

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين
والصلاة والسلام على سيدنا محمد
الأنبياء والمرسلين

البحث الثاني

مدى وجوب التحويض عن ضرر الفعل الشخصي لهديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني

للدكتور

عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير

استاذ القانون المدني

بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

**مدى وجوب التعويض عن ضرر الفعل الشخصي
لعدم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني
للدكتور عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير
استاد القانون المدني بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة**

أتناول هذا الموضوع في تمهيد ومبحثين:

المبحث الأول: مدى وجوب التعويض من ضرر الفعل الشخصي لعدم التمييز في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: مدى وجوب التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعدم التمييز في القانون المدني.
تمهيد:

من المسلم به إجماعاً أن عدم التمييز معدوم للأهلية المدنية مما يستتبع بطلان التصرفات القانونية لعدم التمييز. سواء في ظل الفقه الإسلامي أو في ظل التقنينات الوضعية.

وما من شك في أن بطلان تلك التصرفات إنما يهدف إلى حماية عديم التمييز بحماية أمواله من خطر ضياعها عليه .

بيد أنه إذا كان من الممكن تحاشي الأضرار الناشئة عن التعاقد مع عديم التمييز نظراً لأن المشرع قد يسر أمر التعرف على عدم التمييز بالتحديد القانوني للسن التي يكون فيها الطفل عديم التمييز، أو بإشهار القرار الصادر بالحجر على المريض بمرض عقلي أو بتسجيل الطلب المقدم بإيقاع ذلك الحجر في بعض الحالات.

فإنه لا سبيل أمام المضرور من الفعل الشخصي لعدم التمييز للوقاية من أخطار الفعل الضار لهذا الأخير. مما يثير التساؤل عن مدى وجوب التعويض عن تلك الأضرار الناشئة عن فعل عديم التمييز، وذلك ما سأعرض له - بعون الله تبارك وتعالى - في مبحثين. نعالج في أولهما موقف الفقه الإسلامي من وجوب ذلك التعويض ثم بعرض في ثانيهما لموقف بعض التشريعات المدنية الوضعية.

المبحث الأول

**مدى وجوب التعويض عن ضرر الفعل الشخصي
لعدم التمييز في الفقه الإسلامي**

ف - ١ اتجاهات الفقه الإسلامي إزاء مدى وجوب هذا التعويض :

يفصح تتبع النصوص الفقهية في هذا الصدد عن أن الفقه الإسلامي قد برز في ظله اتجاهات ثلاثة إزاء مدى ضمان الإضرار التي تحدث بالفعل الشخصي لعدم التمييز.

وسأعرض - بعون الله تعالى - لهذه الاتجاهات وما نهضت عليه من أدلة مشفوعة بما ورد عليها من مناقشات وذلك وصولاً إلى ترجيح ما يرجحه الدليل من هذه الآراء على النحو التالي:

ف - ٢ (أ) - الاتجاه الأول :

يرى عدم ضمان الإضرار التي تحدث بفعل عديم التمييز مطلقاً سواء كان هذا الضرر حالاً بنفس المضرور أو بجسمه أو كان واقعاً على ماله .
وذلك هو ما ذهب إليه جانب من الفقه المالكي^(١).

(١) أنظر في ذلك: القوانين الفقهية لابن جزي ط ١٣٧٢هـ ص ٣٩ حيث يقول مانصه «وأما الصبي الذي لا يعقل فلا شأن عليه فيما ألتفه من نفس أو مال كالجماع». وأنظر في نفس هذا الاتجاه من الفقه المالكي، التاج، الإكليل للمواق مطبوع بهامش مواهب الجليل ط ١٩٢٩ ج ٥ ص ٢٧٤ .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الفقه المالكي قد إنقسم بصدد هذا الموضوع إلى آراء ثلاثة: أحدها ما أشير إليه في المتن، وثانيها يذهب إلى وجوب الضمان في الجنابة على النفس دون المال وهو ذلك الاتجاه المنسوب إلى الفقيه الحنفي حيث يرى إن الصبي غير المميز لا يضمن المال، أما الدية فعلى عاقلته إن بلغت الثلث وإلا ففي ماله «حاشية العدوي على الحنفي ج ٦ ص ١٥١ . وفتح الجليل على مختصر خليل ط ١٣٢٧ ج ٣ ص ١٣١ . أما الاتجاه الرابع في الفقه المالكي فهو ذلك الذي يرى وجوب الضمان لكل ما يحدث من الأفعال الضارة لعدم التمييز وهو ما سنعرض له مع الاتجاه الثالث من اتجاهات الفقه الإسلامي. أنظر كذلك في عرض موقف الفقه المالكي من المؤلفات المعاصرة :

- المسؤولية المدنية والجنائية لفضلية الأمام الأكبر المرحوم الشيخ محمود شلتوت ص ٢٩ .
- الضمان في الفقه الإسلامي للمرحوم فضلية الشيخ على الخفيف ط ١٩٧٤ ص ٩٩ .
- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية - د. صبحي المحمصاني ط ١٩٧٠ دمشق ص ٢٠ .
- نظرية تحمل التبعية بين الشريعة والقانون. د. عبد الرحمن البعلی دكتوراه من كلية الشريعة والقانون سنة ١٩٧٢ ص ٢٨ .

ومبنى ما ذهب إليه هذا الاتجاه: أن القائلين به أنزلوا عديم التمييز منزلة الحيوان في عدم المسئولية عن فعله - كما تنطق بذلك عباراتهم - وذلك بجامع أن كلاهما غير عاقل لعدم فهمه للخطاب الشرعي^(١).

وببدو لي أن هذه الحجة منقوضة من وجهين :

الوجه الأول:

أن القول بعدم وجوب الضمان على عديم التمييز بدعوى أنه في ذلك كالبهيمة سواء بسواء إنما هو قول يجافى حقيقة بديهية، وهي أن البهيمة بذاتها لا تعدو أن تكون مالاً فهي من ثم لازمة لها. بخلاف الإنسان. إذ تثبت له تلك الصفة بمجرد خروجه إلى الحياة حياً، وحيث إن الذمة هي مستقر الحقوق والواجبات، وحيث إنها صفة خاصة بالإنسان دون الحيوان. فإن قياس عديم التمييز على الحيوان يكون قياساً مع الفارق.

وفضلاً عن ذلك : فإن هذا القياس منقوض بما استقر عليه إجماع الفقه من أن العقل لا يعتبر مناطاً لتحقيق أهلية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، حيث يرتبط وجود هذا النوع من وعى الأهلية بالحياة وجوداً وعمداً، وهو ما يستتبع بالضرورة ضمان الأضرار التي تحدث بفعل الإنسان بصرف النظر عن كونه مميزاً أو غير مميز وبصرف النظر كذلك عن كونه مكلفاً أو غير مكلف.

الوجه الثاني:

أن العقل يمثل مناط المطالبة بالواجبات الشرعية التي لها صفة العبادات فضلاً عن كونه مناطاً لأهلية العقوبة، ومن المسام به إجماعاً أن جبر الضرر لا يعتبر من قبيل

* * الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي - د. محمد فوزي فيض الله - دكتوراه من كلية الشريعة والقانون في ١٣٨٢/١٩٦٢ ص ٤٩٥ وما بعدها.
- أساس المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - د. محمد صلاح الدين حلمي - دكتوراه من حقوق القاهرة ص ٤٩٥.
- ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي. د. سليمان محمد أحمد - دكتوراه من كلية الشريعة والقانون في ١٩٧٥ ص ١٦٩ وما بعدها.

(١) أنظر الهامش السابق حيث أشار صاحب القوانين الفقهية إلى ذلك في المرجع والموضع السابق ص ٣٩

العبادات كما أنه لا يعتبر من قبيل العقوبة، وإنما هو بدل عن المتلف جبراً لما حاق بالمضروب من ضرر. ومن ثم فإن العقل لا يعتبر مناطاً لوجوب الضمان.

ف ١ - (ب) - الاتجاه الثاني

يرى ضرورة التفرقة بين الأضرار التي تحيق بنفس الإنسان أو بجسمته وبين تلك التي تقع على ماله. إذ تلتزم ذمة عديم التمييز بضمان النوع الأخير من الأضرار. وبالتالي يجب التعويض عنه بخلاف النوع لأول حيث لا ضمان له، ومن ثم لا يلزم ذلك هو ما ذهب إليه الفقه الظاهري^(١).

ومبنى ما ذهب إليه الفقه الظاهري. يخلص في الحجتين التاليتين :

الحجة الأولى

ومبنى ما ذهب إليه الفقه الظاهري. يخلص في الحجتين التاليتين حديث رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق

(١) أنظر في ذلك : المحلى لابن حزم ط ١٣٩١ ج ٢ ص ٩ مسألة ٢٠٢٤ حيث يقول ابن حزم بصدد ما يراه من عدم ضمان الضرر بالنفس من جراء فعل عديم التمييز «ولا قود على مجنون أصابه في جنونه ... ولا على من لم يبلغ ولا على أحد من هؤلاء دية ولا ضمان وهؤلاء بالبهائم سواء لما ذكر ... من الخير الثابت في رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق».
كما يقول ابن حزم في المرجع السابق ج ١٢ ص ٣٩٦ مسألة ٢١٣٥ ما نصه : «لو أن صبياً أو مجنوناً جرح إنساناً ثم عقل المجنون أو بلغ الصبي ثم مات المجرع فلا شيء في ذلك ولا دية ولا قود لأنه مات من جنابة هدر ولا حكم لها».

وفي خصوص ضمان الإضرار التي تحيق بالمال من جراء فعل عديم التمييز يقول ابن حزم في المرجع السابق ج ٦ ص ٥٦٤ مسألة ١٢٥٨ بصدد حديثه عن الأسباب الشرعية لنقل الملكية يقول ما نصه «فمن أخذ شيئاً من مال غيره أو صار إليه بغير ما ذكرناه فإن كان عالماً عامداً فهو عاص لله عز وجل وإن كان غير عالم أو غير عامد أو غير مخاطب فلا أثم عليه إلا أنهما سواء في الحكم في وجوب رد ذلك إلى صاحبه أو في وجوب ضمان مثله أن كان ما صار إليه من مال غيره قد تلفت عينه ... وبرهان ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ولم يستثن صلى الله عليه وسلم عالماً أو غير عالم ولا مكلفاً ولا غير مكلف ولا عامداً من غير عامد».

هذا : ولقد أشكل على بعض الباحثين حينما نسب إلى الظاهرية تصميم الحكم بعدم الضمان سواء في الجنابة على النفس أو في الجنابة على المال أنظر من هؤلاء د. عبد الحميد البعلبي في رسالته السابقة ص ١٢٧ - د. سليمان محمد أحمد في رسالته السابقة ص ١٧٥، والحق أن الظاهرية قد فرقوا بينهما على نحو ما أشرنا إليه .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف : ما يراه الفقيه ابن حزم من أن رفع القلم يعنى رفع الحكم بقسيمه. الدينوي والأخروي وهو ما يقتضى عدم المؤاخذة. وبالتالي فإن الأضرار التى تحيق بنفس الغير أو ببذنه من جراء الفعل الضار لعديم التمييز لا يجب ضمانها لعدم المؤاخذة عليها ابتداءً^(١).

الحجة الثانية:

وهى تتمثل فيما يراه ابن حزم من أنه إذا كانت حرمة الدم قائمة لا تباح إلا بنص فإن حرمة المال قائمة كذلك لا تباح إلا بنص ولما كان القول بضمان الأضرار التى تحيق بنفس أو جسم الغير قد خلا من سند شرعى يشهد لوجوبه، فإن التعويض عن الضرر آنذاك يكون حراماً كحرمة إهدار الدم دون نص يجيزه، إذ لا فرق بينهما وذلك أعمالاً للمبدأ العام الذى نص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله الشريف «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام...»^(٢).

تقدير هذا الإتجاه:

الحق أن ما ذهب إليه الأمام ابن حزم لا يمكن التسليم به لما يلى:

أولاً: أن الاستدلال بحديث رفع القلم عن الصبى لا ينهض حجة للظاهرة على ما ذاهبوا اليه وذلك من وجهين :

الوجه الأول:

أن رفع القلم عن عديم التمييز إنما هو محدد بدائرة حقوق الله تبارك وتعالى كالصلاة ولاصوم فضلاً عن العقوبات وذلك نظراً لاشتراط تحقق القصد فى إتيان ما يوجبها، ولما كان عديم التمييز لا يتصور وجود هذا القصد لديه لا يمكن بالتالى أن يكون أهلاً لتلك المؤاخذة .

(١) أنظر فى ذلك : النص المشار إليه نقلاً عن المحلى فى الهامش السابق ، وأنظر كذلك المحلى ج ٢ مسألة ٢٠٢ وج ١٢ ص ٣٩٧ حيث يعلل ابن حزم لذلك بقوله «ليس الصبى والمجنون مخاطبين أصلاً ولا مكلفين شرعية فى قتل عمد ولا فى قتل خطأ فسقط حكم كل ما عملاً ولم يكن له فى الشرع دخول»
(٢) المحلى فى المرجع السابق ج ١٢ ص ٧ مسألة ٢٠٢٤ حيث يرد ابن حزم على من اعترض على رأيه بقوله «فإن قالوا فهلا جعلتم فى ذلك دية لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام» فأموال الصبى والمجنون والسكران حرام بغير نص كتحريم دمائهم ولا فرق، ولا نص فى وجوب الغرامة عليهم أصلاً».

بيد أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لضمان الأضرار التى تنشأ عن فعل عديم التمييز، إذ أن ضمان تلك الأضرار إنما هو من قبيل خطاب الوضع الذى لا يشترط لصحة الخطاب به كون المخاطب به مكلفاً. ومن ثم صح القول بوجوب ضمان تلك الأضرار أياً كان محلها.

الوجه الثانى:

أنه لو صح أن القلم مرفوع عن عديم التمييز بالنسبة لجنايته على النفس لكان مرفوعاً كذلك بالنسبة لجنايته على المال. إذ لا فرق بينهما . وذلك ما لم يقل به الظاهرة أنفسهم. حيث يذهبون إلى القول بوجوب ضمان الضرر الحاصل بالمال دون النفس كما سبق أن أشرنا .

ثانياً: أن دعوى الظاهرية بعدم ضمان الضرر الحاصل من الجناية على النفس أو على ما دونها قياساً على حرمة الدم إنما هو قياس مع الفارق.

آية ذلك: أن حرمة دم غير المميز ما شرعت إلا لوجود مانع من موانع العقاب وهو عدم التمييز.

أما ضمان الأضرار الناشئة عن تلك الجناية فليس هناك ما يحول دون وجوبه لانتهاء هذا المانع وذلك لما هو مسلم من أن عدم التمييز لا يحول دون أهلية غير المميز لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.

وفضلاً عن ذلك : فإن حرمة آتلاف مال غير المميز تزول وتنتقى متى كان ذلك الآتلاف بحق ولا شك أن ضمان الضرر الحاصل من جناية عديم التمييز على نفس الغير أو على ما دونهما وإن كان مقتضياً لضياح ماله عليه إلا أنه ضمان أو تعويض بحق، لكان هذا القياس لذلك قياساً مع الفارق.

ثالثاً: أن الفقه الظاهرى يرى ضمان الأضرار التى يحدثها النائم بنفس الغير أو ببذنه كما لو انقلبت امرأة على صغير فقتلته وهى نائمة إذ يرون أن الضمان فى تلك

الحالة مقدر بدية القتل الخطأ^(١).

ولا يبدو لنا وجه لهذا الاستثناء الذي فرق في الحكم بين ارتفاع التكليف بسبب النوم أو بغيره من الأسباب .

وأبجأ : أن الفقه الظاهري يرى دخول غير المميز في العاقلة عن الجاني من أقربائه، وهو ما يستتبع القول بوجوب تحميله لسهمه في دية ما جناه غيره، في الوقت الذي لا يجب عليه دية ما جنته يدها على جسم الغير^(٢) وتلك مفارقة لا يمكن أن يسلم بها.

خامساً : أن الفقيه ابن حزم يرى مع الجمهور حتمية ضمان عديم التمييز للأضرار الناشئة عن جنائته على مال الغير. ولا شك أن آتلاف النفس أعظم ضرراً من آتلاف المال فكان الأولى أن يكون في هذه كتلك.

ف ١ - (ج) - الاتجاه الثالث :

وهو ذلك الذي يرى وجوب ضمان كافة الأضرار التي تحدث بفعل عديم التمييز. ومن ثم فإنه يلزم التعويض عنها. وسواء كان هذا الضرر حالاً بنفس الغير أو بجسمه، أو كان واقعاً على ماله. وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء متمثلين في الحنفية^(٣) والرأي الراجح عند

(١) أنظر في ذلك المحلى ج ٢ ص ٢٣٥ مسألة ٨١ حيث يقول ابن حزم في امرأة نامت بقرب ابنها أو غيرها فوجد ميتاً « إن مات من فعلها مثلاً أن تجر اللحاف على وجهه ثم ينام فينقلب فيموت ... أو وقع ذراعها على قمه أو وقع ثديها على قمه أو رقدت عليه وهي لا تشعر فلا شك أنها قاتله خطأ فعليها الكفارة وعلى عائلتها الدية أو على بيت المال، وإن لم يمت من فعلها فلا شيء عليها في ذلك ولا دية أصلاً». كما علل ابن حزم ل ضمان النائم دون ضمان المغمى عليه والمجنون بقوله: «لأنه مخاطب وهما (أي النفس والمجنون) غير مخاطبين إلا أنه لا عمد له. فلو أن نائماً إنقلب في نومه على أنسان فقتله فالدية على عاقلة والكفارة في ماله لأنه مخاطب». المحلى ج ٨ ص ١٣٥/١٣٤ مسألة ١٢٥٨.

(١) ولقد علل ابن حزم لذلك في المحلى ج ٢ ص ٤٢٩ مسألة ١٤٧ بقوله « أن النبي صلى الله عليه وسلم بأن حكم الدية والغرة على عصابة القاتلة ولم يخاطب العصابة ولا التفت عليه الصلاة والسلام إلى اعتراض من إعتراض منهم، بل أنفذ الحكم عليهم فنحن ننفذ الحكم بإيجاب الدية في مال العصابة ولا نبالى. صبيحاً كانوا أو مجانين ... ولم توجب ذلك فيما جناه صبي أو مجنون لأن الدية وجبت بنص القرآن فيما قتله مخاطب بالكفارة وليس هذا من صفات الصبيان أو المجانين».

(٣) انظر في ذلك: الدر المختار. المطبوع مع حاشية ابن عابدين ط ١٣٧٦ ج ٧ ص ١٢٥، ١٢٦ حيث جاء فيه «وان اتلفوا - أي المحجور عليهم - شيئاً متقوماً من مال أو نفس ضمنوا».

المالك^(١) واتفاق كل من الشافعي^(٢) والحنابلة^(٣). والزيدية^(٤) والامامية^(٥) والاباضية^(٦).

وقد احتج جمهور الفقهاء لما ذهبوا إليه بما يلي:

(١) انظر في ذلك : اقرب المسالك لمذهب مالك للامام الدردير ط ١٢٠١ مطبوع مع حاشية الصاوي ج ٢ ص ٢٩ حيث جاء فيه «المشهور في المجنون والصبي غير المميز اذا اتلفا مالا أو حصل منهما جناية ولو على نفس، أنهما يضمنان المال في ذمتها والدية على عاقلتهما ان بلغت الثلث والا فعليهما في مالهما حيث وجد لتعلقه بالذمة». كما يقول الامام الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير ط ١٣٧٣ هـ. ج ٣ ص ٢٩٦ «وضمن الصبي ولو غير مميز ما أفسد أي ما أتلفه في ماله». وانظر كذلك في نفس المعنى:

- الخرشى وحاشية العدوى على مختصر خليل ط المطبعة العامرة الشرفية في ١٣١٧ هـ ج ٦ ص ١٥١.
- تبصرة الحكام لابن فرحون على هامش فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك ج ٢ ص ٢٢٩.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ط ١٣٧٠ هـ ج ٢ ص ٣١١.
- القوانين الفقهية لابن جزي ط ١٣٧٢ هـ مطبعة الاستقامة ص ٣٦١.

(٢) انظر في ذلك : فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب للامام الاتصاري ج ٢ ص ٢٧٤ حيث جاء فيه أن «المجنون يسلب العبارة والولاية وكذلك الصبا بخلاف الأفعال فيعتبر فيها التملك والاحتطاب والاتلاف فينفذ منه الاستيلاء ويثبت النسب بزناه ويغرم ما أتلفه».

كما يقول البيهقي في حاشيته ط ١٣٠٩ هـ ج ٤ ص ١٣٤ «وجعل المجنون ليس أهلاً للضمان فيه نظر لأنه يضمن ما أتلف ونعم ليس هو أهلاً للقصاص فلعل المراد في عدم الضمان عدم القصاص عليه». وانظر كذلك في نفس المعنى: نهاية المحتاج للرملي ط ١٣٥٧ هـ ج ٥ ص ١٥٠، حاشية الشيرازي على نهاية المحتاج ط ١٣٥٧ هـ ج ٨ ص ٣٦، حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٢ ص ٤٧٢.

(٣) انظر في ذلك : المغنى لابن قدامة ط المنار ١٣٧٦ هـ ج ٤ ص ٤٧١ حيث جاء فيه « والحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفية في وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير أذنه أو غصباه فتلف في أيديهما . . . » كما يقول في ج ٧ ص ٧٧٦ بشأن جناية غير المميز على النفس ووجوب تحمل العاقلة للدية في حدود معينة «عمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة».

كما يقول الشيخ البهوتي في كشف القناع على متن الاقتناع ج ٣ ص ٣٦٨ «ويضمنون أي الصبي والسفيه والمجنون مالم يدفع إليهم - لأنه لا تفریط من المالك والاتلاف يستوى فيه الأهل وغيره . . . » وانظر في نفس المعنى الشيخ تقي الدين القنوجي في منتهى الإرادات ط ١٣٤٧ هـ ج ٤ ص ٢٦٤.

(٤) انظر في ذلك: الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعاني ط ١٣٤٧ هـ ج ٤ ص ٢٦٤.
(٥) انظر في ذلك: فقه الامام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنية ط ١٩٦٦ بيروت ج ٥ ص ٨ حيث جاء فيه «ولا فرق في وجوب الضمان بين أن يكون المتلف قاصداً أو غير قاصد ولا بين أن يكون بالغا عاقلاً أو غير بالغ وعاقلاً لأن الخطابات الوضعية تشمل الجميع . . . ».

وانظر في نفس المعنى: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ٣٩٧.
(٦) شرح النيل وشفاء العليل ط السلفية ج ٧ ص ٧٧ حيث أفاد بلزوم التعويض عن الأضرار التي يحدثها عديم التمييز من حيث المبدأ إذ يقول: «وجناية طفل في دم أو مال على أبيه أو وليه ولو كان له مال في الراجح ولا يرجعان به في مال الطفل، لأن الطفل كدابة يجب حفظه فان لم يحفظها فقد ضعيها فلزمهما الغرم».

أولاً: من المعلوم أن خطاب المشرع (التمثل في الحكم الشرعي) يتقسم إلى نوعين، يتضمن أحدهما تكليف الإنسان بفعل شيء أو تركه أو التخبير بينهما وذلك لاختبار مدى امتثال العبد لحكم الله عز وجل وهو ما يعرف بخطاب التكليف^(١).

ومن المجمع عليه أن ذلك النوع من الخطاب لا يتوجه به المشرع إلا لمن تحققت لديه القدرة على فهم ذلك الخطاب وإدراكه لمضمونه ومن ثم كان البلوغ والعقل شرطين للتكليف به^(٢).

ويتمثل النوع الثاني من نوعي الخطاب الشرعي فيما يعرف بخطاب الوضع^(٣) الذي يتوجه به المشرع لا يقصد التكليف الذي يستلزم فهم الخطاب وإدراكه وإنما يقصد إبراز منهج المشرع في ربطه بين أمرين بحيث يكون أحدهما سبباً للآخر أو شرطاً له أو مانعاً كما هو الحال في عقد البيع الذي جعله المشرع سبباً لنقل الملكية فيما وقع عليه البيع متى توافرت شرائط صحته وانتفى ما يمنع من نقل هذه الملكية.

ومن ثم: انتفى كون التكليف شرطاً لأهلية هذا النوع من الخطاب^(٤).

ومن المسلم به إجماعاً أن تضمين الأضرار التي تصيب الغير إنما هو من قبيل خطاب الوضع وبالتالي فإنه يستوى إزاء الخطاب الشرعي بهذا الضمان أن يكون محدث الضرر عالماً أو جاهلاً. عاقلاً أو محنوناً. مميزاً أو غير مميز عامداً كان أو مخطئاً ناسياً أو غير ناس^(٥) حيث لا اعتبار لامكان تحقق القصد من عدمه إزاء هذا النوع من الخطاب^(٦)

(١) وهو خطاب الشارع المتعلق بفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخبير.

(٢) انظر في ذلك المستصفي للغزالي ط الأميرية ج ١ ص ٥٤/٥٣ حيث يعقب على ذلك متسانلاً بقوله «فمن لا يفهم كيف يقال له أفهم».

(٣) وهو خطاب الشارع المتضمن الربط بين أمرين بحيث يكون أحدهما سبباً للآخر أو شرطاً له أو مانعاً منه.

(٤) انظر في ذلك: التقرير والتخبير لابن أمير الحاج ط ١٣١٦ هـ ج ٢ ص ١٥٩.

(٥) انظر في ذلك الخطاب في مواهب الجليل ج ٥ ص ٧٨ حيث يقول في هذا الصدد ما نصه ان «العمد والخطأ في أموال الناس سواء يجب ضمانها وهو من خطاب الوضع ولا يشترط فيه التكليف والعلم ولا فرق في الاتلاف بين الصغير والكبير والجاهل والعامد».

وانظر في نفس المعنى محمد جواد مغنية في فقه الامام جعفر الصادق المرجع السابق ج ٥ ص ٨. وانظر كذلك الشوكاني في ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول ط الحلبي ١٩٥٦ ص ١٠ حيث يقول «المجتون غير مكلف وكذا الصبي الذي لم يميز لأنهما لا يفهمان في خطاب التكليف على الوجه المعتبر وما لزوم أورش جنابتهما ونحو ذلك فمن أحكام الوضع لا من أحكام التكليف».

(٦) انظر في ذلك الهداية للميرغيناني ط الحلبي الأخيرة ج ١ ص ٢٤٠ حيث يعلل لتضمين ما أتلفه الصبي غير المميز والمجتون بقوله «لأن الاتلاف موجب للضمان ولا يتوقف على القصد».

وذلك هو ما يفضى إلى القول بحتمية ضمان الأضرار التي تنشأ عن فعل عديم التمييز لكونه أهلاً لخطاب الوضع فضلاً عن أنه قد صدر منه السبب الذي جعله الشارع موجباً لهذا الضمان وهو الاتلاف^(١) أي أن الضمان في تلك الحالة إنما هو من قبيل بناء الأحكام على أسبابها وضعا لا تكليفاً.

ثانياً: أن منهج المشرع الإسلامي في وجوب التعويض عن الأضرار التي من هذا القبيل لا يعتمد بالظروف الداخلية للفاعل. إذ يسوى إزاء وجوب التعويض أن يكون الفاعل مكلفاً أو غير مكلف.

كما يستوى أن يكون عالماً أو جاهلاً ذاكراً أو ناسياً عاقلاً أو مجنوناً.

والعلة في ذلك: أن الضمان يهدف إلى جبر ما فات من المصالح أحياءً لحق الضرر لا إلى الزجر والعقوبة.

ومن ثم كان إعفاء المشرع لعديم التمييز من العقوبة البدنية على أفعاله الضارة بالغير نظراً لأن العقوبة تستلزم ابتداء اتجاه الإرادة إلى إتيان الفعل المؤثم.

فضلاً عن أنها تستهدف الزجر درءاً للمفاسد وردعاً للغير. ومن المسلم به أن عديم التمييز يفتقد الأهلية لتلك العقوبة. ولا شك أن الأمر على خلاف ذلك في الضمان إذ هو لا يهدف إلا إلى جبر ما حاق بالضرر من ضرر وبالتالي فإن عدم التمييز لا يمثل مانعاً من وجوب الضمان^(٢).

(١) وفي ذلك يقول فضيلة المرحوم الشيخ على الخفيف في المرجع السابق ج ١ ص ٦٧ أن «الشريعة الإسلامية تجعل الضرر علة وسبباً للتضمين فإذا وجدت العلة وجد العلول لذا لزم ضمان من لا ادراك له في ماله وشغلته ذمته به دون أن تشغل ذمته بالأداء وإنما يجب الأداء في هذه الحالة على من له ولاية على هذا المال».

وانظر كذلك في هذا الاستدلال:

د. فاروق العكام في الفعل الموجب للضمان - المرجع السابق ص ٩٥ وما بعدها.

د. محمد صلاح الدين حلمي في أساس المسؤولية التقصيرية - المرجع السابق ص ٤٩٩ وما بعدها.

د. فوزي فيض الله في المسؤولية التقصيرية - المرجع السابق ص ٢٦٦ وما بعدها.

- وانظر للمؤلف: الحراسة وعلاقة السببية في المسؤولية عن الأشياء في الفقه الإسلامي والقانون المدني ص ٥٨.

(٢) وفي ذلك يقول العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام ط ١٣٥٣ هـ ج ١ ص ١٧٨ «الجواب مشروعاً لجلب ما فات من المصالح والزواج مشروعاً لدرء المفاسد والغرض من الجواب جبر ما فات من حقوق الله تعالى وحقوق عباده ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر وإنما ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان بخلاف الزواج فإن معظمها لا يجب على عاص زجراً له على معصيته».

وانظر كذلك في نفس المعنى: القرافي في الفروق دار احياء الكتب العربية ١٣٤٤ هـ ص ٢١٣.

ثالثاً: ان رفع الاثم الشرعي عن عديم التمييز. لا يستلزم سقوط ضمانه لحقوق العباد. وذلك بحسب ان الاثم الشرعي قابل للعفو عنه خلاف حقوق العباد اذ هي معصومه من الضياع وبالتالي فهي غير قابلة للسقوط، ومتى بقي المحل معصوماً من الضياع، فان الضمان يقع علي من الحق به الضرر بصرف النظر عن كونه مميزاً او غير مميز.

وبالتالي فلا وجه للقول بان وجوب الضمان او التعويض في تلك الحالة يتعارض مع رفع الأثم الشرعي عن عديم التمييز. لما اشرنا اليه من ان الضمان ما شرع الاجبر ما تحقق من ضرر وهو فوات الحق في المال المعصوم^(١) والدم المعصوم.

رابعاً: ان عدم التمييز وان مثل سببا لعدم ضمان الاقوال لعدم ضمان اعتبارها من الشارع^(٢) فانه لا يمكن ان يكون عدم التمييز سببا لعدم ضمان الاعمال حيث لا يرد لهذه الاخيرة بعد وقوعها حسا او مساعده اذ كيف يمكن النظر الي ماحاق بالمضور من ضرر نتيجة الفعل الصادر من عديم التمييز علي انه من قبيل المعدوم او العدم، وذلك خلافا للحال بالنسبة للاقوال التي يمكن ان يجعل الموجود منها بمنزلة المعدوم نظرا لكون الاقوال لا تمثل غير مدلولاتها بل هي دلالات عليها. ومن ثم فإنه يمكن القول بتخلف المدلول عن دليله^(٣)

(١) وفي ذلك بقول الامام النسفي في شرح المنار ط ١٣١٥ هـ ص ٩٥٠ معللا لعدم سقوط الضمان عن عديم التمييز بان السقوط انما يكون " في عهدة تحتل العفو في الشرع وضمان المستهلك ليس يحتمل العفو شرعا لانه حق العبد، والضمان شرع جبرا لما استهلك من المحل المعصوم وكونه معذورا شرعا لا ينافي عصمته لاثابته لحاجه العباد، واذا بقي المحل معصوماً يجب الضمان علي المستهلك بخلاف حقوق الله فانها تجب بطريق الابتلاء. وذلك يتوقف علي العقل".

وانظر في ذلك ايضا مرآة الاصول في شرح مرقاه الوصول للتفتازاني ط ٢٨٥ هـ ج ٢ ص ٤٤٠ والشيخ احمد ابراهيم في الاهليه وعوارضها ف ٩.

(٢) انظر في ذلك: البحر الراذق شرح كنز الدقايق الامام ابن نجيم ط دار المعرفه بيروت ج ٨ ص ٩٠ حيث يعلل لضمان الاعمال الصادرة من عديم التمييز دون اقواله بان " الاعمال اعتبارها بالشرع، والشرع اهدر اقواله دون الاعمال فيؤخذ بضمان الاعمال دون الاقوال".

(٣) انظر في ذلك نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار لقاضي زاده ج ٩ ص ٢٥٦ حيث يعلل لامكانية عدم اعتبار الاقوال من قبيل العدم دون الفعال. بان " الاقوال الموجودة حسا ومشاهده ليست هي عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الاعمال فان الموجود منها عيناً فيعدما وجد لا يمكن ان يجعل غير موجوده".

وانظر في نفس المعنى: التلويح علي التوضيح ط دار المهد الجديد ج ٢ ص ٧٣٨، اصول البزدوي ج ٤ ص ٢٤٠، د. فاروق العكام في المرجع السابق (الفعل الموجب للضمان) ص ٩٨.

ف ٢ - ترجيح رأي جمهور الفقهاء.

والحق أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بتضمين الأضرار الناشئة عن فعل عديم التمييز هو الأحق بالترجيح والأجدر بالقبول لقوة ما استند إليه أنصار هذا الاتجاه الأخير وسلامة أدلتهم من المطاعن. فضلاً عن المرجحات التالية:

(أ) من المعلوم أن القاعدة الشرعية تقضى بأن درء المفسد مقدم على جلب المصالح ولا شك في أن القول بعدم وجوب الضمان في تلك الحالة إنما يستتبع قلب هذه القاعدة نظراً لما يقضى إليه من تقديم مصلحة عديم التمييز في عدم الغرم على درء المفسدة التي حاقت بالمضور من جراء فعل الأول دون ذنب جنته يد هذا الأخير.

(ب) أن تتبع الفروع الفقهية في هذا الصدد يفصح أو يؤكد أن ضمان الأضرار في نظر الشارع الإسلامي ينهض على فكرة البذل لا على فكرة الجزاء.

آيه ذلك: ما نص عليه الفقهاء من أنه لو أتلف جماعة من عديمي التمييز مال أنسان فإنه يجب عليهم جميعاً ضمان واحد كما لو كان المتلف واحداً ولو كان الضمان هنا جزءاً فعل لوجب على كل منهم ضمان كامل^(١) ومتى كان التضمين من قبيل بدل المحل لا جزءاً فعل فليكن النظر إلى المحل وشرطه لا إلى الفاعل ووصفه.

(ج) أن الفاعل بضمان الأضرار التي تحدث بفعل عديم التمييز يتفق وما تقضى به القواعد العامة في الفقه الإسلامي من وجوب رفع الضرر مطلقاً أياً كان سببه أو مصدره أو الوسيلة التي أفضت إليه وذلك هو ما يبنى عنه عموم قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ».

حيث لم يستثن الرسول صلى الله عليه وسلم مكلفاً أو غير مكلف.

(١) المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية - المرجع السابق ص ٢٧١، أساس المسئولية التقصيرية - المرجع السابق ص ٥٠٤.

ف ٢- مدى وجوب التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في حالتى المباشرة والتسبب،

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن القاعدة العامة لضمان الأضرار في الفقه الإسلامي تقضى بضرورة التفرقة بين إذا ما كان الضرر يمثل نتيجة مباشرة لذلك الفعل (وهو ما يعرف بالمباشرة)^(١) وبين ما إذا كان الضرر يمثل نتيجة غير مباشرة لذلك الفعل (وهو ما يعرف بالتسبب)^(٢) إذ يلزم الضمان في الحالة الأولى دون شرط بخلاف الحالة الثانية التي يلزم للضمان فيها كون الفاعل متعدياً. فهل تصدق تلك القاعدة في حالتنا تلك . ذلك هو ما سنعرض له في الفقرتين التاليتين.

ف ٣ - (أ) مدى وجوب التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في حالة المباشرة.

لقد أجمع الفقهاء القائلون بوجوب تضمين الأضرار التي تنشأ عن فعل عديم

(١) وعلى الرغم من إ اتفاق الفقهاء على حقيقة كل من المباشرة والتسبب إلا أن الفاظ الفقهاء قد اختلفت في في التعبير عن تلك الحقيقة وذلك هو ما تفصح عنه نصوص تلك التعاريف .
أنظر في خصوص تعريف المباشرة : البدائع للكاساني ط دار الكتاب العربي الطبعة الثانية ج ٧ ص ١٦٥ حيث يعرف المباشر بأنها إيصال الألة بمحل التلف « والفروق للقرافي ج ٤ ص ٢٧ إذ يقول « ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط » ومغنى المحتاج للشرييني ج ٢ ص ٦ حيث يرى أنها « ما يؤثر في الهلاك ويحصله » وقواعد الأحكام في مصالح الأنام ص ١٥٤ إذ يقول « المباشرة إيجاد علة الهلاك والروضة البهية ج ٧ ص ١٣٠/١٣١ حيث يقول عن المباشر « إيجاد علة التلف » .
ولا شك أن كل هذه التعريفات تتفق على أن المباشر تتحقق كلما تولد الضرر عن الفعل مباشرة دون واسطة بين الفعل والنتيجة .

(٢) أنظر في خصوص تعريف التسبب :
البدائع في المرجع والموضع السابق حيث يعرف التسبب بأنه « فعل في محل يفضى إلى تلف غيره عادة » - القرافي في المرجع والموضع السابق حيث يقول « ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقضى لوقوع الفعل بتلك العلة » ومغنى المحتاج في المرجع والموضع السابق، وحاشية الشراوى ج ٢ ص ٣٦ حيث يعرف التسبب بأنه « ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله » وقواعد الأحكام في المرجع والموضع السابق حيث يقول إيجاد علة المباشرة « ومفتاح الكرامة ج ٦ ص ٢٠٦ حيث يعرف التسبب بأنه « ... إيجاد ... ما يحصل التلف عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع العلة » .
ولا ريب أن كل هذه التعريفات تتفق على تحقق التسبب كلما إنحصر دور الفعل في إيجاد السبب الذي يتحقق به الضرر عادة ومن ثم فإن الضرر وإن لم يتحقق بمقتضى دور الفعل منفرداً إلا أنه أوجد وضعاً يترتب عليه وجود الضرر في العادة .

التمييز على القول بوجوب ضمان الأضرار التي تنتج عن مباشرته الفعل الذي استتبع وجود هذا الضرر وإن لم يكن ثمة تعد من جانب عديم التمييز وذلك أعمالاً للقاعدة التي تقضى بأن المباشر ضامن وإن لم يتعد^(١) .

ومرد الإجماع على ذلك . أن المباشرة تمثل علة مستقلة لإحداث الضرر فهي من ثم موجودة له . ولما كانت حكمة التضمين تخلص في جبر ما حاق بالمضروب من ضرر متى تثبت نسبته إلى الفعل، فإنه لا يمكن التذرع بانتفاء العمدية للتخلص من هذا الضمان وبالتالي يستوى ازاء وجوب الضمان في تلك الحالة أن يكون محدث الضرر قاصداً أو غير قاصد عاقلاً أو مجنوناً مميّزاً أو غير مميّز^(٢) .

ومن ثم : فإن الشرط الوحيد لوجوب الضمان في تلك الحالة هو صدور الفعل المادى من جانب عديم التمييز على نحو يكون فيه الفعل سبباً مباشراً لتحقيق الضرر وتعتبر تلك المباشرة قرينة على توافر علاقة السببية بين الفعل وبين الضرر ولا يمكن من ثم دحض هذه العلاقة إلا بإثبات أن الضرر قد وقع بسبب أجنبي عن المباشر^(٣) .

ف ٣- (ب) - مدى وجوب التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في

حاله التسبب:

من المجمع عليه فقهاء ان التسبب في احداث الضرر لا يستتبع وجوب الضمان

(١) أنظر في الأجماع على دور المباشرة في جنابة عديم التمييز على النفس - الزيعلى في تبين الحقائق ط ج ٦ ص ١٣٨ ، والهداية للميرغيناني ج ٤ ص ١٨٨ والبحر الرائق شرح كنز الدقائق - المرجع السابق ج ٨ ص ٣٨٨ ، والميسوط للسرخسى ط ٢ بيوت ج ٢٧ ص ٦ ، المدونه ط ١٣٢٣ ج ١٦ ص ٩٩ ، بداية المجتهد لأبن رشد ط ١٣٢٩ هـ ج ٢ ص ٣٣٩ ، حاشية البيجرمى ط ١٣٠٩ هـ ج ٤ ص ١٣٤ ، مغنى المحتاج ط ١٣٧٤ هـ ج ٤ ص ١٥ ، تحبير الوسيلة ط ١ ص ٦٥١ ، وسائل الشيعة لمحمد أبى الحسن ط ١ ص ٤٧٠/٤٧١ .

٤٦٩ - وفقه الأمام جعفر الصادق ج ٦ ص ٣٢٨/٣٢٧ .
وأنظر في الأجماع على دور المباشرة في جنابة عديم التمييز على المال - البدائع للكاساني ج ٧ ص ١٧١ -
درر الحكام في شرح غرر الأحكام ط ١٣٢٩ هـ ج ٥ ص ٢٧٤ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ص ٢٩٦ - الحرشى العدوى على مختصر خليل ج ٥ ص ٢٧٤ ،
مواهب الجليل ج ٥ ص ٧٨ - حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٢ ص ٤٧٢ - المغنى لأبن قدامة ج ٤ ص ٤٧١ - كشاف القناع على متن الإقناع ج ٣ ص ٣٦٨ - الروضة البهية ج ٢ ص ٢٩٧ - الروض النضير ج ٤ ص ٢٦٤ - شرح النيل ج ٧ ص ٧٧ .

(٢) العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام - المرجع السابق ج ١ ص ١٧٨ .
(٣) أنظر في ذلك: د . محمد فاروق العكام في الفعل الموجب للضمان المرجع السابق ص ٢٥١ .

علي المتسبب الا اذا كان هذا الاخير متعديا لكون الفعل في تلك الحالة غير موجود للضرر بذاته نظرا لوجود فعل اخر يفصل بين فعل المتسبب وبين الضرر. ومن ثم: فان اسناد النتيجة إلي فعل المتسبب لا يكون مقطوعا به وهو ما حدا بالشارع الي النص علي ضرورة تحقق صفة التعدي في جانب المتسبب حتي يصلح فعله ان يكون علة للتضمن.

ولكن هل يمكن ان يتحقق صفة التعدي في جانب عديم التمييز وبالتالي يكون تسببه في الضرر موجبا للضمان ام ان الامر علي خلاف ذلك؟

لقد اختلف الفقه المعاصر حول الاجابة علي هذا التساؤل الي الاتجاهين التاليين.

الاتجاه الاول: يري عدم وجوب تضمين الاضرار التي تحدث من عديم التمييز في تلك الحالة^(١).

الاتجاه الثاني: يري وجوب التعويض عن تلك الاضرار التي تحدث بالتسبب كما واجب بالنسبة للاضرار التي تحدث بالمباشرة^(٢).

(أ) أدلة أنصار الإتجاه الأول:

أولاً: مانعت عليه المادة ٩٣ من مجلة الأحكام العدلية من أن « المتسبب لا

(١) أنظر في هذا الإتجاه:

- د. السنهوري في مصادر الحق ط معهد البحوث والدراسات العربية ج ١ ص ٥٦ هامش ١.
- د. صبحي المحمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود - المرجع السابق ج ١ ص ٢٢٣/٢٢٤.
- د. عبد الحى حجازي في موجز النظرية العامة للألتزام ج ١ مصادر الألتزام ط ١٩٥٥ م.
- د. سليمان مرقس في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ط ١٩٧١ ج ص ١٠٥.
- د. حسين النوري في رسالته عوارض الأهلية ط ١٩٥٣ م ص ٥٤.
- د. أستاذنا د. منصور مصطفى منصور في الخطأ في المسؤولية المدنية مذكرات لدبلوم القانون الخاص بجامعة الكويت في عام ١٩٧٥/٧٤ ص ٧٦ وما بعدها.
- د. بدر جاسم اليعقوب في رسالته المسؤولية عن إستعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي ص ١٠٢ وما بعدها.

(٢) أنظر في هذا الإتجاه:

- د. عبد الفتاح عبد الباقي في مصادر الإلتزام في القانون الكويتي مع المقارنة بالفقه الإسلامي وأحكام المجلة - الجزء الثاني - المصادر غير الإرادية ط ١٩٧٥/٧٤ ص ٣٣، ٣٤، وهامش ٢.
- د. محمد فاروق العكام في الفعل الموجب للضمان - المرجع السابق ص ٩٢.
- د. محمد فوزي قبيص الله في المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية - المرجع السابق والموضع السابق.
- د. محمد صلاح الدين حلمي ص ٢١٢، ٥٠٨.

يضمن إلا بالتعمد، ولما كان عديم التمييز لا يتصور وقوع التعمد منه حيث يلزم الإدراك لتحقيقه فإن ذلك يستتبع القول بعدم وجوب الضمان في تلك الحالة .

ويبدو لنا مع جانب من الفقه أن هذا الدليل لا ينهض حجة على ما ذهب إليه أنصار هذا الإتجاه إذ أننا وأن كنا نسلم بوجود فارق بين دلالة كل من التعدي والتعدد^(١) إلا أننا نرى أن ما ورد بالمجلة كان نتيجة للظن بقيام أحد اللفظين مقام الأخر. ودليل ذلك ما يلي^(٢):

١- أن ما ورد في المادة ٩٣ من المجلة قد خالف ما جرى عليه الفقه الإسلامي بعامة والفقه الحنفي بخاصة من التعبير بالفظ التعدي^(٣) لا التعدد مع أن المجلة تعتبر تقنياً لهذا الفقه الأخير أو تقنياً للرأى الراجح فيه على الأقل .

٢- أن ما ورد في نص المادة ٩٣ يتعارض مع ما نصت عليه المادة ٩٢٤ من المجلة بصدد التطبيقات الخاصة بمسائل الأتلاف وهي تقضى صراحة بإشتراط التعدي وحده دون التعمد لوجوب الضمان في حالة التسبب .

(١) ووجه الفرق بينهما :

أن التعدي يتمثل في المجاوزة المادية للحق أو للحد أما التعمد فهو تعد مقرون بالقصد ومن ثم فإن التعدي هو مطلق المجاوزة، أما التعمد فهو تعد مقترن بالقصد .

- أنظر في ذلك : مختار الصحاح باب الدال فصل العين .

- د. محمد صلاح الدين حلمي في المرجع السابق ص ١٧٢ .

(٢) أنظر في جانب من هذه المناقشات .

- د. محمد صلاح الدين حلمي في أساس المسؤولية التقصيرية - المرجع السابق ٢١٢، ٥٠٨ .

- د. محمد فاروق العكام في الفعل الموجب للضمان - المرجع السابق ص ٩٢ .

- د. عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع السابق ص ٣٣، ٣٤ .

- د. فوزي قبيص الله في المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية ص ٢٦٦ .

(٣) أنظر في ذلك: البغدادي في مجمع الضمانات ط ١٣٠٨ هـ ص ١٤٦ حيث يقول: « المباشر ضامن وإن لم يتعد والتسبب لا (أى لا يضمن) إلا إذا كان متعدياً .

- رد المختار على الدر المختار ط الحلبي ج ٥ ص ٥٩٢، ٥٩٣ حيث يقول تعليقاً على قول المحصفي « قوله الأصل في مسائل هذا الباب أن المتسبب ضامن إذا كان متعدياً وإلا لا يضمن والمباشر يضمن مطلقاً » كما يقول في ص ٥٢٩ « إن التسبب ضامن إذا كان متعدياً » .

- جامع النصولين لابن قاضي سمانه ط ١٣٠٠ هـ ج ٢ ص ١٩٥ حيث يقول التسبب « إنما يوجب الضمان عند التعدي » والسرخسي في المبسوط في المرجع السابق ج ٢٧ ص ٤٢ حيث يقول أن « التسبب إذا لم يكن متعدياً لا يكون ضامناً » .

الضمان في الحالة الأولى دون اشتراط التعدي ولعدم تصور وقوعه منه في الحالة الثانية وذلك هو ما يفرض إلى القول بجعل البالغ العاقل في وضع أفضل من عديم التمييز نظراً لعدم ضمان الأول في حالة التسبب متى انتفى لديه وجود التعمد^(١).

ويمكن مناقشته هذا الدليل بما يلي:

أن القول بوجود الضمان في تلك الحالة لا يستتبع كما قيل الغاء التفرقة بين المباشرة والتسبب كما أنه لا يؤدي إلى جعل البالغ العاقل في وضع أفضل من عديم التمييز. لما سبق أن أشرنا إليه من أن التعدي إنما هو صفة للفعل لا الفاعل وبالتالي فإنه لا يشترط الادراك لوجوده وهو ما يستتبع القول بأن وقوع التعدي كما يكون ممكناً من عديم التمييز فان يكون كذلك ممكن الوقوع من غيره.

رابعاً: أن هناك من نصوص الفقه الاسلامي ما يقضى بعدم وجوب الضمان في حالة التسبب بالنسبة لعديم التمييز ومن ذلك ما ورد في المبسوط من «أنه لو سار الصغير على الدابة فأوطأ انساناً فقتله فان كان هو من يمسك عليها فديته على عاقلة الصبي وان كان ممن لا يسير على الدابة لصغره ولا يستمسك عليها فدية القتل هدر»^(٢).

ووجه الاستدلال بهذا النص أنه قرر عدم ضمان الصغير الذي لا يملك التمييز والفهم اللازمين للاستمسك على الدابة. أي أنه قضى بعدم الضمان لعدم امكانية توافر القصد أو التعدي المشروط في الائتلاف تسبباً وهو ما استوجبه الفقهاء في مثل هذه الحالة^(٣).

والحق أن هذا الاستدلال لا ينهض حجة لأنصار هذا الاتجاه للأمرين التاليين:

الأمر الأول: أن تلك الواقعة التي يحتجون بها ليست من قبيل أفعال التسبب

(١) د. جاسم يعقوب ج ١٠٧ في رسالته - المرجع السابق ص ١٠٢ ، ١٠٣ .

(٢) السرخسي ط ١٣٢٤ هـ ج ٢٦ ص ١٨٦ ، ١٨٧ .

(٣) انظر في الاستدلال بهذا النص .

د. بدر جاسم يعقوب في المرجع السابق ص ١٠٣ .

د. صبحي المحمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود - المرجع السابق ج ١ ص ٢٢٤ .

٣- أن ما عبرت به المجلة في المادة ٩٣ من وصف بالتعمد بخصوص الأتلاف بالتسبب يوهم عدم تضمين المخطئ بخصوص الجناية على المال مع أن القاعدة في الضمان تقضى بأن العمد والمخطأ بالنسبة لضمان الأموال سواء، إذ لم يفرق المشرع الإسلامي بين العمد والمخطأ إلا بصدد مقدار التعويض الواجب في الجناية على النفس.

ثانياً : أننا لو سلمنا جدلاً بأن المشروط في تلك الحالة هو التعدي لا التعمد وأن الأول يتحقق كلما كان هناك مجاوزة للحق شرعاً أو عرفاً فإنه من المسلم به كذلك أن عديم التمييز ليس له من الإدراك ما يميز به بين ما له فيه حق وما ليس له فيه كذلك. وما دام هذا الإدراك قد انعدم لديه ذلك يستتبع القول بعدم وجوب الضمان في تلك الحالة وإلا لما كان هناك فارق بين المدرك وغيره^(١).

ويمكن مناقشة هذا الدليل بما يلي :

أنا لا نسلم أن وجود التعدي يقتضى وجود الإدراك. إذ أن معيار التعدي الذي أفصحت عنه نصوص الفقه إنما هو معيار مادي بحت ومن ثم فإنه لا يعتد بالظروف الذاتية للفاعل ومنها إنعدام التمييز^(٢) وذلك فضلاً عن أن التعدي إنما يرجع إلى فعل عديم التمييز لا إلى التمييز في ذاته وذلك هو ما أشار إليه بعض فقهاءنا المحدثين حينما صرح متسائلاً «أنه إذا كان المتسبب صبياً أو مجنوناً فهل ينظر إلى أهليته فلا يعد الفعل الذي يصدر منه اعتداءً تسبباً لعدم تصور التعدي منه فلا ضمان عليه حينئذ أو ينظر إلى نفس الفعل وكونه محظوراً ليعتد اعتداءً يكون عليه الضمان»^(٣).

ثالثاً: أن القول بوجود الضمان في تلك الحالة إنما يستتبع إلغاء التفرقة بين المباشرة والتسبب بالنسبة لعديم التمييز لكونه سيكون ضامناً في الحالتين. لوجوب

(١) أنظر في ذلك د. بدر جاسم يعقوب في رسالته - المرجع السابق ص ١٠٢ ، ١٠٣ .

(٢) د. محمد فاروق العكام في الفعل الموجب للضمان - المرجع السابق ص ٩٢ .

- المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية - المرجع السابق ص ٢٠٧ .

- أساس التعويض د. محمد نصر - المرجع السابق .

(٣) الشيخ على الخفيف في الضمان في الفقه الإسلامي - المرجع السابق ص ٧٥ .

وأنظر في نفس هذا المعنى د. عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع والموضع السابق .

على القصد»^(١).

ثانياً: أن نصوص الفقه الاسلامي لم تفرق بصدده حديثها عن ضمان الأضرار التي تحدث بفعل عديم التمييز بين تلك الأضرار التي تحدث بفعله مباشرة وبين تلك التي تقع تسبباً ولا شك أن المطلق يظل على إطلاقه ما لم يرد ما يقيد ولم يرد ما يقيد ذلك الإطلاق^(٢).

(١) درر الأحكام - المرجع السابق ج ٢ ص ٢٧٤ وانظر كذلك الجوهرة النيرة لمختصر القدوري، ط ١٣٢١ هـ ج ١ ص ٢٤٠ حيث يقول معللاً لضمان ما أتلفه الصبي والمجنون بقوله «لأن الاتلاف موجب للضمان ولا يتوقف على القصد»، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ط ١٣٢٨ هـ ج ٢ ص ٤٥٦ حيث يعلل لضمان اتلاف مال الغير حتى وإن كان ذلك مبني على الجهل بأنه ماله لأن «الجهل وإن اعفاه من الأثم فإنه لا يعفيه من الضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على علمه وقصده».

(٢) انظر في خصوص إطلاق الحكم بالنسبة إلى الجنابة على النفس: الزيلعي في تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٣٨ حيث يقول «عمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته» والهداية للميرغيناني ط الباهي الحلبي ج ٤ ص ١٨٨ والبحر الرائق ج ٨ ص ٣٨٨ - المبسوط ج ٢٧ ص ٦.

واللدونة ج ١٦ ص ٩٩ حيث جاء فيها «قلت رأيت الصبي والمجنون ما جنبا من عمد أو خطأ بسيط أو غير ذلك أهو خطأ قال: قال مالك نعم ومحمله العاقلة إذا بلغ الثلث فصاعداً» والخرشى البيجرمي ج ٤ ص ١٣٤ إذ يقول عن المجنون «وجعل المجنون ليس من أهل الضمان فيه نظر لأنه يضمن ما تلف نعم هو ليس من أهل المعنى المهدب ج ٢ ص ١٧٣ ومعنى المحتاج ج ٤ ص ١٥. والاتناع ج ٤ ص ١٦ إذ يقول «وعمد الصبي والمجنون خطأ لا قصاص فيه والدية على العاقلة حيث وجبت والكفارة في ماله» وفي نفس المعنى المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ١٤٦.

وشرائع الاسلام للحلي - المجلد الثاني - ص ٢٧٥ حيث يقول «لا يقتل المجنون سواء قتل مجنوناً أو عاقلاً وتثبت الدية على عاقلته وكذا الصبي لا يقتل الصبي ولا ببائع والوجه أن عمد الصبي خطأ محض يلزم اشته العاقلة».

وفي نفس المعنى تحرير الوسيلة - المرجع السابق ص ٦٥١، ووسائل الشريعة ص ٤٦٩ / ٤٧٠، وفقه الامام جعفر الصادق ج ٦ ص ٣٢٧ . ٣٢٨.

وانظر في خصوص إطلاق الحكم بالنسبة للجنابة على المال. البدائع ج ٧ ص ١٧١ حيث يقول «لو أتلف الصبي والمجنون شيئاً فضا منه من مالهما» وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٩٦ حيث جاء فيها «وضمن الصبي ولو غير مميز ما أتلفه من مال» وفي نفس المعنى الخرشى وحاشية العنودى على مختصر خليل ج ٥ ص ٢٧٤، مواهب الجليل ج ٥ ص ٧٨، وحاشية الجمل على شرح المنهج ج ٢ ص ٤٧٢ حيث جاء فيها «وقد افتى البغوى بضمان من سقط على مال غيره لصريح حصل له فأتلفه كما لو سقط عليه طفل في مهد» والمغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤٧١ حيث يقول «والحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفه في وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير أذنه أو غصباه فقتل في أيديهما . . .» وفي نفس المعنى كشاف القناع على متن الاتناع ط ١٣١٩ هـ ج ٣ ص ٣٦٨، والروضة البهية ج ٢ ص ٢٩٧ والروض التوضيحي ج ٤ ص ٢٦٤، وشرح النيل ج ٧ ص ٧٧.

وذلك هو ما عبر عنه الأستاذ الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع السابق ص ٣٤ بقوله «أن الإدراك أو التمييز غير لازم حتى في حالة الضرر الذي يحدث تسبباً ذلك لأن الفقهاء عند قولهم في مجموعهم بأن الصبي غير المميز أو المجنون مثلاً يتحمل بالضمان في ماله عن التلف الذي يحدثه لم يفرقوا بين التلف الذي يحدثه بفعله مباشرة وبين ذلك الذي يكون متسبباً فيه والمطلق يؤخذ على إطلاقه».

وإنما هي من قبيل أفعال المباشرة نظراً لأن راكب الدابة يعتبر مباشراً لما وطئ بدابته ولذلك علل الفقهاء لضمان الراكب في مثل تلك الحالة بأن «ثقل الراكب على الدابة وهي آلة له فكان التلف الحاصل بثقلها مضافاً إلى الراكب فكان حصول التلف على سبيل المباشرة»^(١).

الأمر الثاني: أن انتفاء الضمان في تلك الحالة لا يرجع إلى فقد الإدراك والتمييز الذي يتعلق بالعقل وإنما يرجع إلى فقد القدرة المادية على تصريف الدابة التي هو عليها وذلك هو ما يفصح عنه تعليل السرخسى لعدم الضمان في تلك الحالة بقوله «إن الصبي الذي لا يستمسك على الدابة يعتبر كمتاع موضوع عليها فلا يكون هو مسير الدابة ويكون العمل المتلف من جنابة الدابة دون ركابها فيكون الشأن فيها شأن الدابة المنفلة فإنها سارت من غير أن يسيرها أحد»^(٢).

ومن ثم فإنه لو كان راكب الدابة مجنوناً أو سكراناً فإنه لا تنتفى قدرته حيث يستطيع تصريف دابته فتثبت له أهلية الاتلاف وإن فقد التمييز والإدراك»^(٣).

ف ٤ ترجيح رأى القائلين بتضمن عديم التمييز في حالة التسبب:

وبناء على ما سبق من مناقشة لأدلة أنصار الاتجاه الأول فإنه يبدو لى رجحان ما ذهب إليه القائلون بتضمن عديم التمييز في تلك الحالة فضلاً عن المرجحات التالية:

أولاً: أن الفقه الاسلامي يجمع بصدده ضمان المتلفات على وجوب هذا الضمان متى تحقق الضرر دون اعتبار لتوافر قصد الفاعل من عدمه لأن الاتلاف كما يقرر الكاساني «أمر حقيقي يأتي على الشيء الذي يوجب عوضه ولا يتوقف على العلم بذلك الشيء ولا على إرادته»^(٤). كما يقرر المتأخرون بهذا الصدد «أن اعتبار الفعل لا يتوقف

(١) أساس المسئولية التقصيرية - المرجع السابق ص ٥٠٩.

(٢) المبسوط في المرجع والموضع السابق.

(٣) أساس المسئولية التقصيرية في المرجع والموضع السابق.

(٤) البدائع ج ٧ ص ١٦٨.

الأخيرة^(١).

اذ أن القول بذلك يستتبع تضارب القواعد الشرعية التي تحكم تلك الوقائع المتماثلة في طبيعتها وذلك أمر ينزه عنه المشرع.

رابعا: أن القول بعدم تضمين الأضرار التي تنشأ عن فعل عديم التمييز في حالة التسبب يستتبع القول بأن فعله كان مباحا. بيد أنه لو كان كذلك لما توجه الشارع بالخطاب في شأنه الى من له الولاية عليه. اذ أن توجيه الخطاب بالنسبة لما هو مباح إنما يكون للمكلف ذاته. ومن ثم فإنه يمكن « أن يوصف من غير المكلف بأنه فعل رفع الشارع فيه الاثم والعقاب الدنيوي لانتفاء أهلية التكليف الا أن هذا لا يرفع عن نفس الفعل صفة المحذور به لذا يضمن مرتكبه في ماله »^(٢).

ومن ثم فإن عدم التمييز وإن صلح عدرا لسقوط الاثم والعقاب الدنيوي فإنه ليس من شأنه أن يخلع عن نفس الفعل صفة التعدي لذلك يضمن عديم التمييز ما تولد عن فعله من أضرار في تلك الحالة.

خامسا: أنه على الرغم من أن الفقهاء حينما نصوا على وجوب ضمان الأضرار التي تحدث بفعل عديم التمييز لم يفرقوا بين المباشرة والتسبب حيث أطلقوا القول في ذلك إلا أننا لا نعدم من تلك النصوص ما يدل على وجوب الضمان في حالتنا تلك ومن ذلك ما يلي:

(١) د. بدر جاسم اليعقوب في رسالته - المرجع السابق ص ١٠٦ حيث يقول « أن الفقه الاسلامي يأخذ بالنظريتين معا النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية فيقيم مسئولية المباشرة بناء على النظرية الموضوعية فيقيم مسئولية المباشرة بناء على النظرية الموضوعية التي تجعل مناط المسئولية حدوث الضرر بقض النظر عن صفة القائم بأحداثه ويأخذ من جهة أخرى بمسئولية التسبب استنادا الى النظرية الشخصية التي يجب فيها اثبات الخطأ حتى تقوم مسئولية الفاعل وهنا يجب توافر الادراك والتمييز ».

(٢) د. محمد سلام مذكور في نظرية الاباحة ص ٤٣٩ وفي نفس المعنى د. محمد فاروق العكام في الفعل الموجب للضمان - المرجع السابق ص ١٠١.

وذلك فضلا عما ينبئ عنه اطلاق القاعدة الفقهية التي تقضى بأنه لا حجر في الأفعال، اذ لا شك أن هذا الاطلاق يفيد امتداد الضمان الى جمع أفعال عديمي التمييز بسواء وقعت منهم بالمباشرة أو بالتسبب^(١).

ثالثا: يبدو لنا أن الذي حمل القائلين بعدم الضمان في تلك الحالة هو النظر الى أن الخطأ هو أساس الضمان في الفقه الاسلامي وهو أمر لا يمكن تصوره من عديم التمييز. ومن ثم ذهبوا الى القول بعدم وجوب الضمان أو التعويض في تلك الحالة لعدم تصور وجود الخطأ لدى عديم التمييز.

ويبدو أن ذلك غير مسلم للأمر التالية:

الأمر الأول: أن أساس الضمان أو التضمين في الفقه الاسلامي - وكما سنرى - إنما هو تحقق الضرر لا وجود الخطأ ولما كان تحقق الضرر متصور من جانب عديم التمييز كما هو متصور الوقوع من غيره حق القول بما ذهب اليه القائلون بضمان الأضرار التي تنشأ عن فعل عديم التمييز سواء كان الضرر نتيجة مباشرة للفعل أو مثل نتيجة غير مباشرة له كما هي الحال في التسبب.

الأمر الثاني: أنه لو صح أن الخطأ هو أساس الضمان في الفقه الاسلامي لما كان ثمة موجب للتضمين في حالة المباشرة كذلك لعدم امكان نسبة الخطأ الى عديم التمييز لانعدام ادراكه وذلك ما لم يقل به أحد. ومن ثم فإن تناسق الأحكام يقتضى وجوب القول بالضمان في حالة التسبب كما هو واجب في حالة المباشرة لانعدام التمييز في الحالتين.

الأمر الثالث: أننا لا نسلم بما ذهب اليه البعض من تأسيس الضمان في حالة المباشرة على مجرد تحقق الضرر للقول بوجوب الضمان. وتأسيس الضمان في حالة التسبب على الخطأ توصلنا الى القول بعدم المسئولية عن الضمان في تلك الحالة

(١) أساس المسئولية التقصيرية - المرجع السابق ص ٥٠٦.

(أ) ما قضى به الفقه الحنفى من وجوب الدية على الصبي والمعتوه فى حالة إكراههما أو إكراه أحدهما للغير على القتل. ولا شك أن المكروه فى تلك الحالة هو الصبى أو المعتوه متسببا لا مباشرا.

وفى ذلك يقول البغدادي «ولو كان المكروه - بكسر الراء - صبيا أو معتوها فحكمهما فى الإكراه حكم البالغ العاقل . . . ولو كان المكروه - بكسر الراء أيضا - غلاما أو معتوها له تسلط كان القاتل هو المكروه لا المباشر للقتل وتكون الدية على عاقلة المكروه . . . (١)»

(ب) ما نص عليه الفقه من وجوب تضمين الأضرار التى تحدث نتيجة سقوط الحائط المائل المملوك للصبى أو المعتوه عند الامتناع عن ترميمه أو ازالته وفى ذلك يقول السرخسى ما نصه «وإن تقدم الى رب الدار فعليه الضمان لأنه متمكن من هدمه فاذا تقدم الى أب الصبى لأن الأب والوصى يقومان مقامه ويملكان هدم الحائط فيصح التقدم اليهما فيه ويكون ذلك كالتقدم الى الصبى بعد بلوغه ثم هما فى ترك الهدم يعملان للصبى وينظران له فلهذا كان الضمان عليه دونهما . . . (٢)»

(ج) ما نص عليه الدسوقى من فقهاء المالكية من أن «الشارع جعل الترك سببا فى الضمان فيتناول البالغ وغيره». (٣)

ولا شك أن الترك من حالات التسبب فى الأضرار.

(د) ما قضى به الفقه الشافعى من ضمان الأضرار التى تحدث من الدواب بسبب تراخى قائدها أو سائقها فى حفظها حتى ولو كان الأخير غير مكلف.

وفى ذلك يقول الرملى «من كان مع دابة و دواب فى طريق مشلا ولو مقطورة سائقا أو قائدا - ولو لم يكن مكلفا - فإنه يضمن ما أتلفه» وهو يعلل لذلك بأن «فعلها منسوب له وعليه حفظها وتعهدا» (٤).

(١) انظر البغدادي فى مجمع الضمانات - المرجع السابق ص ٢٠٨.

(٢) المبسوط ج ٢٧ ص ١٠.

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ١١١.

(٤) الرملى فى نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٥.

(هـ) ما نص عليه صاحب كتاب النيل من أن «جساسة الطفل والمجنون فيها قولان - أى اذا دل الطفل أو المجنون على ما هو للأخر يضمنان فى أحد القولين» (١).

ولا شك أن الدلالة تعتبر من قبيل التسبب (٢).

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد الى أن كلمة الفقهاء قد اتفقت على أنه اذا اجتمعت الباشرة مع التسبب فان الضمان يقع على المباشر دون غيره (٣).

الا أن الفقهاء استثنوا من ذلك حالتين:

الحالة الأولى: اذا كان دور المتسبب فى احداث الضرر أقوى من دور المباشر بحيث يكون فعل الأول هو العامل الأهم فى احداث هذا الضرر اذ يكون الضمان فى تلك الحالة على المتسبب دون المباشر كما هى الحال فيما لو وضع شخص حجرا فى الطريق فعثر به مار فوق على شئ فأتلفه فان الضمان فى تلك الحالة يكون على من وضع الحجر على الرغم من أنه متسبب وليس بمباشر، وذلك نظرا لأن المتسبب فى تلك الحالة يكون كالدافع فكأنه دفع بيده من تعثر فوق على الشئ، أما المباشر فإن مباشرته كانت قسرية. ومن ثم فان الائتلاف لا ينسب اليه اذ هو فى تلك الحالة كالألة وبالتالي فإنه لا ضمان عليه (٤).

(١) انظر شرح النيل وشفاء العليل ج ٧ ص ٦٢٠ - المرجع السابق ط ١٣٤٣ هـ.

(٢) د. محمد فاروق العكام فى الفعل الموجب للضمان - المرجع السابق ص ١٢٠.

(٣) والعلة فى ذلك ان اجتماع الباشرة مع التسبب يحدث تعارضا لايد من رفعه ولما كانت ملة الباشرة راجحة على علة التسبب كان القول بتضمين المباشر لا مفر منه حيث أن منهج الفقه الاسلامى يقضى فى مثل هذه الحالات بتقديم الراجح على المرجوح عند التعارض. انظر فى ذلك:

الأشباه والنظائر لابن نجيم ط ١٣٨٧ هـ ص ١٩٣، مجمع الضمانات ص ١٠٣، الفروق للقوافى ج ٢ ص

٢٠٨، والشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج ٤ ص ٤٤٤، ٤٤٥، والحرقى ج ٤ ص ٤٣٨، والمواق ج ٥ ص ٢٧٨، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٦٢، الغزالي فى الوجيز ج ١ ص ٢٠٦، ابن رجب الحنبلى

فى القواعد ص ٣٠٧ القاعدة ٣٠٧ - كشاف القناع ج ٢ ص ٣٦٦، البحر الزخار ج ٥ ص ٢٤٣، والروضة البهية ج ٢ ص ٢٤٦، مفتاح الكرامة ط ١٣٣١ هـ ج ٦ ص ٢١٤، شرائع الإسلام فى مسائل

الحلال والحرام للحلى ط ١٩٦٩ ج ٢ ص ١٥١.

(٤) انظر فى ذلك مجمع الأنهر - المرجع السابق ج ٢ ص ٦٥٢.

الحالة الثانية: إذا كان دور المتسبب معادلا لدور المباشر بأن كان من شأن كل منهما التأثير مفردا في تحقق الضرر فإنهما يضمنان في تلك الحالة لتعادل دور كل منهما في احداث الضرر كما هي الحال لو حفر شخص بئرا لاتلاف حيوان وأوقعه فيها غيره، فان الحافر في مثل هذه الحالة يكون متسببا والموقع مباشرة ومع ذلك فهما يتحملان معا تبعة هذا الضرر^(١).

ولا ريب أن تلك القواعد تمثل مبادئ تنطبق على كل محدث للضرر، يستوى أن يكون مميذا أو غير مميذ، بالغا كان أو غير بالغ عاقلا كان أو مجنوناً^(٢).

البحث الثاني

مدى وجوب التعويض عن ضرر الفعل الشخصي

لعدم التمييز في القانون المدني

أعالج هذا البحث في مطلبين: الأول في القانون المدني الفرنسي. الثاني في القانون المدني المصري

المطلب الأول

٥ - القانون الفرنسي يقرر وجوب التعويض من ضرر الفعل

الشخصي لعدم التمييز من حيث البدأ.

تنص المادة ١٣٨٤ مدني فرنسي في فقراتها الأولى والرابعة والسادسة والسابعة

على ما يأتي:

١- «يسأل المرء ليس عن الأضرار التي يسببها للغير بفعله الشخصي فحسب. بل أيضاً عن الأضرار التي تحدث بفعل الأشخاص الذين يسأل عنهم أو بفعل الأشياء الموضوعة تحت حراسته .»

٤- ويسأل الأب أو الأم بعد وفاة زوجها عن الأضرار بفعل أولاده القصر المقيمين معه .»

٦- ويسأل المربون ومعلمو الحرف عن الأضرار التي تحدث بفعل تلاميذهم أو صبيانهم في الوقت الذي يكون فيه الأخيرون تحت ملاحظة الأولين .»

٧- وتقوم المسؤولية المبينة أعلاه ما لم يثبت الأب أو الأم أو معلم الحرفة أنه لم يكن في وسعه منع الفعل الذي يستوجب هذه المسؤولية .»

ونفصح منطوق هذه الفقرات من المادة ١٣٨٤ عن أن المشرع المدني الفرنسي قد أوجب الحكم بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن الفعل الشخصي لعدم التمييز بصرف

المطلب الثاني

مدى وجوب التعويض عن ضرر الفعل الشخصي

لعديم التمييز في القانون المدني المصري

٦ - مشروعية التعويض وجواز المطالبة به أمام المحاكم المدنية:

تفصح النصوص القانونية المتعلقة بموضوعنا ذلك عن أن المقتن المدني المصري قد أقر بمشروعية التعويض عن الأضرار التي تنشأ عن الفعل الشخصي لعديم التمييز أياً ما كانت الجهة التي حملها المقتن بعبء ذلك التعويض حيث نصت الفقرة الأولى من المادة ١٧٣ مدني على أن «كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حاجته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعملة غير المشروع ويترتب هذا الألتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز» .

كما نصت الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ مدني على أنه «.....إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيably في ذلك مركز الخصوم» .

ولئن كان التقنين الممدني المصري قد أقر بمشروعية التعويض في هذا الصدد من حيث المبدأ على النحو السالف ذكره . إلا أنه قد نص على وجوب الحكم بهذا التعويض في الحالات وجوازه في بعض الحالات الأخرى .

ولا شك أن جوازية الحكم بهذا التعويض في الحالة التي نص عليها المقتن إنما تخويل يستتبع القاضي سلطة مطلقة الحدود إزاء الحكم بالتعويض من عدمه، فضلاً عن سلطته في تقدير مدها . على نحو ما سنراه - إن شاء الله - .

(١) وهي تلك المحاكم التي أنعتد لها الاختصاص بنظر جرائم

النظر عما إذا كان عدم التمييز يرجع إلى الصغر في السن أم كان مردده إلى خلل عقلي. وفضلاً عن ذلك : فإن المقتن المدني الفرنسي قد أصدر القانون رقم ٥ في ٣ يناير سنة ١٩٦٨ والذي بمقتضاه حمل ذمة المجنون بعبء التعويض عن الأضرار الناشئة عن فعله في بعض الحالات. حيث المسئولية المدنية للمرضى المختلين عقلياً عما يأتون من أفعال تستتبع المضرة بالغير حيث نص ذلك القانون المعدل للمادة ٤٨٩ مدني على أن «كل من تسبب في إلحاق ضرر بالغير أثناء وجوده تحت تأثير اضطراب عقلي لا يعفى هذا امن الألتزام بالتعويض» (١) .

ومن ثم فإنه يمكن القول بأن التقنين المدني الفرنسي قد أقر من حيث المبدأ - بوجوب التعويض عن تلك الأضرار بصرف النظر - حالياً - عن الجهة التي حملها بعبء ذلك التعويض (٢) وهو ما سنراه تفصيلاً فيما بعد أن شاء الله.

(١) وقد كان النص الأصلي لمشروع التعديل الذي تقدمت به الحكومة الفرنسية يقرر بأن من يلحق ضرراً بغيره وهو تحت تأثير إختلال عقلي بتعويضه ومع ذلك فإنه يكون للقضاء مع تقدير ظروف كل من الضرور ومرتكب الفعل الضار . أن يخفض مقدار التعويض وإن كانت هذه السلطة لا تقوم في حالة ما إذا كانت مسئولية المصاب بإختلال عقلي تقوم بإعتباره متبوعاً أو مسئولاً عن الأشياء .

<<Celui qui a cause un dommage a autrui alors qu'il etait sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé a reparation. Mais Les juges pourront en ayant wgarde a La situation respective de La victime et de l'auteur du dommage, moderer l'indemnité mise a sa charge ce pouvoir de moderation n'est applicable ni a La responsabilité du fait des preposes du des apprentis, ni aux responsabilité du fait des choses .

إلا أن هذا النص عدل في الصياغة الأخيرة فحذفت الفقرة الأخيرة منه وهي التي تجعل للقضاء سلطة تخفيض التعويض بحيث أصبح في صياغته النهائية يقرر أن «من يلحق ضرراً بغيره وهو تحت تأثير إختلال عقلي يلتزم بتعويضه» .

<<Celui qui a cause un dommgé a autrui alors qu'il a tait sous l'empire d trouble mentale, n'en est pas moins obligé a reparation>> .
أنظر في هذا القانون بصفة عامة :

savadier. Le riauque., pour L'homme de perdre L'eaprit et ses consequenc-
es en droit civil. D. 1968. chro. p. -09.

(٢) أنظر في تفصيل ذلك : د. سليمان مرقص في مسئولية الراعي المفترضة ط معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٦٨ ف ١٤ ص ٣١ وما بعدها .

د. جلال إبراهيم في المسئولية المدنية لعديم التمييز - المرجع السابق ص ٣٧٤ وما بعدها .
د. جمال الدين العاقل في مسئولية الإنسان عن أفعال غيره الواقعة من البشر - المرجع السابق ص ١٧ وما بعدها .

وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن إقرار المقتن لشريعة التعويض عن الأضرار التى يحدثها عديم التمييز إنما يشمل جميع الأضرار التى تحقق بمال المضرور أو بنفسه أو بجسده.

ولئن كانت القواعد العامة تقضى بحظر طلب التعويض عن الجرائم الصادرة عن عديم التمييز أمام المحاكم الجنائية لعدم جواز طرح الدعوى الجنائية أمامها فى تلك الحالة لافتقار عديم التمييز لأهلية المسؤولية الجنائية وهو ما يستتبع عدم قبول الدعوى المدنية تبعاً للدعوى الجنائية لانتفاء هذه الأخيرة.

كما أن المقتن وإن كان قد حظر المطالبة بالتعويض عن أضرار الجرائم التى يحدثها عديم التمييز أمام محاكم الأحداث^(١) وفقاً لما نصت عليه المادة ٣٧ من القانون رقم ٣١ / ١٩٧٤م من أنه: « لا تقبل الدعوى المدنية أمام محاكم الأحداث ».

إلا أن ذلك لا يمنع من طلب التعويض عن تلك الأضرار أمام المحاكم المدنية وفقاً لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٦٤^(٢). مدنى.

(١) الاحداث بمقتضى نص المادة ٢٩ من القانون رقم ٣١/١٩٧٤م والتى نصت على أن: « تختص محكمة الأحداث دون غيرها بالنظر فى أمر الحدث عند اتهامه فى الجرائم، وعند تعرضه للاعتراف كما تختص بالفصل فى الجرائم الأخرى التى ينص عليها فى هذا القانون، وإذا أسهم فى الجريمة غير الحدث وجب تقديم الحدث وحده إلى محكمة الأحداث ».

(٢) انظر فى تفصيل هذا إلى:

د / المرصفاوى فى الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية ط ١٩٦٤م دار المعارف فقرة ٥٢ ص ٩٢.