نظرية الضمان كأساس لمسؤولية عديم التمييز

مجد الدين عيد

*** دراسات عليا (ماجستير)، قسم القانون الخاص، كليّة الحقوق، جامعة حلب**

الدكتور المشرف: احمد عبد الدايم

الملخّص

إن نظام المسؤولية المدنية في سورية معقد نتيجة عدم تنظيمه تنظيماً دقيقاً والاعتماد فقط على مساطر القوانين الوضعية وفي مقدمتها القانون المدني المصري.

فإن نظرية الخطأ التقليدية لم تعد كافية بحد ذاتها لحماية المضرورين نتيجة صعوبة إثبات الخطأ أو استحالته في بعض الأحيان كما في حالة إتيان عديم التمييز عملاً ضاراً، كما أن الشخص لا يُعدّ دائماً غانم من كافة الأنشطة الصادرة منه حتى نعتمد نظرية تحمل التبعة، فلا بد لنا من اللجوء إلى نظام قانوني يحمي حق المضرور بتعويضه عما لحقه من ضرر بشكلٍ عادل عن كافة الأضرار التي يكون له صلةٌ بها.

وإن نظرية الضمان هي المقصودة، فهي نظرية هدفها ضمان تعويض الأضرار بغض النظر عن الأخطاء، لكن ذلك يجب أن يتم بالتزامن مع تحاشي الانتقادات التي وجهت لنظرية الضمان الموجودة في الفقه القانوني خاصةً الغربي، واقتباس الحلول من نظيرتها في الفقه الإسلامي.

وذلك لا يعني قيامها بمفردها وإنما لا بد لها من الاستعانة بالنظريات سالفات الذكر وبخاصة التقليدية، فيتم التعويض الموضوعي للمضرور (نظرية الضمان) بشكلٍ أولي، وكون أن التعويض قد يكون أقل من مقدار الضرر، فنلجأ بشكلٍ ثانوي إلى النظرية التقليدية ليتم فرض تعويض إضافي نظراً لظروف الخطأ كعقوبة مادية مالية أو التلويح للفاعل من أجل تنبيهه على تصرفاته الضارة أو موقف عدم تصرفه.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية، النظرية الموضوعية، نظرية الضمان، النظرية الشخصية (التقليدية)، تحمل التبعة، عديم التمييز، الضرر، الخطأ، الفقه الإسلامي.

The guarantee as a basis for non-discrimination liability

*** Graduate student (MSc), Dept. civil, Faculty of law, University OF Aleppo**

Abstract

The civil liability system in Syria is complicated as a result of not being organized accurately and relying only on the procedures of positive laws, and foremost of which is the Egyptian civil law.

the traditional theory of error is no longer sufficient by itself to protect those affected as a result of proving error at times, as in the case of doing non-discrimination a harmful act, also, a person is not always considered a winner from all the activities emanating from him in order to adopt the theory of bearing the responsibility, so we must resurt to a legal system the protects the right of the injured person by compensating him for the damage in a fair manner for all the damage that he is related to.

And the guarantee theory is the intended, as it is a theory whose aim is to guarantee compensation for damages regardless of error, but this must be done in conjunction with avoiding the criticisms directed at the guarantee theory found in legal jurisprudence, especially in western and borrowing solutions from its counterpart in Islamic jurisprudence.

this does not mean that it is done on its own, but rather it must seek the help of the aforementioned theories, especially the traditional ones, so we do work the objective compensation (the guarantee theory) is done in the first place, And since the compensation may be less than the amount of damage, we resort secondarily to the traditional theory to impose additional compensation in view of the circumstances of the error, such as a financial penalty or waving to the perpetrator in order to warn him of his harmful behavior or the situation of his non- behavior.

المقدّمة

بعد قيام الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر، تبعها الكثير من المستجدات العملية والتطور الصناعي واكتساح الآلات مما أثّر حتى على صياغة قانونية جديدة، خاصةً في مجال المسؤولية المدنية وعلى وجه التحديد التقصيرية التي سارعت بتعديل موقفها من النظرية الشخصية نحو النظرية الموضوعية والتي تحوي في طياتها نظرية تحمل التبعة أو نظرية المخاطر، وعلى ما يبدو أن ذلك لم يفي بالغرض فأخذ التطور يسلط الضوء على نظرية الضمان، وكان من رواد هذا التطور الفقهي القانوني الأستاذ ستارك، والذي حاول جاهداً لقاء ذلك تفادي مساوئ النظريات السابقة لها حيث كان مجمل تركيزها على سلوك الشخص المسؤول ودونما التفات لضرر المضرور، فالنظرية الشخصية كانت تبحث في الخطأ الواقع من المتسبب بالضرر، وكما كانت النظرية الموضوعية تهتم بنشاط المسؤول وغنمه جراء هذا النشاط، بينما كان تسليط الضوء في نظرية الضمان على أن الضرر يجب أن يعوَّض أياً كان الحال، وبطبيعة الحال كان من حق أصحاب هذه النظرية أن يبرروا موقفهم منها، وكمثيلاتها من النظريات وُجّه إليها بعض العيوب، كل هذا ما سنعرفه في هذا البحث لنكوّن رأيٍ سليم عن هذه النظرية وقدرتها على محاكاة واقعنا اليوم، وخاصة فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية حينما تقوم في ذمة عديم التمييز.

أهمية البحث:

يُعدُّ موضوع نظرية الضمان كأساس لمسؤولية عديم التمييز من الموضوعات ذات الأهمية الكبرى في القانونين الوضعي والفقه الإسلامي، وذلك لتكرار احتكاك الأفراد ببعضهم يومياً ومنهم عديمي التمييز، حيث إن هذا الموضوع يتداخل مع تطورات نظرية المسؤولية، وذلك ما يؤثر على المسؤوليتين العقدية والتقصيرية وعلى مسؤولية عديم التمييز عن أضرار الأفعال الشخصية التي يأتيها دونما العقدية كون تصرفاته هي باطلة أصلاً.

إشكالية البحث:

إن المشرع السوري أقام وأسس المسؤولية المدنية لعديم التمييز بناءً على استثناءات وحين أقامها في بعض الحالات فذلك كان على أساس تحمل التبعة، على عكس الحال بالنسبة للفقه الإسلامي الذي اعتد بالنسبة لهذا الموضوع بنظرية الضمان، وهذا ما يدفع القانوني الفضولي إلى التعرف على نظرية الضمان في كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية كنظرية في هذه المذاهب، ومما يجعل السؤال يدور حول مدى إمكانية الأخذ بهذه النظرية قانوناً، وبالتالي تطبيقها على كافة أنواع المسؤولية إذا أثبتت جدارتها من خلال البحث.

أهداف البحث:

إن الغاية من بحثنا هو التوصل إلى أفضل المبررات التي تدعو للأخذ بنظرية الضمان كأساس لقيام المسؤولية عليها وبشكلٍ خاص مسؤولية عديم التمييز، كذلك لفت نظر المشرع إلى آراء من نقد هذه النظرية وكل المطاعن التي من الممكن ورودها عليها لعلنا نساعد في بناء تشريع حديث يتجنب تلك المساوئ من جهة ويواكب تطورات العصر القانونية والاقتصادية من جهةٍ أخرى.

نطاق الدراسة:

كنا دائماً في هذا البحث نحاول تسليط الضوء على تطورات نظرية الضمان كأساس لقيام المسؤولية التقصيرية بشكلٍ عام، ومسؤولية عديم التمييز تحديداً كونها أحد أهم تطبيقات المسؤولية التقصيرية، ففصّلنا منذ تطورها مع مبرراتها وصولاً لرأي من قام بنقدها.

منهج البحث:

اتبعنا في هذه الدراسة المنهج النظري التحليلي الاستنباطي، عبر دراسة وتحليل النصوص القانونية، وذلك مع الاستئناس بالمنهج الاستقرائي وذلك لدراسة بعض الأبحاث القريبة من موضوع هذا البحث، واللجوء للمنهج المقارن بعض الشيء وذلك للإفادة من آراء فقهاء الإسلام ومذاهبه بالقدر اللازم لتحقيق أهداف هذا البحث.

صعوبة البحث:

غالباً كانت يواجهنا عائق قلة المراجع المتخصصة في مكاتبنا، وما كان موجوداً لم يكن يبحث في الجوانب الفقهية والأسس القانونية لنظرية الضمان بشكلٍ مفصل وإنما يقومون بسرد ما يعرفه أغلب رجال القانون عنها بشكلٍ عام، كذلك واجهتنا مشكلة أن المواقع الإلكترونية التي كان من الممكن استخراج مراجع هامة منها، فهي إما كانت محظورة لدينا، أو كان التحميل منها باهظاً.

خطّة البحث:

نقسم بحثنا هذا إلى فصلين أساسيين، نسلط الضوء في الأول منهما على المفهوم العام لنظرية الضمان كأساس لقيام المسؤولية المدنية وخاصة التقصيرية وعلى وجه التحديد مسؤولية عديمي التمييز، وخصصنا الفصل الثاني لتقييم هذه النظرية الحديثة في القوانين الوضعية والقديمة في الفقه الإسلامي مبينين مبررات من دعا إليها وحججهم، وكذلك مساوئها على لسان من انتقدها.

المبحث الأول: مفهوم النظرية

إن هذه النظرية كانت نتاجُ تطوراتٍ لما سبقتها من نظريات تُوصلنا لماهية هذه النظرية وكم التطور الدارج حتى وصلت إلى ما هي عليه (مطلب أول)، وكذلك يجب الاطلاع على علاقتها بالنظريات السالفات وفروقاتها عنهن وبعض الأمور الشبيهة لها (مطلب ثاني).

المطلب الأول: ماهية النظرية

للوقوف على ماهية هذه النظرية كان يجب المرور بكيفية وجودها والتطورات التي دعت لظهورها (فرع أول)، وطبيعة هذه النظرية والوصول لمقتضاها أخيراً من حيث النتيجة (فرع ثاني).

الفرع الأول: ظهور النظرية

لقد ظلت المشاكل القانونية فيما يخص المسؤولية المدنية وبخاصة التقصيرية تتوالى وتتضخم فلم يقف الفقه القانوني مكتوف اليدين بل ظل يراقب ومن ثم يطور بنظرياته الفلسفية، فكانت أولاً النظرية الشخصية التي تقيم المسؤولية على أساس الخطأ سواءً كان واجب الإثبات أو مفروض بشكلٍ قطعي غير قابل لإثبات العكس أو قابل لإثبات العكس أي غير قطعي الافتراض.

حتى برزت فكرة تحمل التبعة في صورتين أولاهما عامة مطلقة، والثانية خاصة مقيدة، ويذكر أن أول من قام بها هو العلامة لابيه والذي ظل متمسكاً بفكرة الخطأ حتى عام 1890م، ثم تحول في تلك السنة إلى فكرة تحمل التبعة مكتفياً بها أساساً للمسؤولية المدنية[1]، أي كان ذلك فعلياً بعد الثورة الصناعية 1884م بسِتِّ سنوات.

إلا أن النظريات المطروحة في هذا الصدد – وهي الخطأ وتحمل التبعة – هي نظريات شخصية، لأنها لا تبحث عن أسباب الإدانة إلا في جانب الشخص الذي تسبب في حدوث الضرر، فيكون هناك التزام بالتعويض لأن الفاعل ارتكب خطأ كما يقول البعض، أو لأنه أنشأ مخاطراً أو جنى فائدة من نشاطه كما يقول البعض الآخر، غير أن هذه

[1] ملوكي إياد، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"، رسالة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة بغداد، 1979 – 1980، ص 177.

الطريقة في التعليل خاطئة ويعتريها القصور لأنها تهمل جانب المضرور، فكل شخص في الواقع له الحق في الحياة وفي التكامل الجسدي والمادي، ويضيف الأستاذ ستارك أنه في مواجهة حق المضرور بالسلامة فإنه يجب أن نراعي أيضاً الحق في التصرف، أي لا النظر إلى المشكلة من جانبٍ واحد فقط، فمن وجهة نظره أن المسؤولية المدنية تكمن في وجود نزاع بين حقين شخصيين وهما الحق في السلامة من جهة، والحق في التصرف من جهةٍ أخرى، فكيف يمكن التوفيق بين هذين الحقين[1].

وفعلاً إن النظرية الأولى (الشخصية) تبحث في سلوك الشخص والتحقق من وقوع خطأ في جانبه أم لا ومدى ارتباط ذلك بالضرر وصعوبة إثبات ذلك الخطأ وبالتالي عدم إسعاف المتضرر لجهة حصوله على التعويض المناسب، والثانية (الموضوعية) تهتم بسلوك الشخص ونشاطاته والتحقق من غِنمه من هذا السلوك وتلك النشاطات وبالتالي قدرته على تعويض المضرور عما تضرر، إلا أن نظرية الضمان أيضاً تبحث فقط في الضرر دونما كيف سُبِبَ.

وعلى ما يبدو أن نظرية الضمان كانت معروفة منذ القدم لدى فقهاء الشرع الإسلامي، فقد تأثرت بعض القوانين العربية بمصطلح الضمان الوارد في الفقه الإسلامي، وتسمى بقاعدة الإتلاف، ويشير بعض فقهاء القانون الفرنسي إلى أن فكرة الضمان كانت توأم القانون الفرنسي حيث أنها ولدت مع ولادته، فهي ليست بالفكرة الجديدة أو المستحدثة، وبعض الفقهاء يرى أن نظرية الضمان القانوني ما هي إلا صورة مخففة من نظرية تحمل التبعة[2].

[1] د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1998، ص 187 – ص 188.

[2] أ.د. الخفاجي عزيز كاظم جبر، نظرية الضمان القانوني كأساس لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، بحث منشور في مجلة الكوفة، العدد 40، العراق، 2018، ص 12.

الفرع الثاني: خلاصة النظرية

أصبح من الواضح الدرجة التي وصلت إليها نظرية الضمان فهو نظام قانوني يقيم التعويض على فكرة ضمان الأضرار بحد ذاتها لا الخطأ الشخصي واجب الإثبات أو غيره ولا حتى النشاط الفردي.

بل إن أساس المسؤولية هنا هو الضمان المقرر للحقوق أو المساس بالحق المضمون، كما يجب التحقق أولاً من أن هذا المساس قد وقع دون وجه حق، وبالتالي ترتب عليه ضرراً غير مشروع بغض النظر عن الحالة النفسية لفاعله، وبمجرد التحقق من كون الفاعل غير مخول في إحداث الضرر بالغير[1].

ومن حيث أن ستارك يرى أن الأضرار على نوعين: بالنسبة للفئة الأولى من الأضرار الجسمانية والمادية فإنها تعطي الحق في الحصول على التعويض دون استلزام إقامة الدليل على خطأ المسؤول، أما بالنسبة للفئة الثانية وهي الأضرار الاقتصادية أو الأدبية البحتة فإن القانون لا يضمنها من حيث المبدأ لأنها نتيجة طبيعية بل وضرورية لممارسة الحق في التصرف فهي تخضع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية والتي تقضي بضرورة إثبات الخطأ من أجل الحصول على التعويض، فحق المضرور في السلامة هو الذي يجب أن يُرجح مُبرراً مسئولية الفاعل[2].

ونتيجةً لذلك يمكن قيام مسؤولية الشخص على أساس نظرية الضمان بمجرد تعديه على حقوق غيره وخاصة الحق في السلامة الجسدية والمادية بمجرد وقوع الضرر وبغض النظر عن الخطأ، وبالتالي يمكن مساءلة الشخص ولو كان عديم تمييز وإدراك متجاهلين قيامه بخطأ أو لا، ومركزين الأنظار فقط على وقوع الضرر والعلاقة السببية بين هذا الفعل الذي لا يهمنا تخطيئه من تصويبه وبين الضرر الماثل.

---

[1] ملوكي إياد، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 192.

[2] د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 190.

المطلب الثاني: تمييزها عن غيرها

إن هذه النظرية لا بد من أنها تختلف عن النظريات الأخرى التي سبقتها وكذلك عن الضمان في الشريعة الإسلامية ولذلك نفرد فرعاً لكل ما يلتبس أمره.

الفرع الأول: تمييزها عن النظرية الشخصية

تقوم النظرية الشخصية أو الذاتية على أساس أن جوهر الالتزام هو الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين وليس محل هذه العلاقة أو ما يُمثله هذا المحل من قيمة مالية، وبناءً على ذلك وفيما يخص المسؤولية التقصيرية كوننا بصدد مسؤولية عديم التمييز، فإنها تقوم على فكرة الخطأ وهذا يستلزم وجود إرادة عاقلة وحرة، والبحث في شخصية الفاعل نفسيته، سواءً كان هذا الخطأ واجب الإثبات كالمسؤولية عن الفعل الشخصي، أو مفترضاً كالمسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية عن الأشياء وسواءً كان هذا الافتراض قابلاً لإثبات العكس أو غير قابلٍ له[1].

وتأسيساً من هذا المنطلق فإنه لا يمكن تغاضي طرفي المسؤولية أو الالتزام ويجب الاعتداد بكل ما يصدر عنهما وبالأخص خطأ المسؤول وبالتالي إدراكه، وبناءً على هذه النظرية لا يمكن مساءلة عديم التمييز عن فعل صدر عنه لأنه لا يمكن أن نصفه بأنه غير مشروع كما نص المشرع[2]: "يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز"، أما إذا قمنا بوصف هذا الفعل على أنه فعل ضار بالتركيز فقط على فكرة أن ضرراً ما وقع وله علاقة بسلوك الشخص المسؤول دون النظر إلى قدرته على التمييز من عدمها و لخطئه كان يمكن مسائلته كنا أما فكر نظرية الضمان، وذلك فعلاً هو ما عبر عنه المشرع بنص الفقرة الثانية من المادة السابقة حينما جنح نحو مسؤولية لا خطئية بالنسبة لعديم التمييز: "ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز..."، ولم يقل وقع الفعل غير المشروع، لأن عديم التمييز لا يدرك المشروع من غير المشروع.

---

[1] د. عبد الدائم أحمد، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية في حلب، 2007، ص 21 – ص 257.

[2] القانون المدني السوري، المادة /165/، الفقرة الأولى منها.

الفرع الثاني: تمييزها عن نظرية تحمل التبعة

إن كلتا النظريتين يعتبران ضرباً من المسؤولية الموضوعية (النظرية الموضوعية للمسؤولية)، فلا يقيمان وزناً للخطأ المرتكب من جانب المتسبب في حصول الضرر. إلا أن نظرية تحمل التبعة يندرج ضمنها نظرية المخاطر كصورة عامة مطلقة للنظرية الأم في أن من يدخل في المجتمع لفائدته الشخصية شيئاً من شأنه أن يضاعف المخاطر التي يتعرض لها الناس، يتعين عليه، إما أن يستغني عن فائدة هذا الشيء، أو يعوض الآخرين عما يصيبهم[1].

أما الصورة المقيدة المخففة لنظرية تحمل التبعة فهي نظرية الغُرمُ مقابل الغُنمُ على أساس أن الشخص أنشأ نشاطاً (مشروعاً)، ثم أصيب أحد الأشخاص بضرر منه يوجب مسؤوليته، فهنا يجب على صاحب المشروع أن يتحمل تبعة أخطار المشروع الذي يستفيد منه[2]، أي يُغَرَّم بما يَغنَم مِنه.

أما نظرية الضمان لم تعتمد على سلوك الفاعل من مخاطر أوجدها هو أو أخف من ذلك على أساس نشاطٍ يغنم منه، فلم تلقِ اهتماماً بجانب الفاعل أو خطئه أو نشاطاته، وإنما سلطت الضوء على الضرر بعينه، فحين ارتكاب غير المميز عملاً أدى لضرر المضرور لا ننظر للشخص أخطأ أم لا، أدخل مخاطر شيء أم لا، أيغنم من نشاطه أم لا، وإنما يكفي أنه تسبب في الضرر الواقع ليُلزَم بالتعويض.

الفرع الثالث: تمييزها عن نظرية المساعدة

تقوم هذه النظرية على أساس مساعدة المضرور، لكن يؤخذ عليها أنه لا يمكن أن تتم مساعدة بالإجبار، فكيف للتعويض هنا قد تخلى عن صفة الإلزام، وهذا ما دعا الفقيه الفرنسي ريبير للقول بأن هذا المبلغ لا يعد بمثابة تعويض إذ لا مسؤولية، كما أنه لا مجال للكلام عن كونه يُقابل تعويضاً كاملاً أم لا، كذلك فإن واجب المساعدة قد لا يقوم في كل الحالات، فقد لا تسمح الذمة المالية لعديم التمييز بالقيام بهذا الواجب متى كان

---

[1] ملوكي إياد، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 178.

[2] د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 122 – ص 316.

هو نفسه بحاجةٍ للمساعدة[1]، أما نظرية الضمان كما نعرف توجب التعويض إلزاماً حتى يمكن تتبع الأموال.

الفرع الرابع: تمييزها عن الضمان في الفقه الإسلامي

يرى بعض الفقهاء أن الشريعة الإسلامية قد أخذت بما يُعرف في القوانين الحديثة بالنزعة الموضوعية أو المادية للمسؤولية، وأمارة ذلك هو ذهاب جمهور الفقهاء على مختلف المذاهب – الحنفية والراجح عند المالكية وإجماع كل من الشافعية والحنابلة والزيدية والامامية والإباضية – إلى القول بتضمين عديم التمييز متى كان مُباشراً، لأن ضمانه هنا يترتب بمجرد تحقق الضرر – أي نزعة مادية موضوعية – ولا يُلزم أن يكون الفاعل متعمداً أو متعدياً، وذلك سواءً كان هذا الضرر حالاً بنفس الغير أو بجسده أو واقعاً على أمواله حتى[2].

إذ يرون أن مسؤوليته هي من قبيل خطاب الوضع لا خطاب التكليف، حيث يُشترط في خطاب التكليف علم المكلف وقدرته على الفعل وكونه من كسبه، أما خطاب الوضع فلا يشترط فيه تكليف ولا علم ولا قدرة، وهذا الفرق هو الذي جعل الأصل في خطاب الوضع أن يكون بمنزلة الواقعة التي تكون مصدراً للالتزام[3].

وقد قرر المشرع الأردني أيضاً الضمان على المُباشر، ويتبين ذلك من نص المادة /257/ من القانون المدني الأردني رقم /34/ لعام /1976/ م، والتي جاء فيها أنه:

"1- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب.

2 – فإن كان بالمباشرة لزم الضمان، وإذا وقع بالتسبب، فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر".

---

[1] د. أحمد محمد عبد الرحيم، الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز "دراسة مقارنة بين التشريع المدني الفرنسي والتشريع المدني المصري"، المجلد السادس، العدد الثاني والثلاثين، لحولية مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الإسكندرية، 2016، ص 239.

[2] د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الاسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994، ص 28 وما بعد.

[3] انظر مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، ص50.

ونظراً لذلك فإن مسؤولية عديم التمييز عن كل فعل ضار صادر منه مقررة عند جمهور فقهاء الإسلام إلا القلة القلائل منهم، كما تبين لنا أن غالبية الفقهاء تنفي وجود مسؤولية المكلف بالرقابة عن الفعل الصادر عن عديم التمييز في الشريعة الإسلامية حتى القانون المدني الأردني الذي استقى الغالب الأعم من أحكامه من الفقه الإسلامي، فقد عدّ الإضرار هو أساس المسؤولية، وبالتالي فقد أقر في هذا الصدد مسؤولية عديم التمييز، ونص على ذلك صراحةً في المادة (256) مدني على أن:

"كل إضرار بالغير يُلزم فاعله، ولو غير مُميز، بضمان الضرر".

وكذلك نص على أنه: "إذا أتلف صبيٌ مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره، لزمه الضمان من ماله"[1].

ويتبين من النصين السابقين أن المشرع الأردني يُقر كقاعدة عامة قيام مسؤولية عديم التمييز، حيث يجب التضمين عندهم على ما يبدو حتى على من لم يصدر منه فعل أحدث الضرر كالتلف الذي يحدث في مال تحت يد ضمان نتيجة فعل لا يد لصاحب اليد فيه، أما الأفكار الغربية الحديثة بالنسبة لتأسيس المسؤولية على الضرر (النظرية الموضوعية) أو تأسيسها على فكرة الضمان فهي محاولات فيها خلط بين فقهين يختلفان في المصدر والنظرة، وفي الأساس والغاية[2].

أما نحن فنرى أن الفقه الإسلامي يرى أن التعويض – وهو ذاته الضمان عندهم – نظامٌ يضمن جبر الأضرار الواقعة على الأفراد دون النظر للظروف الداخلية للفاعلين سواءً أكانوا مكلفين أو غير مكلفين، عقلاء أو لا، فهو يقترب بشكل كبير من نظرية الضمان في الفقه القانوني والتي تقوم أيضاً على مجرد تعدي الشخص على حقوق غيره وخاصة الحق في السلامة وذلك بمجرد وقوع الضرر غير المرخص بإحداثه وبغض النظر عن الخطأ (فمثلاً دفع الديّة هو ضرر للذمة المالية للواقع عليه واجب الديّة ولكن هو مرخص

[1] القانون المدني الأردني، رقم /34/ لعام /1976/،المادة /278/.

[2] د. التلتي محمود، النظري العامة للإلتزام بضمان سلامة الأشخاص، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1989، ص 41.

بإحداثه)، وبالتالي يمكن مساءلة الشخص ولو كان عديم تمييز وإدراك متجاهلين قيامه بخطأ أو لا في كلٍ من الفقهين والنظريتين.

ولكن الفارق بينهما نظري فهو وكما يرى الأستاذ ستارك أن وظيفة المسؤولية المدنية لا تقتصر على ضمان الحقوق، بل أن لها وظيفة أخرى هي إيقاع الجزاء على الشخص المُخطئ، فالحقوق تكون مضمونة سواء أكان الفاعل مخطئاً أم لم يكن، ولكن السلوك الخاطئ للفاعل يستوجب جزاءً خاصاً هو تشديد المسؤولية وزيادة التعويض الذي يُحكم عليه به[1].

وإن أكبر آية على ذلك أن الفقيه سانتيليت قد اتجه مباشرةً إلى أساس المسؤولية المدنية وأطلق ندائه بوجوب إقامة المسؤولية على فكرة الضمان ولعل مقصد هذا الفقيه الكبير من هذا النداء هو لفت نظر الفقهاء تلميحاً إلى فكرة الضمان في الشريعة الإسلامية والتي تقوم مقام فكرة المسؤولية في الفقه الغربي[2].

ومن حيث النتيجة فالخلاف بينهما هو أن ضمان الأضرار في الضمان بالفقه الإسلامي يتم أياً كان سبب تلك الأضرار إذا كان مباشرةً وبالتعدي إن كان تسبباً أي اللجوء في بعض الأحيان لنظرية الخطأ، بينما ضمان الأضرار تبعاً لنظرية الضمان بالفقه القانوني يتم إذا كان الفاعل غير مرخص له إحداث ذلك الضرر، فلم يختلف كثيراً عما كان عليه الوضع في نظرية الخطأ.

[1] ملوكي إياد، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 192.

[2] د. التلتي محمود، النظري العامة للإلتزام بضمان سلامة الأشخاص، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1989، ص 40.

المبحث الثاني: تقييم النظرية

وإن لهذه النظرية بعض التبريرات التي لجأ إليها أصحابها للدفاع عن وجودها وتسيّدُها لنظام المسؤولية المدنية (مطلب أول)، وكما لها محاربين لا يرون بها العلاج الناجع فيوجهون إليها ما يوجهون من مطاعن وعيوب (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مبررات النظرية

إن من المبررات التي دعت بعض الفقهاء الشرعيون أو القانونيون لاعتناق هذه النظرية – الضمان حسب النظامين القانوني والشرعي – هي مبررات قريبة من بعضها البعض في كل من الفقهين المذكورين ولذلك سنتحدث عنهما معاً لقرب النظريتين من بعضهما:

الفرع الأول: الضمان لا يتعارض مع رفع الإثم الشرعي

حيث وكما شرح أحد الفقهاء في معرض مسؤولية عديم التمييز، إن رفع الإثم الشرعي عن عديم التمييز، لا يستلزم سقوط ضمانه لحقوق العباد، وذلك بحسب أن الإثم الشرعي قابل للعفو عنه بخلاف حقوق العباد إذ هي معصومة من الضياع وبالتالي فهي غير قابلة للسقوط، ومتى بقى المحل معصوماً من الضياع، فإن الضمان يقع على من ألحق الضرر بصرف النظر عن كونه مميزاً أو غير مميز، وبالتالي فإنه لا وجه للقول بأن وجوب الضمان أو التعويض في تلك الحالة يتعارض مع رفع الإثم الشرعي عن عديم التمييز، لما أشرنا إليه من أن الضمان ما شُرِّعَ إلا لجبر ما تحقق من ضرر وهو فوات الحق في المال المعصوم والدم المعصوم[1].

الفرع الثاني: البحث في الضرر عوضاً عن الخطأ

أن نظريات المسؤولية المدنية المعهودة وهنّ الخطأ وتحمل التبعة هي نظريات شخصية، لأنها لا تبحث عن أسباب التعويض إلا في ما يتعلق بالشخص المتسبب في حدوث الضرر الواقع، ونتيجة لذلك يترتب التزام بالتعويض لأن الفاعل أقدم على خطأ كما يقول أصحاب نظرية الخطأ التقليدية، أو لأنه جنى فائدة من نشاطه أو أنشأ مخاطراً كما

[1] د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الاسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 40.

يدعي أنصار نظرية تحمل التبعة الموضوعية، غير أن هذه الطريقة يعتريها القصور ومجافاة العدالة لأنها تهمل جانب المضرور.

الفرع الثالث: لا بد من قيام المسؤولية أحياناً على نظرية الضمان

يبدو واضحاً أن الاختيار بين الخطأ والمخاطر من وجهة نظر ستارك ما هو إلا مأزق كاذب ومزيف، فالتوفيق بين هذه الأفكار لا يمكن أن ينتهي إلا إلى إخفاق، أما تجاوزها عن طريق أخذ حقوق ومصالح المضرور غير المُذنب في الاعتبار بدلاً من التوقف عند حقوق الفاعل وحدها وتركيز الأضواء عليها، فهو الذي ينجح في نظر المشكلة بطريقة جديدة ومبتكرة، ونظرية الضمان تُعلل في الوقت نفسه وجود مسؤولية بلا خطأ بالنسبة للأضرار الجسمانية والمادية، ومسؤولية أخرى تقوم على الخطأ بالنسبة للأضرار ذات الطابع الاقتصادي أو الأدبي البحت، وبناءً على ذلك فقد سلم ستارك بوجود حالات للمسؤولية في القانون الوضعي بسبب الخطأ وحالات أخرى للمسؤولية بلا خطأ، ولكنه أنكر دائماً أن المسؤولية تقوم تارةً على الخطأ وتارةً أخرى على المخاطر وذلك لأن الأساس الوحيد للمسؤولية من وجهة نظره هو ضمان الحقوق الأساسية للفرد والجماعة، وفي هذا الصدد يعد موقفه فريداً بلا شك[1].

الفرع الرابع: الضمان من قبيل خطاب الوضع لا التكليف

من المسلم به إجماعاً أن تضمين الأضرار التي تصيب الغير إنما هو من قبيل خطاب الوضع، وبالتالي فإنه يستوي إزاء الخطاب الشرعي بهذا الضمان أن يكون محدث الضرر عالماً أو جاهلاً، عاقلاً أو مجنوناً، مميزاً أو غير مميز، عامداً كان أو مخطئاً ناسياً أو غير ناسٍ، حيث لا اعتبار لإمكان تحقق القصد من عدمه إزاء هذا النوع من الخطاب، وذلك هو ما يفضي إلى القول بحتمية ضمان الأضرار التي تنشأ عن فعل عديم التمييز لكونه أهل لخطاب الوضع فضلاً عن أنه قد صدر منه السبب الذي جعله

[1] د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 191.

الشارع موجباً لهذا الضمان وهو الإتلاف، أي أن الضمان في تلك الحالة إنما هو من قبيل بناء الأحكام على أسبابها وضعاً لا تكليفاً[1].

الفرع الخامس: تدعيم نظام المسؤولية بافتراضها نظراً لصعوبة إثبات الخطأ

إن نظام المسؤولية المدنية بأكمله يقوم على أساس الاثبات وهذا هو السبب الرئيسي في قصور قواعد المسؤولية الأدبية وعجزها عن تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع، فالمجتمع – ذلك يعني القاضي الذي يطبق القانون – لا يمكنه فحص القلوب والضمائر، فهو لا يستطيع أن يقرر خطأ شخص ما إلا من خلال أدلة ثابتة أمامه (إثبات بواسطة الشهود على سبيل المثال أو دليل كتابي أو قرائن مختلفة)، وهكذا فإنه ليس هناك مسؤولية دون إثبات، فإذا كانت المسؤولية تقوم على الخطأ فإنها لا توجد بدون إثبات هذا الخطأ، وهنا مكمن الخطورة الذي يهدد نظرية الخطأ التقليدية، فالمضرور لن يحصل على تعويض إذا لم ينجح في إثبات خطأ الفاعل ويتعرض بالتالي لمخاطر ضياع حقوقه إذا لم يقم المجتمع بتدعيم نظام المسؤولية المدنية عن طريق افتراض الخطأ وافتراض المسؤولية، وفي الواقع فإنه إذا دلت التجربة على أن أنواعاً معينة من الأضرار ترجع في الغالبية العظمة من الحالات إلا التهور أو عدم التبصر أو إهمال يصعب إقامة الدليل عليه، فإن الفن القانوني الجيد يقتضي في مثل هذه الحالات عدم تطلب إثبات هذا التهور أو عدم التبصر أو الإهمال فصعوبة الإثبات تحول دون تحقيق قاعدة العدالة التوزيعية[2].

الفرع السادس: الضمان يعني لا ضرر ولا ضرار

إن القول بضمان الأضرار التي تحدث بفعل عديم التمييز يتفق وما تقضي به القواعد العامة في الفقه الإسلامي من وجوب رفع الضرر مُطلقاً أياً كان سببه أو مصدره أو

[1] د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الاسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 38 – ص 39.

[2] د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 197 – ص 198.

الوسيلة التي أفضت إليه وذلك هو ما يُنبئ عنه عموم قول الرسول ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"، حيث لم يستثنِ الرسول ﷺ مكلفاً أو غير مكلف[1].

المطلب الثاني: عيوب النظرية

إن هنالك بعض العيوب التي بدأ المناهضين لهذه النظرية توجيهها إليها، وسنقوم بسرد تلك العيوب والرد عليها إن استطعنا كوننا نرى في نظرية الضمان في الفقه الإسلامي أسوةً تُحتذى:

الفرع الأول: إن أساس الضمان هو ذاته أساس الخطأ

إن ما تقرره النظرية من أن أساس المسؤولية هو المساس بحق الغير دون حق، هو ذات الأساس الذي اعتمده كثير من فقهاء النظرية التقليدية في تعريفهم للخطأ، وإن كل ما جاءت به النظرية هو إضفاء اسم جديد فحسب على أساس المسؤولية، هو الضمان بدلاً عن الخطأ[2]، فالخطأ وفقاً للنظرية التقليدية يمكن تعريفه على لسان الفقيه بلانيول على أنه: "الاخلال بالتزامٍ سابق وهو عدم الإضرار بالغير"[3]، فلا يوجد فارق جوهري بين تسبيب الضرر للغير دونما وجه حق كما يشترط ستارك وأتباع نظرية الضمان وبين الاخلال بواجب عدم الإضرار بالغير، إلا أننا نرى في نظرية أو نظام الضمان المفروض في الشريعة الإسلامية حلاً ورداً لهذا الانتقاد فضمان الأضرار في الشرع الإسلامي وكما ذكرنا يتم أياً كان سبب تلك الأضرار مرخصة الوقوع أو غير مرخصة الوقوع، على نقيض ضمان الأضرار تبعاً لنظرية الضمان بالفقه القانوني والذي لا يتم إلا إذا كان الفاعل غير مُرخص له بإحداث ذلك الضرر وهو ما وجِّهَ النقد إليه.

---

[1] د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الاسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 42 – ص 43.

[2] ملوكي إياد، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 193.

[3] د. عبد الدائم أحمد، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 266.

الفرع الثاني: عدم ضمان الأضرار على الإطلاق

كما ذكرنا[1]، ما من داعٍ للتفريق الذي أطلقه ستارك على الأضرار أنها على نوعين، الأضرار الجسمانية والمادية وهي التي تعطي الحق في الحصول على التعويض دونما لزوم إثبات خطأ المسؤول، وبين الأضرار الأدبية أو الاقتصادية كما أطلق عليها فإن المشرع لا يضمنها من حيث نظرية الضمان لأنها نتيجة عادية ولا بد منها لممارسة الحق في التصرف حيث أخضعها للقواعد العامة في المسؤولية المدنية أي ضرورة إثبات خطأ المسؤول من أجل الاستحصال على التعويض ولأن النوع الأول على ما يبدو هو أكثر ضرورةً بالحماية الضمانية، إلا أن ذلك لا يجد تبرير منطقي، فالفقه الإسلامي مثلاً لم يُعاني من إشكالية جراء تغطية ضمان كل الحقوق دونما فُرقة، هذا بمعرضٍ عن أن الفارق بين الضرر المادي من جهة والضرر الاقتصادي من جهةٍ أخرى هو فارق غامض يحتاج للتوضيح.

وهذه التفرقة لا تؤدي في النهاية إلا إلى الأخذ بنظرية تحمل التبعة في الحالة الأولى ونظرية الخطأ المادي في الحالة الثانية، وذلك يعني أن النظرية لم تأت بأساسٍ جديد للمسؤولية[2].

الفرع الثالث: عدم كفاية التعويض الموضوعي

ذهب رأي في الفقه المصري إلى القول بأن: "نظرية الضمان التي يقول بها ستارك تحمل في طياتها تناقضاً واضحاً، فهو ينتقد النظرية الشخصية للمسؤولية ونظرية التبعة لأنهما تُركزان اهتمامهما على المسئول، بخطئه أو بنشاطه، مع تجاهل حقوق المضرور وحقوقه التي تكفل القانون بحمايتها، ومع ذلك فإن تعويض الضمان في نظره هو التعويض الموضوعي الذي يستبعد أي تقدير ذاتي للضرر، ومعنى ذلك أن تعويض الضمان يُحقق للمضرور في الواقع تعويضاً يقل عن مقدار الضرر الذي لحقه فعلاً، وهو لن يحصل على التعويض الكامل المقدر تقديراً ذاتياً إلا في حالة الخطأ الثابت المتميز من المسئول بصفة عقوبة بينما هذا التعويض الكامل يقدمه له القانون – عدا حالة الاتفاق أو النص

[1] انظر بحثنا، ص 6.

[2] ملوكي إياد، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 193.

الخاص – وفقاً للنظرية التقليدية القائمة على الخطأ أو التبعة كحق أصيل مستقل عن فكرة العقوبة"[1].

ونحن نرى في هذا الانتقاد الحل نفسه فمن الممكن تعديل هذه النظرية فيتم التعويض الموضوعي للمضرور بناءً على نظرية الضمان بشكلٍ مبدئي، وكون أن التعويض قد يكون قليل مقارنةً بمقدار الضرر الواقع حقاً فيتم اللجوء بشكلٍ ثانوي إلى نظرية الخطأ (التقليدية) ليصار إلى التعويضٍ بشكل إضافي نظراً لظروف الخطأ كعقاب مادي مالي أو تنبيه للمخطئ يصحيه على تصرفاته وسلوكه.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم تبين لنا أن المسؤولية المدنية كنظام قانوني معقدة وعاجزة عن تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع وفيها من الإشكاليات ما فيها بسبب تداخل النظريات الفلسفية المؤسسة عليها المسؤولية، وهذه في حد ذاتها ليست المعضلة حيث من الممكن مساهمة النظريات – وعلى رأسهم نظرية الضمان لا نظرية الخطأ –بقيام هذه المسؤولية سواءً عن الفعل الشخصي أو عن عمل الغير أو عن فعل الأشياء، لكن ذلك يحتاج لتنظيم أدق من الدقة بعينها، فمثلاً صعوبة أو استحالة إثبات الخطأ في بعض الأحيان كفيلٌ بأن يجعلنا نفضل الخروج من مضمار نظرية الخطأ التقليدية لأن غاية المسؤولية المدنية هي التعويض المدني أي تعويض الأضرار الواقعة دون الالتفات للخطأ وقد عُرفت بنظرية التعويض لا نظرية الخطأ كما المسؤولية الجنائية، كما أن الاعتماد فقط على الأنشطة التي يستفيد منها الفرد ويغنم منها فقط دونما تلك الأنشطة التي قد تصدر منه دونما إفادة ضامن لنا بأن نسلك سلوك نظرية الضمان عوضاً عن تحمل التبعة، وذلك مع تحاشي الانتقادات التي وجهت لنظرية الضمان الموجودة في الفقه القانون سيما الغربي، واقتباس الحلول من نظيرتها في الفقه الإسلامي.

[1] د. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 195 – ص 196.

توصيات:

1- يجب على المشرع السوري إعادة النظر بأسس قيام المسؤولية المدنية بشكلٍ عام، فيقيمها على أساس نظرية الضمان نظراً لمزاياها العادلة التي رأيناها في هذا البحث وذلك بشكلٍ أساسي أولي كما في حالة مسائلة عديم التمييز، ولكن ذلك يجب أن يتم بشكل أساسي غير استثنائي، وجعل مسؤولية متولي الرقابة وعديم التمييز مسؤوليتين أصليتين على التضامن لتشديد رقابة متولي الرقابة على عديم التمييز من جهة ولبناء ماهية الخطأ لدى عديم التمييز من جهة أخرى، وحتى لا يكون التعويض موضوعي فقط أي أقل من مقدار الضرر، فيجب على المشرع أيضاً إدخال نظرية الخطأ التقليدية أو نظرية تحمل التبعة كمُكَمِّلٍ للتعويض الموضوعي المطروح في نظرية الضمان فيُصار إلى دراسة زيادة التعويض إلى درجة مساوية تماماً لمقدار الضرر على ضوء ظروف الخطأ أو علاقة الفاعل.

2- ما من داعٍ لتفريق الأضرار التي يجب على القانون حمايتها، فيجب أن تتم حماية كافة الأضرار الجسدية والمادية والاقتصادية والأدبية على حدٍ سواء، وكذلك يجب حماية الأضرار كما في الفقه الإسلامي – وخاصةً في حالة المُباشرة للفعل المؤدي للضرر – عن كافة الأفعال سواءً ما كان منها مرخصاً في حدوثه أو غير مرخص، وإلا عدنا إلى فكرة الخطأ المعهودة في ظل المسؤولية التقليدية.

3- لضمان حصول المضرور على حقه الموضوعي على الأقل يجب تعميم نظام التأمين على عدة أنواع من المسؤولية وتأميمه، وكل زيادة في صندوق التأمين أو كل نقص فيه من الممكن تدويره للعام القادم، وبذلك لا نكون أمام عملية تجارية تنمي الربا في المجتمع وهو ما حرّمه الإسلام بكونه مصدر مادي لقانوننا الوضعي أي قبل أن يُقنن، ومصدر احتياطي رسمي أي بعد تقنينه.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 لعام 1949.

2- القانون المدني الأردني، رقم /34/ لعام 1976.

ثانياً: المراجع

1- **ملوكي** إياد، **المسؤولية عن الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص "دراسة مقارنة"**، رسالة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة بغداد، 1979 – 1980.

2- د. **العشماوي** أيمن إبراهيم، **تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية**، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1998.

3- أ.د. **الخفاجي** عزيز كاظم جبر، **نظرية الضمان القانوني كأساس لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه**، بحث منشور في مجلة الكوفة، العدد 40، العراق، 2018.

4- د. **عبد الرحيم** أحمد محمد، **الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز "دراسة مقارنة بين التشريع المدني الفرنسي والتشريع المدني المصري"**، المجلد السادس، العدد الثاني والثلاثين، لحولية مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الإسكندرية، 2016.

5- **عبد الدائم** أحمد، **شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام**، 2003، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سورية.

6- **الزرقا** مصطفى، **الفعل الضار والضمان فيه**، الطبعة الأولى، دار القلم للنشر والتوزيع، دمشق، 1988.

7- د. **التلتي** محمود، **النظرية العامة للإلتزام بضمان سلامة الأشخاص**، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1989.

8- د. **أبو الخير** عبد السميع عبد الوهاب، **التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الاسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"**، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1994.