسلامية أرجع إلى مؤلف: الأستاذ وهبه الزحيلي " نظرية الضمان في الفقه الإسلامي " طبعة سنة 1970 ص 25 وما يليها .

المطلب الثاني

نشوء الحق في التعويض

4 - تنص المادة 124 مدني جزائري على أن " كل عمل أيا كان ، يرتكبه المرء (بخطئه) ويسبب ضرراً للغير ، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض " ونص المادة بالفرنسية يعبر عن التعويض بكلمة *réparer* ، نقلاً عن المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي ، ومعنى هذا اللفظ بالعربية " الاصلاح " ، ولعل هذا التعبير أدق في المعنى المراد من تعبير " التعويض " الوارد في النص العربي ، لأن هذا التعبير الأخير يوحي بأن المقصود من التعويض هو اعطاء مقابل للضرر عما أصابه من خسارة ، بينما تعبير الاصلاح يشمل التعويض كما يشمل اعادة حالة الضرر الى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر ، كما يشمل التنفيذ العيني .

ولقد اختلف الرأي حول الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض ، فهناك رأى يقول بأن الحق في التعويض يترتب من يوم نشوء الضرر ، أى من يوم اكتمال عناصر المسؤولية من خطأ وعلاقة سببية وضرر . ويكون صدور حكم بوجوب التعويض كاشفاً للحق فيه لا منشئاً . وهناك رأى آخر يقول بأن الحق في التعويض ينشأ من يوم الحكم به ، فمتى صدر الحكم بالتعويض وصار نهائياً ترتب للضرر الحق في التعويض .

ومن أنصار الرأى الأول ، الفقهاء العرب (1) ، ويميل القضاء المصري

(1) انظر الوسيط للسنهوري ج 1 بند 638 .

الى الرأى الثانى (1) ، وقد تأثر في ذلك بقضاء محكمة النقض
الفرنسية (2) .

والواقع هو أن كلا الرأيين يجب أن يؤخذ في الاعتبار على أن ينظر طبقا
لكل منهما الى ناحية . وعلى المصمم فان الرأى القائل بأن الحق في التعويض
ينشأ من وقت نشوء الضرر ، أى من وقت اكتمال عناصر المسؤولية هو الرأى
السائد وهو المقبول منطقيا ، أولا - لأن الأحكام تعتبر في الأصل كاشفة
déclaratifs وليست منشئة للحقوق constitutifs . وثانيا - لأن
الفعل الضار هو مصدر الحق في التعويض وقد نصت قوانيننا العربية على
اعتباره كذلك بنصوص صريحة (3) .

لكن الحكم الذى يصدر بالتعويض يثبت الحق فيه ويقويه ويرتب عليه آثارا
لم يكن مجرد نشوء الحق في التعويض يرتبها من قبل . وإذا أخذنا بهذين
الاعتبارين فترتب النتائج التالية :

(1) بما أن الحق في التعويض ينشأ من يوم اكتمال عناصر المسؤولية فإذا كان
المستول تاجرا وشهر افلاسه بعد وقوع الحادث ونشوء الضرر ، فان الضرر
يصبح دائنا له بحقه في التعويض وينضم الى كتلة الدائنين la masse
ولو كان الحكم بالتعويض يصدر بعد شهر الافلاس . في حين أنه لو قيل
بالرأى الذى يرى أن الحق في التعويض ينشأ من الحكم الصادر به ،
فان الضرر لن يستطيع أن ينضم الى كتلة الدائنين .

(1) انظر مثلا حكما لمحكمة الاستئناف الوطنية المصرية في 17/4/1913 لشر
في المجموعة الرسمية عدد 14 برقم 107 .

(2) انظر في ذلك المسؤولية المدنية لمازو ج 3 .

(3) انظر عنوان الفصل الثالث من الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام م.ج .

(2) إذا حكم بمصادرة أموال المدين المسئول عن التعويض بعد نشوء الضرر، فإن المضرور يحتفظ بحقه في التعويض من أموال المسئول ولا يؤثر حكم المصادرة على حقه، ولو صدر الحكم بالتعويض بعد المصادرة، بينما لو أخذ بالرأى القائل بأن الحق في التعويض ينشأ من يوم الحكم، فلا يكون للمضرور أى حق في التعويض بعد حكم المصادرة .

(3) يجب أن تتوافر شروط المسئولية لدى المسئول عند احداثه الضرر، فإذا لم يكن في هذا الوقت قد بلغ سن التمييز، فإنه يحامل معاملة غير المميز، ولو كان قد بلغ سن التمييز عند صدور الحكم بالحق في التعويض. أما لو أخذ بالرأى الآخر فإنه يحامل معاملة المميز مادام قد بلغ سن التمييز عند الحكم بالتعويض .

(4) يكون القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار هو الذى كان معمولاً به عند وقوع هذا الفعل، أما طبقاً للرأى الآخر فإن القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار يكون هو القانون السارى يوم صدور الحكم بالتعويض .
وبلاحظ أن قوانيننا العربية قد نصت على اختصاص القانون السارى وقت وقوع الفعل الضار (م 20 م ج) .

(5) تبدأ مدة تقادم دعوى التعويض من يوم نشوء الضرر، أما لو أخذ بالرأى الآخر فيبدأ التقادم من يوم صدور الحكم بالتعويض نهائياً .

(6) للمضرور الحق في اتخاذ الاجراءات التحفظية على أموال المسئول من يوم نشوء الضرر ولو تأخر الحكم بالتعويض .

(7) اذا تصرف المسئول في أمواله بطريق الغش بعد نشوء الضرر ، فإن للمضرور أن يرفع ضده الدعوى البولصية دون انتظار صدور الحكم بالتعويض . أما طبقا للرأى الآخر فإنه لا يستطيع رفع هذه الدعوى قبل صدور الحكم بالتعويض ، اذ يشترط القانون لرفع الدعوى البولصية أن يكون حق الدائن حال الأداء (م 191 م ج) .

(8) اذا كان المسئول مؤمنا عن مسئوليته لدى شركة تأمين ، فإن للمضرور أن يرجع بحقه في التعويض على هذه الشركة بعد نشوء الضرر وقبل صدور الحكم بالتعويض ، أما طبقا للرأى الآخر فليس له حق الرجوع على شركة التأمين قبل صدور الحكم بالتعويض (1) ، وعلى ذلك فلو سقط حـقـ المسئول في التأمين لسبب من أسباب السقوط بعد نشوء الضرر وبعد مطالبة المضرور بحقه في التعويض فليس لشركة التأمين أن تحتج على المضرور بهذا السبب مادام لاحقا لنشوء الضرر (1) .

ولكن ينبغي أخذ الرأى الآخر القائل بأن الحكم ينشئ التعويض ، في الاعتبار بالنسبة الى تقوية هذا الحق وتأييده وتثبيته ، اذ تترتب على صدور هذا الحكم وصدوره نهائيا النتائج الآتية :

(1) ألا يسقط الحق في التعويض إلا بعد مضي مدة التقادم الطويل (15 سنة) بعد أن كان هذا الحق يمكن أن يسقط بمضي ثلاث سنين طبقا للقانون المدني المصري والقوانين التي حذت حذوه (2) . أما طبقا

(1) ارجع الى الوسيط للمصري ج 1 بند 638 .

(2) انظر المادة 172 مدني مصرى ، 173 مدني سورى ، 175 مدني ليبي ، و 232 مدني عراقي .

للقانون المدني الجزائري فمدة التقادم واحدة سواء قبل الحكم أو بعده (15 سنة ، م 133 مدني جزائري) .

(2) متى صدر الحكم بالتعويض وأصبح واجب التنفيذ فإنه يجوز للمضرور أن يحصل بمقتضاه على حق تخصيص (المادة 937 م ج) وهو لم يكن يستطيع الحصول على حق التخصيص قبل ذلك .

(3) ومتى أصبح الحكم بالتعويض سندا تنفيذيا جاز للمضرور أن ينفذ بمقتضاه على أموال المسئول (1) .

وإذا كان الأصل هو أن ينشأ الحق في التعويض من يوم اكتمال عناصر المسؤولية ، فإن هناك استثناءات ترد على هذا الأصل :

أولا - في حالة ما إذا كان الضرر مستقبلا محقق الوقوع ، فيجوز الحكم بالتعويض قبل تحقق الضرر ، على أن يعاد النظر في تقدير التعويض عند تحقق الضرر ، وقد أورد القانون المدني الجزائري تطبيقا لهذا الاستثناء في المادة 131 منه ، التي تقضي بأنه إذا لم يتمسك للقاضي وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة ، بالنظر من جديد في التقدير . فقد يصاب شخص إصابة سوف تترتب عليها في المستقبل أضرار ، مثل عدم استطاعته مزاولة عمله ، فيجوز له أن يطلب إعادة النظر في التعويض . وقد قضت الدائرة الجنائية لمحكمة

(1) انظر في ذلك الوسيط للمسنهوري ج 1 بند 639 .

النقص الفرنسية لشخص بالحق في رفع دعوى يطالب فيها بالتعويض عن موت شخص آخر كان من المؤكد أنه سوف يمنحه مهابات (1) .

ثانياً — قد تكتمل عناصر المسؤولية ولكن بتوقف الحق في التعويض على اجراء يتطلبه القانون في المسؤولية العقدية وهو الاعذار :

وقد نصت المادة 179 مدني جزائري على أنه : " لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ، ما لم يوجد نص مخالف لذلك " ولا محل للاعذار في المسؤولية التقصيرية ، بل وليس الاعذار مطلوبا في كل حالات المسؤولية العقدية ، اذ تنص المادة 181 مدني جزائري على أنه :

لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية :

— اذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين . ومثال ذلك استحالة تنفيذ الالتزام ، وفوات وقت تنفيذه .

— اذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على فعل ضار . وقد سبق القول بأنه لا محل للاعذار في المسؤولية التقصيرية .

— اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .

— اذا صرح المدين كتابة أنه لا يدوى تنفيذ التزامه .

يضاف الى هذه الحالات أنه لا ضرورة للاعذار اذا كان محل الالتزام الامتناع عن عمل وقام المدين بهذا العمل .

(1) صدر هذا الحكم بتاريخ 10/1/1929 ونشر في د اللوز الأسبوعي سنة 1929 برقم 117 .

وكذلك لا محل للاعذار اذا اتفق المتعاقدان على اغفاء الدائن منه ،
وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة 180 م ج على هذه الحالة بقولها :
" كما يجوز أن يكون (الاعذار) مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين
معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى أى إجراء آخر " .
وبما أن المادة 180 م ج تنص في صدرها على أن " يكون اعذار المدين
بإذاره أو بما يقوم مقام الإذار . . . " فان مجرد رفع دعوى للمطالبة
بالتعويض يقوم مقام الاعذار ، ولا شك في أن اعلان المدين برفع هذه الدعوى
يقوم مقام الاعذار .

* * *

المطلب الثالث

أنواع التعويض

5 — التعويض العيني La réparation en nature

للدائن الحق في مطالبة المدين بالتعويض العيني واجبار المدين عليه ،
واذا كان القانون الفرنسي لم يلزم على ذلك صراحة ، فقد نص على التعويض
العيني مشروع القانون الفرنسي الايطالي في المادة 87 منه . كما نص عليه
القانون المدني الجزائري في المادة 164 المقابلة للمادة 203 مدني مصري .
يجبر المدين بعد اعذاره على تنفيذ التزامه عيناً متى كان ذلك ممكناً .

وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح في القانون المدني الفرنسي على
التعويض العيني ، فانه قد أورد لهذا التعويض تطبيقات ، منها ما تنص عليه
المادة 1243 التي تقضي " بالألّا يجبر الدائن على تسليم شيء غير الشيء الذي

الترزم المدين بتسليمه ، حتى لو كان ما يعرضه المدين مساويا في قيمته أو أعلى قيمة من الشيء الذي التزم بتسليمه " .

وقد نصت المادة 174 مدني جزائري المقابلة للمادة 213 مدني مصري على أنه " اذا كان تنفيذ الالتزام عيبا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك " .

وقد نصت المادة 1932 مدني فرنسي على الزام المودع عنده برد الوديعة نفسها الى المودع ، وتناولت المادة 594 مدني جزائري المقابلة للمادة 722 مدني مصري نفس الحكم تقريبا .

وفي الالتزام بعمل نصت المادة 1144 مدني فرنسي على أن للدائن ، اذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه ، أن يقوم هو بتنفيذه على نفقة المدين ، وتناولت نفس الحكم المادة 170 مدني جزائري المقابلة للمادة 209 مدني مصري .

وفي الالتزام بالامتناع عن عمل ، نصت المادة 1143 مدني فرنسي على " ان للدائن أن يطلب ازالة ما تم مخالفا لالتزام المدين " ، وتناولت نفس الحكم المادة 173 مدني جزائري المقابلة للمادة 212 مدني مصري .

ونصت المادة 1228 مدني فرنسي على أنه " اذا اتفق المتعاقدان على التعويض في صورة شرط جزائي ، فان للدائن أن يعدل من هذا الشرط ويطلب تنفيذ الالتزام الأصلي " .

وبما أن التنفيذ العيني هو الأصل ، فمن المقرر أنه لا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني ، وإذا طالب بالتنفيذ بمقابل ، ولم يكن التنفيذ العيني مرمقا للمدين ، فللقاضي أن يقضي بالتنفيذ العيني ، ويصرف النظر عن طلب الدائن ، ولا يعتبر ذلك منه حكما بغير ما طلب الخصوم أو بأكثر مما طلب الخصوم *ultra ou extra petita* .

ولذا فمن المقرر أنه إذا كان الدائن قد طالب أمام محكمة الدرجة الأولى بالتعويض العيني ، فإن له أن يطالب بالتعويض بمقابل أمام محكمة الدرجة الثانية إذا رفض طلبه أمام الدرجة الأولى ، والعكس صحيح ، فإذا كان قد طالب أمام محكمة الدرجة الأولى بالتعويض بمقابل ورفض طلبه ، فله أن يطالب بالتعويض العيني أمام محكمة الدرجة الثانية ، ولا يعتبر طلبه جديدا في الحالتين ، إذ أن الممنوع هو ابتداء طلبات جديدة أمام الدرجة الثانية .

وإذا كان التعويض العيني هو الأصل ، فإنه ترد على هذا الأصل أربعة استثناءات :

الأول - إذا كان التعويض العيني غير ممكن من الناحية الإنسانية ، اقتصر التعويض على المقابل ، مثال ذلك أحوال الضرر الجسمي أو الأدبي ، فالمستول عن أحداث ضرب أو جرح أو قتل ، أو عن الاعتداء على الشرف أو على العواطف أو على السمعة ، لا يستطيع أن يعرض المعتدى عليه إلا بمقابل ، لأن التعويض العيني غير مستساغ إنسانيا .

نعم أنه كان مقبولا قديما حين كان يسود المبدأ الذي يقضي به قاسون تاليون *la loi du Talion* ، ولكن هذا المبدأ هجر فيما بعد ، وعرف

نظام الدية الاختيارية ثم نظام الدية الجبرية ، ثم انتهت التشريعات الوضعية اليوم الى وجوب التعويض بمقابل في مثل هذه الأحوال .

الثاني - اذا كان التنفيذ العيني قد أصبح مستحيلا في الالتزام العقدي حين يكون محل الالتزام عينا معينة بالذات *un corps certain* وملكك هذه العين ، ففي هذه الحالة يحكم على المدين بالتعويض بمقابل الا اذا اثبت أن استحالة تنفيذ الالتزام قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه فتستفي مسؤوليته (1) .

وبهذا الصدد يلاحظ أن قوانيننا العربية تضع تبعة هلاك العين المعينة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، على عاتق المدين ، بمعنى ألا يكون له أن يطالب الدائن بما يقابل الالتزام الذي هلك *res perit debitori* (2) .

أما القانون الفرنسي فقد خرج على هذا الحكم ووضع تبعة الهلاك بسبب أجنبي على المالك *res perit domino* باعتبار أن المالك قد أصبح بمجرد العقد ، وقبل تسليم المحل ، يستفيد مما ينتجه الشيء (م 1138 م ف) وطبق نفس الحكم في عقد البيع (المادة 1583) .

الثالث - اذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا استحالة نسبية بالنسبة الى المدين في الالتزام بعمل أو بالامتناع من عمل ، اذا كان المدين هو المكلف بأدائه شخصا وحال دون تأديته مانع شخصي ، مثال ذلك في الالتزام العقدي

(1) انظر في ذلك المادة 176 مدني جزائري المقابلة للمادة 215 مدني مصري .

(2) انظر في ذلك المادة 369 مدني جزائري المقابلة للمادة 487 مدني مصري .

أن يلتزم مطرب باحياء ليلة ثم يمتنع عن الغناء لمرض أصابه ، أو رسام يلتزم برسم لوحة ثم يصاب في عينيه ، ومثال ذلك في المسؤولية التقصيرية أن يخفي السارق الشيء المسروق ويمتنع عن رده لفقد منه .

في مثل هذه الحالات للدائن أن يكتفي بالتنفيذ بمقابل ، ولقد تناولت المادة 1142 مدي فرنسي النص على حكم هذه الحالات فقضت بأن " كل التزام بحمل أو بالامتناع عن عمل يتحلل الى تعويض نقدي اذا كان تنفيذه لا يتم إلا بواسطة المدين شخصا وامتنع عن التنفيذ " . ولقد أثار هذا النص ، الذي لا مقابل له عندنا ، نقاشا فقهيًا في فرنسا نظرا لأنه مبهم ، ولكن بالرجوع الى الأعمال التحضيرية لهذا النص يتضح أن المراد به هو الالتزام الذي يتوقف تنفيذه على شخص المدين دون سواه ، فليس للدائن أن يكرمه على التنفيذ اكراهًا بدنيا بعد أن ألغى هذا الاكراه في المواد المدنية ، فضلا عن أن اكراه المدين على تنفيذ التزامه شخصيا يتضمن اعتداء على حريته الشخصية .

الرابع — اذا كان في التنفيذ العيني اخلال بعدد الفصل بين السلطات ، مثال ذلك أن ترخص السلطة التنفيذية بإدارة مصنع ، ولكن سيرآلات هذا المصنع يحدث ضجة مزعجة للجيران ، فلا تستطيع السلطة القضائية أن تقضي باغلاق هذا المصنع كتعويض عيني للجيران ، إذ يكون في ذلك اعتداء منها على اختصاص السلطة التنفيذية وبالتالي انتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات ، ولذا فيقتصر اختصاصها على الحكم بالتعويض بمقابل .

ولكن يلاحظ أنه اذا لم يكن المصنع قد حصل على الترخيص من السلطة التنفيذية ، فإن للقضاء أن يقضي باغلاقه وكذلك اذا جاوز المصنع في ادارته

حدود ما منحه له الترخيص الإداري ، كأن يكون قد رخص له بالعمل نهارا فقط فأخذ يعمل نهارا وليلا ، فيكون للقضاء أن يأمر بوقف العمل ليلا ، كما أن للقضاء أن يأمر صاحب المصنع باتخاذ ما يلزم من الاحتياطات لمنع الضرر . ومن قبيل التعويض العيني الذي كان معروفا قديما في فرنسا ، ما كان يقضي به قانون العقوبات هناك في مادتيه 226 — 227 من معاقبة من يوجه الى القضاة أو الى رجال السلطة العامة قذفا أو سبا ، بوجوب الاعتراف علنا بخطئه وسحب عباراته أو ما كان يسمى *amende honorable* ، وقد انتهى المشرع الفرنسي بالغاء هاتين المادتين في 1394/12/23 لأن فيهما مساسا بكرامة الانسان .

وكذلك من قبيل التعويض العيني لشخص يشكو الى القضاء من الاساءة الى سمعته وكرامته في اعلانات نشرت أو علقت على الجدران فيجوز للقضاء أن يأمر بتمزيق هذه الاعلانات ويكون هذا تعويضا عينيا له .

ومن المقرر أنه لا يجوز للقاضي أن يأمر بالتنفيذ العيني اذا لم يقبله المدين ، إلا اذا كان عدم قبوله تعلتا منه وكان تنفيذ الالتزام عينا ممكنا ، فللقاضي أن يكرمه على التنفيذ العيني بغرامة تهديدية *astreinte* (1) .

والتعويض العيني متصور في المسؤولية التقصيرية كما هو في المسؤولية العقدية ، ومثاله ما سبق ذكره من الأمر بتمزيق الاعلانات ، أو من الأمر بعدم ادارة المصنع ليلا ، أو كما اذا بنى شخص حائطا في ملكه ليمنع عن جاره الضوء أو الهواء تعسفا منه ، فللقاضي أن يأمر بهدم هذا الحائط على حساب الباني

(1) ارجع في ذلك الى المادة 174 مدني جزائري ، المقابلة للمادة 213 مدني مصري .

أو عن طريق التهديد المالي (1) . وليس صحيحا ما قاله بعض الفقهاء في فرنسا من أن التعويض في المسؤولية التقصيرية لا يكون إلا نقدا ، كما ورد في رسالة للدكتوراه قدمتها الى جامعة باريس Lucienne Ripert في سنة 1933 تحت عنوان : la réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle وقد انتهت الى أن التعويض في المسؤولية التقصيرية لا يكون إلا نقدا ، ولم يأخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي واستقر على الحكم في كثير من الأحكام بالتعويض العيني في المسؤولية التقصيرية ، وقال عنه انه هو التعويض المثالي . وكثيرا ما صدرت الأحكام في حوادث إعطاب السيارة باصلاحها ، أو باعطاء صاحب السيارة المعطوبة سيارة معادلة ، أو باقامة حائط تهدم ، أو بتعزيق اعلانات أساءت الى السمعة كما ذكرنا من قبل ، أو بالاكتفاء باذاعة الحكم بالمذيع أو بالشرف في الصحف ، وان كان الغالب في المسؤولية التقصيرية هو أن يكون التعويض بمقابل .

6 - التعويض بمقابل Réparation en équivalent

يلاحظ باديء ذي بدء أنه اذا كان للمدين أن يتمسك بالتنفيذ العيني ويفرضه على الدائن ، لأن التنفيذ العيني هو الأصل ، وهو المقصود من العقد ، فعلى العكس من ذلك ليس للمدين أن يفرض على الدائن التنفيذ بمقابل بدلا من التنفيذ العيني متى كان هذا التنفيذ ممكنا ، كما يلاحظ كذلك أن التنفيذ بمقابل ليس معناه التنفيذ بالنقد ، فقد يتم بالنقد وقد يتم بخير النقد ، فمثلا :

(1) انظر في ذلك الوسيط للمستهوري ج 1 بند 643 من 1093 وانظر المادة 2/132 مدني جزائري المتابلة للمادة 2/171 مدني مصري .

في الحدود التبادلية ، اذا لم يقيم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فللمتعاقد الآخر أن يطالب بفسخ العقد (م 119 م ج) وليس فسخ العقد إلا صورة من التنفيذ بمقابل . على أن للقاضي ، اذا رأى أن التنفيذ العيني يمكن أن يتم في فترة قريبة ، أن يمنح المدين أجلا (نظرة ميسرة *délai de grace*) ليقوم به (م 119 / 2 م ج) ومتى كان التنفيذ بمقابل ، فللقضاء مطلق الحرية في اختيار المقابل ، دون أن يتقيد في ذلك بطلب الدائن ، غير أنه اذا كان الأمر متعلقا بدائن سرق منه شيء فاشترى شيئا مثله ليحل محله وطلب من القضاء تعويضا نقديا مساويا للثمن الذي اشترى به الشيء المماثل ، تقيد القضاء بطلبه ووجب أن يحكم له بتعويض نقدي .

والتعويض النقدي قد يتم في صورة مبلغ يدفع مرة واحدة ، أو يدفع على أقساط ، وقد يكون في صورة مرتب لمدى الحياة *rente viagère* . وقد قضت المادة 132 / 1 مدني جزائري بأنه اذا كان التعويض مقسطا أو ايرادا مرتبا ، فانه يجوز الزام المدين بتقديم تأمين ، وذلك حتى يكون السداد مضمونا . وقد يتم التعويض في صورة أسهم أو سندات ، وقد يتم في صورة تقديم حق عملي للمضروب ، كحق انتفاع أو استعمال . واذا ما تمثل الضرر في حالة المنافسة غير المشروعة ، في وقوع لبس في الاسم التجاري أو في العلامة التجارية *la marque* ، فقد يكون التعويض بنشر الحكم الذي يقضي بإزالة اللبس . وكثيرا ما يستعمل اصطلاح *dommages - intérêts* للتعبير عن التعويض النقدي .

ويلاحظ أنه اذا حكم بالتعويض دفعة واحدة بدلا من تقسيطه ، فلا يجوز للمدين أن يخصم من المبلغ ما يوازي مقدار الفائدة التي تعود على الدائن من

الدفع الفوري ، كما أنه إذا كان التعويض يدفع أقساطا ، فيجب أن يكون مجموع الأقساط مساويا لمبلغ التعويض .

وفي حالة ما إذا تقرر دفع التعويض في صورة أقساط أو في صورة مرتب لمدى الحياة ، قد يتعرض الدائن لخطر التضخم *l'inflation* فتتخفص القوة الشرائية للنقد وترتفع الأسعار فيضار الدائن بذلك ، فهل يجوز له طلب إعادة النظر في مقدار التعويض ؟

يلاحظ أنه إذا كان قد حكم بدفع التعويض في صورة أقساط ، فإنه لا سبيل للدائن الى طلب إعادة النظر فيه ، وقد استقر القضاء الفرنسي على رفض الطلب بإعادة النظر في مثل هذه الحالة ، نظرا الى أن أسعار العملات تتقلب باستمرار وترتفع أسعار الحاجات باستمرار ، ولو أجزل للمضربين طلب إعادة النظر بسبب تقلب أسعار العملة لترتب على ذلك ألا ينتهي القضاء من النظر في دعاوهم ، كما أنه لو أجزل للمضرب طلب إعادة النظر في التعويض لهذا السبب لوجب أيضا أن يقبل من المسئول طلب إعادة النظر في مقدار التعويض إذا حدث عكس ما تقدم بأن ارتفعت أسعار العملة وانخفض سعر حاجات المعيشة أو إذا تحسنت حالة المضرب بعد الحكم بالتعويض وظهر أن مقدار التعويض كان مبالغا فيه بالنسبة الى حالته ، وكل هذا ينال من حجية الشيء المقضي به .

أما إذا كان التعويض في صورة مرتب لمدى الحياة ، فقد كانت محكمة النقض الفرنسية لا تجيز للمحاكم أن تجعل هذا المرتب يتقلب بتقلب

مؤشرات الأسعار les indices ، وهو ما يسمى باصطلاح l'indexation بحيث يزيد مقدار المرتب بحسب زيادة مؤشرات الأسعار (1) .

وكان الفقه ينتقد موقف محكمة النقض بهذا الصدد ، مما اضطر هذه المحكمة الى تغيير رأيها والاعتراف للقضاة بأن لهم الحرية في تقدير التعويض في صورة مرتب يتقلب بحسب مؤشرات الأسعار (2) .

بل ان المشرع الفرنسي نفسه قد أصدر تشريعا في سنة 1951 أكمله بتشريع لاحق بتاريخ 1975/12/30 أجاز فيه تعديل التعويض المقضي به في صورة مرتب لمدى الحياة ، وتولى هذا التشريع نفسه تحديد مقدار الزيادة في الايراد المرتب بحيث لا يكون الضرر بحاجة الى طلب اعادة النظر في التعويض .

واذا قرر القضاء أن يدفع التعويض في صورة ايراد مرتب لمدى الحياة ، فان له مطلق الحرية في تحديد الآجال التي تدفع فيها أقساط المرتب ، فله أن يقرر دفعها أسبوعيا أو شهريا أو سنويا حسب ظروف الطرفين .

والتعويض في صورة مرتب لمدى الحياة هو الذي اختاره وحده قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي الصادر في 1956/12/10 الذي نص في المادة 451 منه على أن ليس للضرر من حوادث العمل ولا لخلفه من بعده أن يحصل من صندوق الضمان الاجتماعي إلا على ايراد مرتب سواء كان الضرر عجزا دائما عن العمل أو موتا .

(1) انظر حكما لمحكمة النقض في 1952/5/2 نشر في دالوز سنة 1952 برقم 413 .

(2) انظر في ذلك حكم الدائرة المخططة الصادر في 1974/11/6 المنشور في الأسبوع القانوني عدد 2 برقم 17978 .

ومن قبيل التعويض بمقابل ، الترك العيني l'abandon noxal
الذى كان معروفا عند الرومان في قانون الألواح الاثني عشر ، فقد كان
العبد أو الحيوان اذا سبب ضررا للغير ، يتنازل عنه مالكه للمضروب ، وقد
عرف هذا النوع من التعويض في القانون الفرنسي القديم ، أما في القانون
الحالي فلم يبق له من أثر إلا في القانون التجارى البحرى الذى يجيز لمالك
السفينة تركها l'abandonner هي وأجر الرحلة التي وقعت الحوادث
خلالها لصالح الدائمين الذين أصيبوا بضرر من أعمال ربان السفينة . وهذا
الترك مقصور على أعمال الربان الضارة ، ولذلك فمن المتفق عليه أن الترك
غير مقبول اذا كان مالك السفينة مسئولا عن فعل سفينته كشيء ، اذ هنا
يعتبر حارسا للسفينة ويسأل كحارس ، بينما يسأل عن أعمال الربان الضارة
كمتبوع .

ولا ننسى أن اتفاقية دولية عقدت في بروكسل في 10/12/1957 ألغت
نظام ترك السفينة وأجازت فقط لمالكها أو لمجهزها تحديد مسئوليتيها بمبلغ
معين .

وعلى كل حال فترك السفينة في القانون البحرى ميزة مقصورة على المالك ،
ان شاء استعملها وان شاء تنازل عنها ، وليس للمضربين من أعمال الربان
ولا للمحكمة أن تفرض الترك على المالك .

وقد أجاز القانون الفرنسي لقائدى السفن les pilotes أن يتركوا
ما سبق أن دفعوه من تأمين في مقابل ما ارتكبوا من أخطاء أثناء قيامهم

بوظائفهم ، واستثنى من ذلك الخطأ العمدى فلم يجز فيه ترك التأمين ، بل أوجب عليهم أن يدفعوا التعويض عنه كاملا ، وساوى بين الخطأ العمدى والخطأ الجسيم *faute lourde* (1) . وكذلك حدد التعويض الذى يجب على الناقل الجوى دفعه بمقتضى اتفاقية وارسو (فارسوفي) المنعقدة فى 2/3/1957 ، سواء كان النقل الجوى دوليا أو داخليا ، وحددت كذلك مسئولية الناقل الهوى بمبالغ محددة بتشريع صدر فى فرنسا بتاريخ 23/12/1939 .

* * *

المطلب الرابع

مصادر تقدير التعويض

7 - مصادر تقدير التعويض هي إما القانون وإما الاتفاق وإما القضاء

قد يكون مصدر تقدير التعويض هو القانون ، فيتولى القانون تحديد مبلغ التعويض ، كما هي الحال فى قوانين العمل التى تحدد مبلغا معينيا لاصابات العمل ، وكما هي الحال فى القانون المدنى المصرى الذى نص فى المادة 226 منه على أنه " اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير ، فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية ، وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية " .

(1) انظر فى ذلك القانون الفرنسى الصادر بتاريخ 14/3/1935 .

وكذلك حددت المادة 1153 مدني فرنسي هذه الفوائد بالسعر القانوني . أما القانون المدني الجزائري الذي حرّم الربا بين الأفراد بالمادة 454 منه فقد قضى في المادة 186 منه بأنه " إذا كان محل الالتزام بمن أفراد مبلغا من النقود عيّن مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به ، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير " . وهكذا اقتصر النص على وجوب التعويض وإن كان تقديره للقضاء .

ومن قبيل التقدير القانوني ما حدده المشرع الفرنسي من تعويض في مادة النقل الهري بالتشريع الصادر في 23 / 12 / 1933 وما حددته اتفاقية وارسو المنعقدة في 2 / 3 / 1957 من تعويض في مادة النقل الجوي .

وقد يكون مصدر التقدير هو الاتفاق عليه مقدما ، وهذا نادر في المسؤولية التقصيرية ، ولكنه معروف في المسؤولية العقدية التي يتفق فيها المتعاقدان على الشرط الجزائي *la clause pénale* . وقد نصت المادة 183 م ج على أنه " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في اتفاق لاحق " وهذا هو الشرط الجزائي ، وقد أضافت المادة 184 م ج إنه " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر . ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه . ويكون باطلا كل اتفاق يخالف الفقرتين أعلاه " ثم أضافت المادة 185 أنه " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما " . وهذه النصوص مقابلة لما ورد في القانون المدني

المصري في المواد 223 ، 224 و 225 . وتطبيقاً لأحكام هذه البصوص العربية ، يجوز للمتعاقدين الاتفاق على التعويض مقدماً بشرط جزائي يحدد مقدار هذا التعويض ، ويجوز للقاضي أن يخفض المقدار الذي حددته المتعاقدان إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أنه قد نفذ جزءاً من التزامه الأصلي ، كما أن للقاضي أن يعفي المدين من كل مقدار التعويض المحدد في الشرط الجزائي متى أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، وذلك لأن الضرر ركن في المسؤولية ، ومتى انتفى فلامحل للتعويض . أما إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المقدّر بالشرط الجزائي ، فليس للدائن أن يطالب بزيادة هذا التعويض حتى يساوى جسامه الضرر ، إلا في حالة ما إذا أقام الدليل على أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً .

ومعنى ذلك أن القوانين العربية ، خلافاً للقانون المدني الفرنسي بعد تعديله ، لا تجيز للقاضي زيادة التعويض المقدّر بالشرط الجزائي إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم من قبل المدين .

أما المشرع المدني الفرنسي ، فبعد أن قرر في الفقرة الأولى من المادة 1152 بأنه لا يجوز إجراء زيادة في التعويض المقدّر بالشرط الجزائي ولا تخفيضه وكان ذلك تشبهاً منه ببدأ سلطان الإرادة ، وبأحكام الفقرة الأولى من المادة 1134 ، التي تنص بأن العقد شريعة المتعاقدين ، عاد فاضطر إلى مسايرة التقنيات الحديثة ، لاسيما بعد أن نظم مبدأ سلطان الإرادة عقب الحرسين العالمتين الأخيرتين ، وأضاف فقرة ثانية إلى المادة 1152 ، بقانون صدر في 9/7/1975 نص فيها بأن للقاضي أن يخفض التعويض المقدّر بالشرط

الجزائي أو أن يزيد فيه ، إذا اتضح له بجلاء أنه مفرط أو تافه . ثم أضاف في هذه الفقرة حكماً لم يكن موجوداً من قبل ، وهو أن كل اتفاق على غير ذلك يعتبر كأن لم يكن . وهكذا أباح للقضاء تخفيض هذا التعويض أو زيادته دون أن يعلق التخفيض على إثبات المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أنه قد قام بتنفيذ جزء من الالتزام الأصلي ، ودون أن يعلق تقرير الزيادة فيه على إثبات من قبل الدائن بأن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، وخالف بذلك القوانين العربية ، فترك الأمر في الحالتين لتقدير القضاء ، ولا شك في أن تقدير القضاء سوف يركز أساساً على إثبات كل من الطرفين .

هذا وقد سبق أن قلنا أن الاتفاق على التعويض نادر في المسؤولية التقصيرية التي لا يعرف فيها المسئول الضرر إلا بعد وقوع الحادث . ومع ذلك فقد يحدث أن يتفق على التعويض مقدماً في هذه المسؤولية ، كما هي الحال في المباريات الرياضية حيث يتفق اللاعبون بكرة القدم أو الملاكمون على قدر من التعويض قبل ممارسة اللعب ولكن يشترط لذلك ألا يكون الضرر الذي يحدث فيما بعد نتيجة خطأ متعمد ، وأن يقتصر هذا الشرط على الضرر الذي يصيب المال ، دون الضرر الذي يصيب الجسم .

أما تقدير القضاء لمقدار التعويض فهو الأصل في المسؤولية التقصيرية ، وهو الغالب في المسؤولية العقدية .

وقد نصت المادة 181 على أن " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملائمة . . . " ونصت المادة 182 على أنه " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره . . . " .

8 - كيف يقدر القاضي التعويض ؟

تنص المادة 182 على ما يلي : " ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه بهذا جهد معقول . غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " .

فلم يترك القانون للقاضي أن يقدر التعويض حسب أهوائه وميوله الشخصية ، بل وضع له معايير يسير على هداها ، فأوجب أن يقدر التعويض بمدى ما أصاب المضرور من ضرر ، بحيث لا يزيد عنه ولا يقل ، ويجب أن يكون معياره في المسئوليتين هو ما لحق المضرور من خسارة *damnum emergens* وما فاته من ربح *lucrum cessans* .

وقد يتعرض هذا المعيار لبعض الصعوبات ، لاسيما في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي الذي يتعذر تقديره بالمال ، غير أن القضاء قد استطاع أن يذلل مثل هذه الصعوبة على ضوء التجارب في مثل هذه الحالة .

أما الصعوبة التي أثارها الخلاف ، فهي تتمثل في جسامه خطأ المسئول أو تفاقمه ، فهل ينبغي للقاضي أن يزيد في مقدار التعويض كلما كان خطأ المسئول جسيماً ، وأن يخفف مقداره كلما كان خطؤه طافها أو يسيراً ؟ ترى المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري هذا الرأي وتقول (1) : " وينبغي أن

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري ج 2 ص 892 .

يعتد في هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف . والواقع أن جسامة الخطأ لا يمكن الاغضاء عنها في منطق المذهب الشخصي أو الذاتي . ولذلك تجرى التقديرات الحديثة على اقرار هذا المبدأ وتطبيقه في أحوال شتى . فمن ذلك مثلاً تفريق التقنين التولسي والمراكشي بين خطأ المدين وتدليس فيما يتعلق بتقدير التعويض . وقد استظهرت المادتان (98 / 107) من هذين التقنينين حكم هذه التفرقة ، فلصتا على أنه : " يتعين على المحكمة أن تغاير في تقدير التعويض ، تبعاً لما إذا كان أساس المسؤولية خطأ المدين أو تدليس " . ويفرق التقنين البولوي كذلك بين التدليس والخطأ الجسيم من ناحية ، وبين الخطأ اليسير من ناحية أخرى ، فيقرر في المادة 160 أنه " يعتد في تقدير الضرر المادي بقيمة الشيء وفقاً للسعر الجارى ، فضلاً عما له من قيمة خاصة لدى المضرور ، عند توافر سوء النية أو الإهمال الفاحش " ويقضي تقنين الالتزامات السويسرى بالنقصان التعويض ، عدالة ، إذا كان الخطأ يسيراً ، وكانت موارد المدين محدودة ، فيلص في الفقرة الثانية من المادة (44) على أنه " إذا لم يكن الضرر ناشئاً من جراء فعل عمد أو إهمال جسيم أو رعونة بالغة ، فللقاضي أن ينقص التعويض عدالة متى كان استيفاءه يعرض المدين لضيق الحال " .

غير أن غالبية الفقهاء الخريجين ترى أنه لا يجوز للقضاء أن يدخل فسي اعتباره جسامة الخطأ أو تفاهته عند تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية ، لأن الخطأ ركن في قيام المسؤولية بصرف النظر عن مداه ، ومتى وجد ونشأ عنه ضرر وجب التعويض عن هذا الضرر كله بحسب جسامته ، ورب خطأ جسيم لا يترتب

عليه الا ضرر يسير ، ورب خطأ تافه يترتب عليه ضرر جسيم ، فيبغى أن تكون العبرة هي بفداحة الضرر أو بتفاهته لا بفداحة الخطأ أو بتفاهته ، وقد إما كان الرومان يقولون انه يكفي في المسؤولية التقصيرية أى خطأ ولو تافه *in lege aquilia et levissima culpa venit* . ولكن كان القضاء

في فرنسا ، كما كان في مصر ، قد دأب على زيادة مقدار التعويض كلما كان الخطأ جسيما ، وعلى تخفيضه كلما كان الخطأ تافها ، ولعل ذلك آت من تأثير المسؤولية المدنية باختلاطها قديما بالمسؤولية الجنائية ، واعتبار التعويض عقوبة عن جريمة . غير أن القضاء الفرنسي قد عدل عن هذه الفكرة أخيرا ، فقضت محكمة النقض هناك (1) : " بأن التعويض عن الضرر المدني الذي يقرره القانون ضد المسئول في المسؤولية التقصيرية يشمل كل الضرر الذي حدث مهما كانت جسامة خطأ المسئول أو اهماله ، ولا تأثير للظروف التي من شأنها أن تخفف من جسامة خطئه على تقدير التعويض " .

أما في نطاق المسؤولية العقدية ، فقد أخذت جسامة الخطأ في الاعتبار ، وألحق المشرع الخطأ الجسيم بالخش ، متأثرا بالقاعدة اللاتينية القديمة التي تقول ان الخطأ الجسيم يساوى الخش *culpa lata dolo equiparatur* مع أن الخش يقوم على سوء النية ، وليس في الخطأ سوء نية مهما كان جسيما .

تأثر المشرع بهذه القاعدة فجازى المدين الذي ارتكب غشا أو خطأ جسيما بإلزامه بالتعويض حتى عن الضرر غير المتوقع ، فنصت الفقرة الثانية من المادة 182 على أنه : " إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين

(1) صدر هذا الحكم في 21/10/1946 وارجع في ذلك الى كتاب G. Viney المسؤولية ، طبعة 1982 بند 599 ص 712 .

الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " مما يفهم منه بفهم المخالفة أن المدين الذى يرتكب غشا أو خطأ جسيماً يلتزم بتعويض الضرر الذى لم يكن من الممكن أن يتوقعه الرجل العادى عند إبرام العقد ، وستعرض لهذه المسألة فيما بعد .

ويشير نص المادة 131 م " الى أن القاضي ، وهو بصدد تقدير التعويض ، يبغي له أن يراعى الظروف الملائمة .
فما هو المراد بهذه الظروف ؟ يرى الأستاذ السهمورى (1) أن المراد بهذه العبارة الظروف التى تلابس المضرور لا الظروف التى تلابس المسئول ، وأنه يقصد بالظروف التى تلابس المضرور ظروفه الشخصية ، مثل حالته الجسمية ، والصحية ، والعائلية ، والمالية .

ومراعاة ظروف المضرور الشخصية متفق عليها فقها وقضاة ، فيجب على القضاة ، عند تقديره للتعويض أن يراعى ظروف المضرور الشخصية ، أى أن ينظر إليه نظرة شخصية *in concreto* ، لا نظرة مجردة ، *in abstracto* ،
فيأخذ في الاعتبار حالته الصحية ، أو ما سماه اهرلج *la réceptivité* ،
ويقدر مدى تأثير الفعل الضار عليه ، ومدى ما سببه له من ضرر . فالأعور ، اذا أصيبت عينه السليمة كان الضرر الذى يصيبه أقدر من الضرر الذى يصيب شخصاً أصيبت إحدى عينيه السليمتين (2) ، ومن يصاب في ساقه السليمة وهو أعرج ، يكون الضرر الذى يصيبه أشد جساماً ممن أصيبت إحدى ساقيه السليمتين ،

(1) انظر في ذلك الوسيط للسهمورى ج 1 بند 648 ص 1098 - 1099 .

(2) حكم الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1966/7/19 والمذكور في د اللوز سنة 1966 برقم 593 .

وإذا شُبَّ حريق في مَبْنَى فَأُحْرِقَ مُتَجَرًا وَمَسْكَنًا ، فإن صاحب المتجر يضار بهذا الحريق أكثر مما يضار صاحب المسكن (إلا في حالة أزمة المساكن) ، ومن كان يحول أسرة يكون ضرره أشد فداحة من الضرر الذي يصيب الشخص الذي لا يحول أحدا (1) .

ولكن لا ينظر إلى ثراء المضرور أو فقره في تقدير التعويض ، ولذا فإن الفقه قد انتقد نص المادة 3 / 41 من قانون المرور الذي صدر في سويسرا في 15 / 3 / 1932 وقضى بأن تؤخذ في الاعتبار كل الظروف ، وعلى القاضي إذا كان المضرور يتمتع بدخل مرتفع ارتفاعا استثنائيا أن يخفض مقدار التعويض طبقا للعدالة " .

غير أنه إذا كانت إصابة المضرور يترتب عليها انخفاض دخله ، فيجب أن يؤخذ في الاعتبار هذا الانخفاض عند تقدير التعويض لأن الفعل الضار هو الذي سبب له هذا الانخفاض ، فهو يدخل في ما لحقه من خسارة .

ولقد أثارت مسألة ما إذا كان على المضرور أن يرد الفرق بين شيء فقدّه وشيء جديد دفعه له المسئول تعويضا عنه ، مثال ذلك أن يصيب الضرر سيارة المضرور المستعملة فيعوضه المسئول بسيارة جديدة بدلا منها ، فهل يجب على المضرور أن يرد الفرق بين ثمنَي السيارتين ؟ يرى بعض الفقهاء ، ومنهم السنيهوري (2) أن على المضرور أن يرد الفرق إلى المسئول طبقا لقواعد الأثر بلا سبب . ونحن نرى أن هذا الرأي غير سائغ لأن للأثر هنا سببا وهو الفعل الضار ، ولذلك فإن غالبية الفقه ترى أن ليس على المضرور رد الفرق (3) ،

(1) الوسيط للسنيهوري ج 1 بند 648 من 1098 — 1099 .

(2) الوسيط للسنيهوري ج 1 بند 648 من 1096 .

(3) مازو ، المسئولية ، ج 3 ، الفقرتان 2403 — 2404 ، وأبوستيت ، نظرية الالتزام فقرة 488 ، والصد ، مصادر الالتزام ، فقرة 483 .

ويُلزم القضاء الفرنسي الى هذا الرأي (1) لاسيما اذا كان في استطاعة
المسئول أن يعوّضه بشيء مستعمل مماثل لما فقد ، ولكنه بدلا من ذلك عوضه
بشيء جديد (2) .

ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن يكون الحل كما يلي اذا أصاب الضرر
شيئا مستعملا للضرر .

فلما أن يقدر التعويض على أساس ثمن الشيء الضرر لو كان قد يبيع
قديما قبل الحادث ، وهذا هو الحل الواجب الأخذ به في حالة ما اذا كان
من العسير شراء شيء مماثل للشيء الضرر سواء أكان قديما أم جديدا ،
ويجب على الضرر حينئذ أن يكتفي بتعويض يقدر على أساس ثمن الشيء
الضرر قبل وقوع الحادث ، واذا تيسر له الحصول على شيء مماثل للشيء
الضرر فيجب على القاضي أن يحكم له بالتعويض على أساس ثمن هذا الشيء
الذي اشتراه ، ولا يكون له الحق في المطالبة بالتعويض على أساس ثمن شيء
جديد مماثل مادام الشيء القديم المماثل قد وجد . ويجوز للمسئول أن يعرض
الضرر بشيء مستعمل مثل الشيء الضرر بدلا من دفع ثمنه ، واذا وجد
الشيء المماثل المستعمل ، فليس للضرر أن يشتري شيئا جديدا يحل محل
الشيء المستعمل الذي فقد ، والأوجب عليه دفع الفرق .

ولما أن يكون الشيء المماثل للشيء الضرر غير موجود ، فيكون للضرر
الحق في مطالبة المسئول بتعويض يساوي ثمن شيء جديد مماثل دون أن يتحمل

(1) انظر حكم الدائرة المدنية الثانية الصادر في 16/12/1970 المنشور في
جائيت دي باليه سنة 1971 عدد 1 برقم 156 .

(2) انظر حكما للدائرة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية صدر في 9/11/1972
ولشر في جائيت دي باليه سنة 1973 عدد 1 برقم 153 .

أى فرق ، وهذا هو الحل الواجب في حالة اتلاف ملابس أو سرقتها ، فيجب على المسئول أن يدفع تعويضا يساوى ثمن ملابس جديدة ، إذ لا يسوغ أن يجبر المضرور على استعمال ملابس استعملها شخص غيره ، أما إذا كان الضرر قد أصاب عقارا قديما ، فهذا يفرق القضاء الفرنسي بين التعويض في المسؤولية العقدية والتعويض في المسؤولية التقصيرية ، وقد قضت محكمة النقض هناك في حكم لها بتاريخ 1953 / 7 / 2 بأن التعويض في المسؤولية العقدية يقدر بما يساوى مصاريف تجديد البناء على أن يخصم منه الفرق بين ثمن العقار قبل حدوث الحادث مباشرة وبين ثمنه بعد التجديد ، ورفضت هذه المحكمة خصم الفرق في نفس الحكم إذا كانت المسؤولية تقصيرية . وقد انتقد الفقه هذه التفرقة بين المسئوليتين ، ورأى بعضهم أن ليس على المضرور أن يتحمل الفرق بين القديم والجديد في الحالتين ، بينما رأى آخرون أن على المضرور أن يتحمل الفرق في الحالتين .

أما إذا كان الضرر قد أصاب منقولا قديما فقد اختلف الفقه بين حلين هما : أن يدفع المسئول تعويضا يساوى قيمة إعادة الشيء إلى ما كان عليه أو أن يدفع ثمن شيء مماثل له ، ولكن للمضرور أن يرفض قيمة إعادة الشيء إلى ما كان عليه إذا كان ذلك مستحيلا أو كانت إعادة الشيء إلى حالته السابقة على الحادث غير ميسورة ، ويكون له الحق حينئذ في مطالبة المسئول بشيء مماثل ، وإذا لم يكن من الممكن إحلال شيء مماثل محل الشيء المصاب ، فله الحق في المطالبة بمصاريف إعادة الشيء إلى حالته السابقة على الحادث ،

وإذا كانت إعادة الشيء * الى حالته السابقة أو احلال شي * معادل محلله
ممكنين ، فللمسئول أن يختار التعويض الذى يراه أقل كلفة له ولا يجبر على
أحد الحلين . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 28 / 10 / 1954 وفي
31 / 10 / 1957 بأن التعويض يجب أن يكون في حدود مصاريف إعادة
الشيء * الى ما كان عليه أو ثمن شي * معادل للشيء * المضرور .

وقد يدق الحل في حالة ما اذا كان الشيء * المضرور محدد الثمن فسي
تسعيرة رسمية ولكن يباع بثمن أكبر في السوق السوداء ، فهل يقضى بالتعويض
على أساس السعر المحدد بالتسعيرة الرسمية أو على أساس سعره في السوق
الأسوداء ؟ قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 9 / 7 / 1953 بأن يقدر
التعويض على أساس السعر الرسمي ، لأنه لا يسوغ للقضاء أن يأخذ في الاعتبار
بالسعر الجارى في السوق السوداء اذ تكون في ذلك مخالفة للقانون ، غير أن
المحاكم تتجنب في هذه الحالة تحميل المضرور الفرق بين السعيرين وتقضى له
بتعويض يساوى الفرق بين السعيرين .

* * *

المطلب الخامس

الأضرار التي يستحق عليها التعويض

9 — هناك ضرر مباشر وضرر غير مباشر ، وضرر متوقع وضرر غير متوقع ، وهناك
ضرر متغير ، فعن أى هذه الأضرار يستحق المضرور التعويض ؟ ثم ما حكم
الضرر المستقبل ، والضرر المحتمل ، وفوات الفرصة أو فقد الأمل وما حكم الضرر
الأدبي ؟

هناك شبه إجماع على أنه لا تعويض إلا عن الضرر المباشر في كلتا
المسئوليتين ، ولا تعويض عن الضرر غير المباشر فيهما وإن كان هناك رأى
فقهي يرى أنه يجب التعويض عن الضرر غير المباشر في المسؤولية التقصيرية .

فما هو معيار الضرر المباشر ؟ معيار الضرر المباشر هو الذى له عليه
القانون المدني الجزائرى في المادة 182 / 1 المقابلة للمادة 221 مدني
مصرى ، بقوله " أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في
الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه
بهذل جهد معقول " ومقتضى ذلك أن الضرر المباشر هو الذى لا يستطيع الرجل
العادى le B. P. de F. أن يتغلب عليه بهذل جهد العادى ، فساذا
استطاع أن يتغلب بهذا الجهد المعقول كان الضرر غير مباشر ولا تعويض عنه .
أو بعبارة أخرى لكي يكون الضرر مباشرا ، يجب أن تكون بينه وبين الفعل الضار
علاقة سببية كافية (1) . ولم يضع القانون الفرنسي معيارا للضرر المباشر والضرر
غير المباشر ، ولكن الشراح هناك يستشهدون لذلك بالمثل الذى ضربه بوتييه
للبقرة التي اشتراها شخص وكانت مصابة بمرض انتقلت عدواه الى المواشي
الأخرى ففقت فترتب على ذلك أن يشتري البقرة الموبوءة لم يتمكن من حصر
زراعته فتلقت الزراعة ، وترتب على تلفها اعساره ، وعجزه عن سداده ما عليه من
ديون ، فحجز دائنوه عليه وباعوا ما حجز عليه بثمن بخس ... الخ . وقالوا ان
الضرر المباشر في هذا المثل هو انتقال عدوى المرض من البقرة الموبوءة الى
المواشي الأخرى ونفقها ، أما ما هو أبعد من ذلك فانه ضرر غير مباشر إذ كان
المشتري يستطيع التغلب عليه باستئجار بقر آخر أو باستعارته لحرق أرضه .

(1) انظر في ذلك هيل وتيرى ، الالتزامات طبعة سنة 1980 بند 606 ومارتي وريلو،
ج 2 الالتزامات بند 376 والوسيط للمدهورى ج 1 بند 609 من 1030 .

ومن أمثلة الضرر المباشر ما قضت به محكمة النقض المصرية في قضية ضد مصلحة الآثار اذ قالت : " قضت محكمة الاستئناف بتحميل مصلحة الآثار مسؤولية خطئها الذي يلحصر في أنها سحبت رخصة من متجر بالآثار فترتب على سحب هذه الرخصة أن أصبح محل التاجر يدار بخير ترخيص ، فحرر ضده محضر مخالفة ، وهوجم منزله ، وأزيلت اللوحة المعلقة على محل تجارته ، فحكمت له المحكمة بتعويض عن كل هذه الأضرار " (1) وهكذا اعتبرت المحكمة ضمرا مباشرا ما ترتب على سحب الترخيص بالتجار بالآثار من صيرورة محل التجارة يدار بخير ترخيص ، ومن مهاجمة منزل التاجر ، ومن ازالة اللوحة اللافتة المعلقة على محل تجارته .

ولا ينبغي أن يقتصر مفهوم مباشرة الضرر على وجوب انصرافه الى الضرر وحده بحيث لا يتعداه الى غيره ، فقد يمتد أثر الضرر الى أشخاص آخرين غير المضرور وهذا هو ما يسمى بالضرر المرتد *le dommage par ricochet* .

أما الضرر غير المباشر فهو الذي لا يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام والذي يستطيع المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول أو كما تقول المادة 1151 مدني فرنسي بمفهوم المخالفة هو الذي لا يكون : *une suite immédiate et directe de l'inexécution* ، على أن يتخذ متحيز الرجل الحادي هاديا الى معرفة ما اذا كان يمكن التغلب على الضرر ببذل جهد معقول . وقد استقرت القوانين العربية ، محتذية القاسون الفرنسي ، على أن يسأل المسئول عن الضرر المتوقع فقط في المسؤولية العقدية (1) انظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 9 / 4 / 1936 في مجلة المحاماة العدد 17 تحت رقم 40 ص 74 .

وعن الضرر المتوقع وغير المتوقع في المسؤولية التقصيرية ، بينما يساوى القانون الألماني في المادة 853 بين المسئولين وبقضي بتعويض الضرر غير المتوقع في كليهما . وقد انتقد الفقه الفرنسي التفرقة بين المسئولين في هذا الصدد .

ومعيار كون الضرر متوقعا أو غير متوقع هو معيار الرجل العاوى
le B. P. de F. أى ينظر اليه مجردا in abstracto وينظر الى
التوقع يوم انعقاد العقد لا بعد ابرامه .

والواقع هو أن التفرقة بين المسئولين قد تؤدي الى نتائج شاذة في
حالة ما اذا كان الضرر قد مات أثناء سفره فانه اذا كان منقولاً بأجر ، فان
الناقل سوف يدفع التعويض عما أصابه من ضرر على أساس المسؤولية العقدية ،
وبالتالي فلا يدفع إلا التعويض الذى كان متوقعا عند التعاقد ، وبما أن
القضاء الفرنسي مستقر على أن ورثة المنقول بأجر يكون لهم الحق في رفع
دعوى عقدية يطالبونها عن مورثهم بطريق اشتراط ضمني لمصلحة الغير انعقد
بين المنقول والناقل ، ومنح لهؤلاء الورثة الحق في التنازل عن هذه الدعوى
العقدية ورفع دعوى تقصيرية يطالبون فيها بالتعويض عما أصابهم شخصيا من
ضرر بسبب وفاة مورثهم ، فانهم لو رفعوا هذه الدعوى سيحصلون على تعويض
الضرر المتوقع وغير المتوقع ، فيكونون أحسن وضعاً من مورثهم الذى ورثوا عنه
الحق في رفع هذه الدعوى ، وهذا هو ما يجافي منطق العدالة ، إذ يكون
للخلف أكثر مما كان للسلف .

ويكون الضرر غير متوقع في سببه أو في مقداره ومداه ، ففي حالة ما اذا كان غير متوقع في سببه يكون من غير الممكن أن يتوقع أن من شأن خطأ المدين أن يترتب عليه كل ما حدث من ضرر للدائن ، فلا يسأل المدين عن هذا الضرر مهما كان مقداره ومداه . وقد يكون الضرر متوقعا في سببه ولكن غير متوقع في مقداره ومداه ، أى يكون متوقعا أن يترتب ضرر ما على خطأ المدين ، ولكن يكون مبلغ الضرر ومقداره غير متوقع ، فلا يسأل المدين عن جسامته الضرر غير المتوقعة . وبعبارة أخرى يسأل المدين عن مقدار الضرر الذى كان متوقعا عند التعاقد من حيث سببه ، ولا يسأل عن ضرر لم يكن متوقعا في سببه ، ويسأل عن ضرر كان متوقعا في مداه ، ولكن لا يسأل عن ضرر كان غير متوقع في مداه . ويرجع في وقت التوقع أو عدم التوقع الى وقت إبرام العقد بحيث لو كان الضرر غير متوقع عند إبرام العقد فلا يسأل عنه المدين حتى لو صار متوقعا بعد إبرام العقد .

ولكن اذا كان الضرر غير متوقع بفعل الدائن ، سواء كان هذا الفعل خاطئا أو غير خاطي ، فلا يسأل المدين عنه ولو كان الدائن يتوقعه عند التعاقد ، مثال ذلك أن يرسل شخص طردا بالبريد ويصرح بأنه يحتوى على أشياء عادية ، فاذا فقد فان مصلحة البريد لا تسأل إلا عن تحييض الضرر عن فقد الأشياء العادية ، ولا يجوز للمرسل أن يدعي أن الطرد كان يشتمل على أشياء ثمينة ذات قيمة غير عادية ، وذلك لأن تصريح المرسل جعل مصلحة البريد لا تتوقع أن تكون بالطرد أشياء ثمينة . وقد قضت الفقرة الثانية من المادة 182 مدني جزائري بفهم المخالفة ، وهي تقابل الفقرة الثانية من

المادة 221 مدني مصرى ، أن المدين الذى يرتكب غشا أو خطأ جسيما يلتزم بالتعويض حتى عن الضرر غير المتوقع ، وقد نصت المادة 1150 مدني فرنسي على نفس الحكم ، وإن كانت لم تتناول إلا غش المدين ، ولكن من المصطلح عليه ، كما سبق أن رأينا ، هو أن الخطأ الجسيم يعتبر كالغش culpa lata dolo equiparatur . فهل معنى ذلك أن تنقلب المسؤولية من عقدية إلى تقصيرية ؟

يرى جوسران ذلك ويبنى رأيه على أن المتعاقد الذى يرتكب غشا أو خطأ جسيما يخون الثقة التي تسود بين المتعاقدين ويخرج بذلك من دائرة العقد ليدخل في دائرة المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾ بينما يرى مازو أن المسؤولية تظل عقدية ، ويعتبر التعويض عن الضرر غير المتوقع جزاءً يجازى به مرتكب الغش أو الخطأ الجسيم⁽²⁾ .

أما الأستاذ السبهورى فهو يهرس التعويض عن الضرر غير المتوقع في حالة الغش أو الخطأ الجسيم بقوله ان المتعاقدين يفترض أنهما اتفقا ضمناً على شرط يقصر المسؤولية على مقدار الضرر المتوقع ، فإذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيماً أصبح هذا الشرط الضمني باطلاً وسئل المدين عن تعويض الضرر غير المتوقع⁽³⁾ ، أى أنه يرى أن المسؤولية ماتزال عقدية .

وعلى كل حال فإن عبء اثبات الغش أو الخطأ الجسيم على الدائن ، لأن حسن النية مفترض حتى يثبت العكس⁽⁴⁾ .

(1) أرجع في ذلك إلى : مبادئ الالتزام للدكتور سليمان مرقس بند 228 .

(2) مازو : المسؤولية المدنية ج 3 بند 2875 — 2876 .

(3) الوسيط ج 1 بند 452 .

(4) حكم محكمة استئناف القاهرة في 28/11/1961 نشر في المجوعة الرسمية السنة 60 برقم 26 من 197 .

10 — أما الضرر المتغير *le préjudice variable* فلما أن يكون التغير قد حدث بعد الحكم بالتعويض فيكون للمضرور الحق في طلب تعويض تكميلي يناسب مقدار الزيادة في الضرر ، دون أن يكون للمسئول أن يحتج عليه بقوة الأمر المقضي ، إذ أنه يطلب تعويضا عن ضرر لم يكن قد تحقق عند الحكم ، ولكن إذا كان التغير قد حدث في سعر العملة فقد قلنا ان القضاء يرفض إعادة النظر في قيمة التعويض .

أما إذا كان الضرر قد تغير قبل صدور الحكم ، فقد تسائل الفقهاء عما إذا كان يجب تقدير التعويض على أساس الضرر يوم حدوثه أو على أساس ما صار إليه يوم رفع الدعوى أو على أساس ما انتهى إليه عند صدور الحكم ؟ وقد رأى بعض الفقه وجوب التمييز في هذا الصدد بين التغير الداخلي للضرر *intrinsèque* وتغيره خارجيا *extrinsèque* . فإذا كان التغير داخليا وناشئا عن خطأ المسئول ، فيجب أن يؤخذ في الاعتبار يوم صدور الحكم فيزداد التعويض أو ينخفض بحسب تفاقم الضرر أو تحسنه عند صدور الحكم . أما إذا كان التغير قد ترتب دون خطأ المسئول ، فانه لا يؤخذ في الاعتبار عند صدور الحكم ، مثال ذلك : أن يترتب على خطأ المسئول أن يفقد المضرور إحدى عينييه السليمتين ، وبعد الحادث ، وقبل صدور الحكم فيه يصاب المضرور في العين السليمة من مسئول آخر ويصبح أعمى ، فلا يقدر التعويض في الحادث الأول على أساس أن المضرور قد صار أعمى ، بل يقدر التعويض على أساس فقد عين واحدة من بين عينيي سليمتين ، بينما يقدر التعويض في الحادث الثاني على أساس أن المضرور قد صار أعمى .

أما التغيير الخارجي *extrinsèque* فكثيرا ما يحدث في الأثمان، فإذا أصيبت سيارة بطف كلي في سنة 1980 وكان ثمنها يومئذ 40 ألفا، وعند تقدير القضاء لمقدار التعويض في سنة 1983 كان ثمنها قد أصبح 60 ألفا، فهل يقدر التعويض على أساس ثمنها يوم حدوث الطف أو على أساس ثمنها يوم الحكم ؟

يلاحظ ما سبق أن قلناه من أن انخفاض القوة الشرائية للعملة لا تأثير له في تقدير التعويض، ولقد طبق المشرع الجزائري هذا المبدأ في عقد القرض، فمنص على أن المقرض يجب عليه أن يرد مبلغ القرض بنفس المقدار الذي تسلمه يوم القرض (المادة 450 م ج، المقابلة للمادة 538 مدني مصري وللمادة 1895 مدني فرنسي) .

وتطبيقا لهذا النص إذا كان المقرض قد اقترض 1000 دينار في سنة 1970 ووجب عليه أن يرد القرض في سنة 1980 فعليه أن يرد ألف دينار فقط على الرغم من انخفاض القوة الشرائية للدينار بين سنة 1970 إلى سنة 1980 . وإذا كان انخفاض القوة الشرائية للعملة لا تأثير له على مقدار التعويض، فعلى العكس من ذلك ينبغي للقاضي أن يقدر ثمن الشيء الذي أطف لا بحسب سعره يوم اتلافه ولكن بحسب سعره يوم الحكم، لأن صاحب هذا الشيء مضطر إلى شراء مثله عند صدور الحكم، اللهم إلا إذا كان قد اشترى مثله عقب الحادث مباشرة فيعوض بمقدار ما دفع على النحو السابق الذكر، ولو كان الثمن الذي اشترى به أقل من ثمن الشيء يوم صدور الحكم. ولقد استقر القضاء الفرنسي على تقدير التعويض يوم صدور الحكم لا يوم حدوث الضرر، بعد أن كان مترددا حينما من الدهر، وأصدرت محكمة النقض

هناك حكما بذلك في 15 / 7 / 1943 قالت فيه : " ان تقدير التعويض يجب أن يتم يوم صدور الحكم ، ويستوى أن تكون المسؤولية عقدية أو تقصيرية " . أما مجلس الدولة الفرنسي فهو يتفق مع القضاء المدني في تقدير التعويض يوم صدور الحكم اذا كانت الأضرار جسمية لا مادية ، أما اذا كانت الأضرار مادية فانه يختطف مع القضاء المدني ويقضي بتقدير التعويض بالسعر المعمول به في اليوم الذي كان الضرور يستطيع فيه أن يقوم باصلاح الضرر⁽¹⁾ بينما القضاء المدني لا يميز بين الأضرار الجسمية والأضرار المادية في تقدير التعويض يوم الحكم ، ما لم يكن الضرور قد قام قبل الحكم باصلاح الضرر أو بشراء شيء مماثل فيقدر التعويض على أساس ما دفع فعلا⁽²⁾ .

وأخيرا يلاحظ أنه اذا كان الضرر قد تغير بعد صدور الحكم الابتدائي ورفع عنه استئناف ، فلمحكمة الاستئناف أن تقدر التعويض على أساس الأسعار الجارية يوم صدور حكم الاستئناف .

11 — ما حكم الضرر المستقبلي Le préjudice futur

ينبغي أن يكون الضرر الذي يجب التعويض عنه قد تحقق ووقع فعلا أو أن يكون محقق الوقوع في المستقبل certain ولكن لا يكفي في الضرر المستقبلي أن يكون محتملا فقط purement éventuel . ويكون الضرر المستقبلي محقق الوقوع اذا كان تقدير القضاء له سهلا ميسورا . مثال ذلك العجز عن العمل

(1) انظر حكما لمجلس الدولة صدر بهذا المعنى في سنة 1942 .

(2) ارجع في تفصيل الضرر المتغير الى الوسيط للسنهوري ج 1 بند 649 ص 1102 والى : المسؤولية المدنية لمازو ج 3 البنود 2426 الى 2428 .

مستقبلا بسبب عاهة مستديمة ، فيؤخذ في تقدير التعويض اعتبار أن المضرور
لن يستطيع في المستقبل كسب معيشته ، وهذا ضرر محقق الوقوع (1) .

وبهذا الصدد أثبتت مسألة فقد الفرصة أو تفويت الفرصة أو خيبة الأمل
la perte d'une chance (2) .

مثال ذلك : أن يترتب على إهمال محضر إعلان دعوى حتى يفوت ميعاد
رفعها ، أو أن يقصر محام في رفع استئناف عن حكم حتى يفوت ميعاد
الاستئناف (3) أو أن يتسبب حادث في منع طالب من الدخول في امتحان
أو في مسابقة (4) .

في مثل هذه الأحوال فانت فرصة نجاح ، ولو أن النجاح لم يكن محققا ،
ولكن تفويت الفرصة أمر محقق وهو الذي يعرض عنه ، أي أن تقدير التعويض
لا يتم على أساس النجاح فهو أمر غير محقق ، وإنما يتم على أساس خيبة الأمل

(1) انظر في ذلك حكما لمحكمة النقض الفرنسية صدر في 13 / 12 / 1977 نشر
في المجموعة المدنية عدد 3 برقم 440 .

(2) انظر في ذلك المراجع الآتية : الوسيط للمستهوى ج1 بند 576 ، ومازو:
المسؤولية المدنية ج1 بند 219 ، و Boré في مقال له نشر في الأسبوع
القانوني سنة 1974 عدد 1 برقم 2620 ، و le Sourd في مقال له
تحت عنوان : La perte d'une chance نشر في جازيت دي باليه
سنة 1968 عدد 2 برقم 49 .

(3) الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 15 / 3 / 1965 د اللوز سنة
1975 برقم 425 .

(4) انظر في ذلك حكما للدائرة المدنية الثانية بمحكمة النقض الفرنسية صدر في
17 / 2 / 1961 ونشر في جازيت دي باليه سنة 1961 عدد 1 برقم 400
وحكما من محكمة مصر الكلية الوطنية صدر في 23 / 11 / 1930 ونشر في
الجريدة القضائية سنة 1930 عدد 53 ص 49 .

في نجاح ربما تحقق ، فالقدر المحقق هنا هو فوات الفرصة أو خيبة أمل ذي الشأن في تحقيق نجاح كان محتملا ، فيعوض على أساس خيبة أمل (1) . ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة النقض المصرية في فوات فرصة الترقية لموظف أحيل الى التقاعد دون مسوغ (2) . وما قضت به الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في حادث قتل قوت على خطيبة القتل فرصة الزواج به ولا سيما أن الزواج كان قد اقترب أجله (3) .

ويرجع في تقدير ما اذا كان هناك فوات فرصة لقضاة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض إذ هي مسألة واقع (4) .

12 — وما حكم الضرر الأدبي أو المعنوي le préjudice moral ؟

عرف التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الروماني الذي لم يفرق بين الضرر المادي والضرر المعنوي بشكل واضح ، حتى أن دوما وبوتيه رأيا خطأ أن القانون الروماني لم يعرف التعويض عن الضرر الأدبي ، وطى ذلك فقد تجاهل القانون الفرنسي القديم حكم التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية

(1) انظر في ذلك حكمين للدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية في 1973/3/27 وفي 1973/5/9 نشر في الأسبوع القانوني سنة 1974 عدد 2 برقم 17643 مع تعليق لسافاتيه .

(2) حكم النقض هذا صدر في 1949/2/3 ونشر في مجموعة مقر لأحكام النقض عدد 5 برقم 378 من 709 .

(3) صدر في 1956/1/5 ونشر في دالوز سنة 1956 برقم 216 .

(4) الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 1972/7/18 نشر في المجموعة المدنية عدد 1 برقم 188 من 164 .

العقدية وتأثر واضعو القانون الفرنسي الحالي بهذه الفكرة فلم يتناول تقنين نابوليون النص على هذا الضرر ، وقد تأثر القضاء الفرنسي بهذه الفكرة فظل ردحا طويلا من الزمن يرفض التعويض عن هذا الضرر ، بل ظل القضاء الادارى هناك يتنكر للتعويض عن هذا الضرر حتى عهد قريب جدا . أما الشريعة الاسلامية فأغلب الفقهاء فيها لا يرون التعويض عن هذا الضرر بينما رأى بعض المالكية التعويض عنه (1) .

ولقد كان موقف الفقهاء في فرنسا مترددا في بادىء الأمر فكان بعضهم يرفض التعويض عن الضرر الادبي بحجة أنه لا يمكن أن يقوم بمال ، أو لأن تقديره بالمال أمر عسير ، بينما كان بعضهم الآخر يقول بجواز التعويض عن الضرر المعنوى الذى يترتب على ضرر مادي أو يترتب عليه ضرر مادي ، أما الضرر المعنوى البحت فلا تعويض عنه ، ورأى بعض آخر أنه لا تعويض عن الضرر المعنوى إلا اذا ترتب على جريمة جنائية . أما الفقه الحديث فقد أجاز التعويض عن الضرر المعنوى بكل أنواعه ، وسأير القضاء المدني في فرنسا منذ سنة 1833 ، بل ان هذا القضاء قد أصبح يسرف في هذا الصدد الى درجة غير سائغة ، أما قضاء مجلس الدولة ، فبعد أن تنكر لهذا التعويض ردحا طويلا من الزمن أخذ منذ حكم له صدر في سنة 1961 يسأير القضاء المدني في قبول التعويض عن الضرر المعنوى وان كان لا يسرف فيه كما يفعل القضاء المدني .

وبينما أخذ القضاء المدني الفرنسي بالتعويض عن الضرر المعنوى فسي

(1) انظر في موضوع التعويض عن الضرر المعنوى البحث القيم الذى وضعه الأستاذ مقدم السعيد بعنوان : التعويض عن الضرر المعنوى في المسؤولية المدنية وقدّمه لمعهد الحقوق ونال به درجة الماجستير بمرتبة مشرف جدا في سنة 1982 .

المسئولية التقصيرية مبكرا منذ سنة 1833 ظل على العكس من ذلك مترددا في قبول الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسئولية العقدية تحت تأثير القانون الفرنسي القديم الذي قبل التعويض عن الضرر المعنوي في المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية كما سبق أن قلنا . ولم يقبل هذا القضاء التعويض عن الضرر المعنوي في المسئولية العقدية إلا منذ سنة 1932 إذ أصدرت محكمة السين التجارية حكما في قضية ممثلة طالبت مدير مسرح بالتعويض عما أصابها من ضرر بسبب عدم نشر اسمها بالحروف البارزة في الاعلان عن تمثيلها كما كان متوقفا عليه (1) .

وقد استند القضاء الفرنسي في القول بالتعويض عن الضرر المعنوي الى عموم النصوص الواردة عن التعويض في المسئوليتين ، أما الاعتراض الذي يقول ان التعويض عن الضرر المعنوي لا يمكن تقديره بالمال لأن هذا الضرر لا يقوم بمال فقد ردّ عليه بأن التعويض هنا لا يقصد به إلا الى الترضية والترفيه عن المضرور وتعزيتة عما أصابه .

وقد أخذ القضاء المدني في فرنسا يسرف في الحكم بهذا التعويض الى درجة أنه حكم به لصالح من يفقد حيوانا (2) كما حكم به للمساس بالعقيدة الدينية (3) .

(1) انظر هذا الحكم الصادر في 20 / 2 / 1932 والمنشور في جازيت دي باليه سنة 1932 عدد 1 برقم 295 .

(2) انظر على سبيل المثال حكم الدائرة المدنية الأولى الصادر في 16 / 1 / 1962 في دالوز سنة 1962 برقم 199 مع تعليق لروميير .

(3) انظر مثلا حكما لمحكمة النقض هناك صدر في 17 / 6 / 1914 وشر في دالوز الدورى سنة 1919 عدد 1 برقم 36 .

وقد أصبح هذا القضاء ، بعد أن كان يضيق من دائرة من ينتقل اليهم هذا التعويض ، فيشترط أن تكون لهم مصلحة مشروعة يحميها القانون ، *un intérêt légitime juridiquement protégé* ، يتوسع ويقضي بالتعويض لذوى المتوفى متى كان هذا الأخير ينفق عليهم أو يساعد هم في معيشتهم دون أى شرط أو قيد (1) .

وبالنسبة الى الخيلة *la concubine* كان القضاء المدني يرفض الحكم لها بالتعويض بحجة أنها لا تربطها بالضرور مصلحة مشروعة يحميها القانون ، ولكن حين عدل عن هذا القيد أخذ يشترط لملاحها الحق في التعويض ألا تكون علاقتها بخلييلها تقوم على الزنا ، بل وقد تطور بهذا الصدد حتى قبل الحكم لها بالتعويض حتى لو كانت العلاقة تقوم على الزنا مادامت الزوجة الشرعية لم تتقدم بشكوى لتحريك الدعوى العمومية عن الزنا (2) . ولا شك أن مثل هذه الشكوى أصبحت غير ذات موضوع بعد أن صدر في فرنسا قانون بتاريخ 11/7/1975 ألغى النصوص الخاصة بجريمة الزنا من قانون العقوبات وأصبح الزنا غير معاقب عليه جنائيا .

13 - أما في مصر فلم يكن القانون المدني القديم يتناول النص على التعويض عن الضرر المعنوي ، وكان متأثرا في ذلك بالقانون المدني الفرنسي ، غير أن الفقه والقضاء هناك كانا مستقرين على قبول هذا التعويض (3) .

(1) انظر مثلا حكما للدائرة المدنية الثانية صدر في 8/12/1971 ونشر في د اللوز سنة 1972 برقم 88 .

(2) حكم الدائرة الجنائية لمحكمة النقس الفرنسية في 19/6/1975 نشر في د اللوز سنة 1975 برقم 678 مع تعليق لتونك .

(3) الوسيط للمسنهوري ج 1 بند 578 ص 985 .

ثم جاء التقنين المدني الجديد في سنة 1948 فنص في المادة 222 منه على ما يلي : " 1 - يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل الى الغير إلا اذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء . 2 - ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الآللأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب " (1) . وهكذا أخذ التقنين الجديد بما أخذت به القوانين الحديثة ، مثل قانون الالتزامات السويسرى (م 47) والقانون النمساوى (م 1327) والقانون البولوى (م 166) والقانون اللبناني (م 134) والمشروع الفرنسى الايطالى (م 85) أما القانون المدني الألماني فقد سكت عنه .

وقد نظر المشرع المصرى الى التعويض عن الضرر الأدبي باعتباره ضعيفا ، ولذلك قيده بقيدتين : الأول - هو عدم انتقاله الى الغير إلا اذا كان قد حدد بين المسئول والمضرور سواء بالاتفاق بينهما على مبدئه وعلى مقداره ، أو أن تكون قد رفعت عنه دعوى أمام القضاء . ومعنى ذلك بمفهوم المخالفة أن السكوت عنه من قبل المضرور يعتبر تنازلا منه . والقيد الثاني - هو أنه حدد الخير الذى يجوز أن يطالب بهذا التعويض عما أصابه شخصا من ضرر بسبب وفاة المصاب ، وحصر هذا الخير في زوج المتوفى وفي أقاربه حتى الدرجة الثانية أى حصرهم في أبويه وجديه لأب أو لأم وأولاده وأولاده وأخوته وأخواته . واذا وجد هؤلاء جميعا فضل منهم من أصابه ألم حقيقى من جراء موت المصاب (2) .

(1) وتقابل هذه المادة في القوانين العربية الأخرى المواد : 223 مدنى سورى ، 225 مدنى لىبى ، و 205 مدنى عراقى .

(2) الوسيط للسهورى ج 1 بند 578 ص 985 .

وقد عمم التقنين الجديد التعويض عن الضرر الأدبي فشمّل المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية .

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي لهذا القانون ما يلي :
" يعتد في المسؤولية التعاقدية بالضرر الأدبي ، وفقا للأحكام التي تقدمت
الإشارة إليها في المسؤولية التقصيرية ، وغني عن البيان أن تصور الضرر الأدبي
أيسر في نطاق المسؤولية التقصيرية منه في نطاق المسؤولية التعاقدية . على أن
ذلك لا يلغي إمكان قيام المسؤولية عن الضرر الأدبي ، في الالتزامات التعاقدية .
فمن ذلك مثلا امتناع الوديع عن ردّ لوحة فنية لها عند المودع منزلة أدبية
رفيعة ، مع أن قيمتها المادية ضئيلة " (1) .

14 — موقف القانون المدني الجزائري من التعويض عن الضرر الأدبي

صدر القانون المدني الجزائري خاليا من النص على ما يقابل المـــواد
العربية الخاصة بالتعويض عن الضرر الأدبي ، مع أن المشرع الجزائري تناول
النص على هذا التعويض في غير القانون المدني ، فنص عليه في المادة 4 / 3
من قانون الاجراءات الجزائية الصادر في سنة 1966 التي تقضي بما يلي :
" تقبل دعوى المسؤولية من كافة أوجه الضرر ، سواء كانت مادية أو جسمانية أو
أدبية . . . الخ " كما أن المشرع الجزائري تناول التعويض عن الضرر الأدبي
في المادة الثامنة من قانون العمل الجزائري الصادر في سنة 1978 ، التي
تقضي بما يلي : " يضمن القانون حماية العامل أثناء ممارسة عمله من كل أشكال

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 567 .

الاهانة والقذف والتهديد والضغط أو محاولة حمله على التشيخ والتبعية ، كما
يضمن له التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق به " واذن فليس
معنى عدم النص على التعويض عن الضرر الأدبي في القانون المدني أن
المشرع الجزائري يصرف النظر عن هذا التعويض ، احتراماً منه ، كما قال البعض⁽¹⁾
للمذهب الاشتراكي الذي احتذى فيه حذو الاتحاد السوفيتي والمذهب
الشعبية ، فلا أظن أن التعويض عن الضرر الأدبي يتنافى والمذهب
الاشتراكي الذي لا يأبى أن يعرض الانسان عما يصيبه من آلام في مشاعره أو في
سمعته وشرفه أو في معتقداته . أما القول بأن في التعويض عن الضرر الأدبي
اثراً بلا سبب كما يرى البعض⁽²⁾ فانه عار عن الصحة اذ أن السبب في
الاثراء موفور وهو الفعل الضار ، ولو كان ذلك صحيحاً ما نصّ المشرع الجزائري
على هذا التعويض في قانون الاجراءات الجزائية وفي قانون العمل .

ثم ان عدم وجود نص على التعويض عن الضرر الأدبي في القانون المدني
لا يسوغ أن يستنتج منه انتفاء التعويض عن هذا الضرر في القانون المدني
الجزائري ، اذ الأصل في الأشياء الاباحة ، لا سيما وقد أبيح هذا التعويض في
القانونين السابقين الذكر ، وفوق ذلك فان نصوص القانون المدني نفسها تسمح
بالتعويض عن هذا الضرر .

فالمادة 131 من هذا القانون تنص على أن " يقدر القاضي مـدى
التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب . . . الخ " .

(1) و (2) انظر في ذلك بحث الأستاذ مقدم السعيد السابق الذكر ص 118 .

وهذه المادة لم تخص الضرر المادي بالذكر ، ولم تتكلم عن نوع الضرر الذى يقدر القاضى التعويض عنه ، فهي اذن لا تستبعد التعويض عن الضرر الأذى ، لاسيما اذا ما رجعنا الى نص المادة 182 الذى أحالت عليه المادة 131 ، فنص المادة 182 يقضى بما يلي : " اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون ، فالقاضي هو الذى يقدره " فهذا النص يسمح للقاضي بأن يقدر التعويض اذا لم يقدره العقد ولا القانون ، فاذا لم يقدر القانون التعويض عن الضرر الأذى ، تولى القاضي تقديره . ولا محل للقول بأن هذا النص قاصر على التعويض في المسؤولية العقدية وحدها باعتبار أنه يقيس التعويض بمعيار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، اذ أن هذا المعيار يمكن أن يصدق أيضا على الضرر الأذى الناتج عن المسؤولية المدنية بتوحيها العقدية والتقصيرية ، وهذا هو الرأى الراجح في الفقه . وربّ ضرر معنوى يسبب للمضروب خسارة أفدح من الخسارة التي يسببها الضرر المادي ، ويفوت عليه كسبا أكثر مما يفوته عليه الضرر المادي ، مثال ذلك أن يصاب طبيب أو محام أو مهندس في سمعته أو شرفه أو أمانته فيفلس في ممارسة مهنته والدليل على أن هذا المعيار غير قاصر على المسؤولية العقدية هو أن الفقرة الثانية من المادة 182 تقول : " غير أنه اذا كان التعويض مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين ... الخ " مما يدل بمفهوم المخالفة على أن التعويض عن الضرر الذى يكون مصدره القانون ، أى التعويض الخاص بالمسؤولية يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع ، وهو ما يطق عليه الرأى ، واذن فنص المادة 182 ليس خاصا بالمسؤولية العقدية وحدها . يضاف الى ذلك أن تخصيص حالة بالذكر

لا يفيد استبعاد ما عداها من الحالات مادام القانون لم ينص على استبعادها .
ومذا مبدأ مقرر في تفسير النصوص القانونية . فإذا سلمنا بأن نص المادة 182
خاص بالتعويض عن الضرر المادي ، فلا يعني ذلك أنه يستبعد تقدير القضاء
لمدى التعويض عن الضرر الأدبي تطبيقا لنص المادة 131 ، لا سيما إذا أخذنا
في الاعتبار أن المشرع الجزائي قد نص على التعويض عن الضرر الأدبي فسي
التشريعين الجنائي والخاص بالعمل ، وكذلك إذا أخذنا في الاعتبار بأن نص
المادة الأولى من القانون المدني الجزائي قد ورد في الباب الأول الخاص
بالأحكام العامة المتعلقة بآثار القوانين وتطبيقها ، فهو باب يضع أحكاما عامة
تطبق على كل القوانين ، سواء منها القانون المدني أو القوانين الأخرى ، ومنها
قانون الاجراءات الجزائية وقانون العمل . والفقرة الأولى من المادة الأولى من
القانون المدني تقضي بمسريان النصوص القانونية بصفة عامة ، سواء أكانت نصوص
القانون المدني أم نصوص قانون آخر مثل قانون الاجراءات الجزائية وقانون
العمل ، إذ أن من المتفق عليه أن القانون المدني هو القانون العام
le droit commun الذي يعتبر دستور القوانين الأخرى . واذن فلنص المادة
الأولى من القانون المدني يعتبر هو الدهراس الذي نهتدى به الى سـواء
المسبيل .

يضاف الى ما تقدم ببيانه أن نص المادة 124 مدني جزائي تقضي بأن
" كل عمل يرتكبه المرء (بخطئه) ويسبب ضررا للغير ، يلزم من كان سببا فسي
حدوثة بالتعويض " وما من شك في أن العمل الذي يصيب الغير بضرر قد يصيبه

بضرر مادي أو بضرر معنوي ، فالنص المذكور عام ، ومن المبادئ المقررة في تفسير النصوص أن النص العام لا يخصص بدون نص مخصص ، لا سيما إذا كان من شأن التخصيص أن يفلت من المسئولية من يسبب للغير ضررا معنويا قد تكون عواقبه أفدح من تلك التي تترتب على الضرر المادي . مع ملاحظة أن النص الفرنسي للمادة 124 منقول حرفيا عن المادة 1382 مدني فرنسي ، وقد استمد الفقه والقضاء في فرنسا حكم التعويض عن الضرر الأدبي من عموم نص هذه المادة واستقر القضاء المدني على الحكم بهذا التعويض منذ قرن ونصف .

ونخلص مما تقدم إلى القول بأن التشريع الجزائري يقبل التعويض عن الضرر المعنوي ، ولذلك لم يتردد القضاء الجزائري في الحكم بهذا التعويض (1) .

* * *

المطلب السادس

طرفا التعويض

15 - من له الحق في طلب التعويض ؟

المضرور هو في الأصل صاحب الحق في طلب التعويض مادام أهلا لرفع الدعوى عنه ، فإذا لم يكن أهلا لرفع الدعوى ناب عنه نائبه القانوني من ولي أو وصي أو قيم . وللمضرور أن يوكل وكيلًا اتفاقيا يطالب بالحق في التعويض نيابة عنه . وينوب عن الأشخاص المعنوية مثلوهم القانونيون ، وينوب عن المفلس وكيل الخليسة le syndio . وللدائنين استعمال حق مدينتهم المتقاعس في المطالبة بالتعويض بطريق الدعوى غير المباشرة l'action oblique (المادة (1) انظر بعض أحكام القضاء الجزائري في مؤلف الأستاذ مقدم السعيد السابق الذكر ص 133 - 134 .

189 م ج المقابلة للمادة 235 م م وللمادة 1166 م ف) غير أنه يشترط لنيابة الدائمين عن مدينتهم بطريق الدعوى غير المباشرة أن يكون التعويض المطلوب عن ضرر مادي ، فإذا كان الضرر الذي أصاب مدينتهم جسدياً أو أدبياً ، فليس لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار لأن المطالبة به من الحقوق المتصلة بشخص المدين وحده ، وقد أجاز للوالدين المطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار نيابة عن ابنهما الذي مازال على قيد الحياة (1) .

ولكن هل يجوز للمؤمن الذي دفع مبلغ التأمين للمضروب المؤمن له عن الأضرار التي تصيبه ، أن يحل محل المضروب في المطالبة بالتعويض ؟ قضت المادة 637 م ج المقابلة للمادة 765 م م بتحريم حلول المؤمن محل المؤمن له في التأمين على الحياة ، وقد قضت بنفس الملح المادة 55 من قانون التأمين الفرنسي الصادر بتاريخ 31 / 7 / 1930 .

أما إذا كان الضرر قد أصاب الأشياء الخاصة بالمضروب فيجوز للمؤمن أن يحل محله في المطالبة بالتعويض (المادة 643 م ج المقابلة للمادة 771 م م والمادة 55 من قانون التأمين الفرنسي السابق الذكر) . وقد اقتصر النص على حالة الحريق وحدها ولا معنى لهذا القصر ، فإن للمؤمن أن يحل محل المؤمن له في كل أنواع الأضرار التي تصيب الأشياء سواء بالحريق أو بغيره ، ولذلك عممت المادة 55 من القانون الفرنسي . ولكن يلاحظ أن ليس للمؤمن حق الحلول إذا كان من أحدث الضرر بالأشياء قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه في

(1) الوسيط للسبهورى ج 1 بند 579 ص 988 .

معيشة واحدة أو شخصا يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله . وبالنسبة الى القريب أو الصهر يشترط أن يكون ممن يعيشون مع المضرور في معيشة واحدة . أما بالنسبة الى من هو مسئول عنهم فمثل التابع أو الموضوع تحت الرقابة ولو لم يكن يعيش مع المضرور في معيشة واحدة .

أما اذا مات المضرور على أثر الحادث الذي أصابه ، فهل ينتقل الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر الى خلفه ؟ هنا ينبغي أن نميز بين أنواع الخلف وبين أنواع الأضرار ، وأن نميز بين الأضرار التي تنتقل من المضرور الى خلفه أو ما يسمى بالضرر الموروث *le dommage transmis* ، وبين الأضرار الشخصية التي تصيب الخلف شخصيا أو ما يسمى بالضرر المرتد *le dommage par ricochet* .

فأما بالنسبة الى الخلف فاذا كان من الورثة فان لهؤلاء الحق في مطالبة المسئول بما كان لمورثهم من حق في التعويض دخل في ذمته المالية قبل موته وانتقل اليهم بسبب الميراث ، يستوى في ذلك أن يكون قد رفع به دعوى أو لم يرفع به متى كان الضرر ماديا أو جسميا ، وسواء كان قد اتفق عليه بينه وبين المسئول أو لم يتفق ، ولكن يشترط لذلك أن يكون الحق في التعويض عن هذا الضرر المادي أو الجسمي قد نشأ فعلا ودخل في ذمة المورث قبل وفاته ، وفي هذه الحالة ينتقل هذا الحق الى الورثة بما يلازمه من صفات وما يكون ضده من دفع . وبما أنه ينتقل الى الورثة بسبب الميراث ، فانه لا يثول اليهم إلا بعد سداد ما تعلق بالتركة من وصايا وديون ، تطبقا للقاعدة الشرعية : لا تركة

الأبعد سداد الديون " ويقسم على الورثة بحسب أنصبتهم الشرعية (1) .

ولكن الأمر يدق إذا كان الحادث الذي أصاب المورث قد أودى بحياته فوراً . وبهذا الصدد كان هناك رأى يقول ان الحق في التعويض لم يشأ لأن الموت هو سبب نشوئه ، وحين حدث الموت نشأ الحق دون أن تكون هناك ذمة مالية تتقاه ، إذ أن هذه الذمة قد انقضت بسبب وفاة المورث ، ومن ثم فلا ينتقل الحق في التعويض الى الورثة ، مادام لم يدخل في ذمة المورث قبل وفاته . وقد كانت محكمة النقض الفرنسية قد انضمت الى هذا الرأى وأصدرت به أحكاماً .

غير أنه كان يعترض على هذا الرأى بأنه تترتب عليه نتيجة شاذة ، وهي أن من يضرب ضربة قاتلة تقضي على الضحية فوراً يكون أحسن حظاً من يضرب ضربة خفيفة لا تودي بحياة الضحية ، إذ في الحالة الأولى لن يطالب القاتل بأى تعويض بينما يطالب به غير القاتل ، ولذلك عدلت محكمة النقض عن هذا الرأى وأصدرت حكماً في سنة 1976 (2) قالت فيه ان الموت الفوري من الحادث لا يمنع من أن تكون بينه وبين الحادث لحظة ولو قصيرة تسمح بنشوء الحق في التعويض ودخوله في ذمة الضرور ، ومن ثم ينتقل هذا الحق الى الورثة .

(1) يلاحظ أن القانون الفرنسي لا يعتبر الوارث امتداداً للمورث إلا إذا قبل التركة دون تحفظ (م 778) .

(2) صدر هذا الحكم من الدائرة المخططة في 30 / 4 / 1976 ونشر في د اللوز سنة 1977 برقم 185 .

كل هذا اذا كان الضرر الذى أصاب المورث ماديا أو جسيا ، أما اذا كان ضررا معنويا ، فقد اختلفت بصدده وجهات النظر ، فبالنسبة الى القانون المدني المصري (م 222) والى القوانين العربية التي حذت حذوه (1) ، لا ينتقل الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الى الخلف إلا اذا كان السلف قد اتفق عليه مع المسئول أو كان قد رفع به دعوى أمام القضاء مما يفهم منه بفهم المخالفة أنه اذا كان المورث قد سكت عن المطالبة به ، فان سكوتة يعتبر تنازلا منه عن هذا الحق ، أى أن هذه القوانين اعتبرت الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ضعيفا ، متأثرة في ذلك بما كانت عليه الحال في القضاء الفرنسي من قبل ، أما الآن فقد أصبح هذا القضاء يساوى بين التعويض عن الضرر المعنوي وبين التعويض عن الضرر العادى أو الجسدي ، ويبلغ به الأمر أن أصبح يقضي بأن القانون الذى يرفض التعويض عن الضرر الأدبي يعتبر مخالفا للنظام العام في فرنسا ، وهذا هو ما ينبغي العمل به في الجزائر .

فالحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذى أصاب المورث سواء في شرفه أو في سمعته أو في عواطفه ومعتقداته أو عن الآلام التي عاناها من الحادث ، ينبغي أن ينتقل الى الورثة ولو سكت المورث عن المطالبة به ، ولا يعتبر سكوتة نزولا من هذا الحق ، اذ ربما كان سبب هذا السكوت عجزه عن التحرك ، لاسيما وأن مثل هذا السكوت يعتبر من قبيل السكوت الملاهي *le silence de circonstance* لأن هذا الحق يتصل بمصلحته . ولكن ليس للدائن أن يطالبوا به بطريق الدعوى غير المباشرة لأن الحق في هذا التعويض من الحقوق المرتبطة بشخص المدين .

(1) المواد : 223 مدني سوري ، 225 مدني لبناني ، 205 مدني مراقيي و 2/134 ، 8 و 263 لبناني .

الى جانب الحق الذي ينتقل من المورث الى الورثة ، يكون للخلف الحق في مطالبة المسئول بتعويض ما أصابهم شخصيا من ضرر بسبب الحادث الذي أصاب السلف ، وهذا هو ما يسمى بالضرر المرتد le dommage par ricochet والخلف هنا أوسع نطاقا من الخلف الوارث ، إذ هو في فرنسا يشمل كل من كان يعوله السلف ، وكل من كان يعتمد في معيشته على معونات يقدّمها له السلف ، بل ويشمل الخطيبة والخليلة .

وقد كان القضاء الفرنسي في بادئ الأمر يشترط أن تكون للخلف مصلحة مشروعة يحميها القانون ثم عدل بعد ذلك عن هذا القيد ، وقضت الدائرة الجنائية بأنه ليس من الضروري أن تربط بين الخلف والسلف علاقة قرابة أو مصاهرة وقد صدر هذا الحكم بمناسبة الخطيبة (1) وصدر حكم آخر جعل هذا الحق لأقارب السلف من الرضاع (2) . وصدر حكم آخر قضى بالتعويض لصالح شخص كان يتلقى هبات من المتوفي (3) . وحكم لصالح زوجة اضطرت أن تعول زوجها الذي أصيب بضرر في حادث خطير (4) .

ويستوى في فرنسا أن يكون الضرر المرتد ماديا أو معنويا ، كما رأينا في القضايا السابقة الذكر ، وأعتقد أنه ينبغي أن يكون الأمر كذلك في الجزائر

(1) صدر هذا الحكم في 6 / 1 / 1956 ونشر في د اللوز سنة 1956 برقم 216 .

(2) صدر في 30 / 1 / 1958 ونشر في جازيت دي باليه سنة 1958 عدد 1 برقم 367 .

(3) حكم الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض صدر في 3 / 11 / 1971 ونشر في د اللوز سنة 1972 برقم 667 .

(4) نفس الدائرة في 13 / 12 / 1978 ونشر في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1979 برقم 613 .

حيث لا يوجد نص بغير ذلك . أما القانون المدني المصري (المادة 222 / 2) والقوانين العربية التي حذت حذوه ، فهي تتفق مع القوانين الأخرى ومع القضاء الفرنسي في أن الخلف الذي يصاب بضرر مادي له أن يطالب المسئول بتعويض عنه تطبيقاً للقواعد العامة . أما إذا كان الخلف يشكو من ضرر معنوي بسبب موت السلف *pretium doloris* ، فإن القوانين العربية المذكورة قد حصرت الخلف في الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية فقط ، وليس لمن عد أهم أن يطالب بتعويض عما أصابه من ألم بموت السلف . واعتقد أنه لا معنى لهذا الحصر في القانون الجزائري الذي أراد أن يساير القضاء الفرنسي حتى آخر مراحله ، ويبغي أن يحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي المرتد لكل من يثبت أنه أصيب في مشاعره بموت السلف ، فرب صديق يتألم لوفاة صديق عزيز عليه أكثر مما يتألم أخو هذا الصديق أو زوجه ، والمثل يقول : رب أخ لك لم تلده أمك .

ومما لا جدال فيه أن للخلف أن يطالب بالتعويض عن الضرر المرتد ، كل باسمه شخصياً *proprio nomine* طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية ، وإذا كان السلف متعاقداً مع المسئول ، فالأصل أن العقد قد انتهى بموت المتعاقد ، ولكن محكمة النقض الفرنسية مستقرة منذ سنة 1932 على أن للخلف أن يطالب المسئول طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية باعتباره منتفعاً من اشتراط ضمني لمصلحة الغير يفترض أن المتعاقد قد اشترطه لمصلحة ذويه (1) ، وجعلت للخلف الحق في أن يرفع دعواه إما على أساس المسؤولية التقصيرية أو

(1) انظر حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الصادر في 6 / 12 / 1932 نشر في د اللوز الدوى سنة 1933 عدد 1 برقم 137 مع تعليق لجوسران ، وحكما آخر لها في 23 / 1 / 1959 نشر في د اللوز سنة 1959 برقم 231 مع تعليق لرودير.

على أساس المسؤولية العقدية باعتباره منتفعا من هذا الاشتراط الضمني *tacite* ، وهذه حالة من الحالات الاستثنائية التي أجازت فيها هذه المحكمة الخيار بين المسئوليتين .

ولقد اعترض على هذا الاشتراط الضمني بأنه غير متصور أن يكون المتعاقدان قد فكرا فيه عند التعاقد ، مع أن نية الاشتراط لمصلحة الغير يجب أن تتوافر عند التعاقد أو على الأقل عند إرادة انصراف المنفعة المشترطة إلى المنتفع ، ولذا فقد نص المشرع الفرنسي على استبعاد هذا الاشتراط الضمني في مادة النقل الجوي بمقتضى المادتين 322/323 من قانون النقل الجوي ، وطبق في هذا الصدد ما قضت به اتفاقية باريس في الخاصة بالنقل الجوي والمعقدة في 12/10/1929 ، واستبعد كذلك في النقل البحري بالمادة 42 من قانون النقل البحري تطبيقا لمعاهدة بروكسل المبرمة في 25/8/1924 .

ثم إنه كان هناك رأى يرى أن ليس للمسئول أن يحتج على الخلف بالخطأ الذى كان السلف قد ساهم به في أحداث الضرر وترتب عليه تقسيم التحويل بينهما ، باعتبار أن خطأ السلف ينسب إليه شخصيا ، وليس للخلف ذنب فيه مادام هو نفسه لم يخطئ . ولكن كان يعترض على هذا الرأى بأنه يؤدي إلى أن يكون للخلف أكثر مما كان للسلف ، وهو ما لا يتفق والقاعدة النيلية التي تقول : *nemo plus juris ad alium transforre potest quam ips habet* . غير أن الاستشهاد بهذه القاعدة لا محل له

لأن الخلف لا يستمد حقه من السلف وإنما هو يستمد حقه من ضرر شخصي أصابه ، اللهم إلا إذا كان يرفع دعواه طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية كمنتفع . ولكن مع ذلك انتهى القضاء الفرنسي إلى القول بأن للمسئول أن يحتج على الخلف بخطأ السلف وأن يطالب بتخفيض التعويض الذي سوف يقضي به للمخلف بمقدار ما خفض به التعويض الذي قضى به للسلف⁽¹⁾ بل وله أن يحتج على الخلف بكل ما كان له أن يحتج به على السلف من دفعات حتى بفعل السلف غير الخاطيء متى كان قد ساهم في أحداث الضرر ، طبقاً لقضاء الدائرة المدنية الثانية .

16 - ومن هو المسئول من التعويض ؟

الأصل أن المسئول هو الملتزم بالتعويض إذا كان ملتزماً بالخطأ شخصياً أو عن غيره أو عن فعل الأشياء .

وإذا كان المسئول هو الذي ارتكب الخطأ شخصياً فاما أن يكون ممسكاً فيلتزم بالتعويض كاملاً ، واما أن يكون غير مميز فاذا لم يكن له من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول من المسئول على التعويض ، فيكون للضرر الرجوع عليه هو شخصياً ويقدر القاضي مدى ما يدفعه غير المميز من تعويض حسب مركز الخصوم . وإذا كان غير المميز مسئولاً كمتبوع أو كحارس فهل يسأل عن التعويض مسئولية كاملة أو مسئولية مخففة ومخفضة طبقاً للمادة 125/2 ؟ يرى بعض الفقهاء

(1) انظر في ذلك حكم الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 19/6/1981 في كتاب G. Viney - المسؤولية : شروطها ، طبعة سنة 1982 بند 437 ص 523 مامضى 228 .

الفرنسي أنه يسأل عندئذ عن التعويض مسئولية كاملة ، وأن تخفيف مسئولية غير المميز أو تخفيضها قاصر على مسئوليته عن أفعاله الشخصية . وإذا أخذنا بهذا الرأي كان نص الفقرة الثانية من المادة 125 نصا استثنائيا مقصورا على الأفعال الشخصية ، أما إذا قلنا بأنه نص عام فيطبق على غير المميز سواء كان مسئولا مسئولية شخصية أو كمتبوع أو كتابع أو كحارس ، ولعل هذا هو الصحيح لأن النص ورد عاما بدون تخصيص بنوع المسئولية .

وإذا كان المسئول عن التعويض هو المعلم أو المربي فإن الدولة تحصل محله في دفع التعويض (م 135 م ج) .

وللمضرور في حالتي المسئولية عن فعل الغير الحق في أن يطالب من ارتكب الفعل الضار بدفع التعويض ولكن يكون عليه في هذه الحالة أن يثبت أركان المسئولية الشخصية من خطأ وضرب وعلاقة سببية ، ولذا فمن مصلحته أن يطالب الرقيب أو المتبوع بدلا ممن ارتكب الفعل غير المشروع لأنه في الغالب هو الملمي ، أو المؤمن ، وللمضرور أن يطالب الاثنين معا متضامنين . وإذا دفع الرقيب أو المتبوع التعويض فله أن يرجع به على مرتكب الفعل الضار ان كان مميزا .

وإذا كان من ارتكب الفعل الضار قد أفلس ، فللمضرور الحق في مطالبة بالتعويض على أن يدخل معه وكيل التظليمة le syndic . وإذا تعدد المسئولون عن الفعل الضار كانوا متضامنين في دفع التعويض طبقا لقوانيننا العربية (م 126 م ج ، 169 م م ، 170 م س ، 171 م لبي) ، أما في

فرنسا فإذا تعدد المسئولون كانوا مسئولين بالتضام *in solidum* لعدم وجود نص على التضامن في التعويض عن المسؤولية في القانون المدني الفرنسي . أما في المسؤولية العقدية فلا تضامن بين المسئولين إلا بالاتفاق (م 217) .

وإذا مات المسئول من التعويض انتقل دين التعويض إلى تركته ، ولا تنقل التركة إلى ورثته إلا بعد سداد دين التعويض ولا يسأل الوارث كوارث عن التعويض في الشريعة الإسلامية ، أما في القانون الفرنسي فالوارث مسئول عنه متى قبل التركة دون تحفظ بمجرد ها .

ولكن إذا فرضنا أن المسئول من التعويض كان مؤمنا من مسؤوليته لدى شركة تأمين ، فهل للمضروب أن يطالب هذه الشركة بدفع التعويض بدلا من أن يطالب المسئول ؟ أما أن له الحق في أن يطالب شركة التأمين بدفع التعويض بطريق الدعوى غير المباشرة كدائن عادي ، فهذا لا جدال فيه متى توافرت شروط الدعوى غير المباشرة المنصوص عليها بالمادة 189 . غير أن المضروب لا مصلحة له في المطالبة بالتعويض بطريق هذه الدعوى لأنه يترتب على الحكم فيها أن يدخل المبلغ المحكوم به في ذمة المدين المسئول فيتقاسم جميع دائنيه المبلغ مع المضروب قسمة غراما . ولذلك فمن مصلحته أن تكون له دعوى مباشرة *action directe* حتى يستأثر وحده بما يحكم له به من تعويض . وفي فرنسا أعطت المادة 58 من قانون 18/7/1930 للمضروب الحق في رفع دعوى مباشرة ضد المؤمن (1) وقد أعطى القضاء الحق في (1) وانظر كذلك المادة 8/124 من نظام التأمين الفرنسي .

الدعوى المباشرة لورثة المضرور ولدائه الممتازين في التأمين على الأشياء ،
ولكن ليس للمضرور أن يطالب المؤمن بطريق الدعوى المباشرة إلا بعد مطالبة
المسؤول وعدم حصوله على التعويض منه ، وإذا حصل منه على جزء من التعويض
فله أن يطالب المؤمن بالباقي . وإلى جانب ذلك فقد قضت المادة 2102 / 8
مدني فرنسي ، التي عدلت بقانون صدر في 1913 / 5 / 28 ، باعتبار حقوق
المضرور في التعويض حقا ممتازا ، ولا يجوز للمؤمن أن يدفع مبلغ التأمين إلى
المؤمن له ما لم يكن المضرور قد تقاضى التعويض .

أما في قوانيننا العربية ، فقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني
المصري يشتمل على نص يمنح المضرور الحق في رفع دعوى مباشرة ضد المؤمن
للحصول على التعويض ، ولكن حذف هذا النص في القانون الحالي ، وورد القانون
المدني المصري خاليا من النص على الحق في رفع دعوى مباشرة من المضرور ضد
شركة التأمين ، وسار القانون المدني الجزائري على هذا النحو كذلك .

غير أن هذا لا يمنع من أن يكون المسؤول قد أمّن من مسؤوليته واشترط
في عقد التأمين أن يخصص للتعويض مبلغ معين من التأمين ، ففي هذه الحالة
يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون للمضرور أن يرجع بحقه فسي
التعويض بطريق الدعوى المباشرة التي يرفعها كمنظع من هذا الاشتراط
لمصلحة الغير .

* * *

المطلب السابع
الجمع بين التعويض وبين شيء آخر والتعويض المؤقت

17 — هل يجوز للمضور أن يجمع بين مبلغ التعويض وبين مبلغ آخر ؟

يثير هذا التساؤل ما يسمى بالفرنسية cumul d'indemnités .

والواقع هو أن المضور يجب أن يعرض عن كل الضرر الذي أصابه ، ولكن ليس له أن يحصل على أكثر مما يستحق من تعويض ولا أن يجمع بين تعويضين والآن كان ضرره سببا في اثرائه على حساب المسئول . غير أن هناك مبالغ قد تقدم الى المضور بمناسبة نزول ضرره ولا تعتبر بالنسبة اليه جمعا بين تعويضين ، مثال ذلك أن تقدم اليه تبرعات من ذويه أو هبات من أصدقائه أو من جهة خيرية ، أو من جمعية تعاونية يكون هو عضوا فيها ، فمثل هذه التبرعات والهبات سببا العطف والمواساة والتعاون ولا صلة لها بالتعويض المستحق للمضور إزاء المسئول وليس لهذا الأخير أن يطالب باستئصالها من مبلغ التعويض .

غير أن المضور قد يكون مؤمنا لدى شركة تأمين عما يصيبه من أضرار ، فهل يجوز له أن يجمع بين مبلغ التأمين الذي يحصل عليه بسبب وقوع الحادث الضار المؤمن منه وبين التعويض الذي يجب على المسئول دفعه ؟ قد كان هناك رأى قديم يقول بعدم جواز الجمع ، وكان هذا الرأى هو الذى قال به

بوتيه بصدد التأمين من الحوادث البحرية ، وكان القانون الفرنسي القديم يأخذ بهذا الرأي ، ولكن الفقه والقضاء في فرنسا يأخذان الآن بوجهة نظر أخرى ، وهذا هو الرأي السائد اليوم عندنا (1) وذلك لاختلاف السبب واختلاف المصدر بين مبلغ التأمين ومبلغ التعويض ، فسبب دفع مبلغ التأمين هو الأقساط التي يقوم المؤمن له بدفعها ، وإن لم يدفعها فلن يحصل على مبلغ التأمين ، ومصدر دفعها هو عقد التأمين ، بينما سبب التعويض هو الفعل الضار الذي ارتكبه المسئول ، ومصدره القانون الذي أوجب التعويض عن الفعل الضار . فضلا عن ذلك فكثيرا ما يكون مبلغ التأمين غير مساو لمقدار الضرر ، وذلك لأن عقد التأمين يحدد مبلغا معيناً يدفع عند حدوث الضرر المؤمن منه بصرف النظر عما إذا كان الضرر الذي يحدث جسيما أو تافها ، بينما التعويض الذي يجب على المسئول أن يدفعه ينبغي أن يكون مساويا لمقدار الضرر .

ثم إن القول بعدم الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض يؤدي إلى الاستخفاف بحياة المستأمن إلى إباحة الاعتداء عليه مادام المسئول عن الاعتداء لن يدفع تعويضا وأن شركة التأمين هي التي تتولى دفعه .

ولذا فقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على القول بالجمع ، وجاء قانون التأمينات الاجتماعية في سنة 1930 فأيد وجهة النظر المذكورة في المادة 55 منه . ولكن حين صدر في فرنسا قانون بتاريخ 31/12/1951 بأشياء

(1) انظر الوسيط للسنهوري ج 1 بند 660 ص 1115 وما يليها .

صندوق الضمان *le fonds de garantie* بقصد ضمان الأضرار التي تحدث ولا يستطيع الحصول على التعويض عنها من السكول حرم على الضرور الجمع بين التعويض من السكول وبين التعويض الذي يدفعه صندوق الضمان ، وجعل لهذا الصندوق الحق في الحلول محل الضرور في مطالبة السكول بالتعويض . وفي 1978/12/27 صدر هناك قانون نظم هذه الأحكام (1) فيما يتعلق بصندوق الضمان الاجتماعي . وكذلك صدر في فرنسا قانون بشأن مسج 1968/1/2 قدل مرسوما صدر في 1959/1/7 ونص بأنه اذا أصاب أحد موظفي الدولة أو الهيئات العامة ضرر ، حلت الدولة أو الهيئة العامة محل الضرور في مطالبة السكول بالتعويض مقابل ما تدفعه للحساب من مكافأة أو معاش .

أما في مصر ، فبعد أن كان القضاء لا يجوز الجمع بين التأمين والتأمين ، فقد رأى وسائر القضاء الفرنسي في جواز الجمع بين التأمين والتأمين ، حتى صدر القانون المدني الجديد نص في المادة 765 على ما يلي : " في التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذي دفع مبلغ التأمين حق في الحلول محل المؤمن له أو المستفيد في حقوقه قبل من ضربه في الحادث المؤمن منه أو قبل السكول من الحادث " مما يستتبع منه أن الضرور يجمع بين مبلغ التأمين والتعويض وليس للمؤمن أي حق في هذا التعويض . وقد أخذ القاسون

(1) ارجع في تفصيل ذلك إلى مؤلف الأستاذين اليكس ويل وفرانسوا تيري - الالتزامات طبعة سنة 1980 بند 777 ص 874 - 875 .

المدني الجزائري بنفس الحكم في المادة 637 منه . ويلاحظ أن هذا الحكم خاص بالتأمين على الحياة فقط ، أما في التأمين على الأشياء فيطبق نفس المادة 648 مدني جزائري ولا يجمع الضرر بين التضرر والتأمين .

وعلى العكس مما قرره المأثور الفرنسي من عدم الجمع بين التضرر والمعايش قررت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 1944/2/8 (1) جواز الجمع بين المعاشي العادي الذي يصرف للموظف بعد إحالة على التقاعد بسبب الحادث وبين التضرر الذي يدفع من الحادث لأن المعاش سببه هو الاستقطاعات الدورية التي أخذت من مرتب الموظف ، وهذا رأي مدني يحسن العمل به في الجزائر .

ولكن إذا كان المعاشي الذي تقرر صرفه للموظف الضرر بخسارة الحادث معاشا استثنائيا أو كان مكافأة فلا يجوز للضرر الجمع بين التضرر وبينها ، إذ أن السبب فيهما واحد ، وهو إصابة الموظف بالضرر ، والآخرى منهما واحد وهو تضرره من الضرر الذي أصابه (2) .

وتنفي قوانين العمل بأن يلتزم رب العمل بدفع تضرر جزائي تضرره هذه القوانين لمن يصاب من العمال بضرر بسبب العمل ، وقد استقر القضاء على أنه لا يجوز للعمال الذي صوّتوا طبقا لقوانين العمل أن يطالبوا رب العمل بتضرر آخر على أساس المسؤولية التقصيرية (3)

(1) انظر هذا الحكم في مجموعة عن أحكام النقض ج 4 رقم 95 ص 251 .

(2) نفس الحكم السابق الذكر .

(3) انظر في ذلك حكما لمحكمة النقض المصرية في 1942/5/14 منشورا في مجموعة عن أحكام النقض ج 8 برقم 156 ص 436 .

18 - هل يجوز أن يحكم بتعويض مؤقت ؟

قد تكون عناصر المسؤولية قد توافرت ولكن تقدير التعويض يحتاج الى وقت ، كما اذا كان تقديره يحتاج الى تقدير خبير ، أو كما اذا كانت عناصر التعويض لم تتحدد ولم يتضح مداه ، وقد تكون حالة الضرور تستلزم اسعافه بشي " من المال حتى لا يتفاقم الضرر أو حتى يستطيع دفع مصاريف علاجه ، أو حتى يعول الضرور نفسه أو يعول أسرته ، ففي مثل هذه الظروف يجوز للقضاء أن يحكم للضرور بتعويض مؤقت provisoire ، وذلك طبقا للشروط الآتي بيانها :

- أولا - أن تكون أركان المسؤولية قد توافرت وثبتت مسؤولية المدين ،
- ثانيا - أن تكون حالة الضرور تستلزم ضرورة تقديم مساعدة له ،
- ثالثا - أن يكون تقدير التعويض تقديرا نهائيا غير مستطاع بل يحتاج الى فترة من الزمن ،
- رابعا - أن يكون التعويض المؤقت الذي يحكم به للضرور أقل من التعويض الذي يرى القضاء أنه سوف يحكم به فيما بعد حكما نهائيا .
- خامسا - وأن يستلزل مبلغ التعويض المؤقت من مبلغ التعويض النهائي عند الحكم به (1) .

* * *

(1) انظر في ذلك المسؤولية المدنية لمازو ج 8 بند 2426 - 2428 .

فهرس

رقم الصفحة

1 تقديم

2 مقدمة

الفصل الأول

5 المسئولية عن فعل الغير

المطلب الأول

5 لبذة تاريخية

5 1 - في القانون الروماني

6 2 - في الشريعة الاسلامية

12 3 - في القانون الفرنسي

12 4 - في القانون المدني المصري

المطلب الثاني

14 مسئولية متولي الرقابة

14 5 - في القانون المدني الجزائري

رقم الصفحة

22	...	...	...	...	10 - المراد بالرقابة
23	...	...	...	...	11 - أساس الالتزام بالرقابة
24	...	...	...	...	12 - مدى مسئولية متولي الرقابة
28	...	...	...	...	15 - ماذا يثبت المضرور ؟
30	...	...	...	...	17 - مسئولية متولي الرقابة في القوانين العربية الأخرى
31	...	...	...	...	18 - تعقيب على مسئولية متولي الرقابة
34	...	...	...	...	19 - تقدير مسئولية الأبوين عن الرقابة

المطلب الثالث

36	...	...	...	...	مسئولية المتبوع عن تابعه
36	...	...	...	...	20 - في القانون المدني الجزائى
41	...	...	...	...	25 - تبعية الأطباء
43	...	...	...	...	26 - تطبيقات لعلاقة التبعية
46	...	...	...	...	27 - شرط اتيان التابع فعلا ضارا
50	...	...	...	...	28 - شرط اتيان الضرر عند تأدية الوظيفة أو بسببها
61	...	...	...	...	29 - كيف يطالب المضرور بالتعويض
66	...	...	...	...	30 - رجوع المتبوع على التابع
67	...	...	...	...	31 - أساس مسئولية المتبوع عن تابعه
73	...	...	...	...	32 - تقدير مسئولية المتبوع عن تابعه

المطلب الرابع

75 المسئولية عن فعل الخير عقديا

80 35 - أساس المسؤولية العقدية عن فعل الخير

الفصل الثاني

82 المسئولية عن الأشياء

المطلب الأول

82 نبذة تاريخية

82 1 - في القانون الروماني

83 2 - في القانون الفرنسي القديم

84 3 - في تقنين نابوليون

84 4 - في الشريعة الاسلامية

المطلب الثاني

85 المسئولية عن فعل الأشياء غير الحية

85 5 - تطور القضاء الفرنسي فيما يتعلق بهذه المسؤولية

المطلب الثالث

100 قيام المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية

101 7 - عناصر المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية

رقم الصفحة

- 8 — أولا : الشيء 101
- 12 — ثانيا : حراسة الشيء 109
- 13 — المقصود بالحراسة 111
- 15 — المراد بالاستعمال والتسيير والرقابة 115
- 16 — الحراسة المشتركة وتجزئة الحراسة 117
- 17 — انتقال الحراسة 122
- 18 — ثالثا : أحداث الشيء ضررا 124
- 19 — تطور القضاء الفرنسي بصدد مسؤولية عديم التمييز عن الحراسة ... 131
- 20 — تطور القضاء الفرنسي بصدد مسؤولية الناقل مجانا 137
- 21 — تطور القضاء الفرنسي بصدد السبب الأجنبي 144
- 22 — مدى مسؤولية الحارس 152

المطلب الرابع

- 155 أساس المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي ...

المطلب الخامس

- 160 المسؤولية العقدية من فعل الشيء غير الحي ...

المطلب السادس

- 166 مسؤولية الإنسان عما يحدثه الحيوان من ضرر ...

- 26 — في القانون الروماني
- 27 — في القانون الفرنسي القديم 167

رقم الصفحة

167	...	...	...	28 - في تقنين نابوليون
168	...	...	...	29 - في القانون المدني العصري
169	...	...	...	30 - في القانون المدني الجزائري
170	...	...	...	31 - المراد بالحراسة والحارس
172	...	...	...	32 - المراد بالحيوان
...	...	...	...	33 - الضرر الذي يحدثه الحيوان
175	...	...	...	34 - مدى مسئولية حارس الحيوان

المطلب السابع

177	...	...	المسئولية عن تهدم <u>البنايا</u>
...	...	...	35 - نبذة تاريخية عن هذه المسئولية
180	...	...	36 - المقصود بالبنايا
181	...	...	37 - المقصود بالتهدم
182	...	...	38 - من هو المسئول ؟
183	...	...	39 - مدى مسئولية مالك البنايا
184	...	...	40 - تخلص المالك من هذه المسئولية
186	...	...	41 - الاجراءات الوقائية

المطلب الثامن

187	...	...	المسئولية عن <u>الحريق</u>
...	...	...	42 - نبذة تاريخية

رقم الصفحة

43 - المسؤولية عن الحريق في القانون المدني الجزائري 189

44 - المراد بالحريق 190

الفصل الثالث

التعويض 192

المطلب الأول

سبب تاريخية ١٠

2 - في القانون الروماني 193

3 - في الشريعة الإسلامية 195

المطلب الثاني

نشوء الحق في التعويض 197

المطلب الثالث

أنواع التعويض 203

5 - التعويض العيني ١١

6 - التعويض بمقابل 209

المطلب الرابع

مصادر تقدير التعويض 214

7 - القانون أو الاتفاق أو القضاء ١٠

رقم الصفحة

- القانون والاتفاق ... 215
القضاء ... 217
8 - كيف يقدر القضاء التعويض ؟ ... 218

المطلب الخامس

- الأضرار التي يستحق عليها التعويض ... 225
9 - الضرر المباشر وغير المباشر والضرر المتوقع وغير المتوقع ... ٨٨
10 - الضرر المتغير ... 231
11 - الضرر المستقبل ... 233
12 - الضرر الأدبي أو المعنوي ... 235

المطلب السادس

- طرفا التعويض ... 244
15 - من له الحق في التعويض ؟ ... ٨٨
16 - ومن هو المسئول عن التعويض ؟ ... 252

المطلب السابع

- الجمع بين التعويض وبين هيء آخر والتعويض المؤقت ... 256
18 - التعويض المؤقت ... 260

✱ ✱ ✱

أنجز طبعه على مطابع

ديوان المطبوعات الجامعية

الساحة المركزية - بن عكنون

الجزائر

