

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

عنوان المذكرة

مسؤولية غير المميز في ظل القانون الجزائري والفقہ

الإسلامي - دراسة مقارنة-

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق

تخصص قانون خاص

إشراف الأستاذ:

لغلام عزوز

إعداد الطالبة:

دخينية سليمة

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة	الرتبة	إسم ولقب الأستاذ
رئيساً	جامعة غرداية	أستاذ محاضر "ب"	باباواسماعيل يوسف
مشرفاً مقررأ	جامعة غرداية	أستاذ محاضر "ب"	لغلام عزوز
عضواً منافشأ	جامعة غرداية	أستاذ محاضر "ب"	نسيل عمر

السنة الجامعية: 2020/2019



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ  
الرَّحِيمِ

## شكر و عرفان

أشكر الله العلي القدير الذي أنعم علي بنعمة العقل و الدين، القائل في محكم التنزيل " نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَنْ نَشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ " سورة يوسف الآية 76. وقال رسوله الكريم عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم: " مَنْ صَنَعَ إِلَيْكُمْ مَعْرُوفًا فَكَافِئُوهُ فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا مَا تُكَافِئُونَهُ بِهِ فَادْعُوا لَهُ حَتَّى تَرَوْا أَنْكُمْ كَافِئُوهُ " رواه أبو داوود.

وفاءً و تقديرًا واعترافاً مني بالجميل أتقدم بجزيل الشكر لؤلئك المخلصين الذين لم يألوا جهداً من مساعدتي في مجال البحث العملي، وأخص بالذكر الأستاذ الفاضل لغلام عزوز الذي تفضل مشكوراً بالإشراف على رسالتي، وصاحب الفضل في توجيهي السديد، فكانت لآرائه القيمة بالغ الأثر في إثراء هذه الرسالة، فله كل التبجيل والتوقير، أسأل الله العظيم أن يجازيه خير الجزاء ويبارك في عمله ويطيل من عمره.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم لمناقشة هذه الرسالة، كما أتقدم بالعرفان والتقدير إلى جامعة غرداية، التي مهدت لنا الطريق حتى وصلنا إلى هذه المكانة بين أصرح العلم، من عميد ورئاسة و إداريين، وشكري موصول لكلية الحقوق والعلوم السياسية أساتذة و إداريين، كما أشكر موظفي المكتبة على مساعدتهم لنا وتزويدهم بكل ما نحتاجه تعاون تام و أمانة و إخلاص.

وجزيل الشكر لأساتذتي الكرام منذ مرحلة الإبتدائي إلى الطور الجامعي لكم كل التبجيل والتوقير. دحينة سليمة.

## الإهداء

إلى بؤرة النور التي عبرت بي نحو الأمل، واتسع قلبه ليحتوي حلمي، فرود الصعاب من أجلي، وسار في حلقة الدرب ليغرس معنى النور و الصفاء في قلبي، وعلمني معنى أن نعيش من أجل الحق و الصدق و العلم، لنظل أحياء حتى لو فارقت أرواحنا أجسادنا، ولطالما تفرط قلبه شوقاً و حنت عيناه الوضاءتان إلى رؤيتي متقلداتاً الشهادات العليا، وها هي قد أشرفت على أن أقدمها بين يديه الكريمتين، إلى من كان لي خير عون عند المحن إلى من أفهمني بعفوية صادقة أن العلم هو الحياة، وأنار بين عيني شموع الأمل فهذه رسالتي تعترف بأنه سبب وجودها و بقائها في مدارك العلم بإذن الله، يا من كان رضاؤك من طموحي، فكنت معنى الحياة لي، لقد أرضاني الله بك فهلا رضيت عني... أبي الغالي.

إلى من تتسابق الكلمات لتخرج معبرةً عن مكنون ذاتها، وطيبة معاملتها، إلى من تتمتهن الحبّ و تغزل الأمل في قلبي لتبقى روحي متألئةً ومشرفةً طالما كانت دعواتها عنوان دربي، وحنانها يزيل الهم من داخلي، لكي يا من تملكين جنةً تحت القدم يا سيدة القلب و الحياة، أهديك رسالتي لتهديني الرضا والدعاء... أمي الحنونة.

أهدي رسالتي إلى روح جدتي و إخوتي الراحلون، رحمهم الله و أسكنهم فسيح جنانه، إلى نجوم سمائي المتألئة، وسندي في حياتي أخواتي كلّ منهنّ بإسمها ومركزها و أزواجهنّ و ما أنجبنّ، إلى توأم روحي التي شاركتني كل لحظة في حياتي نور الهدى دخينيسة ، إلى من شاء القدر في أن يكون حاضراً معي في قطف هذه الثمرة خطيبي وعائلة لغلام الكريمة، إلى أخواتي التي لم تلدهم أمي ولكن ولدتهم لي الأيام الذين كانوا سنداً لي كلّ بإسمها و مكانتها، وإلى جميع عائلتي، إلى كل من يسعهم قلبي و لم تسعهم ورقتي.

دخينيسة سليمة.

## ملخص

تعتبر مسؤولية عدم التمييز من الموضوعات المهمة لما تطرحه من الإشكالات، خصوصاً إذا قارناها بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، نظراً لما تكتسبه من أهمية خاصة تنبع من معاملات الأفراد و ما قد ينتج عنها من حقوق و إلتزامات، تأخذ صوراً متعددة تحتاج إلى دراسة و تمحيص للوصول إلى الرأي القانوني السديد و الحلول العادلة المرضية، خاصة إذا تباينت الإجتهدات والأراء في المسألة الواحدة.

## Summary

Non-discriminatory liability is an important topic because of the problems it poses, especially if we compare it between Islamic law and positive laws, because of the special importance it acquires stemming from the transactions of individuals and the resulting rights and obligations that take multiple forms that need to be studied and scrutinized to reach good legal opinion and fair and satisfactory solutions, especially if the efforts and opinions in the same legal matter differ.

## الكلمات المفتاحية

المسؤولية، التعويض، الضرر، عدم التمييز.

## Keywords

Responsibility, Compensation, Damage, Nodiscriminatory

مقدمة

يكتسب البحث في مسائل القانون المدني أهمية خاصة، تنبع من ملامسة قواعده ونصوصه لمعاملات الأفراد وأنشطتهم المتنوعة، وما قد ينتج عنها من حقوق وإلتزامات، تأخذ صوراً وأشكالاً قانونية متعددة، تحتاج في حلها إلى الكثير من الدراسة والتمحيص للوصول إلى رأي قانوني سديد، وحلول عادلة مرضية بشأنها، خاصة إذا ما تباينت الإجتهدات والآراء في المسألة القانونية الواحدة، فمن بين هذه المسائل القانونية نجد مسؤولية عديم التمييز.

حيث تعد مسؤولية عديمي التمييز من أبرز المشاكل التي تواجه القانون المدني، مما أسهمت وساعدت في توسع وتطور الفقه والقضاء والتشريعات، لإيجاد حلول مرضية تهدف إلى تحقيق مصلحة الأطراف، ومحاولة التوفيق بينهما لردع الظلم واستئصال الخير، لتكون ثمرة إجتهدات تحققها البشرية. وتثير مسألة المسؤولية المدنية إهتمام عدد كبير من شراح القانون وخاصة في مسألة عديم التمييز، لعدم وعيّه بين الصالح والفساد والخير والشر والحسن والقبیح، وغيرهما من الكلمات المتناقضة للتساوي أمامه، فلا يدرك ما قد ينتج بفعله من أضرار تبطل مصالح الغير أو لتحقيق ضرر مباشر للمتضرر، ولا شك أنّها قد أرهقت فكر من حاول جاهداً بأن يضع الحلول المناسبة لكل من الطرفين، منها عديم التمييز بإنتفاء المسؤولية منه مما يحجف حق الضحية ويظلمه، وبالنسبة لتحمل عديم التمييز المسؤولية الملقاة على عاتقه تؤدي إلى ظلمه.

يستمد هذا البحث أهميته منمشكلات المسؤولية المدنية بصفة عامة ومسؤولية عديم التمييز بصفة خاصة، ونظراً إلى وسائل إحداث الضرر في العصر الحديث تتعدد "بفعل شخصي، أو بفعل شيء تحت الحراسة"، و تكثر هذه الأضرار خصوصاً عندما لا يكون عديم التمييز تحت رقابة الغير، وإذا كانت المسؤولية فيما تعنيه من أنه عند وقوع الضرر يجب تعويضه.

كما نجد أن المشرع الجزائري قد فرض إلتزام الرقابة على هذه الطائفة -رقابة قانونية وإتفاقية -حماية لها وللغير من أضرارها، وكل إخلال أو تقصير أو إهمال في أداء هذا الإلتزام يترتب عنه مسؤولية قانونية لهذا الرقيب جراء الأضرار التي يرتكبها عديم التمييز.

وإن إختلفت التشريعات الوضعية إزاء أضرار طائفة عديم التمييز بين الإقرار بعدم المسؤولية بتاتا وتحمل المكلف بالرقابة ذلك الإلتزام، بين إتجاه يقر المسؤولية الكاملة لهذه الطائفة لأن التعويض هو جبر الضرر، وبين إتجاه ثالث إتخذ موقفاً وسطاً بحيث حمل الرقيب المسؤولية أحيانا وحمل عديم التمييز بهذه المسؤولية أحيانا أخرى و لكن وفق شروط قانونية.

ومن الأسباب التي دفعتني للإختيار هذا الموضوع إلى جانب الأهمية السابقة، منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي، فمن بين الأسباب الذاتية وبمكتملخصي في القانون الخاص نجد رغبتني في إزالة الغموض ومعرفة ما تبناه القانون المدني الجزائري بخصوص مسؤولية عديم التمييز التقصيرية مقارنة لما جاء به الفقه الإسلامي، لتقريب وجهة نظر الفقهاء بخصوص هذه المسؤولية، كما نجد من بين الأسباب الموضوعية هو إختلاف مركزهم القانوني في القوانين المقارنة، نظرا للإختلاف التشريعات العربية، بحيث بعضها أقامت مسؤوليتهم كاملة، ومنها منأعفتهم منها، في حين قررت الشريعة الإسلامية مسؤوليتهم بصورة صريحة، وقد إمتد هذا الإختلاف إلى رجال الفقه و القضاء، ونذكر كذلك إختلاف مركز هذه الطائفة في القوانين الجزائرية و تناقضها أحيانا، كذلك نجد من بين الدوافع هو تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، بإعتبار أغلب المشرعين و رجال الفقه و القضاء ثاروا على مبدأ "عدم مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار"، وأقاموا مسؤوليتهم بطرق مختلفة حماية لمصلحة المضرور في التعويض، لكن ثار التساؤل حول أساس هذه المسؤولية هل يبقى الخطأ والذي يستلزم قيامه وجود الإدراك و الفعل المادي معاً، أم أن هناك أساس اخر لذلك طالما ينعدم التمييز لديهم.

تهدف هذه الدراسة إلى وضع تصور واضح للأساس مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار، بتركيزها في البحث على أحكام الفعل الشخصي الموجب لها في القانون الجزائري وبعض القوانين الوضعية، كالقانون الفرنسي والقانون المصري، مقارنة لما جاء في الشريعة الإسلامية من جهة أخرى.

تنصب هذه الدراسة على البحث في الآراء الفقيه التي تناولت مسؤولية عديم التمييز، التي تختلف أحكامها تبعاً للإختلاف النظرية المعمول بأحكامها، وذلك من خلال تحليل هذه الآراء وعرض الأساليب والمبررات التي بنيت عليها، ليتمكن الباحث من ترجيح هذه الآراء وتبني ما تمليه عليه الحاجة للأخذ بها، ومدى قدرتها على ضبط السلوك الإنساني الذي يلحق الضرر بالغير، على نحو لا تغيب عنه مبادئ العدالة والمنطق القانوني.

كما ستعرض هذه الدراسة أهم أوجه الإختلاف وأوجه الشبه لما جاء به القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، وذلك بالقيام بتحليل الآراء والأحكام الفقهية للمجامع والهيئات الفقيه وأراء الفقهاء المعاصرين التي تناولت مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار و إستخلاص النتائج منها. ولقد إرتأينا حصر هذه الدراسة في نطاق مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار، في كل من المشرع الجزائري، المصري و الفرنسي، وما أمكن من القوانين التي سارت على نهجهم، وسنعرض ما هو رأي الفقه الإسلامي في مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار، وستكون هذه الدراسة في ظل موقف القانون المدني الجزائري قبل تعديل 2005، أي قبل صدور قانون (05-10) وبعد تعديل 2005- بعد صدور قانون (05-10)، مع الإستفادة من القانون المصري في ظل القانون السابق و الحالي، وكذلك لما جاء به القانون الفرنسي والقضاء الفرنسي بخصوص هذه المسألة.

ومن أبرز الدراسات السابقة التي تم الإعتماد عليها في هذا البحث نجد:

دراسة فضل ماهر عسقلان : المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008، هذه الدراسة جاءت لتبين الأساس القانوني والفقهية للمسؤولية التقصيرية لعدم التمييز في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، دون التعرض للأثار هذه المسؤولية أو تعرض للأحكام التعويضية عن الضرر الشخصي لعدم التمييز إلا بقدر ضئيل جداً، وذلك لتخصيص البحث وتعميقه وتحديده.

كما تجدر الإشارة إلى دراسة مشاري سعد صالح الطويل الرشيدى : بعنوان المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز عن فعله الضار، رسالة ماجستير في القانون الخاص، بكلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2009-2010، وقد هدفت هذه الرسالة إلى توضيح مقصود مسؤولية عدم التمييز وبيان التعريفات التي تناولته من قبل الباحثين والمهتمين، وكانت هي دافع الأول للباحث على مواصلة البحث، على معرفة وجه الحقيقة في هذا الموضوع حتى تصل إلى الحل الأكثر عدالة لهذه المشكلة التي لا تخفى أهميتها، ذلك بإعتبار أن حالات عدم التمييز ليست بحالات نادرة، وأن لها احتمالية كبيرة تتسبب بحدوثها، وتسببها بأضرار للآخرين أمر طبيعي ووارد في كثير من الأحيان، وهذا ما تتفق دراستي هذه معه.

كما إعتد في إعداد هذا البحث على رسالة بوكرازة أحمد : المسؤولية المدنية للقاصر ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، سنة 2013-2014، حيث جاءت في فحوى دراسته الإشكالات القانونية التي تدور حول مدى مسؤولية القاصر عقدياً عن التصرفات التي يعقدها، و مدى مسؤوليته تقصيرياً عن الأضرار التي سببها للغير.

إلا ما يميز دراستي عن سابقتها أنها حصرت مسؤولية عدم التمييز عن فعله الضار في ظل القانون المدني الجزائري (قبل صدور ق 05-10 وبعد صدور ق 05-10)، إستناداً لما جاء في القانون المصري والقانون الفرنسي، وكذلك القضاء الفرنسي مقارنة بالشريعة الإسلامية.

ولقد واجهتني عدة صعوبات في إعداد هذه الدراسة، كان أهمها قلة المراجع المتخصصة في المكتبات وخاصة نقص الكتب و الرسائل المتخصصة في مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الجزائري، وما زاد الأمر صعوبة هو تطبيق إجراء الحجر الصحي الذي حال بيننا و بين التنقل إلى

الجامعات و المكتبات العامة و الخاصة من أجل الحصول على القدر الكافي من المراجع، كما لاحظت وجود نقص حاد في المراجع وقرارات المحاكم التي تتطرق لموضوع المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز بشكل مباشر دون أن تتصل بغيره من مواضيع المسؤولية.

ثبوت المسؤولية التقصيرية لكامل الأهلية مسألة لا تثير أي إشكال، مقارنة لما إذا كان مرتكب الفعل الضار عديماً للتمييز، هنا تنبثق التوجهات و الآراء في مدى إمكانية إعمال أحكام هذه المسؤولية على هذا الشخص الذي يتمتع بوضع خاص يتوجب أخذه بعين الاعتبار، هذا ما أدى بنا إلى طرح الإشكالية الأساسية لهذه الدراسة والتي جاءت كالآتي : ماهو الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار في ظل القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي؟

وهذا بدوره يقودنا إلى عدة تساؤلات فرعية وهي :

- (1) ماهي الأحكام العامة لمسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار؟
- (2) ماهي الأسباب المؤدية لانعدام التمييز؟
- (3) كيف عالج المشرع الجزائري مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار؟
- (4) ما موقف الفقهاء الإسلامي من مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار؟

وللإجابة على الإشكالية الأساسية و التساؤلات الفرعية، و بغية الوصول إلى نتائج قانونية مهمة، إرتأينا إتباع سلوك المنهج التحليلي المقارن، وذلك عبر دراسة وتحليل النصوص القانونية في ضوء آراء الفقهاء الإسلامي والمذكرات الإيضاحية، بالإضافة إلى مراجعة وتحليل ما أورد كل من المشرع

الجزائري والقوانين المقارنة كالقانون الأردني، الكويتي، المصري، الفرنسي والفقہ الإسلامي فيما يتعلق بموضوع مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار.

وفي محاولة الإجابة على هذه التساؤلات، قسمت الدراسة إلى فصلين، خصصنا الفصل الأول للإطار المفاهيمي لمسؤولية عديم التمييز، قسمناه إلى مبحثين جاء المبحث الأول تحت عنوان الأحكام العامة للمسؤولية عديم التمييز، وفي المبحث الثاني أسباب إنعدام التمييز في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، أما الفصل الثاني خصص لعرض الإطار العملي لمسؤولية عديم التمييز في ظل القانون الجزائري و فقہ الشريعة الإسلامية، و ذلك من خلال مبحثه الأول الذي جاء تحت عنوان موقف القانون الجزائري من مسؤولية عديم التمييز ، وخصصنا المبحث الثاني منه إلى موقف الفقہ الإسلامي من مسؤولية عديم التمييز، وصلاً إلى الخاتمة التي سجلت فيها أهم الإستنتاجات و الملاحظات المتوصل إليها من هذه الدراسة بشأن مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار.

## الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لمسؤولية عديم التمييز

تعتبر المسؤولية بالوجه العام حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذة، فإذا كان هذا بأمر مخالف لقواعد الأخلاق فحسب وصفت مسؤولية مرتكبه بأنها مسؤولية أدبية و اقتضت على إيجاب مؤاخذته أدبياً، أما إذا كان القانون أيضاً يوجب المؤاخذة على ذلك الأمر فإن مسؤولية مرتكبه لا تقف عند حد المسؤولية الأدبية، بل تكون فوق ذلك مسؤولية قانونية تستتبع جزاء قانوني.<sup>1</sup>

ستنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين، خصص المبحث الأول إلى الأحكام العامة لمسؤولية عديم التمييز، أما المبحث الثاني سنتطرق فيه إلى أسباب إنعدام التمييز وذلك تبعاً لما يلي:

### المبحث الأول الأحكام العامة لمسؤولية عديم التمييز

تعتبر أحكام ونصوص الفعل الضار من أبرز مصادر الإلتزام في واقعنا هذا، وقد برزت أهمية المسؤولية لدى الباحثين والمهتمين في هذا المجال، نظراً لكثرتها وتطبيقها في الحياة العملية، فاتخذت المسؤولية عدة مسميات قانونية، فمنهم من يطلق عليها اسم المسؤولية التقصيرية، ومنهم من يطلق عليها اسم المسؤولية عن الأعمال غير المشروعة، وتشارك مع المسؤولية العقدية في بعض الأحكام لأن كليهما يرتب إلتزاماً بالتعويض في ذمة المدين "المسؤول".<sup>2</sup>

وعليه سنتنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين، خصص المطلب الأول لتعريف المسؤولية بالوجه العام، أما المطلب الثاني والذي سنتطرق فيه إلى تعريف عديم التمييز وذلك تبعاً لما يلي.

### المطلب الأول تعريف المسؤولية بالوجه العام

المسؤولية عموماً تمثل جزاءً على مخالفة الشخص لأحد الواجبات الملقاة على عاتقه، والتي تكون بدورها إما واجبات مصدرها القانون أو أن تكون واجبات فرضها المجتمع على الإنسان كونه

<sup>1</sup> سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية القسم الأول في الأحكام العامة، مجلد 1، ص1.

<sup>2</sup> مشاري سعد صالح الطويل الرشيدى: مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة إستمكالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2009-2010.

يعيش بداخله، وبالتالي فإننا نجد أنفسنا بصدد نوعين من المسؤولية، مسؤولية قانونية في حال الإخلال بواجب قانوني، ومسؤولية أخلاقية عند الإخلال بواجب إجتماعي<sup>1</sup>.

سنتقسم الدراسة في هذا المطلب إلى أربعة فروع، خصصت الدراسة في الفرع الأول إلى تعريف المسؤولية في القانون والفقهاء الإسلامي، أما الفرع الثاني تضمن تعريف المسؤولية المدنية، والفرع الثالث خصصت الدراسة فيه إلى تمييز المسؤولية المدنية عن غيرها، وأخيراً وليس آخراً خصصت الدراسة في الفرع الرابع إلى أنواع المسؤولية المدنية، وذلك تبعاً لما يلي:

### الفرع الأول تعريف المسؤولية في القانون وفي الفقه الإسلامي

طبق لما جاء به علماء الاجتماع في هذا الشأن، فإن المسؤولية هي قيام الشخص بواجباته المكلف بها وفق لما فرض عليه، وتحمل الجزاء الحاصل نتيجة الفعل الذي قام به، وفي إطار هذا المجال تنقسم الدراسة فيه إلى تعريف المسؤولية في القانون وهذا العنصر الأول وأما في العنصر الثاني إرتئينا أن نخصه إلى تعريف المسؤولية في الفقه الإسلامي، وذلك تبعاً لما يلي.

#### أولاً تعريف المسؤولية في القانون

وهي الأفعال التي يترتب عليها جزاء قانوني جراء مخالفة واجب من الواجبات الإجتماعية وهي نوعان، مسؤولية مدنية و مسؤولية جنائية، كما يعتبر البعض بأنها تحمل إلتزام أو جزاء قانوني معين نتيجة فعل أو تصرف يترتب عليه القانون أثراً شرعية<sup>2</sup>.

#### ثانياً تعريف المسؤولية في الشريعة الإسلامية

يطلق عليها الضمان على الإلتزام، بإعتبار أن ذمة الضامن منشغلة بما ضمن فيلتزم بأدائه، ومن معاني الضمان عند الفقهاء "الإلتزام بتعويض مالي عن ضرر الغير" واستعمله جل الفقهاء بمعنى تحمل

<sup>1</sup> منصور أحمد، النظرية العامة لإلتزامات مصادر الإلتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 2007، ص244.

<sup>2</sup> نذير بوقرية: المسؤولية الأبوية على الجرائم الأسرية الماسة بالطفل بين شريعة والقانون، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، جامعة غرداية، 2015-2016، ص17.

تبعه الهلاك، و هو المدلول المقصود في قواعدهم "الغرم بالغنم"<sup>1</sup> و "الخراج بالضمان"<sup>2</sup> ، ويوجد عدة معاني مقارنة لها تأخذ منها المؤاخذة أو المحاسبة على فعل أو سلوك معين، أو فعل ما كان يجب الإمتناع عنه، تحمل الشخص نتائج وعواقب التقصير الصادر عنه، أو من رقابته أو الإشراف عليه لكن التعريف الشامل لهذه المعاني هو إلتزام المسؤول في حدود القانون بتعويض الغير المتضرر الذي أصابه نتيجة ما لحقه من تلف مال أو ضياع منافع، أو عن ضرر جزئي أو كلي مادي أو معنوي<sup>3</sup>.

وعرفه الزحيلي بتعريف شامل للمسؤولية المدنية والجنائية بأنه "إلتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف مال أو ضياع المنافع، أو ضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية" بينما عرفت المادة 415 من مجلة الأحكام العدلية بأنه "الضمان هو إعطاء مثل الشيء، إذا كان من المثليات وقيمته إذا كان من القيميات"<sup>4</sup>.

وهكذا فإن للفظ الضمان بمعناه الغرامة أو التعويض هو الذي يقابل المسؤولية المدنية التي تهدف إلى الحصول على التعويض المضرور<sup>5</sup>.

### الفرع الثاني تعريف المسؤولية المدنية

هي الإلتزام المدين بتعويض الضرر الذي يترتب على إخلاله بإلتزام يقع عليه، وهي إمّا أن تكون مسؤولية عقدية إذا كان مصدر الإلتزام الذي حصل الإخلال به هو العقد وقد سبق الكلام عنها، وإمّا أن تكون مسؤولية تقصيرية إذا كان هذا الإلتزام مصدره الفعل غير مشروع، وقد تناول المشرع الجزائري هذه المسؤولية الأخيرة في المواد 124 إلى 140 من ق م، تحت عنوان العمل المستحق

\* الغرم بالغنم: جاء في شرح مجلة الأحكام، 87، ص 79، الأشباه للسيوطي: 235؛ ابن النجيم: 151، الوجيز: 313، القواعد للنداوي: 411، بأن معنى القاعدة هو أن الربح والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من ينتفع به شرعاً، أي من نال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره مثل النفقة على العارية على المستعير.

\* شرح الخراج بالضمان: قد ذكر معنى القاعدة الشيخ علي الندوي في كتابه الجليل [القواعد الفقهية] نقلاً عن الزركشي ، وهي ما خرج من الشيء من عين ومنفعة و غلة ، فهي للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك ، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه ، فالغلة له ، ليكون الغنم في مقابلة الغرم.

<sup>3</sup> نذير بوقرية، المرجع السابق، ص 16.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط 1، سنة 1970، ص 15.

<sup>5</sup> بو كرزازة أحمد، المسؤولية المدنية من قام دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة علوم في القانون الخاص، قم حقوق جامعة قسنطينة

للتعويض<sup>1</sup>، و إصطلاح الفعل غير المشروع هو الإصطلاح المستعمل الآن في التشريعات الحديثة بدلاً من إصطلاح الجريمة وشبه الجريمة الواردتين في القانون نابليون<sup>2</sup>.

أثار المشرع الكويتي في المادة 272 من ق.م في فقرتها الأولى "كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً لغيره يلتزم بتعويضه، سواء أكان في إحداثه للضرر مباشراً أم متسبباً" وعليه إستوجب علينا التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤوليات الأخرى، وهذا ما سيتم دراسته في الفرع الثالث من هذا المطلب.

### الفرع الثالث تمييز المسؤولية المدنية عن غيرها من المسؤوليات الأخرى

#### أولاً التمييز بين المسؤولية المدنية و الأدبية

قبل الخوض في التمييز بين المسؤولية المدنية عن غيرها، إستوقفنا النظر أولاً إلى التمييز بين المسؤولية الأدبية عن المسؤولية القانونية بإعتبار أن المسؤولية القانونية هي منبع المسؤولية المدنية وغيرها من المسؤوليات، ومنه فإن الفرق بين المسؤولية الأدبية والقانونية يكمن في أن المسؤولية الأدبية لا تدخل في دائرة القانون، ولا يترتب عليها جزاء قانوني، وأمرها موكول إلى الضمير، أما المسؤولية القانونية فتدخل في دائرة القانون، ويترتب عليها جزاء قانوني.

وأهم الفروق ما بين هذين النوعين من المسؤولية نجد ثلاثة فروق هي

1. المسؤولية الأدبية تقوم على أساس ذاتي محض، فهي مسؤولية أمام الله و مسؤولية أمام الضمير أما المسؤولية القانونية فيدخلها عنصر موضوعي، وهي مسؤولية شخص أمام شخص آخر.<sup>3</sup>
2. ومن ثم تتحقق المسؤولية الأدبية حتى ولو لم يوجد ضرر، أو وجد و لكنه نزل بالمسؤول نفسه فيكون هو المسؤول والمضروب في وقت واحد، بل إن هواجس النفس و خلجات

<sup>1</sup> القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يوليو 2005 يعدل و يتم الأمر 75-58 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005، ص ص23-24.

<sup>2</sup> بالحاج العربي، النظرية العامة الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص8.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد1، منشورات الحلبي الحقوق بيروت لبنان ط3، 2000، ص842-

الضمير قد تحقق المسؤولية الأدبية، ولو لم يكن لها مظهر خارجي، أما المسؤولية القانونية فلا تتحقق إلا إذا وجد ضرر، وألحق هذا الضرر بشخص آخر غير مسؤول.<sup>1</sup>

3. وينبغي على ذلك أن المسؤولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسؤولية القانونية، فهي تتصل بعلاقة الإنسان برّته، و علاقته بنفسه وبالعلاقة بغيره من الناس، أمّا المسؤولية القانونية فلا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره من الناس.<sup>2</sup>

وإذا تركنا المسؤولية الأدبية و وقفنا عند المسؤولية القانونية، نراها نوعان: مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية وهذا ما سنعرضه فيما يلي.

### ثانياً التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية

هناك فرقان جوهريان ما بين المسؤولية الجنائية والمدنية، أولها بأن المسؤولية الجنائية تقوم على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع، أما المسؤولية المدنية تقوم على أن هناك ضرراً أصاب الفرد.<sup>3</sup>

ففي حالة المسؤولية الجنائية يكون مرتكب الفعل الضار مسؤولاً قبل الدولة بإعتبارها مشخصة للمجتمع، ويكون جزاؤه عقوبة توقع عليه بإسم المجتمع زجراً له وردعاً لغيره، وتتولى النيابة العامة إقامة الدعوى عليه أمام المحاكم الجنائية، وتقوم الدولة بتنفيذ العقوبة فيه بما لها من عمال تابعين لسلطتها التنفيذية.<sup>4</sup>

و للأن من أغراض العقوبة الزجر، تعين أن يكون من توقع عليه قد إرتكب أمراً شائناً في ذاته، وبالتالي فإن توقيعها يقتضي البحث في دخيلة نفس المتهم ليتبين سؤ النية عنده أو حسن النية ولمعرفة إستحقاقه للزجر أو عدمه تبعاً لذلك.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> المرجع نفسه ، ن ص.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ن ص.

<sup>3</sup> المرجع نفسه ، ص842.

<sup>4</sup> أنظر السعيد مصطفى السيد في الأحكام العامة في قانون العقوبات، سنة 1902، ص71 و ما بعدها.

<sup>5</sup> أنظر محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام سنة 1962، ص68 وما بعدها

ومنه يتبين لنا أن النية ركن في المسؤولية الجنائية، وهنا تقترب المسؤولية الجنائية من المسؤولية الأدبية، ولكن إذا كان محض النية يكفي في المسؤولية الأدبية، فهو لا يكفي في المسؤولية الجنائية بل يجب أن يكون للنية مظهر خارجي يصل إلى حد معين من الجسامه، فالتصميم والأعمال التحضيرية لا عقاب عليها، والشروع قد يعاقب ويعاقب الفعل التام، وإلى جانب هذا المظهر الخارجي يغلب أن تكون للجريمة الجنائية عملاً يلحق الضرر بالمجتمع.

أما في المسؤولية المدنية فالنية لا تشترط أكثر ما يكون الخطأ المدني إهمالاً لا عمداً، سواء كان الفعل غير المشروع عمداً أو غير عمداً، فإن الضرر الذي يحدثه يجب أن يكون يعوض كاملاً دون تفريق ما بين الحالتين، وإذا كان القضاء يميل ميلاً طبعياً إلى زيادة التعويض في الفعل العمد وإلى قياس التعويض بجسامه الخطأ في الفعل غير العمد.<sup>1</sup>

ويتبين مما تقدم أن إحدى المسؤوليتين لا تتعارض مع قيام المسؤولية الأخرى، وقد يترتب على الفعل الواحد مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية في وقت واحد معاً، كالقتل والسرقة والضرب والسب والقذف، فكل عمل من هذه الأعمال يحدث ضرراً بالمجتمع وبالفرد في الوقت واحد، فيكون من إرتكب هذا الفعل مسؤولاً مسؤولية جنائية جزاؤه العقوبة، ومسؤولاً مسؤولية مدنية جزاؤه التعويض، ولكن يصح أن لا يترتب على الفعل إلا إحدى المسؤوليتين دون الأخرى.

فتتحقق المسؤولية الجنائية دون المسؤولية المدنية إذا لم يلحق الفعل ضرر بأحد كما في بعض الجرائم كالتشرد، حمل السلاح، الإتفاق الجنائي.<sup>2</sup>

وبمقارنة هذين النوعين من المسؤولية تظهر بينهما فوارق الآتية

I : من حيث سبب المسؤولية، فالمسؤولية الجنائية فعل ضار بالمجتمع، وفي المسؤولية المدنية فعل ضار بمصالح شخص أو أشخاص معينين.

<sup>1</sup> أنظر عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، سنة 1983، ص 28.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 844-845.

II : من حيث أساس المسؤولية، فالمسؤولية الجنائية مخالفة لواجب قانون تكفله قوانين العقوبات بنص خاص، وفي المسؤولية المدنية إخلال بأي واجب قانوني و لو لم يكن مما تكفله قوانين العقوبات.

III : من حيث التأمين ودعوى المسؤولية و الإختصاص، ففي المسؤولية الجنائية التأمين من المسؤولية مستبعد تماماً، وعلى العكس يجد هذا النوع من التأمين مجاله في المسؤولية المدنية وعلى النطاق واسع، إذ يمكن التأمين من المسؤولية ولو كان أساسها الخطأ، سواء كان هذا الخطأ خطأ جسيماً أو خطأ لا يغتفر هو فقط يتمتع التأمين بالنسبة له، أما من حيث دعوى المسؤولية والإختصاص بها فإن الدعوى الناشئة عن المسؤولية الجنائية دعوى عمومية تملكها الدولة عن المجتمع، وتباشرها النيابة العامة عن الدولة تختص بها المحاكم الجنائية دون سواها، أما الدعوى الناشئة عن المسؤولية المدنية فهي دعوى خاصة يملكها المضرور وحده، وتختص بها في الأصل المحاكم المدنية، ويترب على ذلك أن الدعوى العمومية لا يجوز التنازل عنها بعد رفعها ولا يصلح في شأنها، أما الدعوى المدنية فيجوز فيها ذلك، أما من حيث الجزاء، فإنه في المسؤولية الجنائية عقوبة جنائية ولو كانت غرامة مالية، أما في المسؤولية المدنية فجزاء إلزام المسؤول بتعويض الضرر تعويضاً يعجز الأصل فيه أن يكون مالياً.<sup>1</sup>

أما من حيث الآثار التي يترتبها إجتماع المسؤوليتين معاً عن فعل واحد، نجد أن هناك قواعد خاصة لكل منهما، من حيث الإختصاص ومن حيث سلطة المحاكم وحجية الأحكام ومن حيث السير في نظر الدعوى ومن حيث التقادم.

ومن حيث الإختصاص نجد أنه إذا ترتب على العمل الواحد المسؤوليتان الجنائية والمدنية، أمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية، لأن الدعوى المدنية هي التي تتبع

<sup>1</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 5 وما بعدها.

الدعوى الجنائية<sup>1</sup>، فنفصل المحكمة الجنائية في الأولى و الثانية (م3/ف1ق.ا.ج.ج)<sup>2</sup>، على أنه إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية أن توقف الدعوى المدنية إلى أن تفصل المحكمة الجنائية في الدعوى الجنائية (م2/4ق.إ.ج.ج)<sup>3</sup>، ويعبر عن ذلك بأن الجنائي يوقف المدني، وإذا قضت المحكمة الجنائية في الدعوى العمومية بحكم حاز قوة الشيء المقضي به تقيدت المحكمة المدنية عند الفصل في دعوى المسؤولية المدنية بالوقائع التي أثبتها القاضي الجنائي في المحكمة (المادة 339ق.م.ج)<sup>4</sup>، ولكنه لا يتقيد بالتكييف القانوني لهذه الوقائع، لأن هذا التكييف قد يختلف من حيث المسؤولية المدنية عنه من حيث المسؤولية الجنائية، ومن حيث التقادم فإن المسؤولية المدنية لا تتقادم طالما أن المسؤولية الجنائية قائمة، والعكس غير صحيح (م8.7، و ق.إ.ج.ج)<sup>5</sup>.

#### الفرع الرابع أنواع المسؤولية المدنية

المسؤولية المدنية هي الإلتزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بالإلتزام أصلي سابق، ولأن الإلتزامات الأصلية ينشأ بعضها من العقد كالإلتزام بتسليم المبيع، والبعض الآخر من القانون كالإلتزام بإضاعة السيارة ليلاً أو بعدم مجاوزة قدر معين من السرعة، جرى الفقه على التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية، فسمى المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بالإلتزام عقدي كمسؤولية البائع عن عدم تسليم المبيع في الزمان والمكان المتفق عليهما مسؤولية عقدية *responsabilité contractuelle* والمسؤولية التي تترتب على الإخلال بالإلتزام بعد مجاوزة قدر معين من السرعة أو بإضاعة الأنوار ليلاً مسؤولية تقصيرية *responsabilité délictuelle*<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 845.

<sup>2</sup> المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية معدل ومتمم إلى غاية قانون المالية التكميلي 3/8/المؤرخ في 11 يونيو 2018، تنص على (يجوز مباشرة

الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها).

<sup>3</sup> المادة 2/4ق.إ.ج.ج " ... غير أنه يتعين أن ترجى المحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوة المرفوعة أمامها حين الفصل نهائياً في الدعوى العمومية إذا كانت قد حركت".

<sup>4</sup> المادة 339ق.م.ج " لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً".

<sup>5</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 12-13.

<sup>6</sup> أنظر Lefebvre في المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، مجلة النقدية للتشريع والقضاء، باريس 1886 ص 385 وما بعدها، مازو في المسؤولية العقدية، مجلة الفصيلة للقانون المدني باريس، سنة 1929، ص 623-624.

وفي هذين النوعين نكون بصدد مسؤولية مدنية بمعنى الكلمة يتحقق فيها التلازم بينها وبين فكرة الجزاء، إذا يكون الإلتزام بالتعويض فيهما إلتزاماً جزائياً، وتفترض المسؤولية التعاقدية قيام رابطة عقدية بين المسؤول والمضروب، أما المسؤولية التقصيرية فتقوم حيث تنتفي هذه الرابطة بين المسؤول والمتضرر.<sup>1</sup>

سنحاول من خلال ما سبق سالفاً دراسة هذين النوعين من المسؤولية المدنية كل على حدا وذلك تبعا لما يأتي:

### أولاً التمييز بين المسؤولية العقيدية والمسؤولية التقصيرية

تنقسم المسؤولية المدنية كما ذكرنا سابقاً إلى مسؤولية تقصيرية ومسؤولية عقدية، أما العقدية فهي التي تنشأ عن الإخلال بما إلتزم به المتعاقد، أما التقصيرية فهي التي تترتب على ما يحدثه الشخص من ضرر للغير بخطئه، وقد كان سائد حتى أواخر القرن الماضي أن المسؤوليتين تتميزان عن بعضها البعض من جميع النواحي تمييزاً كاملاً، سواء من حيث الأساس أو من حيث الأحكام.<sup>2</sup>

فالمسؤولية العقدية هي التي تترتب على الإخلال بإلتزام مترتب عن عقد صحيح، أي أنه يشترط لقيامها الشروط الآتية:

- أن يرتبط الدائن والمدين بعقد صحيح، وأن يخل المدين بإلتزام ناشئ مباشرة عن هذا العقد، وأن يترتب على هذا الإخلال ضرر للدائن أو لخلفه العام، وأن تقوم علاقة سببية بين الإخلال بالإلتزام وبين الضرر، أما المسؤولية التقصيرية فهي التي يرتبها القانون على الإخلال بإلتزام قانوني مقتضاه ألا يضر الإنسان غيره بخطئه أو تقصير منه.

إذاً فهي تقوم على الأركان الثلاثة، " الخطأ من المسؤول، بالإضافة إلى ضرراً يصيب الغير، والعلاقة السبب بين الخطأ والضرر."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 11-12.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 14.

<sup>3</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 113.

ومن هنا يستوقفنا النظر إلى ما إذا كانت المسؤوليات شيء واحد أو هما مسؤولياتان منفصلتان، وهذا ما نتطرق إليه وفق ما يلي

## I نظرية ازدواجية المسؤولية la dualité de la responsabilité

نجد على رأس هذه النظرية الفقيه البلجيكي " سانكلات " Sainctelette، والفقه الفرنسي

" بونكاز " bonncase<sup>1</sup>.

نجد أنصار هذه النظرية يفرقون بين نوعي من المسؤولية من عدة نواحي سوف نعرضها وسوف نرى بما يرد الرأي الثاني، هؤلاء هم كثرة الفقهاء يقولون إذ هناك فروق هامة ما بين المسؤوليتين تقضي وجوب التمييز بينهما حتى يطبق على كل منهما ما يخصه من أحكام، ويحملون هذه الفروق في الوجوه الآتية:

1. من حيث الأهلية: إن المسؤولية العقدية تستلزم أهلية التعاقد، بينما تكفي في المسؤولية التقصيرية أهلية التمييز<sup>2</sup>، أي أن المسؤولية العقدية تشترط أهلية الرشد أكثر العقود، أما في المسؤولية التقصيرية فتكتفي أهلية التمييز<sup>3</sup>.

باعتبار أن المسؤولية العقدية تركز على إرادة العاقد إذ يعتبر هذا أنه قبل سلفاً تعويض الطرف الأخر عن عدم الوفاء<sup>4</sup>، أما المسؤولية التقصيرية فتكفي فيها أهلية التمييز لأن الإلتزام بالتعويض الضرر لا ينشأ فيها نتيجة إتجاه إرادة المسؤول، فيكفي فيه أن يستطيع هذا التمييز الخير من الشر

<sup>1</sup> Baudry- la continuer et barde, t1, no 356.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص114.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، الرجوع السابق، ص848.

\* يذهب بعض الشراح إلى أن الأهلية لازمة ليس في إبرام العقد المنشئ للإلتزام الأصلي فحسب بل الإخلال بهذا الإلتزام، ذلك الإخلال الذي يترتب عليه الإلتزام بالتعويض ويؤكدون أنه إذا كان الإلتزام العقدي قد ينشأ صحيحاً سواء لأن العاقد كان وقت ذلك كامل الأهلية أو لأن العقد أبرمه من له الولاية على ناقص الأهلية فإن العاقد لا يسأل عن عدم تنفيذ العقد إذا كان حينئذ ناقص الأهلية.

فيحاسب على خطئه ويلزم التعويض وبعبارة أخرى فإن أهلية الشخص للإلتزام بأفعاله الضارة أوسع من أهليته للإلتزام بالتعاقد.<sup>1</sup>

2. من حيث درجة الخطأ الموجب للمسؤولية: إن المسؤولية العقدية تقوم على أساس الخطأ العقدي، هذا يقدر بمقياس الرجل العادي (المادة 1137)<sup>2</sup>، فلا يسأل المدين عن خطئه اليسير جداً *culpa le via*، أي عن الخطأ الذي لا يستطيع تحاشيه الرجل الحريص، و إنما يسأل عن الخطأ اليسير *culpa le vissina* أي عن الخطأ الذي يستطيع تحاشيه الرجل العادي، أما في المسؤولية التقصيرية فيسأل الفاعل عن كل خطأ مهما كان يسيراً ولو كان الرجل العادي لا يستطيع تفاديه.<sup>3</sup>

3. من حيث الإعذار: في المسؤولية العقدية يشترط إعذار المدين إلا في حالات الإستثنائية، أما في المسؤولية التقصيرية فلا إعذار.<sup>4</sup>

باعتبار أن المسؤولية العقدية لا يكفي فيها تقصير المدين بل لابد من إعذاره للوفاء حتى تنتفي شبه رضا الدائن الضمني بتأخير الوفاء وشبهه إقراره الضمني بعدم الحصول ضرر له من ذلك التأخير (المادة 1146 مدني فرنسي)<sup>5</sup>، ويستغني عن هذا الإعذار إستثناء إذا كان إلتزام المدين الذي حصل الإخلال به إلتزاماً بالإمتناع عن عمل أو كان محل إلتزامه عملاً أو شيئاً يجب إجراؤه أو إعطاؤه في ميعاد معين بحيث تنعدم الفائدة المقصودة من هذا الإجراء أو الإعطاء لو تم بعد الميعاد المحدد (المادتان 1145 و 1146 مدني الفرنسي).<sup>6</sup>

أما المسؤولية التقصيرية فلا حاجة إلى إعذار المسؤول لدفع التعويض لأنه يكون معذراً بحكم القانون.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 19.

<sup>2</sup> 1137 من ق م فرنسي ، تقابلها المادة 221 مصري.

<sup>3</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 20.

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 848.

<sup>5</sup> تقابلها المادة 218، مدني مصري.

<sup>6</sup> تقابلها المادة 220، مدني مصري.

<sup>7</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 20.

4. من حيث الإثبات: الإثبات في المسؤولية العقدية يتحمل المدين عبئ الإثبات أنه قام بإلتزامه العقدي بعد أن يثبت الدائن وجود العقد، أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذي يثبت أن المدين قد خرق إلتزامه القانوني وإرتكب عملاً غير مشروع.<sup>1</sup>
5. من حيث تعويض الضرر و التضامن و الإعفاء و التقادم : في المسؤولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع، أما من ناحية التضامن فإن في المسؤولية العقدية لا يثبت التضامن إلا بالإتفاق، أما المسؤولية التقصيرية فالتضامن ثابت بحكم القانون، ومن حيث الإعفاء الإتفاقي في المسؤولية فإنه يجوز هذا الإعفاء بوجه عام في المسؤولية العقدية، ولا يجوز في المسؤولية التقصيرية في التقادم فإن المسؤولية العقدية تتقادم بمضي خمسة عشر سنة، أما المسؤولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة على حسب الأحوال.<sup>2</sup>

## II نظرية وحدة المسؤولية

منذ أواخر هذا القرن ظهر فريق من الفقهاء يذهب إلى أن المسؤولية واحدة وليست مزدوجة، ورأى أن المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية إنما هي من طبيعة واحدة تقوم حيث يخل الفرد بما إلتزم به قبل الغير قانوناً أو إتفاقاً، و الجزاء فيها تعويض الضرر الناشئ عن هذا الإخلال، وأن المسؤوليتين لا تختلفان لا من حيث الأساس ولا من حيث الأحكام، فأركانهما واحدة وإنهما يترتبان نتيجة الإخلال بإلتزام سابق، وإذا كانت هناك ثمة فروق بينهما فهي فروق ثانوية وليست جوهرية<sup>3</sup>، وهذا هو المعنى الذي عبرت عنه نظرية وحدة المسؤوليتين Unitè de la responsabilité التي تزعمها الفقهاء (سافاتي) (savatier)، الإخوة (هندري وليون مازو Mazeaud h et t)، بلا نيول و ربار (planiol et ripert)، وغيرهم.<sup>4</sup>

ورتبوا على وحدة المسؤولية وعلى طبيعتها التقصيرية وجوب تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في حال الإخلال بإلتزامات العقدية وحاولوا أن يثبتوا أن المشرع والمحاكم لم يجيدوا عن ذلك، وأن

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص848.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص849.

<sup>3</sup> H et j Mazeaud, la responsabilité, t1, no98.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق، ص15.

الفوارق العلمية التي قامت بها النظرية التقليدية لا وجود لها في الواقع من الأمر أو هي لا ترجع على الأقل إلى الاختلاف في طبيعة المسؤولية، ونعرض فيما يلي تفسيرهم لهذه الفوارق.<sup>1</sup>

1. من حيث الأهلية ودرجة الخطاء الذي يستوجب المسؤولية : يقول أنصار وحدة المسؤولية أنه ليس صحيحا أنه يوجد فرق في الأهلية اللازمة للإلتزام بالتعويض بين حالتي الإخلال بالإلتزام عقدي والإخلال بالإلتزام قانوني، ذلك أنه يكفي في كلتا الحالتين أن يكون المخل مميزاً، أما بالنسبة إلى درجة الخطاء، فإن المادة 1137 من القانون المدني الفرنسي التي إستند إليها أنصار ازدواج المسؤولية لا تفيد عدم محاسبة المدين على الخطاء اليسير جداً، وقالوا في ذلك أن قانون نابوليون قد قضى على نظرية تدرج الخطاء التي كانت تقسم الخطاء إلى ثلاث درجات وإنما المقصود بها مدى ما يلتزم به الشخص من عناية في المحافظة على الأشياء التي تكون في حفظه إلى أن يدفعها إلى الدائن، متى تحددت درجة العناية المطلوبة كان كل إخلال بها مهما يكن يسيراً خطأً يستوجب المسؤولية لا فرق في ذلك بينه وبين الإخلال بالإلتزام ناشئ من القانون.<sup>2</sup>

2. من حيث الإعذار : يرى أنصار وحدة المسؤولية أن الإعذار ليس مطلوب في المسؤولية العقدية إلا إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه، وليس مطلوباً إذا لم ينفذ فعلاً إلتزامه، إذ لا تكون للأعذار جدوى حينئذ، وفي المسؤولية التقصيرية ليس هناك تأخر في تنفيذ الإلتزام وإنما هناك عدم تنفيذ دائماً، يزيد بلانيول وهو من أنصار الوحدة، بأنه ليس صحيحاً أن الإعذار لا يلزم إلا عند التأخير في تنفيذ الإلتزام، بل قد يلزم أيضاً في عدم تنفيذه، فمثلاً تقضي المادة 1302 مدني فرنسي، المقابلة للمادة 207 - 168 مدني جزائري، لأن الإعذار هنا لم يكن للتأخر في التنفيذ، ولكن الواقع كما يرى أنصار الوحدة أن الإعذار واجب في المسؤولية العقدية إذا كان الإلتزام فيها إيجابياً، لكن إذا كان سلبياً فلا ضرورة للإعذار إذ لا ترجع إلى طبيعة المسؤولية ولكن الإلتزام هو إيجابي أم سلبياً.<sup>3</sup>

3. من حيث الإثبات و التعويض : يقول أنصار الوحدة أنه إذا كان ثمة فرق بين المسؤوليتين من حيث عبء الإثبات فلا يرجع ذلك إلى طبيعة المسؤولية ولا إلى نوع مصدرها، وإنما

<sup>1</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 29-30.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 30.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 115.

يرجع إلى محل الإلتزام الذي حصل الإخلال به وكونه إيجابياً أو سلبياً يقطع النظر عن المصدر ذلك الإلتزام، بل يكمن هذا الفرق في مدى الإلتزام وهل هو يفرض على المدين ضمان الوصول إلى نتيجة معينة أو يكفله فقط سلوك مسلك معين<sup>1</sup>، أما من حيث التعويض فالسبب في أن التعويض في المسؤولية العقدية لا يتناول الضرر غير المتوقع ولو كان مباشراً أن هذا الضرر لم يدخل في حساب المتعاقدين لأنهما لم يكون يتوقعانه.<sup>2</sup>

5. التضامن والإعفاء الإتفاقي والتقادم: من حيث التضامن يرون أنصار الوحدة بأن القانون قد جعل المسؤولين تقصيرياً متضامنين لأن خطأ كل منهم كان هو السبب في الضرر، لاسيما إذا أخذ بنظرية تكافؤ الأسباب، ومن ناحية أخرى، فيما أن المسؤولية العقدية تترتب على الإخلال بالتزام إرادي فإن للمتعاقدين بمحض إرادتهما أن يشترطا التضامن أو لا يشترطاه، بينما في المسؤولية التقصيرية لا دخل للإرادة الدائن و المدين وقد تولى القانون نفسه شرط التضامن، أما فيما يخص الإعفاء، فإن أنصار الوحدة يرون أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام، والقانون هو الذي تولى الجزاء عليها، بينما أحكام المسؤولية العقدية إتفاقية، وللمتعاقدين أن يحددوا مدى الإلتزام بالتعويض بإرادتهما أو يتفق على الإعفاء منه ومع ذلك فإن القانون يبطل الإتفاق على إعفاء المدين في المسؤولية العقدية عن غش أو خبطة الجسيم.<sup>3</sup>

ومن حيث التقادم، إذا كانت المسؤولية التقصيرية تتقادم بثلاث سنوات في بعض الأحوال، فهذا أمر لا يرجع إلى طبيعة المسؤولية، بل إن المشرع قرر ذلك لحكمة إرتأها، وقد لا يرتئها مشرع آخر، وكان التقنين القديم يجعل مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية خمسة عشرة سنة كما في المسؤولية العقدية.<sup>4</sup>

### III الوضع الصحيح للمسألة

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 849.

<sup>3</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 116.

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 852.

الواقع هو أن المسؤوليتين يعتبران جزءاً على الإخلال بالالتزام سابق، ولكن هذا إلتزام قانوني في المسؤولية التقصيرية وهو عدم الإضرار بالغير، بينما الإلتزام السابق في المسؤولية العقدية إتفاقي وينحصر في إلتزام بإعطاء شيء أو بعمل أو بالإمتناع عن عمل، ومن هنا تختلف المسؤوليتان فالمسؤولية التقصيرية جزء عام يرتبه القانون على من أخطأ وسبب بخطئه ضرراً للغير، فهي إذن الأصل العام الذي يجب تطبيقه كلما إرتكب شخص خطأ وتسبب عنه ضرر للغير، أما المسؤولية العقدية فهي إستثناء لا يسري إلا إذا كان بين الدائن والمدين عقد أدخل المدين بأحد إلتزاماته، وعلى ذلك فتشترط لقيام هذه المسؤولية الإستثنائية شروط معينة إذا إنتفى شرط منها وجب الرجوع إلى الأصل العام وهو المسؤولية التقصيرية.

#### IV عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية

من المؤكد في الفقه و القضاء أنه لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين العقدية و التقصيرية إذا كان الفعل الواحد تترتب عليه في نفس الوقت كل من المسؤوليتين.

إن الدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين، أما الدعوى التي تخط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويين فهي ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية، بل هي دعوى ثالثة لا يعرفها القانون، فإذا إجتمع في فعل واحد شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية في أن واحد، كما لو إرتكب المتأخر إهمالاً ترتب عليه إتلاف العين المؤجرة، فيكون قد أدخل بإلتزامه العقدي بالمحافظة على العين، في نفس الوقت توافرت شروط المسؤولية التقصيرية بإعتبار أن المستأجر قد إرتكب أحد الأفعال الضارة التي نجم عنها الإضرار بالغير وهو المؤجر فيلتزم بتعويضه، مثل هذه الأحوال لا يجوز للمؤجر الجمع بين المسؤوليتين، أي المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية، وأخر على أساس المسؤولية التقصيرية إذ من غير المقبول أن يحصل الشخص على تعويضين عن ضرر واحد، بل يعوض فقط عن الضرر الذي أصابه مرة واحدة.<sup>1</sup>

ومن هنا لا يجوز أن يجمع الشخص في دعوى التعويض، ما هو أصلح له من الأحكام المسؤوليتين بمعنى أن يجمع بين المزاي في كليتهما، بأن يرفع دعوى يجمع فيها بين شروط كل من الدعويين، كما أنه لا يجوز له رفع دعوى على أساس إحداهما وخسرها، أن يرفع دعوى ثانية على

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، ص514.

أساس الأخرى، فمثل هذا الرجوع يتعارض مع مبدأ حجية الشيء المحكوم به من ثم لا تكون الدعوى الثانية مقبولة.<sup>1</sup>

وقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 27 افريل 1983 بأن طلب التعويض عن دعاوى سابقة فصل فيها بأحكام حازت قوة الشيء المقضي به لا يقبل، إذ من غير المقبول قانونياً أن يحصل المضرور على تعويضين عن ضرر واحد.<sup>2</sup>

### V عدم جواز الخيرة بين المسؤولية العقدية و التقصيرية

السؤال هنا هل يجوز للدائن أن يختار الدعوى التي يراها أصلح له ؟ نعم، للدائن أن يختار الدعوى العقدية وله أن يختار الدعوى التقصيرية، على أنه إذا إختار أصلح الدعويين تقييد بها فلا يلجأ إلى الدعوى الأخرى حتى ولو خسر الدعوى التي إختارها، وهذا هو الرأي الراجح في الفقه والقضاء، أما الرأي الأخر فيرى أن الدعوى العقدية تحجب الدعوى التقصيرية فحيث توافرت شروط الأولى لا يمكن للدائن أن يرفع الثانية، ونحن نؤيد الرأي الأول الذي يذهب إلى جواز الإختيار بين الدعويين، مثل ذلك أن أمين النقل إذا سرق البضاعة التي ينقلها فإنه يكون قد أحل بالتزامه العقدي الناشئ عن عقد النقل فتتحق مسؤوليته العقدية، ويكون في الوقت ذاته قد أحل بالتزامه القانوني الذي يحرم عليه السرقة حتى ولو لم يوجد عقد نقل، فتتحقق مسؤوليته التقصيرية، ولدائن أن يختار بين هاتين المسؤوليتين.<sup>3</sup>

### VI تطور المسؤولية التقصيرية

من خلال هذا سنحاول دراسة التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية إبتداء من القانون الروماني و القانون الفرنسي وكذا القانون المصري و قانون المدني الجزائري، عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وماهو الأساس القانوني الذي قامت عليه في كل مرحلة من المراحل.

1- تتميز نظرية المسؤولية التقصيرية في القانون الروماني بثلاث خصائص و هي:

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 32-34.

<sup>2</sup> المحكمة العليا ، غ م، 7 نوفمبر 1984، ملف رقم 27998، محكمة وهران ، 22 أوت 1977، قضية رقم 771590 غير منشور.

<sup>3</sup> عبد القادر الفار ويسار عدنان ملكاوي مزار للإلتزام - مصادر الحق الشخصي في القانون المدني - ، دار النشر التوزيع ، عمان ، 5، 2015، ص 202.

أ - لم تكن هناك قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض، بل كانت هناك أعمال معينة تحددها النصوص القانونية هي وحدها التي ترتب المسؤولية، ذلك أن المسؤولية التقصيرية كانت في القديم متروكة إلى الأخذ بالثأر، ثم انتقلت إلى الدية الإختيارية ثم إلى الدية الإجبارية، ثم إلى العقوبة منذ أن إستقر تدخل الدولة لإقرار الأمن والنظام وأهم مثل لذلك الجريمة التي كان قانون كيلىا (Aquila) ينص عليها.<sup>1</sup>

ب - ولم يكن جزاء هذه الأعمال المحددة التي ترتب المسؤولية تتطلب تعويضا مدنيا، بل إن فكرة العقوبة الجنائية بقيت تتخلل فكرة التعويض المدني كأثر من آثار الماضي وقت الأخذ بالثأر ودفع الدية، ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية إلا بالتدرج فلم يكن الخطأ في بادئ الأمر شرطا بل كان الضرر هو الشرط البارز، ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئا فشيئا، أما الأعمال التدليسية أي الغش فإن فكرة الخطأ ظهرت بوضوح حتى إستغرقت فكرة الضرر .

وخلاصة تطور القانون الروماني هو أنه كان يقيم المسؤولية في بداية العهد على أساس الضرر، لأن المضرور كان ينتقم مباشرة من مصدر الضرر سواء أكان جماداً أو بشراً، و إذا كان بشر فلم يكن ينظر إليه وما إذا كان مميزاً أو غير مميز.<sup>2</sup>

2-المسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي عرف القانون الفرنسي القديم على عكس القانون الروماني القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية واضحة و صريحة وضعها الفقيه دوما (Domat) أكبر فقيه في القانون الفرنسي القديم في كتابه المعروف " القوانين المدنية "، ويلاحظ أن كل هذه الأمثلة التي جاء بها الفقيه دوما في مجال المسؤولية التقصيرية تشكل كل أنواع المسؤوليات التي نظمها المشرع الفرنسي بعد ذلك في قانون نابليون من المسؤولية عن الأفعال الشخصية إلى حارس الحيوان، وإلى المسؤولية عن الأشياء، إلى المسؤولية عن الحريق، وانتهى بالمسؤولية عن تهمد البناء، وهذا يؤكد فضل الفقيه دوما على واضعي قانون نابليون، كما تنتهي من هذا القانون بخلاصة أن القانون الفرنسي القديم قد شكل بداية الطريق للتحويل من الضرر إلى الخطأ كأساس للمسؤولية

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص864.

<sup>2</sup> مصطفى بو بكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ و الضرر في القانون المدني الجزائري ، دار الجامعة الجديدة ، الازارطة ، الإسكندرية، 2015، ص

التقصيرية ، كما مهد الطريق لتقرير القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية والتي تقضي بأن كل خطأ أي كان يرتكبه المرء ويسبب ضرر للغير يلزم من سبب بخطئه بالتعويض.<sup>1</sup>

#### أ- المسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي لعام 1804 :

فقد أجمع القانون المدني الفرنسي في مجال المسؤولية التقصيرية وشبه التقصيرية على ضرورة وجود خطأ لقيام المسؤولية، محدث الضرر مسترشدين في ذلك بالقانون الفرنسي القديم خطوة بخطوة، إذا لم يكن بإستطاعتهم تقرير خلاف ذلك، فالشخص الذي يكون سلوكه قوياً لا يمكن أن يأخذ على الأضرار التي سببها الغير، فالخطأ ضروري، ولكن أي خطأ مهما كان يسيراً يكفي لقيام المسؤولية، وعلى ضوء ذلك قنن واضعوا القانون الفرنسي المسؤولية التقصيرية من المواد 1382 إلى غاية المادة

1386.<sup>2</sup>

ولما نستخلصه، نجد بأن القانون الفرنسي قد أقر بأن المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن تقوم دون أن يكون هناك خطأ، وإذا قام هذا الخطأ فإن كل الأضرار التي تنجم عنه يتم التعويض عنها مهما كان الخطأ جسيماً أو يسيراً، كما أن هذا القانون لم ينظم مسؤولية حارس الأشياء الجامدة لما رآه من عدم الحاجة لتنظيمها في تلك الفترة للأسباب.<sup>3</sup>

#### ب- المسؤولية التقصيرية في القانون المصري

الواقع أن القانون المدني المصري إستمد جل أحكام المسؤولية التقصيرية من القانون المدني الفرنسي كما إستفاد من تطور القضاء الفرنسي، الذي بمجرد ما بدأ بتطبيق هذا القانون إنكشف له قصوره وعدم مواكبته للتطور الإقتصادي والصناعي الذي عرفه المجتمع الفرنسي، فراح يعالج هذه القصور، وهكذا تناول المشرع المصري أحكام المسؤولية التقصيرية في الفصل الثالث من الباب الأول

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 22-24

<sup>2</sup> Les rédacteurs sont unanimes à affirmer la nécessité une faute pour engager la responsabilité de l'auteur de la di=omage, suivant ici pas les données de l'ancien droit être condamner a réparée le dommage qu'il a causé, h. l et a.t, op.cit., p .53.

<sup>3</sup> مصطفى بو بكر، مرجع سابق ، ص 27-28

من الكتاب الأول من القانون المدني تحت عنوان الفعل غير المشروع، وذلك في المواد 162 إلى 178.

ويلاحظ هنا أن المشرع قد قنن هذا النوع من المسؤولية (مسؤولية حارس الأشياء)، ما كان قد توصل إليه القضاء الفرنسي في مرحلة من مراحل تطوره بالنسبة للمسؤولية عن الأشياء، أين كان يقسم الأشياء إلى الأشياء خطيرة، وكان يخضعها للفقرة الأولى من المادة 1384 و تكون المسؤولية فيها قائمة على أساس الخطاء المفترض لا يقبل إثبات العكس، أشياء غير خطيرة والتي أبقاها خاضعة للمادة 1382 أي قائمة على أساس الخطاء الواجب الإثبات، كما يلاحظ أن المشرع المصري لم يتناول المسؤولية عن الحريق، لأن هذا النوع من المسؤولية لم يكن قد تبلور بصفة واضحة في القضاء الفرنسي بعد.<sup>1</sup>

### ج- المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري

في هذا المجال يجب أن نميز بين مرحلتين ( مرحلة العمل بالقانون الفرنسي التي إستمرت طول تواجد الإستعمار الفرنسي في الجزائر وإلى غاية صدور القانون المدني، و المرحلة الثانية هي مرحلة ما بعد صدور القانون المدني الجزائري، وذلك على النحو التالي:

- **مرحلة العمل بالقانون الفرنسي** في خلال هذه المرحلة إستمر العمل بالقانون الفرنسي إلى غاية صدور القانون بالأمر رقم 26-75 بتاريخ 26 سبتمبر 1975 ففي هذه المرحلة وبالرغم من أن الجزائر قد نالت إستقلالها إلا أنه تواصل التطبيق لعام 1804، إذا أنه ومن أجل تفادي الفراغ التشريعي الذي كان سيترتب على توقيف العمل بالقانون الفرنسي الذي كان ساريا قبل الإستقلال، صدر قانون 31 ديسمبر 1962 ينص على إستمرار تطبيق القانون الأجنبي الفرنسي إلا ما كان يتنافى مع السيادة الوطنية.<sup>2</sup>

- **مرحلة ما بعد صدور القانون المدني الجزائري**

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 29-30

<sup>2</sup> مصطفى بو بكر، مرجع سابق، ص 33

بعد إصدار المشرع الجزائري للقانون المدني بالأمر السابق لإشارة إليه تناول المسؤولية التقصيرية في الفصل الثالث من الباب الأول من كتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان "العمل المستحق للتعويض" من المادة 124 إلى المادة 140، وقد تأثر في صياغة بثلاث مصادر أساسية، وهي القانون الفرنسي الجديد والقضاء الفرنسي، والقانون المدني المصري، مع الملاحظة عامة أن المشرع الجزائري عند نقله لبعض أحكام المسؤولية عن القانونين المصري والفرنسي معاً، لم يراعي بعض الاختلافات الموجودة بين هذين القانونين، فوقع في بعض الأخطاء المنهجية والعلمية.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني تعريف عديم التمييز

تفترض المسؤولية أن يكون الشخص قادراً على التمييز بين الخير والشر والنافع والضار، و أن يكون متمتعاً بحرية الإختيار بين أخذ الشيء أو تركه، ما يترتب عليه في حال إختيار ما هو ضار له فيكون مسؤولاً عنه، فبداية يجب على الشخص التمييز والإختيار.

ومن هنا يستوجب علينا في إطار هذا المطلب تقسيم الدراسة إلى فرعين حيث خصص الفرع الأول إلى تعريف عديم التمييز في القانون الجزائري، أما المبحث الثاني سنتطرق إلى تعريف عديم التمييز في الشريعة الإسلامية.

### الفرع الأول تعريف عديم التمييز في القانون الجزائري

القاصر قانونياً هو كل شخص ذكر وأثنى لم يبلغ سن الرشد القانوني، نصت المادة 40 ق م ج "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة"

كما نصت المادة 42 من ق م ج " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 35-36

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة<sup>1</sup>

وقد عرفت المادة 943 من مجلة الأحكام العدلية غير المميز بأنه "الذي لا يفهم البيع والشراء،

أي لا يعلم كون البيع سالبا للملكية والشراء جالبا لها، ولا يميز الغبن الفاحش من الغبن  
اليسير"<sup>2</sup>

ويعرف البعض عدم التمييز بأنه ( الذي حرم من العقل فلم يعرف ما تقوم به يداه، ولم يعد  
يميز بين الحسن والقبيح والفضيلة والرذيلة، ولم يعد بوسعه الإختيار بين الخير والشر) ويرجع عدم  
التمييز إلى سببين هما: صغر السن، والمرض بإضطراب عقلي.<sup>3</sup>

والأصل أن الأهلية مناطها التمييز، ذلك أن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز، فمن كان كامل  
التمييز كان كامل الأهلية، ومن كان ناقص التمييز كان ناقص الأهلية ومن إنعدم تمييزه إنعدمت  
أهليته، وبالتالي يمكننا القول بأن إنعدام التمييز هو إنعدام القدرة على التفرقة بين الأشياء أو الأمور،  
سواء كان ذلك لصغر السن أو لعاهة في العقل أفقدته القدرة على ذلك.<sup>4</sup>

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لم يحدد سنا معينة للتمييز، رغم تحديده لسن الرشد  
المدني، لذلك يقوم القاضي بتقدير هذه السن تبعاً لظروف كل قضية على حدا، بينما حدد القانون  
المدني المصري سن التمييز ببلوغ السابعة م 1/45 ق م م.<sup>5</sup>

كما يعرف شراح القانون التمييز على أنه : "المقدرة على فهم ماهية الفعل، وطبيعته وتوقع  
الآثار من شأنه إحداثها."

<sup>1</sup> ق م ج ، رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، المتمم ، هذه المادة عدلت  
القانون 05-10 المنشور في الجريدة الرسمية العدد44 ص 24.

<sup>2</sup> بو كرزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم القانون الخاص، جامعه قسنطينة ، 2013-  
2014، ص 20.

<sup>3</sup> أبو زيد مصطفى ، مدى مسؤولية عديم التمييز التصيرية في القانون المقارن، بحث القانون الفرنسي و ق المصري و الشريعة الإسلامية ، القانون  
الكويتي ، ج 1، منشور مجلة الحقوق ، كلية الحقوق جامعة الكويت ، ط 6 ، العدد 3، ص 14.

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 285.

<sup>5</sup> بو كرزازة أحمد، المرجع السابق ، ص 33.

وهذه المقدرة تنصرف إلى ماديات الفعل فتتعلق بكيانه وعناصره وخصائصه، وتنصرف كذلك إلى آثاره من حيث ما تنطوي عليه من خطورة على المصلحة أو الحق الذي يحميه القانون وما تنذر به من إعتداء عليه.<sup>1</sup>

والشخص الذي قد فقد التمييز السالف معناه يسمى عديم التمييز، والأسباب التي تؤدي إلى إنعدام التمييز ترجع "بصورة متسعة" إلى ضعف العقل أو إختلاله، هذا الضعف أو الإخلال يرجع إما لصغر السن أو للإصابة بمرض عقلي، هي الأسباب التي تؤدي بصفة عامة إلى إنعدام التمييز.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني تعريف عديم التمييز في الشريعة الإسلامية

عديم التمييز لدى فقهاء الشريعة الإسلامية هو ذلك الشخص الذي لا يفهم أن البيع سالب والشراء جالب، و عليه فغير المميز من لا يعلم أن الثمن والمثمن لا يجتمعان في ملك واحد.<sup>3</sup>

و يطلق هذا المفهوم على الصبي من يوم ولادته إلى أن يصير مميزاً، وقد تحدث بعض الفقهاء عن سن التمييز للصغار بحيث يصل الصبي إلى سبع سنين، فقد جاء في نيل المآرب أن المميز من بلغ سبعاً و إستدل على ذلك بما روي عن عمر و ابن شعيب عن أبيه عن جده رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قال، قال رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ سِنِينَ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرِ، وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ) و صححه الألباني في "الإرواء (247).

وجه الدلالة أن ذكر النبي عليه الصلاة والسلام لسن السابعة في هذا الحديث فيه دلالة واضحة على أن الصبي إذا بلغ هذا السن صار مميزاً، للأجل ذلك أمر بتدريبه على الصلاة وهذا فيه دلالة على أن الصبي الذي لم يبلغ سبع سنين لا يعد مميزاً.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> حسني، محمود نجيب، المحرمين شواذ، ط 2، القاهرة، دار النهضة، ص 70.

<sup>2</sup> مشاري سعد صالح الطويل الرشدي، المرجع السابق، 34.

<sup>3</sup> علي حيدر، درر الحكام في شرح الأحكام، الكتاب الرابع، تعريف الحامي فهد الحسيني، بيروت، مكتبة النهضة العربية، ص 607.

<sup>4</sup> أخرجه داود في سننه (كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، 185/1، رقم الحديث 495)

ومنه يتضح لنا أن موقف الفقه الإسلامي، أن مرحلة إنعدام التمييز تبدأ بولادة الصبي وتنتهي ببلوغه السابعة، وفي هذه المرحلة يعتبر الإدراك منعدماً في الصبي ويسمى الصبي غير مميز ليست له سن معينة يظهر فيها أو يتكامل بتمامها، ولكن الفقهاء حددوا مراحل التمييز أي الإدراك بالسنوات حتى يكون الحكم واحداً للجميع ناظرين في ذلك إلى الحالة الغالبة للصغار.<sup>1</sup>

كان هذا موقف الفقه الإسلامي، إلا أن مجلة الأحكام العدلية لم تحدد سناً معيناً للتمييز، إنما عرفت المجلة الصغير غير مميز في المادة 943 السالفة الذكر، وبالرجوع إلى فقهاء الشرع الإسلامي نجد أنهم عرفوا المميز بأنه " من كان مدركاً لعباراته فاهماً ما تدل عليه، وما يترتب عليها كأن يدرك أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن الفاحش من اليسير، ويقصد به تحصيل الربح والزيادة".<sup>2</sup>

### المبحث الثاني أسباب إنعدام التمييز

السبب الأصلي للإنعدام التمييز في القانون الجزائري ومعظم التشريعات الوضعية وكذا في الشريعة الإسلامية هو صغر السن، فإذا زال الصغر و اكتمل التمييز، كان من الممكن أن ينعدم ذلك للأسباب عارضة طويلة الأمد كالأضرار العقلية أو للأسباب عارضة وقتية كالسكر وتعاطي المخدرات والتبؤم المغناطيسي والحمى التي تذهب بالتمييز عند اشتدادها.

حيث تنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول سنعالج فيه أسباب إنعدام التمييز في القانون الجزائري والقوانين الوضعية الأخرى، وجاء تحت المطلب الثاني عرض أسباب إنعدام التمييز في الشريعة الإسلامية، وذلك تبعاً لما يلي:

### المطلب الأول أسباب إنعدام التمييز في القانون المدني الجزائري والقوانين الأخرى

لكي نفي هذا الموضوع بعض حقه من العناية إرتأينا تقسيمه إلى ثلاثة فروع، نخصص الفرع الأول لعرض أسباب إنعدام التمييز الواردة في القانون المدني الجزائري، ونكرس الفرع الثاني للمقارنة بين القانون المدني الجزائري والقوانين الوضعية، أما الفرع الثالث الذي إرتئينا أن نجعله خاتمة الدراسة

<sup>1</sup> عودة عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، القاهرة، مكتبة دار التراث، ص601.

<sup>2</sup> محمد سلام مذكور، الفقه الإسلامي، ط2، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، 1990، ص426.

لهذا المطلب فنورد فيه العوارض غير المقننة وأثرها على النظام القانوني الجزائري، وسيفصل في ذلك وفقاً لما يأتي:

### الفرع الأول أسباب إنعدام التمييز الواردة في القانون المدني الجزائري

تنقسم الدراسة في هذا الفرع إلى عدة عتبات، أولها العوارض المعدمة للتمييز، وثانيها العوارض المنقصة للتمييز وسنفصلها فيما يلي:

**أولاً العوارض التي تعدم التمييز** هناك عدة عوارض تجعل من التمييز يندم نهائياً وهي الجنون والعتة.

#### I. الجنون

الجنون عاهة عقلية تفقد الشخص التمييز، وهو إما أن يكون مستمراً و إما أن يكون متقطعاً بحيث تنتاب الشخص فترات يفقد فيها التمييز تتخللها فترات إفاقة، والعبارة في هذا الغرض الأخير بحالة الشخص وقت ارتكابه الفعل الضار.<sup>1</sup>

وجاء حكم تصرفات الجنون في القانون المدني الجزائري في المادة 42 بقولها (لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون).<sup>2</sup>

وبذلك إعتبر الجنون عارض يفقد التمييز، ويترتب عليه فقدان الأهلية لمباشرة الحقوق المدنية بصفة مطلقة دون أن يميز بين نوعا الجنون وأثر كل منها (الجنون المطبق و الجنون المتقطع).<sup>3</sup>

رغم إعتبر أهلية أداء الجنون معدومة في حالة الجنون المطبق لأنه فاقد التمييز وتصرفاته القانونية تقع على هذا النحو باطلة بطلاناً مطلقاً وذلك للإنعدام إرداته، إلا أن الأمر بحاجة إلى إيضاح لأن العمل لا يخلو من إثارة صعوبات في تقرير ما إذا كان هذا الشخص مجنوناً أم لا.

<sup>1</sup> سليمان مرقس، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 244.

<sup>2</sup> القانون المدني الجزائري، 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 يعدل و يتم الأمر 75-58 و المنشور الجريدة الرسمية رقم 31 لسنة 2007، ص 24.

<sup>3</sup> إسحاق إبراهيم منصور، نظرية الحق والقانون وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، مج، بن عكنون، الجزائر، ط2، 1990، ص

كما لا يكفي إنعدام الأهلية بسبب الجنون لبطلان التصرفات القانونية، بل لابد من صدور حكم بالحجر على المجنون وأن يعين له قيما.

وهذا الحكم بالحجر يجب أن يكون مسجلاً حتى ينتج أثره في مواجهة الغير حسن النية، وعندما يصبح كل تصرف يجريه المجنون بعد تسجيل الحجر يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

أمّا التصرفات التي تقع قبل التسجيل، فقد راعى فيها المشرع مصلحة من يتعامل مع المجنون، فقضى بصحة هذه التصرفات ما لم تكن حالة الجنون شائعة أو معروفة من الطرف الآخر الذي تعاقد مع المجنون، فتكون هذه التصرفات باطلة متى أقيم الدليل على حالة الجنون، و سواء كانت شائعة أو خفية أو كان الطرف الآخر يعلم بها أو يجهلها، وذلك للإنعدام إرادة أحد الأطراف مما يفقد التصرف القانوني ركنا من أركانه.<sup>1</sup>

"ونلاحظ أن القانون م.ج لم يتضمن نصوصاً تبين مسألة الحجر على المجنون، وإنما نظمها قانون الأسرة في المواد 101 إلى 108"<sup>2</sup>.

وكما نلاحظ كذلك أن قانون الأوقاف الجزائري رقم 91-10 قد جعل الوقف الذي يقوم به المجنون حين إفاقة صحيحاً، وأخذ بفكرة التمييز بين نوعي الجنون إذا تنص المادة 31 منه (لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التسيير، أمّا وقف صاحب الجنون المتقطع فيصبح أثناء إفاقة وتما عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية).<sup>3</sup>

## II. العته

فقد اختلف في تعريفه، فقليل أنه نوع من الجنون يتميز بأن صاحبه لا يلجأ إلى العنف، وقال البعض أنه لا يعدم الإدراك كلياً.

\*السفية هو من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع ، سواء أكان ذلك في وجه الخير أو الشر، والسفيه كامل العقل، ولكن العلة في تديير امر لأنه يسرف في انفاق ماله ، اما المعتوه هو الذي سبقا بيانه من انه لا يفقد صاحبه التمييز والادراك كلياً، وحكمه يأخذ حكم السفية والصبي غي مميز طبقاً للمادة بمادة 43 م.ج ، وعلى ذلك تكون تصرفات السفية والمعتوه قابلة للإبطال للمصالحتهما.

<sup>1</sup> إسحاق إبراهيم منصور، المرجع سابق، ص

<sup>2</sup> قانون الاسرة الجزائري،

<sup>3</sup> قانون 91-10، الصادر في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل 1991 المتعلق بالقواعد العامة لتنظيم الأملك الوقفية وتسييرها و حفظها وحمايتها.

ويأخذ المعتوه حكم الصبي المميز، كما سيأتي فيما بعد، والتفرقة هذه تأخذ بها شريعة الإسلامية وكما أخذ بها ق. م. ج ونص على أن العته له حكمان، تطبيقاً للمادة 42 يأخذ حكم المجنون وطبقاً للمادة 43 يأخذ حكم السفية\*.<sup>1</sup>

ويخلص مما تقدم أن كل من المجنون، والمعتوه (إذا كان يعدم الإدراك كالمجنون) عاهة تلحق بعقل الإنسان فتعدم فيه الإدراك والتمييز، وتنص المادة 42 م. ج على ذلك بقولها (لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو الجنون ويعتبر غير مميز من لم يبلغ الثالثة عشر سنة).<sup>2</sup>

### ثانياً العوارض التي تنقص التمييز

كما رأينا سالفاً أن هناك عوارض تعدم التمييز، و عوارض تجعل من التمييز ناقصاً (أو تجعل من الأهلية ناقصة).

وهي عوارض كالصغر في السن والسفه والغفلة، وسنفصل كل عارض على حدا.

### I الصغر في السن

هذا الدور يبدأ من الولادة وينتهي ببلوغ الصبي سن الثالثة عشر من عمره، هي سن التمييز، طبقاً للقانون م. ج، وفي هذه المرحلة يكون الصبي فاقد التمييز، وبعبارة أحق يفترض فيه القانون الجزائري ذلك... وقد نصت المادة 82 من ق رقم 84-11 (ق الأسرة) بقولها (من لم يبلغ سن التمييز للصغر سنه طبقاً للمادة 42 من ق. م. ج تعتبر جميع تصرفاته باطلة).

و الذي يتولى مباشرة التصرفات عن الصغير يمثله قانوناً (الولي أو الوصي)، وقد نصت على ذلك المادة 81 من قانون السالف الذكر بقولها (من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته، أو السفه ينوب عنه قانوناً ولي أو الوصي، أو مقدم طبقاً للأحكام هذا القانون).

<sup>1</sup> ق المدني الجزائري، 05-10 المؤرخ في 20 يوليو 2005 يعدل و يتمم الأمر 75-58 و المنشور في الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2005، ص24.

<sup>2</sup> محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني العقد والإرادة المنفرد، دار الهدى، عين ميله، جزائر، ط جديدة، 2007، ص157.

## II السفه

السفه لا يعتبر خللا يعتري العقل و إنما هو خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل و الشرع.

والسفيه هو من يبذر ماله فيما لا مصلحة فيه وعلى غير مقتضى العقل، ولو كان في سبيل الخير، بحيث يحتاج إلى قرار من المحكمة للحجر عليه ، كما تبين سابقا.  
فالسفيه يكون بإنفاق المال وتدييره على خلاف مقتضى العقل، كالتبذير في النفقة.

## III الغفلة

فهي أيضا ليست خللها في العقل، وإنما وجودها يدل على عدم وجود الخبرة، بحيث تؤدي بمن تعتريه إلى عدم معرفة التصرف الرابع من الخاسر.

وما يلاحظ مما سبق أن السفه والغفلة لا يعدمان التمييز لدى الشخص، ولا ينفيان المسؤولية عنه، بل يعتبر كل من السفيه وذى الغفلة ناقص الأهلية.

وللتفريق بين السفيه و ذى الغفلة من حيث المعنى، قضت محكمة النقض المصرية بأنه من المقرر أن السفه هو تبذير للمال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء، وهو فكرة معيارية تبنى بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق، و أن الغفلة هي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإرادة و التقدير و يترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير.

## الفرع الثاني المقارنة بين القانون المدني الجزائري و القوانين الوضعية

حتى تتسنى لنا عملية المقارنة بين القانون المدني الجزائري وبعض القوانين الوضعية الأخرى، تستوقفنا محطتين أساسيتين للإستكمال هذه العملية، أولها أوجه الإتفاق كأول محطة، وثانيا أوجه الإختلاف بين القانون م.ج والقوانين الوضعية، وتكون موضحة كالتالي:

### أولا أوجه الإتفاق مع القوانين العربية

لتبيان أوجه الإتفاق سنعتمد للرجوع إلى القانون المصري، السوري، الأردني، الكويتي، الإماراتي، القطري و البحريني.

بالرجوع إلى المواد 40، 42، 43، من القانون م.ج التي تتكلم على عوارض الأهلية<sup>1</sup> وبمقارنة المادة 40 ق.م.ج مع مثلتها في القوانين العربية المقارنة نجد أنها:

تتفق مع النص المادة 44 ق.م.مصري و م 46 ق.م.سوري م 43 ق.م.الأردني، م 85 ق.م.الإماراتي م 96 ق.م.الكويتي، م 49 ق.م.القطري.

وبذلك نجد أن المشرع الجزائري قد صاغ م 40 ق.م التي تعتبر النص العام في النظام القانوني بنوع من الدقة، وكان مسائراً لما جاء في مختلف النظم القانونية العربية.

كما تكلم في نص المادة 42 بقوله "لا يكون أهلاً...أو جنون." وهذا النص يتفق مع نص المادة 45 ق م م، و م 47 م سوري، و م 44 م الأردني، و م 86 ق م الإماراتي، و المواد 86 إلى 95 من القانون الكويتي.

لأن المشرع الكويتي خص كل من الصغير غير المميز والصغير المميز بأحكام خاصة، ولكن توافق مع ما جاء في صلب م 42 ق.م.ج.

كما توافق م 50 ق.م.القطري، والمواد 73 إلى 75 من ق.م.البحريني كون هذا الأخير أفرد للصغير غير المميز نصوص خاصة، وبذلك نجد أن نص المادة 42 ق.م.ج مسائراً لباقي النصوص الواردة في القوانين المدنية العربية المقارنة.

وتكلم في نص م 43 ق.م.ج بقوله "كل من بلغ سن التمييز ... وفقاً لما يقرره القانون."

وهذا النص يتفق مع نص م 46 ق.م.المصري، وم 48 ق.م.السوري، والمادة 45 ق.م.الأردني، و م 87 ق م الإماراتي، و م 51 ق م القطري، و م 77 ق.م.البحريني، و بذلك نجد أن نص م 43 مسائراً في مضمونه نسبياً للقوانين العربية المقارنة.

### ثانياً أوجه الاختلاف مع القوانين العربية

لتبيان أوجه الاختلاف سنعمد أيضاً إلى الرجوع إلى نفس القوانين العربية المقارنة التي إستعرضناها سابقاً.

<sup>1</sup> راجع المواد في ق م ج، ج ر ج ج، ع 44، ص 24

يختلف القانون المدني الجزائري عن بعض القوانين العربية المقارنة بعد تصفحنا لها في حكم كل من المجنون والمعتوه، وإذا إعتبر كلاهما عديمي الأهلية دون أن يميز في عارض الجنون بين الجنون المطبق والجنون غير المطبق، كذا في عارض العته بين الحالات التي ينعدم فيها التمييز والحالات التي يفسد فيها التدبير فقط، واعتبر المعتوه غير مميز مطلقاً.

وعليه سنبين أوجه الاختلاف من ناحيتين:

### الناحية الأولى حكم تصرفات المجنون

نص المشرع الجزائري على الجنون في 42 من ق.م، و اعتبره عارضاً معدماً للتمييز بصفة مطلقة وتصرفات المجنون باطلة بطلان مطلقاً لإنعدام التمييز، وبذلك لم يميز بين الجنون المطبق وغير المطبق، وبالرجوع إلى ق.م الأردني لا سيما نص 127 منه التي نصت في الفقرة الثانية "... الجنون المطبق هو حكم الصغير غير المميز أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرف العاقل".

وكذا نص المادة 98 ق.م الكويتي التي جاء فيها "المجنون معدوم أهلية الأداء وتقع تصرفاته كلها باطلة.

وإذا كان المجنون غير المطبق وحصل التصرف في فترة إفاقة كان صحيحاً

و لا يغير من حكم تصرفات المجنون وفقاً للفقرة السابقة أن تنصب عليه المحكمة قيماً.

ومن خلال هذين النصين نكتشف الوجه الأول من الاختلاف إذا نجد تفرقة بين الجنون المطبق والجنون غير المطبق، واعتبر المجنون جنوناً مطبقاً في حكم الصغير غير المميز وتصرفاته باطلة، أما المجنون جنوناً غير مطبق إعتبر في حالة إفاقته في الحكم البالغ العاقل وتصرفاته صحيحة.

وما يلاحظ: أن هذا الاختلاف مسائراً لمعيار التمييز الذي كان هو المعيار المعتمد في النص

على عوارض الأهلية، فحيثما إنعدم التمييز كما في الجنون المطبق كان التصرف باطلاً.<sup>1</sup>

\*السؤال الذي يطرح: ألا يعتبر ذلك قصوراً في القانون المدني الجزائري الذي إعتبر المجنون بصفة مطلقة وتصرفه باطلاً نظراً لكونه كان مجنوناً قبل القيام بالتصرف رغم أنه كان فائقاً وعاقل وقت القيام بالتصرف؟

\* ألا يعبر هذا الحكم غير عادل ومساس بمصلحة القائم بالتصرف وخلفه من جهة ومصصلحة التعاقد معه من جهة الأخرى؟

<sup>1</sup> أنوار سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، ط، 1974، ص46.

وحيثما وجد التمييز كما في الجنون غير المطبق (فترة الإفاقة كان التصرف صحيحاً لأن القائم بالتصرف مثل البالغ العاقل)

### 1. الناحية الثانية حكم تصرفات المعتوه

نص المشرع الجزائري على العته في م 42 واعتبره عارضاً معدماً للتمييز بصفة مطلقة وتصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً مثل المجنون للإندعام التمييز، وبذلك لا يميز بين العته الذي ينقص التمييز أو يفسد التدبير فقط.<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى النصين السابقين الذكر لا سيما نص م 127 من ق. م الأردني التي تنص في فقرتها الأولى "المعتوه هو في حكم الصغير المميز".<sup>2</sup>

وكذا نص المادة 99 من ق.م الكويتي التي نصت " تصرفات المعتوه تسري عليها أحكام تصرفات الصغير المميز المنصوص عليها في م 87، نصب عليه قيم أو لم ينصب".

ومن خلال هذين النصين نكتشف الوجه الثاني من الاختلاف، إذ نجد أن المعتوه إعتبر في حكم الصغير المميز.

وما يلاحظ أن هذا الاختلاف يعتبر مسائراً إلى حد ما معيار التمييز للحكم ببطلان أو بصحة التصرفات كون أن المعتوه قليل الفهم، وليس عديم وكلامه مختلط، إلا أن قدراته العقلية سليمة وله

نصيب معتبر من الإدراك مما يجعله في بعض الأحيان مثل المميز وتصرفاته صحيحة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005 يعدل ويتمم الامر 58/75 و المنشور في الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2005، ص 24.

<sup>2</sup> ق. م. الاردني.

\* ألا يعتبر قصورا في ق.م.ج عندما إعتبر المعتوه مثل المجنون بصفة مثلية رغم أنه في بعض حالات العته يكون المعتوه فاسد التدبير فقط؟ من الأجدر أن يكون في الحكم الصبي المميز وليس المجنون؟ ألا يعتبر هذا الحكم غير عادل ومساس بمصلحة القائم بالتصرف وخلفه من جهة وبمصلحة المتعاقد معه من جهة أخرى عندما إعتبر المعتوه مثل المجنون و تصرفاته باطلة رغم أنه فاسداً للتدبير فقط مثل السفهيه وذا الغفلة في بعض الحالات؟

<sup>3</sup> إسحاق إبراهيم منصور، نظرية الحق والقانون وتطبيق في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط2، 1990، ص101.

إلا أنه هناك مبالغة في إعتبار المعتوه من الصغير بصفة مطلقة، ذلك أن في بعض الأحيان تتغلب عليه صفة عدم الفهم ويصبح مثل المجنون.\*

### الفرع الثالث العوارض غير المقننة وأثرها على النظام القانون الجزائري

بالإضافة إلى العوارض المقننة السابقة الذكر الذي حصرها المشرع الجزائري ومعظم التشريعات العربية السالف عرضها، نجد أن هناك المتبقي من العوارض التي تقيد التمييز ولها آثار كبير على النظام القانوني السائر في الجزائر، بحيث إرتأينا أن نفصل ضمن هذا الفرع مجموعة من العوارض غير المقننة و أثرها على النظام القانوني الجزائري.

#### أولا العوارض غير المقننة

نجد أن هناك عوارض للأهلية لم يرتقي المشرع في حصرها وضمها إلى بقية العوارض المنصوص عليها، كالسكر و الأمراض النفسية، العصبية، العقلية.

**I السكر** قيل معناه غيبوبة العقل واختلاطه بالشراب المسكر، وهو زوال العقل بتناول الخمر وما يلحق بها بحيث لا يدري السكران بعد إفاقة ما كان منه حال سكره.

وطرق السكر نوعان: سكر حاصل بطريقة مباحة كالسكر الحاصل بشرب الدواء و السكر الحاصل بطريقة محظورة وذلك كالسكر الحاصل من الخمر.

ونجد أن السكر له تأثير كبير على التمييز، بحيث يرى كثير من الفقهاء أن السكر يزيل الأهلية فلا تصح منه العقود والأقوال والأفعال سواء كان أمراً مباحاً كبعض الأدوية أو محظورة كالخمر وسواء كان السكر مريداً مختاراً أو مضطراً مكرهاً.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثرها في التشريع الإسلامي، دارعين ميله، الجزائر، 1993، 95ص.

كما جاء في قوله تعالى من الكتاب الشريف " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ " <sup>1</sup> ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى جعل قول السكران غير معتبر لأنه لا يعلم ما يقوله وبأنه غير مكلف للإنعقاد الإجماع على أن من شرط التكليف العقل ومن لا يعقل ما يقول فليس مكلف. <sup>2</sup>

ومن السنة قال رسول الله صلي الله عليه وسلم " لَا طَلَّاقَ وَلَا عِتَاقَ فِي إِغْلَاقٍ "

ويعلل ابن القيم أن السكران لا يعقل مهما كان السبب و مهما كانت المادة التي سكر بها.

وهناك رأي آخر لجمهور الفقهاء فلا ينظرون إلى السكر في حد ذاته باعتباره مزيلاً للعقل مناط التكليف وعلّة إعتبار التصرفات وجعلها أسباباً لأحكامها و آثارها، بل ينظرون إليه في سببه و إلى وقوعه بالرضا أو بالإكراه، فهم يرون أن السكر إن كان بالرضا وبأمر مباح كالدواء والبنج كانت التصرفات باطلة وكذلك إذا حدث السكر إكراهاً لأن السكران معذور للإنعدام إرادته، أما إذا حدث بإرادة الإنسان قصده وبمادة محظورة كالخمر وما يجري مجراها لم يكن الإنسان معذوراً فكل تصرفاته نافذة وصحيحة.

## II الأمراض النفسية و العصبية والعقلية

يتناول علم النفس الأمراض النفسية والعقلية تحت شكل تقسيمات وتصنيفات متعددة فهي إما أن تكون نفسية عصبية، وإما أن تكون عقلية.

### 1- الأمراض النفسية

أمراض الوظيفية تكون بدون تلف في تركيبه المخ، كما لا تنتج إختلال عضوي، والمصاب بمرض نفسي أو نفسي عصبي قل أن يميز سلوكه الإجتماعي بالشذوذ إلا أن سلوكه الذي يبدو طبيعياً هو مختلف عن الميول الداخلية والإتجاهات النفسية الخصبه عن أعين الناس والأمراض النفسية كثيرة وعديدة.

### 2- التخلف العقلي

<sup>1</sup> أخرجه ابن ماجه، و أحمد في مسنده و أبو يعلى في مسنده .

<sup>2</sup> محمد صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملاين، ط1983، ص165.

إن الأشخاص اللذين يعانون من تخلف عقلي، أكد أيضا الأطباء الخبراء أنهم غير مسؤولين وغير مؤهلين لتسيير أموالهم وتصرفاتهم بأنفسهم ومن الضروري وضعهم تحت الولاية.

وهو الأمر الذي فرض على القضاء الحكم بالحجر على المصابين بالتخلف الذهني وتعيين لهم مقدماً للإدارة شؤونهم.<sup>1</sup>

## ثانياً أثارها على النظام القانون الجزائري

وذلك يكمن أثارها وفق معايير موضوعية لنظام عوارض الأهلية:

### المعايير الموضوعية لنظام عوارض

ويقصد بالمعايير الموضوعية هي أن تعتمد إلى صفة عامة تجمع كل حالة تؤدي إلى نفس النتيجة لتندرج تحت معناها، و هي بالنسبة لعوارض الأهلية حتى تجمع كل حالات إنعدام التمييز وفساد التدبير يجب أن تكون هي نفسها إنعدام التمييز و يؤدي إلى إنعدام الأهلية، وفساد التدبير معيار آخر للإعتبار البالغ قد عاد ليكون قاصراً تندرج تحت هذين الوصفين جميع الحالات التي قد تؤدي إلى عقود غير عادلة بالنسبة للمتعاقد وخلفه.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: أسباب إنعدام التمييز في الشريعة الإسلامية

إعتبر فقهاء المسلمون الصبي والمجنون والمعتوه ما يقع من ضرر تجاه الغير وجنائته في حكم الخطاء، ويرجع ذلك إلى إنعدام التمييز لديهما وترجع أسباب إنعدام التمييز في الفقه الإسلامي إلى السن بداية، ومن ثم إلى أي طارئ يقع للإنسان أو عارض من عوارض الأهلية.

<sup>1</sup> منتديات طبية، الامراض العقلية و النفسية، مقال منشور في 1426/11/05هـ، على الساعة 10:28 www.6abib.com

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ن ص.

والأهلية لغة هي الصلاحية للأمر، أمّا إصطلاحاً فتعني أنّها " صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي"، أمّا عوارض الأهلية في إصطلاح الأصوليين فتعني بأنّها " ما يطرأ على الإنسان من الطوارئ التي تؤثر في عقله و تميزه أو تقضي الحد من تصرفاته.<sup>1</sup>

وعليه تنقسم الدراسة من خلال هذا المطلب إلى فروع، سيتناول في الفرع الأول الصغر في السن سبب من أسباب إنعدام التمييز في الشريعة الإسلامية، و جاء الفرع الثاني تحت عنوان الأمراض المؤثرة في العقل، وفي الفرع الثالث نعالج فيه الأسباب الأخرى التي تعدم التمييز وعليه سيتم دراسة ما تقدم طرحه على النحو التالي:

### الفرع الأول الصغر في السن

يعرف الصغر في السن في الفقه بأنه "وصف عالق بالإنسان من ولادته إلى بلوغه وتكامل ملكاته العقلية"<sup>2</sup>.

وهذا يعني أن الصغير قبل البلوغ يكون له عقل غير ناضج وقدراته غير كاملة وعدم إكمال عقله.

حيث تبدأ المرحلة أولاً بولادة الصبي حياً، وتنتهي عند البلوغ سن السابعة من عمره ويقع تحت مسمى غير المميز وقد إتفق الفقهاء على أن هذه المرحلة تحتسب بالسنوات، والعلة من ذلك لعدم تعارض الأحكام، وأن تتفق على غير المميز بحسب العمر.... وتصرفات الصبي غير المميز تقع باطلة في جميع المذاهب، عند الحنابلة والمالكية والشافعية والحنفية، وقد أخذت بهذا الإتجاه مجلة الأحكام العدلية في المادة "966" والتي نصت على ما يلي " لا تصح تصرفات الصغير غير المميز وإن أذن له وليه"<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني الأمراض المؤثرة في العقل

<sup>1</sup> مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي بثوبه الجديد، ج1، ط6أ مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ص733.

<sup>2</sup> مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص803.

<sup>3</sup> مشاري سعد صالح الطويل الرشيد، المرجع السابق، ص58.

تكتسب الأمراض المؤثرة في العقل أهمية كبيرة كأحد أسباب إنعدام التمييز لدى الفقه الإسلامي، ويرجع ذلك لما به من تأثير على التمييز و الإدراك لعقل الإنسان، فأى خلل قد يطرأ على العقل فقد يؤثر فيه أو يعدم العقل أو قد يحدث فيه خللاً ينقصه القدرة على التمييز والإدراك.

وقد عرفت مجلية الأحكام العدلية ثلاثة أنواع من الأمراض العقلية هي الجنون والعتة والسفه، وذلك في نصوص المواد 944، 945، 946، وعلية سيتم تناول هذا الفرع من خلال ثلاث عناصر:

### أولا الجنون

تقول المادة 944 من المجلة أن "الجنون على قسمين أحدهما الجنون المطبق هو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته والثاني هو الجنون غير المطبق و هو الذي يجن في بعض الأوقات ويفيق في بعضها".<sup>1</sup>

الملاحظ بحسب المادة السابقة أن مجلة الأحكام قد عرفت نوعين من الجنون، الأول هو الجنون المطبق و الثاني هو الجنون غير المطبق، وقد جاء في شرح علي حيدر للمادة السابقة أن الجنون المطبق هو من يستوعب جنونه جميع أوقاته في السنة وفي قول آخر جميع أوقاته في الشهر، وفي الجنون المطبق أربعة أقوال، فالقول الأول أن الجنون المطبق هو الذي يمتد إلى سنة كاملة، و القول الثاني الجنون المطبق لمدة شهر أي الجنون الذي يمتد شهراً كاملاً وقد رجح هذا القول والقول الثالث، هو الجنون الذي يمتد للأكثر من سنة، والقول الرابع هو الجنون الذي يستوعب أكثر من يوم وليلة، أما الجنون غير المطبق فهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنون ويفيق في بعضها كالمصروع.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> مشاري سعد صالح الطويل: مرجع سابق، ص59.

<sup>2</sup> فضل ماهر عسقلان: مرجع سابق، ص23.

يمكن القول بأن الآراء الفقهية الأربعة السابقة صحيحة، بمعنى أن الجنون ليس مرضاً بعينه أو حالة بعينها لها ضوابطها و أوصافها، بل أن عدة أمراض وحالات يمكن أن تندرج تحت وصف الجنون، ... وعليه لا يمكن تقييد الجنون بزمن معين.<sup>1</sup>

أما حكمي الجنون المطبق وغير المطبق فقد إضطلعت بهما المادتين 979، 980، حيث تقول المادة 979 بأن الجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز.<sup>2</sup>

" معنى هذا أن تصرفاته القولية والفعلية باطلة بطلانا مطلقا ولا أثر لها حتى إن أجازها الولي أو أجازها هو بعد أفاقته، ولكنه يطالب بضمان أفعاله الجنائية على النفس أو المال.

أما المادة 980 فنصت على أن "تصرفات المجنون غير المطبق في حالة إفاقته كتصرف العاقل

3"

...وعليه يفهم من نص المادتين السابقتين أن جميع تصرفات المجنون جنونا مطبقا وغير المطبقا باطلة، أما تصرفاتهما في حالة الإفاقة فهي صحيحة، في حين إذا ماكنت الإفاقة غير كاملة فإن حكم تصرفاتهما كحكم تصرفات الصغير المميز، وأرى أن هذا يقودنا مرة أخرى إلى إعتبار دور الخبرة الفنية الطبية والقضاء والخصوم هو الفيصل في تحديد فيما إذا كان الجنون مطبقاً أو غير مطبق وفيما إذا كانت الإفاقة تامة أو غير تامة.<sup>4</sup>

### ثانيا العته

... المعته عرفته المادة 945 من مجلة الأحكام العدلية ((المعته هو الذي إختل شعوره ، بحيث يكون فهمه قليلا وكلامه مختلطا وتدييره فاسدا)).

<sup>1</sup> فضل ماهر عسقلان: المرجع نفسه، ن ص.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ن ص .

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 24.

<sup>4</sup> فضل ماهر عسقلان: مرجع سابق، ص 24.

وعلى ذلك فإن العته كالجنون هو خلل يصيب العقل ولكنه يختلف عنه في أن صاحبه لا يكون في حالة هياج، ... والعته مرض عقلي يصيب الشخص عادة بسبب التقدم في السن أو المرض كتصلب الشرايين المخ، وإذا كانت وحدها وهي أولى مراحل إنحطاط العقل، لا تكفي وحدها للقول بإنعدام الإرادة، إلا أنها قد تكون سببا في إصابة الشخص بالعته<sup>1</sup>.

بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية، فإن المعتوه قد يقوم بتصرفات مختلفة إما قولية و إما فعلية فالنسبة للتصرفات القولية فإن حكمها يأخذ حكم تصرفات الصبي المميز لأن الآفة لم تذهب بعقله كما في الجنون بل أثرت فيه بالنقصان، و من ثم كان العته نوع من التمييز إلا أنه لا يرقى إلى تدبير الأمور تدبيراً سليماً والحكم عليها حكماً صحيحاً<sup>2</sup>.

### ثالثا السفه

السفه في اللغة على أنه " سفه سفهاً وسفاهاً خف وطاش وجهل، أما إصطلاحاً فيعرف على أنه " خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة"<sup>3</sup>. وقد عرفته المجلة في المادة 946 بقولها "السفيه هو الذي ينفق ماله في غير موضعه ويبدر في نفقاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف والذين لا يزالون يحفلون في أخذهم وإعطائهم لا يعرفون طريق تجارتهم وتمتعهم بسبب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضاً من السفهاء"<sup>4</sup>.

... وقد يطرأ السفه على شخص بعد بلوغه، فقد إتفق الفقهاء على من بلغ سفيهها أن يمنع عنه ماله ويظل تحت ولاية أبيه<sup>5</sup>.

2 بوكريزة أحمد: المسؤولية المدنية للقاصر-دراسة مقارنة- أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013/2014.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 45.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ن ص.

<sup>4</sup> علي بن محمد البزدوي، كشف الأسرار، طبع من طرف حسن حلمي الرزوري، ص 1397.

<sup>5</sup> مشاري سعد صالح الرشيد: مرجع سابق، ن ص.

لقوله تعالى (فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُجِلَّ هُوَ فَلْيَمَلِكْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ).<sup>1</sup>

### الفرع الثالث أسباب أخرى لعدم التمييز

توجد هناك عدة أسباب لعدم التمييز فتذهبه مؤقتا، ومن هذه الأسباب هي النوم والإغماء والسكر والسحر.

#### أولا النوم والإغماء

يعرف النوم على أنه " فتور طبيعي غير إختياري يمنع العقل مع وجوده و الحواس الظاهر السليمة عن العمل "

كما يعرف الإغماء بأنه " فتور غير طبيعي يزيل القوى وتعجز به ذو النهى عن إستعماله مع قيامه حقيقة ".<sup>2</sup>

ومن خلال التعريفات السابقة يتضح أن كل من النوم والإغماء يتشابهان في أنهما عوارض يمنعان العقل من إستعماله، فهما متعلقان بأمور وقتية وقصيرة، لا دخل للإنسان فيها.<sup>2</sup>

#### ثانيا السكر

يقول الدكتور وهبة الزحيلي في تعريفه بأنه، حالة تعرض الإنسان من إمتلاء دماغه من الأجرة المتصاعدة إليه، فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقيحة.<sup>3</sup>

وهو نوعان: سكر بطريق مباح كالحاصل من الدواء أو البنج أو حالة الإضطراب أو الإكراه، والسكر بطريق الحرام كالحاصل من الخمر أو أي مسكر آخر من البيرة، والسكر بنوعيه لا يذهب العقل بل يعطله فترة من الزمن، يزيل الإرادة والقصد.

حكمه على المشهور عند المالكية و ابن تيمية و ابن القيم من الحنابلة، أن يبطل الإرادة ولا يترتب عليها إلتزام، فتبطل عقوده وتصرفاته لعدم سلامة القصد أو الإرادة، سواء كان بطريق مباح أو

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 286.

<sup>2</sup> مشاري سعد صالح الرشيدى: المرجع السابق، ص 68

<sup>3</sup> فضل ماهر عسقلان: المرجع السابق، ص 38.

محظور، فلا يصح يمينه وطلاقه وإقراره ولا بيعه ولا لاهبته ولا سائر أقواله ... وقال جمهور الفقهاء يفرق بين السكر بمباح فليس إرادته أي إعتبار وبين السكر بمحرم فتقبل إرادته زجراً له وعقاباً على تسببه في تعطيل عقله...<sup>1</sup>

### ثالثاً السحر

قال الله تعالى " وَاتَّبِعُوا مَا تَتْلُو الشَّيَاطِينُ عَلَىٰ مُلْكٍ سُلَيْمَانَ ۗ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ " <sup>2</sup>

قال الله تعالى " قَالَ مُوسَىٰ أَنفُقُولُونَ لِلْحَقِّ لَمَّا جَاءَكُمْ ۗ أَسِحْرٌ هَذَا وَلَا يُفْلِحُ السَّاحِرُونَ " <sup>3</sup>

وقوله تعالى " فَلَمَّا أَلْقَوْا قَالَ مُوسَىٰ مَا جِئْتُمْ بِهِ السِّحْرُ ۗ إِنَّ اللَّهَ سَيُبْطِلُهُ ۗ إِنَّ اللَّهَ لَا يُصْلِحُ عَمَلَ الْمُفْسِدِينَ " <sup>4</sup>

وقوله تعالى " وَالْقِيََامَ مَا فِي يَمِينِكَ تَلَقَّفْ مَا صَنَعُوا ۗ إِنَّمَا صَنَعُوا كَيْدٌ سَاحِرٍ ۗ وَلَا يُفْلِحُ السَّاحِرُ حَيْثُ أَتَى " .

عَنْ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: "سَحَرَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي زُرَيْقٍ يُقَالُ لَهُ: لَيْدُ بْنُ الْأَعْصَمِ، حَتَّى كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُحْيِلُ إِلَيْهِ أَنَّهُ كَانَ يَفْعَلُ الشَّيْءَ وَمَا فَعَلَهُ، حَتَّى إِذَا كَانَ ذَاتَ يَوْمٍ أَوْ ذَاتَ لَيْلَةٍ وَهُوَ عِنْدِي، لَكِنَّهُ دَعَا وَدَعَا، ثُمَّ قَالَ: يَا عَائِشَةُ، أُشْعِرْتُ أَنَّ اللَّهَ أَفْتَانِي فِيمَا اسْتَفْتَيْتُهُ فِيهِ، أَتَانِي رَجُلَانِ، فَقَعَدَ أَحَدُهُمَا عِنْدَ رَأْسِي، وَالْآخَرُ عِنْدَ رِجْلِي، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لَصَحَابِهِ مَا وَجَعُ الرَّجُلِ؟ فَقَالَ: مَطْبُوبٌ قَالَ: مَنْ طَبَّهُ؟ قَالَ: لَيْدُ بْنُ الْأَعْصَمِ، قَالَ: فِي أَيِّ شَيْءٍ؟ قَالَ: فِي مُشْطٍ وَمُشَاطَةٍ وَجُفٍّ طَلَعِ نَخْلَةَ ذَكَرٍ، قَالَ: وَأَيْنَ هُوَ؟ قَالَ: فِي بئرِ دَرَوَانَ فَاتَّأَهَا رَسُولُ اللَّهِ فِي نَاسٍ مِنْ أَصْحَابِهِ، فَجَاءَ فَقَالَ: يَا عَائِشَةُ، كَأَنَّ مَاءَهَا نُقَاعَةُ الْحِنَاءِ، وَكَأَنَّ رُؤُوسَ

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ن ص.

<sup>2</sup> سورة البقرة الآية 102.

<sup>3</sup> سورة يونس الآية 77.

<sup>4</sup> سورة طه الآية 81.

نَحَلِّهَا رُؤُوسَ الشَّيَاطِينِ، قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَفَلَا اسْتَخْرَجْتَهُ؟ قَالَ: قَدْ عَافَانِي اللَّهُ، فَكَرِهْتُ أَنْ أُتَوَّرَ عَلَى النَّاسِ فِيهِ آشْرَ فَأَمَرَ بِهَا فُدْفِنَتْ".<sup>1</sup>

يتفق العلماء على أن للسحر أثر وأنه تخيل، وبالتالي فإن إرادة المسحور تكون غير سليمة، حيث لا يتوافر لديه الإرادة والرضا اللازم وتوافرها في التصرفات القانونية كما هو حال بالنسبة للمجنون. ... وقد يؤثر السحر على كل مجالات حياة المسحور،... ونظراً لتأثير السحر على إرادة المسحور وسلبه لها، فإن الفقه الإسلامي يذهب إلى عدم وقوع طلاق المسحور إذا كان فاقداً للوعي بحيث لا يدري ما يقول، ولكن يجد نفسه مجبراً على التلفظ بالطلاق، فالمسحور كالمجنون أو المعتوه، أما إذا كان المسحور يعي ما يقول فيقع طلاقه شأنه شأن العقلاء الأصحاء.

<sup>1</sup> صحيح البخاري، رقم 6391

## الفصل الثاني:

الإطار العملي لمسؤولية عدم التمييز في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

نهاية وبعد أن تعرفنا في الفصل السابق على الإطار المفاهيمي لمسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار بما فيها تعريف بمسؤولية عديم التمييز، و عرض الأسباب التي تفقد الشخص إدراكه وتمييزه، سنتطرق في هذا الفصل إلى موقف كل من القانون والفقه الفرنسي بالإضافة إلى القانون المدني المصري بإعتبارهم من القوانين التي تأثر بها المشرع الجزائري، وهذا من خلال حصرهم في المبحث الأول بالإضافة إلى عرض موقف المشرع الجزائري قبل وبعد تعديل 2005 من مدى مسؤولية عديم التمييز، ونخصص الدراسة في المبحث الثاني من هذا الفصل إلى موقف الشريعة الإسلامية من مسؤولية عديم التمييز .

## المبحث الأول موقف القانون المدني الجزائري من مسؤولية عديم التمييز عن فعله

### الضار

يعتبر موضوع مسؤولية عديم التمييز من أكثر موضوعات المسؤولية المدنية إثارة للخلاف الفقهي والقانوني، حيث جاءت القوانين المدنية الوضعية بمذاهب شتى في طبيعة هذه المسؤولية، فذهبت بعض القوانين إلى قيام مسؤولية عديم التمييز، و أخرى نفت المسؤولية عنه، ويرجع هذا الخلاف إلى الأساس الذي إتخذه القوانين المدنية للإقامة المسؤولية عن الفعل الضار، حيث تسارعت بهذا الشأن نظريتان هما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية.

وتنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين، فالمطلب الأول جاء تحت عنوان الأساس القانون لمسؤولية عديم التمييز في ق م المصري وفي القانون المدني الفرنسي، وسنعالج في المطلب الثاني مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار في القانون المدني الجزائري قبل تعديل 2005 وبعد تعديل 2005.

## المطلب الأول الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي

اتجهت أكثر الشرائع الحديثة نحو تقرير مسؤولية عديمي التمييز عن أفعالهم الضارة على الأحوال التي لا يتسنى فيها للمصاب الحصول على التعويض من الشخص المسؤول عن عديم التمييز، الذي ارتكب الفعل الضار والتي يكون فيها مركز عديم التمييز المالي يسمح بإلزامه بتعويض المصاب ولو تعويض جزئياً.<sup>1</sup>

وقد سار المشرع المصري أيضاً في هذا الإتجاه، فنص في المادة (2/164) من التقنين المدني الحالي إستثناءً من حكم الفقرة الأولى من المادة المذكورة على أنه " ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم".<sup>2</sup>

وقد أخذ المشرع الفرنسي بمثل ذلك إذ أضاف بالقانون الصادر 3يناير 1968 إلى تقنين المدني نص المادة 2/489 الذي تقدمت الإشارة إليه ونص صراحة على مسؤولية البالغ المصاب بإضطراب عقلي عن أفعاله الضارة.<sup>3</sup>

فمن خلال هذا المطلب سنتعرض إلى نوع من التفصيل في الأساس الذي يستند إليه نص المادة 2/164 من ق.م المصري وذلك من خلال الفرع الأول، وفي الفرع الثاني نتطرق إلى أساس مسؤولية عديم التمييز في القانون الفرنسي، بإعتبار أن المشرع الجزائري تأثر بهذه القوانين تأثيراً كبيراً.

### الفرع الأول الأساس الذي يستند إليه نص المادة 2/164 من ق. المصري

يكاد ينعقد إجماع الفقه المصري على أن أساس المسؤولية الإستثنائية المنصوص عليها

في الفقرة الثانية من نص المادة (164) هو فكرة تحمل التبعة أو التضامن الإجتماعي، فغير

<sup>1</sup> سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية. القسم الأول، ط5. القاهرة، بدون دار نشر. 1992، ص 250-251.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 251.

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص 251.

المميز يتحمل تبعه أفعاله الضارة ولكن في حدود معينة فهي مسؤولية مقررة على خلاف الأصل العام.<sup>1</sup>

" (... ) يقول الدكتور فتحي عبد الله أن المشرع المصري قد تدارك بهذا النص ما قد ينجم من ضرر بالمضروبين من وراء إنتفاء المسؤولية لإنعدام التمييز، وقرر مسؤولية عديم التمييز مسؤولية مخففة في حالات، وهي مسؤولية لا تقوم على الخطأ، وإنما تقوم - كما هو الحال في الفقه الإسلامي - على ضمان الإلتلاف، فمن يرتكب فعلاً يصيب الغير في نفسه أو ماله عليه الضمان، فالفقه الإسلامي يجعل الضرر علة وسبباً للتضمنين، فإذا وجدت العلة وجد المعلول، وإذا كانت مسؤولية عديم التمييز وفقاً لنص المادة (2/164) ليست مطلقة كما هو الحال في القانون الفرنسي، إلا أنه يكون مسؤولاً عن أفعاله التي تلحق ضرراً بالغير بصرف النظر عن إدراكه ووعيه وتمييزه، فالمشرع المصري قرر في هذه الحالة مسؤولية موضوعية.<sup>2</sup>

في رأي الأستاذ فضل ماهر عسقلان أن المشرع المصري لم يأخذ بفكرة الخطأ بمعياره الموضوعي، كما أنه لم يأخذ بفكرة الضمان التي تقوم عليها مسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي، لأنه لو صح ذلك لكانت مسؤولية عديم التمييز أصلية لا إستثنائية وجوبية لا جوازية وكاملة لا مخففة، ولما كانت الفقرة الأولى من المادة (164) تقضي بكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، وعليه فإن نظرية تحمل التبعة التي قال بها معظم الفقه المصري تبقى هي الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز التي تضمنها نص المادة (2/164).<sup>3</sup>

### الفرع الثاني مسؤولية عديم التمييز في القانون الفرنسي وأساسها

مرت فكرة مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار، بتطور واضح في القانون الفرنسي، يمكننا تقسيمه إلى مرحلتين، حددهما صدور قانون 3 يناير 1968 بتعديل نص المادة (2/489) من القانون المدني الفرنسي.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام يوجه عام، ج1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1956، ص323.

<sup>2</sup> فضل ماهر محمد عسقلان: المرجع السابق، ص96.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ن ص.

### أولاً المرحلة الأولى السابقة على تعديل نص المادة (2/489) مدني فرنسي

تقوم المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي على الخطاء، والخطأ لدى جمهور الفقه الفرنسي يقوم على ركنين أحدهما مادي (التعدي) و الآخر معنوي (الإسناد)، ووفقا الركن الآخر، فانه لا يكفي لقيام الخطاء مجرد التعدي بل ضرورة وجود عنصر الإدراك.<sup>1</sup>

و الإدراك يرتبط بالتمييز، رغم أن المشرع الفرنسي يشترط صراحة التمييز لقيام المسؤولية المدنية للشخص من خلال المواد 1382 وما يلها، إلا أن جمهور الفقه الفرنسي (كولان وكبيتان ريرالو وسفاتيه روير و كاربونييه وغيرهم)، وسايره القضاء في ذلك، كان يشترط كمبدأ عام التمييز لقيام مسؤولية المدنية حيث يعتبر القضاء الفرنسي الأشخاص عديمي التمييز غير مسؤولين عن أفعالهم الشخصية الضارة التي تصيب الغير.

فقضت محكمة النقض الفرنسية بأن المسؤولية تفترض وجود الخطاء، والجنون والذي فقد تمييزه لسبب ما لا يملك إرادة واضحة ومن ثم لا يمكن أن يسند إليه خطأ ما.<sup>2</sup>

كما قررت في حكم آخر لها أن الخطاء المدني كالخطاء الجنائي يشتمل على عنصر شخصي يتضمن القدرة على التمييز<sup>3</sup>، كما قضت محكمة النقض الفرنسية أن عدم التمييز لا يسأل عما تسببه الأشياء التي هي تحت حراسته من الأضرار للغير لا مسؤولية تقصيرية ولا مسؤولية عقدية.<sup>4</sup>

ونخلص من كل ذلك أن التمييز شرط لازم لقيام الخطاء، ومن ثم المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي وأن لا يتصور قيام تلك المسؤولية في حق الأشخاص المحرومين من القدرة على التمييز والإدراك، وذلك يدعو إلى القول أن سلوك هذا الأخير حتى وإن اعتبر تعدياً وإنخرف عن سلوك المؤلف للرجل المعتاد، وهو أيضا سلوك معيب من الناحية الموضوعية، إلا أنه لا يمكن إعتبره سلوك خاطئا من الناحية القانونية، مادام هذا الشخص الذي يرتكب هذا السلوك غير قادر على التمييز وإدراك أفعاله الضارة.

<sup>1</sup> فضل ماهر محمد عسقلان: مرجع سابق، ص96.

<sup>2</sup> Cass req, 21 oct. 1901, dp.1901-1-524, note, Letellier, cass. civ 2 ;11mars 1965 ; d.1965.575, note ; Esmein

<sup>3</sup> Cass civ 2, 5mai 1959, buull-civ ; ll, n 347, p, 266, jcp, 1959-4-74.

<sup>4</sup> Cass civ -28 avr1 1947, d. 1947,329, conc, lenoan et note halau.

كما لم تسلم نظرية القائلين بعدم مسألة عديم التمييز حتى من بعض الفقهاء من أنصار نظرية الخطاء، وعلى رأسهم الفقيهان ( مازوا ) و أتباعهم اللذين يقولون بمسؤولية الجنون عن أفعاله الضارة إستناداً إلى فكرة الخطاء الموضوعي.

وتحت وطأة هذه الإنتقادات لجاء أنصار عدم المسؤولية إلى بعض الوسائل التي من شأنها التخفيف من هذا المبدأ، ومن ذلك القول بفكرة الخطاء السابق للمصاب بإضطراب العقلي، وإمكان إعتبار عديم التمييز حارساً ومسؤولاً عن غيره، وكذا إشتراط أن تثبت حالة إنعدام التمييز لحظة إرتكاب الفعل الضار، وأخيراً التوسع في الأخذ بمسؤولية الغير عما يأتيه عديم التمييز من أفعاله الضارة.<sup>1</sup>

غير أن الشراح والمحاكم التي أخذت بالرأي الذي كان راجحاً في فرنسا والذي كان يقرر إنعدام المسؤولية بإنتفاء التمييز لم يفتهم ما في تقرير ذلك من إجحاف بالمصاب، فأبرز الشراح هذا الإجحاف وإجتهدت المحاكم في الحد منه بالوسائل الآتية:

فمن جهة ضيقت المحاكم في معنى الجنون الذي يذهب بالتمييز فاشتطت فيه أن يكون يفقد التمييز فقداً تاماً، ومن جهة أخرى تشددت المحاكم في إثبات عدم التمييز، بعد أن جعلت التمييز هو الأصل وعدمه الإستثناء، فألقت عبء الإثبات على المدعى عليه، ولم تكثف بإثبات حالة الجنون أو العته بوجه عام، بل تطلبت إثبات توافر هذه الحالة وقت إرتكاب الفعل الضار بالذات.<sup>2</sup>

ومن جهة أخرى ثالثة تساهلت المحاكم كثيراً في رد حاله الجنون بعد ثبوتها إلى خطأ وقع من المدعى عليه قبل جنونه وأدي به إلى هذا الجنون بحيث يجعله مسؤولاً عن كل ما وقع منه من أفعال أثناء فقدته للتمييز.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عمر بن الزبير: مرجع سابق، ص 174-176.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 174.

<sup>3</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 246-248.

ثانياً المرحلة الثانية المرتبطة بتعديل نص المادة (2/489) مدني فرنسي

## I تعديل نص المادة (2/489) ق.م ف

نص المشروع الذي تقدمت به الحكومة، كان يقرر أن من يلحق ضرراً بغيره وهو تحت تأثير إختلال عقلي يلتزم بتعويضه، ومع ذلك فإنه يكون للقضاء مع تقدير ظروف كل من المضرور ومرتكب الفعل الضار، أن يخفض مقدار التعويض، وإن كانت هذه السلطة لا تقوم في حالة ما إذا كانت مسؤولية المصاب بإختلال عقلي تقوم بإعتباره متبوعاً أو مسؤولاً عن الأشياء، إلا أن النص قد عدل في الصياغة النهائية أثناء المناقشة التي دارت حوله فحذفت الفقرة الأخيرة منه التي تجعل للقضاء سلطة تخفيض التعويض، بحيث أصبح في صياغته النهائية يقرر أن "من يلحق ضرراً بغيره وهو تحت تأثير إختلال عقلي، يلتزم بتعويضه".<sup>1</sup>

## II المشكلات التي يثيرها النص

"يمثل هذا النص تطوراً هاماً في موقف المشرع الفرنسي من مسؤولية عديم التمييز، التي رأينا أنها على مدى زمن طويل كانت ولا تزال محل جدل كبير بين الفقه والقضاء...".  
إلا أنه من جهة أخرى قد أثرت تساؤلات عديدة حول الكثير من المسائل نظراً لأنه لم يحل المشكلة بصورة كاملة.

وبذلك لم يتعرض لوضع عديمي التمييز بسبب صغر السن، كما أثار الخلاف حول وضع المختلين عقلياً من القصر ومدى إمكان تطبيقه عليهم، كما أثار التساؤل حول مدى التعويض، وهل يلزم أن يكون كاملاً أم يمكن أن يكون جزئياً؟ كما أن فريقاً من الفقه قد أثار مشكلة التشدد البادي في النص.

فهو و إن كان يحقق العدالة للمضرور، إلا أنه شديد القسوة على المريض بالإختلال العقلي، ومن ثم فقد حاولوا التخفيف من قسوة الأحكام التي تضمنها النص الجديد، في محاولة إقامة التوازن بين مصلحة المضرور ومحدث الضرر.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 251.

<sup>2</sup> فضل محمد ماهر عسقلان: مرجع سابق، ص 93-94.

### III الأساس القانوني الذي يستند إليه نص المادة (2/489)

يلاحظ أن الفقه ظل على تردده واختلافه الذي كان قائماً قبل إعتناق المشرع صراحة لمبدأ المسؤولية، فوجد أن بعضهم يتمسك بأن الخطأ بمفهومه الموضوعي هو أساس المسؤولية، كما أن منهم من يأخذ بفكرة العدالة أساساً لها، بينما ظل البعض متمسكاً بفكرة واجب المساعدة، كما إستمر البعض على إعتناقه لفكرة الضمان.

ويعتقد كما سبق أن فكرة الخطأ بمفهومه الموضوعي تعد الأساس القانوني المناسب لهذه المسؤولية،

يعتبر نص المادة (2/489) خطوة محمودة خطاها المشرع الفرنسي بتقرير مسؤولية المرضى المختلين عقلياً عن أفعالهم الضارة، ولكنها خطوة قاصرة، فقد كان ينبغي أن يأتي النص مقررراً مسؤولية عديم التمييز بصفة عامة، مع وضع النص في مكانه المناسب بين النصوص الواردة في شأن المسؤولية عن الفعل الضار، حيث أن النص قد ورد في باب حماية المرضى المختلين عقلياً بالغي سن الرشد، ويبدو أن المشرع قد أخذ في خصوص هذا التعديل بالرأي القائل إن أساس مسؤولية عديم التمييز يكمن في الخطأ بمفهومه المادي.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني موقف المشرع الجزائري من مدى مسؤولية عديم التمييز التقصيرية قبل وبعد تعديل 2005

إذا كان موقف المشرع الجزائري مستقر و واضح من مسألة إشتراط التمييز لقيام المسؤولية المدنية للمتسبب في الضرر، فإن موقفه من مسؤولية عديم التمييز عرف تطوراً هاماً إثر تعديل القانون المدني بموجب القانون 10/05 المعدل والمتم للقانون المدني الجزائري، والذي ألغى بموجب الفقرة الثانية من المادة 125 والتي كانت تقرر مسؤولية إستثنائية لعديمي التمييز، على نحو يمكن معه دراسة موقف المشرع الجزائري من مسؤولية عديم التمييز على مرحلتين ما قبل التعديل وذلك من خلال الفرع الأول من هذا المطلب، والمرحلة الثانية هي ما بعد تعديل القانون المدني بصدر ق 10/05 وذلك في الفرع الثاني من هذا المطلب.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> فضل محمد ماهر عسقلان: مرجع سابق، ص95.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ن ص.

## الفرع الأول موقف المشرع الجزائري من مسؤولية عديم التمييز قبل تعديل قانون المدني بموجب قانون 10/05

نصت الفقرة الثانية من المادة 125 من القانون م. ج قبل إلغاؤها " غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز، للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم". مسؤولية عديم التمييز قبل صدور ق م 10/05 أثارت جدلاً كبيراً على أساس أنها خرقت عدة مبادئ، ولم يتفق الفقهاء على تسمية واحدة لها فسميت على أنها مسؤولية إحتياطية، وسميت كذلك على أنها مسؤولية جوازية وقيل عنها أنها مسؤولية موضوعية على أساس أنها لا تقيم للخطأ وزن، كون عديم التمييز لا يتوفر فيه أحد عناصر الخطأ لذلك قيل أن أساسها الضرر و ليس الخطأ فأدرجت لذلك تحت لواء المسؤولية الموضوعية، كما قيل عنها أنها مخففة على أساس أن التعويض يكون فيها معادلاً و مراعي فيها مركز الخصوم.<sup>1</sup>

## أولاً الضوابط التي تحكم مساءلة عديم التمييز بموجب الفقرة الثانية من المادة 125 ق.م.ج

"بعد أن أسس المشرع في الفقرة الأولى من م 125 ق م ج قاعدة عامة تقضي بعدم مسؤولية عديم التمييز كأصل عام، وهي قاعدة تساير الشريعة العامة للمسؤولية التقصيرية المقررة في المادة 124، والتي تتطلب الخطأ ركناً لقيام المسؤولية، وعديم التمييز لا يمكن أن يرتكب خطأً كونه محروم من ميزة الإدراك والتمييز، إلا أن ذلك لا ينفي أنه بإمكانه أن يتسبب في الضرر للغير والقول بعدم مسؤوليته يؤدي حتماً إلى حرمان المضرور من أي تعويض...".

ومن هنا ظهر للمشرع مدى قسوة تلك القاعدة على المضرور خاصة في الحالات التي يكون فيها عديم التمييز في مركز مالي أحسن من المركز المالي للمضرور، فقرر من خلال الفقرة الثانية إقرار مسؤولية إستثنائية على عاتق عديم التمييز، والتي رأى أنه من شأنها التخفيف من غلو تلك القاعدة.<sup>2</sup>

1 مصطفى بو بكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ و الضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الأزرطة، الإسكندرية، 2015، ص15.

<sup>2</sup> عمر بن الزوير : المرجع السابق، ص188.

ومسألة عدم التمييز في ضوء المادة 125 / 2 تحكمها مجموعة من الضوابط يمكن تلخيصها كالاتي:

I مسؤولية إستثنائية لأنها مقررة خلافا للأصل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 125 / 1 ق.م إذ أنها مسؤولية دون خطأ، في حين أن القاعدة العامة تقضي أن لا مسؤولية بدون خطأ وأن عدم التمييز لا يسأل.<sup>1</sup>

II مسؤولية إحتياطية أي أنها لا تقوم إلا إذا لم يكن هناك مسؤول عن عدم التمييز، أو أنه موجود لكن تعذر على المضرور الحصول منه على تعويض لأي سبب من الأسباب، كأن ينجح في نفي الخطأ عن نفسه أو يثبت أنه معسر.<sup>2</sup>

III مسؤولية جوازية أي أن أمرها متروك للقاضي، فله أن يحكم بها إذا رأى أن حالة عدم التمييز المالية تسمح بالزامة بالتعويض، وله أن لا يحكم بالتعويض إذا وجد أن حالة عدم التمييز لا تسمح بإلزامه بذلك.<sup>3</sup>

IV مسؤولية موضوعية أي أنها لا تقوم على أساس الخطأ، وإنما تقوم على أساس الضرر، ذلك أن عدم التمييز لا ينسب له خطأ ، لعدم إدراكه وتمييزه، و أن الإدراك والتمييز هو ركن في الخطأ يستحيل أن يقوم بدونه، وإذا لم تقم المسؤولية على أساس الخطأ، فهي بالضرورة حتما تقوم على أساس الضرر، ومن هنا جاءت صياغة المشرع دالة على ذلك دلالة واضحة، حتى أنه قال " إذا وقع الضرر من شخص غير مميز" ولم يقل مثلا "إذا وقع الفعل الضار" بما يوضح أن المشرع يركز على الضرر أكثر من تركيزه على الفعل أو صاحب الفعل.<sup>4</sup>

V مسؤولية مخففة أن مسؤولية عديم التمييز هي مسؤولية مخففة، بمعنى أنه إذا ما تقرر مساءلته عن الضرر الذي ألحقه بالغير فهو لا يلزم بالضرورة بجبر الضرر جبراً كاملاً، وإنما للقاضي أن يكتفي بالتعويض العادل كما تقرره صراحة الفقرة الثانية من المادة 125 ق م ج "مراعاة منه لمركز الخصوم"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية، ج2، ديون المطبوعات الجامعية، 2007الساحة المركز، الجزائر، 2007، ص 79-80.

<sup>2</sup> مصطفى بو بكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الازارطة، الإسكندرية، 2015، ص 15.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 81.

<sup>4</sup> مصطفى بو بكر، مرجع سابق، ص 79.

<sup>5</sup> عمر بن الزوبيير: مرجع سابق، ص 189.

### ثانياً أساس مسؤولية عديم التمييز على ضوء الفقرة الثانية من المادة 125 ق.م.ج

اختلفت الآراء الفقهية حول الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار في ضوء الفقرة الثانية من المادة 125 ق م ج، فمنهم من رأى أنها تقوم على أساس تحمل التبعة، باعتبار أن هذه النظرية تكتفي بالضرر للإقامة المسؤولية دون الخطأ، "ومن يرى بأن المشرع في إقراره لمسؤولية عديم التمييز، إنما أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية،... غير أن غالبية الفقه الجزائري يرد مسؤولية عديم التمييز المخففة إلى فكرة العدالة، ويرون بأن المشرع الجزائري يكون قد إستحدث نظاماً تعويضياً مستقلاً يستند إلى العدالة، بالنظر إلى عجز الخطأ باعتباره أساس نظام المسؤولية عن ضمان تعويض المضرور في هذا النوع من القضايا.<sup>1</sup>

في حين رأى جانب آخر من الفقه أن ما تقرره الفقرة الثانية من المادة 125 ق م ج على عاتق عديم التمييز من إلتزام بالتعويض تخرج تماماً عن فكرة المسؤولية الشخصية أو الموضوعية، ذلك أن كلاهما متى توافرت شرائطهما يلزمان المتسبب في الضرر بالتعويض، وبصرف النظر عن الوضع الإجتماعي للمسؤول أو الضحية، وكذلك كون القاضي غير ملزم بالحكم على المتسبب في الضرر، إذا له سلطة تقديرية واسعة في الحكم أو عدم الحكم على عديم التمييز بالتعويض، وكذلك لكون مقدار التعويض الذي يلتزم به عديم التمييز لا يحدد على أساس الضرر.<sup>2</sup>

فبالنسبة لمبدأ الإلتزام يجوز للقاضي أن يطبق القاعدة العامة بعدم مسؤولية عديم التمييز، أو أن يقرر مسؤولية مخففة، أما بالنسبة لتقدير التعويض فالقاضي أن يكتفي بالتعويض العادل، أو يقرر الحكم على عديم التمييز بجبر كافة الأضرار التي تسبب فيها للغير، وكل ذلك يكون المشرع الجزائري آنذاك قد أخذ كغيره من التشريعات العربية الأخرى بكل وسط، حاول من خلاله الموازنة بين مصلحة عديم التمييز و مصلحة المضرور، وهما مصلحة متعارضتان، حيث قرر من جهة مسؤولية عديم التمييز على سبيل الإستثناء، أي متى تعذر الرجوع بالتعويض على من يتولى رقابته، إمّا بسبب كونه غير موجود، أو هو موجود، لكنه غير موسر، وهو من جهة أخرى لم يلزم عديم التمييز بالتعويض الكامل كقاعدة عامة، وإنما ترك للقاضي أن يقدر التعويض مع مراعاة الظروف المالية للمضرور وعديم

<sup>1</sup> محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 39.

<sup>2</sup> عمر بن الزبير: مرجع سابق، ص 190.

التمييز في آن واحد، وهذا الحل يبدووا بحسب تعبير البعض الأكثر عدالة بالنسبة لعدم التمييز والمضور، وإن لم يكن في ذات الوقت حلاً عادلاً تماماً لكلاهما.<sup>1</sup>

**الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري من مسؤولية عديم التمييز بعد صدور قانون 10/05 ق.م.ج**

لقد أغفل المشرع الجزائري عن ذكر مسؤولية عديم التمييز، فلم يخصص لها أي مادة تتكلم عن مسؤوليته بعد تعديله في 2005 حيث تكلم فقط عن مسؤولية المميز في نص المادة 125 ق.م.ج، على عكس المشرع المصري الذي نص صراحة على مسؤولية عديم التمييز في نص المادة 164 ق م م كما رأينا سالفاً، ومن خلال هذا الفرع سنتطرق مواصلةً لهذه الدراسة إلى مدى مسؤولية عديم التمييز عن فعله الشخصي كأول محطة، ونعالج فيما يلي مدى مسؤولية عديم التمييز بإعتباره متبوعاً وبإعتباره حارساً، وذلك وفق النحو الآتي:

### **أولاً مدى مسؤولية عديم التمييز عن فعله الشخصي**

"نجد أن موقف المشرع الجزائري جاء غريباً، مغايراً لكل الاتجاهات الحديثة في المسؤولية التقصيرية، والمستقر على مساءلة عديم التمييز تحقيقاً للعدالة، ويبقى سبب إلغاؤه للفقرة الثانية من المادة 125 مجهولاً إلا أن يفسر بتأثره بالقانون الفرنسي لما قبل 1968، وعدم درايته بالثورة التي قادها القضاء الفرنسي في هذا المجال، برغم من أن المشرع قد برر سبب تعديله للقانون المدني 05-10 أنه تم ذلك من أجل مسايرة التطور الذي وصل إليه المجتمع الجزائري..."<sup>2</sup>

### **I. إرتباط قيام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني بعنصر التمييز**

الإدراك كعنصر نفسي في الخطاء هو التمييز (le discernement)، ولهذا كان التمييز مناط المسؤولية، فهي تقوم إذا وجد وتعدم إذا فقد، المشرع الجزائري صريح في هذا المعنى حيث نص في المادة 01/125 ق.م.ج بأنه " يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه هو مميز"، وعلى هذا النحو فالصبي غير المميز لا يكون مسؤولاً بحسب الأصل عما يحدثه من

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 191.

<sup>2</sup> مصطفى بو بكر، المرجع السابق، ص 83.

ضرر للغير بسلوكه ، مهما كان في هذا السلوك من إنحراف عن سلوك الشخص العادي (1/42 و 44 ق.م) أما من بلغ سن التمييز 13 سنة كاملة فيعتبر مميزاً وتصح مسألته مسائلة تقصيرية.<sup>1</sup> فمن إكتمل سن تمييزه ولم يكن كامل الأهلية المدنية تصح مسألته حتى يقوم الدليل على إنعدام تمييزه لأي سبب كان كافة عقلية أو عارض مؤقت، ولكن حماية للمضور في التعويض فإن المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات العربية الأخرى أناط هذه المسؤولية مباشرة للشخص المكلف برقابة عديم التمييز.<sup>2</sup>

فقد نصت المادة 134 بعد تعديلها بالقانون 10/05" كل من يجب عليه قانوناً أو إتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعلة الضار".<sup>3</sup>

لكن هذا الموقف رغم ما فيه من إيجابيات ومن وضوح قانوني في يد قاضي الموضوع، إلا أن سلبياته هي أيضا كثيرة، لعل أهمها إذا إستطاع الرقيب أن يدفع عنه المسؤولية بإثبات عدم إرتكابه لأي خطأ تقصيري في الرقابة أو حتى بإثبات السبب الأجنبي للضرر فكيف يكون مصير حق المضور في التعويض فلا عديم التمييز مسؤول قانوناً رغم أنه هو الذي أحدث الضرر وهذا للإنعدام تمييزه، ولا الرقيب مسؤول بمجرد دفعه للمسؤولية عنه بالطريق القانوني.

ثم لو سلمنا هذا الإتجاه القانوني الجديد في تشريعنا كيف نواجه الحالة التي يكون فيها عديم التمييز أو المكلف بالرقابة مليئاً مالياً، بينما المضور الفقير الذي زاده الحدث الضار والذي لا وجود فيه لأي مسؤول، إن الحل الذي إختاره المشرع الجزائري بإشراطه التمييز لقيام المسؤولية التقصيرية بوجه عام، كان من المفروض أن ينص عن حل قانوني إستثنائي لمثل هذه الحالات كأن يحدث صندوقاً إجتماعياً للضمان أو التأمين أو التعويض، تكون مصدر أمواله عبارة عن الإشتراكات يتحملها الشخص مرحلياً.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 74-75.

<sup>2</sup> بو كرزازة أحمد، المرجع السابق، ص 267.

<sup>3</sup> المادة 134 ق.م. ج، رقم 10/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005 يعدل ويتمم الامر 58/75 و المنشور في الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2005،

ص

<sup>4</sup> بو كرزازة أحمد: المرجع السابق، ص 268.

## II. تحليل موقف المشرع الجزائري من مسؤولية عديم التمييز بعد إلغائه للفقرة الثانية من المادة 125 ق.م ج

بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية لمشروع قانون تعديل القانون المدني، لم نجد الأسباب والمبررات التي إستند إليها المشرع في إلغائه للفقرة الثانية من المادة 125، ويعتقد أن المشرع قد حاول تعويض إلغائه لمسؤولية عديم التمييز بإدخاله تعديلات على المادة 42 مدني، وذلك بخفض سن التمييز من 16 سنة إلى 13 سنة<sup>1</sup>، بالإضافة إلى نص المادة 134 مدني الخاصة بمسؤولية متولي الرقابة، ومع ذلك فإنه إعتقد أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في ذلك تماما وقد جانب الصواب، وذلك للأسباب التالية:

1- إن إلغاء المشرع الجزائري لمسؤولية عديم التمييز يتناقض تماما مع روح التعديل الذي أدخله على قواعد المسؤولية التقصيرية (المتبوع، المنتج).

2- إن مسؤولية عديم التمييز على ضوء الفقرة الثانية من المادة 125 ق م ج لم تكن تقرر المسؤولية والإلتزام المباشرة على عاتق عديم التمييز فهي (إستثنائية، إحتياطية، مخففة، جوازية)

1- أنه في نفس الوقت الذي ألغى فيه المشرع الفقرة الثانية من المادة 125 ق م ج ألغى أيضا حق المكلف بالرقابة في الرجوع على الخاضع للرقابة، وهنا قد يبدو الأمر مقبول نسبيا للحالة التي يكون فيها المكلف بالرقابة هو الأب أو الأم، فرجوع الأبوين على الابن الخاضع للرقابة قد يبدو غير منطقي وغير عملي في أغلب الأحوال، فهم ملزمان بالإتفاق عليه بالأساس، لكن خارج هذه التطبيقات هل يعقل أن يتحمل متولي الرقابة خاصة الفقير بمفرده التعويض عن الضرر الذي يحدثه الخاضع للرقابة في الحالة التي يكون فيها هذا الأخير ثريا أو على الأقل أيسر حالا من المكلف بالرقابة<sup>2</sup>.

"الحقيقة أن هذا الحل غير منطقي وغير مقبول، وغير عادل (...)، وإذا كان بعض الفقه عندنا قد أثنى على المشرع في إلغائه نص الفقرة الثانية للمادة 125 واعتبره قد وفق في ذلك

<sup>1</sup> تنص المادة 42 بعد التعديل " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. - يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة" الجريدة الرسمية العدد 44، ص  
<sup>2</sup> عمر بن الزوبرير، مرجع سابق، ص 192-193.

بحجة أنه من شأن ذلك تجنب كل تحريف للمبادئ التي إستقر عليها نظام المسؤولية المدنية القائمة على الخطأ، وأنه يمكن التكفل بهذه الحالات في إطار النظام الجديد للتعويض، لاسيما المادة 140 مكرر 1 فإننا لا نؤيد هذا الرأي لسبب بسيط، وهو أن الوضع الذي تعالجه المادة (140 مكرر 1) مختلف تماماً عما نحن بصددده بالنسبة لمسؤولية عديم التمييز، لأنها تتعلق بمسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الجسمانية في حالة إنعدام المسؤول، وهي لا تنطبق بالنسبة لمسؤولية عديم التمييز، لأن المشرع لم ينص على ذلك لا صراحة ولا ضمناً.<sup>1</sup>

إن المشرع الجزائري جانب الصواب في إلغائه الفقرة الثانية من المادة 125 من القانون المدني الجزائري، صحيح أن إستبعاد مسؤولية عديم التمييز هو أمر يتماشى مع الشريعة العامة المقرر بالمادة 124 ق م ج، والتي تجعل من الخطأ بعبده الأخلاقي أساساً لها، بحيث لا يلزم بالتعويض إلا الشخص المميز المدرك لأفعاله ونتائجها، غير أن هذا المنطق لا يبدو مقبولاً.<sup>2</sup>

### ثانيا مدى مسؤولية عديم باعتبار متبوعا

لم يوضح المشرع الجزائري موقفه صراحة من شرط التمييز في نص المادة 136 ق 10/05<sup>3</sup> المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، بناءً على هذا النص فإذا تحققت هذه الشروط فإن الأثر المترتب عن ذلك هو قيام مسؤولية تقصيرية ضد المتبوع بإلزامه بالتعويض، ولكن بالرجوع إلى موقف الفقه القانوني وبعض أحكام القضاء نجد هناك تبايناً في ذلك:<sup>4</sup>

I. الرأي الأول: يرى وجوب توفر عنصر التمييز في المتبوع حتى تقوم مسؤوليته عن فعل تابعه، وتعليلات هذا الرأي: أن رابطة التبعية تتضمن دائماً عنصرين الأول العمل القانوني والثاني السلطة المادية للمتبوع في رقابة تابعه وتوجيهه، وهذان العنصران لا يمكن تحققهما إلا إذا توفر التمييز في المتبوع حتى وإن لم يكن المتبوع حراً في إختيار تابعة.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 194.

<sup>2</sup> عميرين الزويير، المرجع نفسه، ن ص.

\* "يكون المتبوع مسولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعاً منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها. أن تتحقق علاقة تبعية بين التابع والمتبوع متى كان التابع يعمل لحساب المتبوع".

<sup>4</sup> بو كرزازة احمد: مرجع سابق، ص 270-271.

II. الرأي الثاني: ينتقد الرأي السابق ويرى أنه من المتعذر قبوله، حيث يمكن أن يكون عديم التمييز متبوعاً، ويتولى عنه الرقابة والتوجيه وليه أو وصيه أو قيمه ويشترطون لذلك ألا يتعارض موقفهم هذا من أساس مسؤولية المتبوع -خارج الخطأ- والذي يتطلب تعدياً وتمييزاً في آن واحد<sup>1</sup>.

### ثالثاً مدى مسؤولية القاصر غير المميز بإعتباره حارساً

تختلف الإجابة عن ذلك تشريعياً وفقهياً وحتى قضائياً، بحيث إنقسمت الآراء تبعاً لمدى إعتبار الخطأ أساساً للمسؤولية على الشيء.

و بالرجوع إلى القاعدة العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي وأساسها الخطأ، ولا خطأ بدون تمييز وهو ما أكده المشرع صراحة في نص المادة 125 / ف 10/05 بعدم قيام مسؤولية ضد شخص إلا إذا كان يتمتع بالتمييز.

"وبالتنسيق من نص المادة 125 والمادة 1/138 ق م ج نقول أنه لا يمكن أن تنهض مسؤولية شخص عن فعله الشخصي أو بإعتباره حارساً لشيء من الأشياء إلا إذا كان مميزاً أو مدركاً، وبإندامه يمكن للمضرور أن يلجأ إلى أحكام المسؤولية عن فعل الغير "مسؤولية المكلف بالرقابة" إذا توفرت شروطها القانونية المادة 134 ق 10/05 من تولى الرقابة على الغير قانوناً أو إتفاقاً، وأن يكون الخاضع للرقابة في حاجة لرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، وأن يحدث ضرراً للغير بفعل الخاضع للرقابة، فإذا توفرت هذه الشروط إعتبر الرقيب مسؤولاً مسؤولية قانونية عن فعل الغير، وقوامها الخطأ المفترض في جانب الرقيب."

### المبحث الثاني موقف الشريعة الإسلامية من مسؤولية عديم التمييز

للبحث في موقف الشريعة الإسلامية من مسؤولية عديم التمييز، ينبغي أن يتم ذلك في ضوء قاعدتين هامتين: أولاهما، أن المباشر ضامن و إن لم يتعمد (أو يتعد)، وثانيهما، أن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً،<sup>2</sup> وهذا يقتضي أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين تخصص

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 273.

<sup>2</sup> فضل ماهر أحمد عسقلان: المرجع السابق، ص 100.

الدراسة في المطلب الأول إلى المباشرة والتسبب، كما يعرض في ثانيها مدى مسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي بإعتباره حارساً للأشياء وسيتم هذا كما يلي:

### المطلب الأول المباشرة والتسبب

إذا كانت الشريعة الإسلامية تأخذ أساساً بمبدأ الضمان الفردي الذي يقضي بأن كل شخص يضمن فعله الشخصي و لا يضمن فعل غيره كقاعدة عامة.

قال الله تعالى { وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَمَا أَلَتْنَاهُمْ مِنْ عَمَلِهِمْ مِنْ شَيْءٍ كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ }<sup>1</sup>.

قال الله تعالى { لِكُلِّ امْرِئٍ مِنْهُمْ مَا اكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ }<sup>2</sup>

قال الله تعالى { وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ۗ وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ جِوَاهِرِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۗ إِنَّمَا تُنذِرُ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُم بِالْغَيْبِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ ۗ وَمَنْ تَرَكَ فَإِنَّمَا يَتْرِكْ لِنَفْسِهِ ۗ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ }<sup>3</sup>.

إذا كانت الشريعة الإسلامية تميز بالنسبة للضمان أو المسؤولية المدنية بين الأضرار التي تحدث مباشرة، وفيها يسأل المباشرة لها دون حاجة لشروط الأخرى، الأضرار التي تحدث تسبباً ويشترط لضمائها التعمد أو التعدي، فما مدى اشتراط الإدراك أو التمييز في الفعل الضار مباشرة أو تسبباً؟ وبالأحرى هل يعد عديم التمييز مسؤولاً ((ضاماً)) عن الضرر الذي أحدثه مباشرة أو تسبباً؟<sup>4</sup> ومنه ما يلي:

### الفرع الأول: المباشرة

#### أولاً المقصود بالمباشرة

المباشرة في الفقه الإسلامي، علة مستقلة في ذاتها، فمتى ثبت أن فعل الشخص هو الذي أدى إلى ما تحقق من ضرر، فلا يكون من الضرورة البحث فيما إذا كان متعدياً أو غير متعد، وذلك إستناداً للقاعدة " المباشرة ضامن وإن لم يتعمد أو يتعد".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> سورة الطور، الآية 12.

<sup>2</sup> سورة النور، الآية 11.

<sup>3</sup> سورة الفاطر، الآية 18.

<sup>4</sup> بو كرزازة أحمد: مرجع سابق، ص 277

<sup>5</sup> حسان علو حسين، الأضرار التي تلحق بالمتهم وعلاجها دراسة مقارنة في الفقه والقانون، دار الكتب العلمية، 1971، بيروت، ص 50.

وكما يقصد بالمباشرة وفق الشريعة الإسلامية أيضا، أنها كل فعل جلب بذاته الضرر وكان سببا له، لم يفصل بينه وبين حدوث ضرر فعل آخر، ويكون الإضرار بالمباشرة ويقال لفاعله مباشر، أي أن هناك إتصال بين أداة الإضرار ومحل الضرر"<sup>1</sup>

وكما جاء في موسوعة الفقه الإسلامي في الباب الحادي عشر للكتاب المعاملات الغصب تحت عنوان الأيدي التي تضمن النفوس والأموال تعريف اليد المباشرة أنها كل يد تسببت في إتلاف للغير نفساً أو مالا بغير حق عمداً أو سهواً أو جهلاً.

كما يقصد بالمباشرة: " الأضرار التي تنشأ عن نفس الفعل الذي سببها، وتختلط مادياً معه وبذلك فالمباشر من كان فعله هو الذي أدى مباشرة إلى الضرر".<sup>2</sup>

و عرّفها الدكتور علي الخفيف بأنها " ما كانت نتيجة مباشرة لما باشره المعتدي من فعل دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر".<sup>3</sup>

يلاحظ من خلال مفهوم المباشرة بأن الضرر الذي ينتج عن فعل المباشرة يحصل بدون أن يكون هناك أي واسطة لحدوثه تفصل الفعل عن الضرر، والمباشرة جاءت في الفقه الإسلامي نوعان، الأولى مباشرة علّة والثانية مباشرة شرط، ومباشرة العلة هي التي تباشر النتيجة وتؤثر في الحكم في حين الشرط هو " وصف ظاهر منضبط يتوقف على وجوده وجود الحكم ويلزم عدمه عدم الحكم".<sup>4</sup>

الشخص المتبصر في كلا النوعين يجد بأن مباشرة الشرط هي أكثر وضوحاً في مسؤولية المباشرة من مباشرة العلة، فيتضح معالم هذين النوعين في المثال التقليدي الذي أخذ به الفقه الإسلامي، وهو ما ورد في مجلة الأحكام العدلية في المادة (888) حيث إنقطع الحبل مباشرة علّة يؤثر على الحكم ويباشر في النتيجة وهي " إتلاف الحبل " ومباشرة شرط في سقوط القنديل حيث أنه لولا إتلاف الحبل لما سقط القنديل فسقوط القنديل يرتبط بوجود واقعة إتلاف الحبل.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> هشام عبد الرحمان الزرعوني: المسؤولية المدنية لمأموري الضبط القضائي دراسة مقدمة لنيل درجة الماجستير، القانون الخاص، جامعة للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة، 2016، ص91.

<sup>2</sup> منصور أمجد محمد، مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار، ص89-90.

<sup>3</sup> الخفيف علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، القاهرة، معهد الدراسة القانونية والتشريعية، ط 1، 1971، 94.

<sup>4</sup> سراج محمد، أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 1998، ص 57.

<sup>5</sup> رنا ناجح طه دواس: المسؤولية المدنية للمتسبب دراسة مقارنة، أطروحة للإستكمال متطلبات درجة الماجستير، قانون الخاص، كلية الدراسة العليا في جامعة الوطنية، نابس، فلسطين، 2010، ص 25-26.

يستخدم الفقهاء لفظ المباشرة في مسائل الجنايات و الإلتلافات للدلالة الفقهاء على صدق نية الفعل إلى الفاعله، غير أن للفقهاء في حد المباشرة أكثر ضابط بعضها مطلق والآخر موسع، جاء في البدائع " أنه يتحقق الإضرار صورة ومعنى متى كان بإتصال الآلة بمحل التلف " حتى يصدق على فاعله أنه فعل، و من صورها " قتل إنسان، أحرق ثوبه، أكل طعامه، أراق عصيره، هدم بناءه، ومنها رمى هدفا يظنه صيدا فإذا هو إنسان أو رمى غرض فأصاب آدميا، أو إنقلب النائم على رجل فقتله، أو متاع فأفسده " فهذه كلها مباشرات لأنها حاصلة إما بالقوة الدافعة في الفاعل أو بآلته.<sup>1</sup>

كما نجد أن الفقهاء المسلمون عرضوا عدة تعريفات للمباشرة ، فعرفها الفقهاء الشافعية بأنها " إيجاد علة التلف أو ما يضاف إليه التلف إضافة حقيقة.<sup>2</sup>

و عرف فقهاء الحنابلة المباشرة بأنها " مباشرة الإلتلاف سبب يقتضيه كالقتل والحرق"<sup>3</sup>

و عند فقهاء المالكية فالمباشرة هي " ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط".<sup>4</sup>

و عند فقهاء الحنفية المباشرة هي: "إيصال الآلة بمحل التلف كقتل إنسان أو أحرق ثوبه"<sup>5</sup>

أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت المباشرة بأنها " إلتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل بالمباشر والتلف فعل آخر، ويقال لمن فعله مُباشر"<sup>6</sup>

و بذلك فإن مباشرة الضرر تعني: "إحداثه بفعل يصدر من الفاعل مباشرة دون

واسطة، ودون أن يتخلل فعل بين هذا الفعل والضرر الذي ترتب عليه فعل آخر، بحيث يختلط الضرر ماديا مع الفعل الذي أحدثه".<sup>7</sup>

<sup>1</sup> أرشيف أهل الحديث، ج 80، 2010، ص 335.

<sup>2</sup> عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراجعي القروي الشافعي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت ص396-398.

<sup>3</sup> الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، ص204.

<sup>4</sup> شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقراي، وبهامشه في الأسرار الفقية للابن الشاط، تحقيق عبد الحميد الهداوي، ج4، المكتبة العصرية، بيروت، ص30.

<sup>5</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، دار الكتاب العربي، ط2، 1974، بيروت، ص 143

<sup>6</sup> حيدر علي، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، ط 1، م 2، دار الجيل، بيروت. ص50.

<sup>7</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مباشر الضرر في حوادث السيارات، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر الجامعة الكويتية، السنة8، العدد 1984، ص

ونلاحظ أن هذا المفهوم للمباشرة حاول توضيح مدى الإرتباط بين الفعل والنتيجة التي أدى إليها، فتطلب أن يساهم الفعل في تكوين التلف أو الضرر دون تحلل فعل آخر، والحكم الظاهر على هذا الإرتباط بين الفعل و طريقة حدوثه يقودنا إلى القول بأن هناك عدم تطور في المفهوم الإسلامي للأركان المسؤولية عن الفعل الشخصي الضار، بمعنى أنه دمج بين أركانها أي بين العلاقة السببية والفعل، إلا أننا نرى في حقيقة الأمر أن هذا الإرتباط بين الفعل والطريقة التي أحدث بها النتيجة، يهدف إلى زيادة توضيح كيفية إحداث الفعل و إيقاعه للنتيجة، مما يمكننا من إعطاء الصورة المناسبة له، التي يكون لها حكمها الخاص.<sup>1</sup>

وعرف باحثون آخرون المباشر بأنه هو من "باشر الفعل الضار الذي ينشأ عنه الضرر الموجب للضمان والمباشرة معناها القيام بنفسه دون واسطة".<sup>2</sup>

كما أن منهم من ذكر أن المباشرة هي صفة للعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة دون النظر إلى صفة المتضرر، فمتى ما أوجد الفعل علة التلف كان الفعل مباشرة والفاعل مباشر.<sup>3</sup>

" يلاحظ أن هذه التعريفات جميعها حاولت التركيز على إظهار العلاقة السببية بين الفعل وما نجم عنه، فمتى كان الفعل الضار قد أدى إلى إحداث الضرر دون واسطة مهما كان نوعها ومصدرها، كان الفعل مباشرة، فالذي يقوم بكسر إناء أو مصباح يعتبر فعله مباشرة، وعليه يمكننا القول إن الفعل يعتبر مباشرة متى ترتبت النتيجة على فعل الفاعل وحده دون تدخل فعل أو سبب آخر في وجودها، وأن الشخص يعتبر مباشراً للضرر متى حصل بفعله من غير أن يكون بين فعله والضرر واسطة."<sup>4</sup>

### ثانياً حكم المباشرة في الفقه الإسلامي

يعد أمراً مفهوماً ما يقرره الفقهاء المسلمون من أن مباشر الضرر يعد ضامناً له، وإن كان فاقداً للإدراك، فقد نصت المادة (92) من المجلة الأحكام العدلية على أن "المباشر ضامن وإن

<sup>1</sup> إياد محمود جبارين، الفعل الشخصي الموجب للمسؤولية التفسيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني "دراسة مقارنة"، الماجستير في القانون من كلية الحقوق والدراسة العامة في جامعة بيرزيت، فلسطين، 2007، ص 9.

<sup>2</sup> الخفيف علي، مرجع سابق، ص 74.

<sup>3</sup> عواد، سيد عواد، أحكام الضمان، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الطباعة (4) الحمدية، ط 1، القاهرة، 1992، ص 259.

<sup>4</sup> فضل ماهر محمد عسقلان: المرجع السابق، ص 101.

لم يتعمد " فهذه هي القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية تجاه مسؤولية المباشر للضرر، والتي لم تشترط أية شروط لضمان المباشر في هذه الحالة.<sup>1</sup>

والمقصود بالتعمد هو إتيان الفعل بقصد الإضرار بنفس الغير أو بماله أما التعدي فلا يقصد به سوى مجرد تجاوز الحدود المشروعة قانوناً، دون قصد الإضرار بالغير، فجوهر الاختلاف بين التعمد و التعدي يكمن في كون المتعمد قد قصد النتيجة الضارة التي أدى إليها فعله، بينما لم يعدها من تعدي ، وهو ما يقابل في الفقه الحديث فكرة الخطأ العمدي، والخطأ غير العمدي، وينتهي أصحاب هذا الإتجاه إلى وجوب تعديل القاعدة القائلة بأن " المباشر ضامن وإن لم يتعمد " ففكرة التعدي أعم أشمل و أشمل من فكرة التعمد وهي تكفي للتضمنين، و يبدو أن الفقهاء الشريعة الإسلامية حينما استخدموا لفظ تعمد، لم يدركوا الفرق الدقيق بينهما وبين لفظ التعدي، و اعتبروها لفظين مترادفين بدليل أن صاحب مجمع الضمانات قد أدرك هذه التفرقة عند صياغته للقاعدة، فاستعمل لفظ التعدي و لم يستعمل لفظ التعمد.<sup>2</sup>

### ثالثاً مدى إنطباق المباشرة على عديم التمييز

القاعدة من الشريعة الإسلامية أن المباشر ضامن و إن لم يتعمد أو لم يتعد، وقد اختلف الفقهاء حول حكم المباشر هل ينطبق على عديم التمييز، وهل يعتبر مباشراً للضرر ومن ثم مسؤولاً عن التعويض؟ في هذا الصدد طرأنا إتجاهين وذلك على ما يلي:

#### I. الإتجاه الأول جمهور الفقهاء

"يذهب جمهور الفقهاء على اختلاف مذاهبهم إلى القول بتضمنين عديم التمييز، أي يقرر مسؤوليته بالمفهوم القانوني متى كان مباشراً، لأن مسؤوليته تترتب بمجرد تحقق الضرر ولا يلزم أن يكون الفاعل متعمداً كما ذهب إلى ذلك مجله الأحكام العدلية، أو متعمداً كما يذهب الفقه.<sup>3</sup>

وعلى ذلك يسأل الصبي غير المميز وكذلك المجنون ومن في حكمهما متى ارتكب جنائية على النفس أو المال، فلو أتلّف الصبي غير المميز أو المجنون مالاً مملوكاً لغيره ضمنه في ماله، وكذلك لو أتلّف من في حكمهما كالنائم إذا إنقلب على متاع وكسره يكون ضامناً لما أتلّفه، لأن عديم

<sup>1</sup> عمار محمود جميل جعار: المسؤولية التصيرية لعديم التمييز "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، بجامعة القدس في أبو ديس - فلسطين، 2017، ص 51.

<sup>2</sup> أبو محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، مطبعة الخيرية، ط1، 1308، ص146.

<sup>3</sup> بو كرزازة أحمد: مرجع سابق، ص 287.

التمييز وإن كان محجوراً عليه في الأصل في تصرفاته القولية، إلا أن أفعاله الضارة لا يعفى منها، فيضمن ما يترتب عليها من ضرر للغير، وإن لم يكن له مال يستطيع دفعه حالاً، فنظرة إلى ميسرة ولا يضمن وليه تأسيساً على "من أتلف مال غيره فهو له ضامن".<sup>1</sup>

## II. الإتجاه الثاني بعض المالكية

رغم أن جمهور الفقهاء قد ذهبوا مع غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى إلى القول بتضمن عديم التمييز، إلا أننا نجد في بعض المذاهب من قالوا بغير ذلك - فقد جاء على لسان ابن جزي قوله: "وأما الصبي الذي لا يعقل فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال، كالعجماء، وقيل المال هدر، والدماء على العاقلة كالمجنون".

كما جاء في الخرخشي أنه متى كان الغاصب غير مميز، بل كان صغيراً أو مجنوناً فلا ضمان عليه، كما أورد ابن الحاجب في ضمانه وعدمه ثلاثة أقوال:

أولهم أنه يضمن المال في ماله، والدية على عاقلته أن بلغت الثلث، وإلا ففي ماله،

ثانيهم أنه لا يضمن في المال، وأما الدية فعلى عاقلته إن بلغت الثلث، وإلا ففي ماله، و ثالثهم هو أنه لا يضمن مالا ولا دية ويكونان هدرًا.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: التسبب

#### أولاً تعريف التسبب

السبب لغة: كل شيء يتوصل به إلى غيره<sup>3</sup> والسبب هو سبب الأمر الذي يوصل به، وكل فصل يوصل بشيء فهو سببه، و السبب هو الحبل.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> مجلة الحقوق الكويتية، 98 فقرة 46 وما بعدها.

<sup>2</sup> محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون ط 1990 ص 136 .

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، المجلد الاول، دار الصادر، بيروت، ص 58.

<sup>4</sup> عبد الرحمن بن أحمد الخليل الفراهيدي، كتاب العين، الجزء السابع، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، مؤسسة دار الهجرة، ص 203 و 204.

أما في إصطلاح الفقهاء فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية "بأن يحدث في شيء ما يفضي إلى تلف شيء آخر على جرى العادة ويقال لفاعله متسبب".<sup>1</sup>

"وبذلك فإن المتسبب في الحادثة هو الذي يفعل ما يؤدي إليها ولا يباشرها مباشرة، فهو ما كان بفعل في محل أفضى إليه بواسطة فعل آخر متوسط بين السبب الأصلي والضرر الواقع، كأن يتصل أثر فعله بغيره لا حقيقة فعله المباشر، فمن ربط دابة إلى إحداث الضرر، فالسبب هو الذي يوصل إلى الحكم أو أثره على جرى العادة ولا يؤثر بنفسه فيه..."<sup>2</sup>

عرض فقهاء المسلمين عدة تعريفات للإضرار بالتسبب، فقد عرفه فقهاء الشافعية بإيجاد ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى، ولكن لولاه لما أثرت العلة.<sup>3</sup>

بينما المالكية عرّفوا التسبب بأنه " ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المفضي لوقوع الفعل بتلك العلة كحفر بئر في محل عدواناً".<sup>4</sup>

"وعند الحنابلة ينصب سبب عدوان فيحصل به الإلتلاف كمن حفر بئر عدواناً في غير ملكه".<sup>5</sup>

و"السبب عند الحنفية هو يكون بالفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة"<sup>6</sup>

"يتضح من جل هذه التعريفات أنه يشترط في التسبب أن يكون من شأنه في العادة أن يفضي غالباً إلى الإلتلاف، بمعنى آخر يشترط أن يكون الضرر الذي ترتب على الفعل نتيجة عادية متوقعة منه، وأنه بوجود التسبب توجد الرابطة بين الفعل والضرر، والتي ترتب مسؤولية المتسبب، أما إذا كان الضرر غير متوقع عادة من السبب الأصلي، فإنه لا مجال في هذه الحالة لقيام المسؤولية، وعلى ذلك فإنه إذا حفر شخص بئراً في ملك الغير ثم أتى آخر وألقى حيواناً أو إنساناً فيه فتلف، فإنه لا يمكن

<sup>1</sup> علي حيدر، مرجع سابق، ص 508.

<sup>2</sup> إباد محمود جبارين، مرجع سابق، ص 26.

<sup>3</sup> القزويني الشافعي، مرجع سابق، ص 396.

<sup>4</sup> شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقزويني، الفروق وبهامشه عمدة المحققين و تهذيب الفروق و القواعد السننية في الأسرار الفقهية، ج 4، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، ص 30.

<sup>5</sup> الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، بيروت لبنان، ص 204.

<sup>6</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2، ج 7، دار الكتاب العربي، بيروت، 1974، ص 165.

في هذه الحالة أن ننسب الضرر إلى من حفر البئر نظراً لتعذر إعتباره متسبباً، كما أن السبب في ضمان المباشر وإن لم يتعمد (بقصد) والمتسبب إلا بالتعمد يرجع كما علل بعض الفقهاء إلى أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل بالضرر دون نظر إلى فاعله وقصده، فوجب إلزامه بما يرفع هذا الضرر وذلك لإنتسابه إليه وإحداثه إياه، أما عن المتسبب فإنه لا يكون لسببية فعل هذا الظهور، وذلك نظراً لوجود فعل آخر مفضي إلى الضرر وفاصل بينه وبين الضرر مع تراخي الضرر عن الفعل المتسبب".<sup>1</sup>

### ثانياً حكم المتسبب في الشريعة الإسلامية

إذا كانت القاعدة أن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً كما جاء في المادة (93) من المجلة الأحكام العدلية، وقد سبق أن ذكرت أن الاتجاه في الفقه قد أثر استخدام لفظة التعدي على لفظة التعمد الواردة في نص المادة (93) من المجلة.<sup>2</sup>

"كما هو واضح يلزم لتحقيق المسؤولية أن يكون مرتكب الفعل الضار متعمداً، ولذلك يكون من الضروري لبيان حكم المتسبب، أن نحدد المقصود بالتعدي بإعتباره شرط المسؤولية، فقد يمارس الشخص حقه الشرعي دون تجاوز لهذا الحق، كاستعمال حق الملكية وهو لا يسأل عما يحدثه من أضرار للغير نتيجة ممارسته لهذا الحق مادام يستعمله على الوجه الشرعي، ومن ثم لا يكون متعمداً، أما متى تجاوز حدود حقه الشرعي، فإنه يكون متعمداً على حقوق غيره إلا إذا إقترن هذا التجاوز بإذن من هذا الغير، فالتعدي إذن هو مجاوزة الشخص لحدود حقه الشرعي، وهذا قد يتم عمداً كما قد يتم إهمالاً وتقصيراً".<sup>3</sup>

### ثالثاً مدى مسؤولية عديم التمييز عن فعله الشخصي في حالة التسبب

إن وجهة نظر الفقهاء المحدثين من المسألة، تباينت بين التسبب عمداً أو التسبب إهمالاً وتقصيراً.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> الخفيف علي، مرجع السابق، ص 83.

<sup>2</sup> فضل ماهر محمد عسقلان: مرجع سابق، ص 106.

<sup>3</sup> محمضاني صبحي، المرجع السابق، ص 174.

<sup>4</sup> السيد محمد السيد عمران، تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال عديم التمييز، التحول من قانون المسؤولية إلى قانون التأمين، ط 1992 ص 33.

أ. ففي حالة التسبب عمداً: وهي إحدى صور التعدي، فهي تستلزم التمييز لأن العمد يقتضي وجود إرادة متجهة إلى إحداث النتيجة والإرادة تستلزم توافر الإدراك والتمييز .

ب. أمّا في حالة التسبب إهمالاً وتقصراً: فقد أثار إختلاف الفقهاء حول مدى مسؤولية عديم التمييز بين تيارين رئيسيين:

"الأول: يذهب إلى تقرير مسؤولية عديم التمييز في حالة التسبب إهمالاً، إستناداً إلى أن العبرة تكون بالنظر إلى ذات الفعل لا إلى الشخص الفاعل، فمتى كان الفعل محظوراً وأتاه الشخص كان من قبيل التعدي الموجب للضمان، لا فرق في ذلك بين أن يكون الفاعل مدركاً أو غير مدرك، لأن معيار التعدي هو موضوعي مجرد لا يعتد فيه بالظروف الخصة للفاعل ومنها إنعدام التمييز، ومن ثم يوجب المسؤولية التقصيرية ."

"الثاني: ينطلق هذا الإتجاه إلى وجوب التفرقة بين المباشرة والتسبب ذلك أنه إذا كانت القاعدة صريحة في عدم إستلزام التمييز في حالة المباشرة، فإنه في حالة التسبب يقتضي ذلك تعمداً أو تعدياً أي خطأ، والخطأ في المفهوم التقليدي والحديث قوامه تعدياً وتميزاً، بمعنى أن يكون الفاعل مميزاً. وهذا المفهوم أيضاً تبعاً للمعيار الشخصي - وحتى ولو سلكتنا المعيار الموضوعي المجرد للخطأ فإن هذا المعيار كما يرى البعض يستلزم قدراً من الإرادة والإدراك حيث أن الإنسان وهو مخير يستطيع أن يوجه سلوكه ويمارس من صور النشاط ما يتلائم مع قدراته، بحيث يكون هذا السلوك مقبولاً، وينتهي هذا الإتجاه إلى تقرير عدم مسؤولية عديم التمييز عن الضرر الذي يحدثه تسبباً".<sup>1</sup>

"برغم ما قد يبدو من قوة منطق الإتجاه الثاني في رفض تضمين عديم التمييز في حالة التسبب إلا أن الإتجاه الأول أولى بالتأييد ذلك أنه قد أسس على قواعد من الشريعة الإسلامية .

فالضمان من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف وهو ما يقضي بترتيب المسبب على سببه، ومن ثم كان الإتلاف بدون حق الواقع من عديم التمييز سبباً لوجوب الضمان في ماله، نظراً لتمتعه بأهلية الوجوب التي يستلزمها خطاب الوضع، و مناطها الإنسانية، ... ومن ثم تكون له ملكية فيكون عليه مئونها وتكليفاتها من وجوب زكاة الزروع و الثمار، و بالمثل وجوب الضمان في

<sup>1</sup> بو كرزازة أحمد: المرجع السابق، ص 280-281.

ماله عما يلحقه بالغير من ضرر، وإذا كانت أهلية الأداء لا تتوافر لعديم التمييز، فإن الذي يقوم بالأداء هو من له الولاية على ماله.<sup>1</sup>

حيث أن الأخذ بهذا الحكم دون تفرقة بين المباشرة والتسبب، ففي كليهما تتوافر علاقة السببية بين الفعل والنتيجة التي تؤدي إلى وجوب الضمان، وإن كانت في الأولى مباشرة وفي الثانية غير مباشرة، إلا أنه يكون لها دور في وقوع النتيجة الضارة، وهو ما يبدو من الأمثلة التي ذكرها الفقه والتي أشارت إلى بعضها من قبل.<sup>2</sup>

كما أن الضمان من الجوابر، وهي شرعت لجلب ما فات من المصالح بخلاف الزواجر فإنها شرعت لدرء المفاسد، فأساس الضمان الجبر، لا الجزاء والعقوبة وقد أريد به رفع الضرر للعموم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا ضَرَرٌ وَلَا ضِرَارٌ".<sup>3</sup>

ولا شك أن إتلاف عديم التمييز مالا لغيره إضرار به يتعين رفعه، وهو ما لا يتحقق إلا بتعويضه من ماله، حتى يتحمل تبعة فعله الضار، وهو ما قال به فقهاء المسلمين دون تمييز في ذلك بين الخاطيء والعامد والجاد واللاعب، والعاقل والمجنون، والبالغ والصبي.<sup>4</sup>

نخلص مما سبق إلى أنه يجب الأخذ بالإتجاه القائل بضرورة تضمين عديم التمييز، وبعبارة الفقه الحديث تقرير مسؤوليته عما يأتيه من أفعال ضارة بالغير، يستوي في ذلك كونه مباشراً أو متسبباً.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أبو زهرة، محمد: المرجع السابق، ص 328، 329.

<sup>2</sup> فضل ماهر محمد عسقلان: مرجع سابق، ص 110.

<sup>3</sup> أنس ابن مالك، موطأ مالك، تحقيق محمد الماحدي، ج 1، كتاب الأفضية، باب الْقَضَاءِ فِي الْوَرَقِ، الحديث رقم 1435، بيروت، المكتبة العصرية-الدار النموذجية، ط 1، 2001، ص 711.

<sup>4</sup> الخفيف علي، مرجع سابق، ص 69، و مهنا فحري الرشيد: أساس المسؤولية التقصيرية و مسؤولية عديم التمييز -دراسة مقارنة-، رسالة الماجستير قدمت إلى جامعة بغداد، 1974، ص 99.

<sup>5</sup> فضل ماهر محمد عسقلان: مرجع السابق، ص 110-111.

## المطلب الثاني مدى مسؤولية عديم التمييز في فقه الشريعة الإسلامية بإعتباره حارساً للأشياء وأساس مسؤوليته في الفقه الإسلامي

قد بحث علماء الفقه الإسلامي في المسؤولية الناشئة عن فعل الحيوان تحت عنوان "جناية البهيمة" والمسؤولية الناشئة عن تهدم البناء تحت عنوان "الحائط المائل"، أما المسؤولية الناشئة عن الآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء غير الحية فيما عدا البناء مثل الأشجار والحجارة والرمال والأرض، فلم يتعرض لها فقهاء الإسلام لعدم وجود حوادث ناشئة عن ذلك لعجزهم "فلم يكن عهدهم عهد آلة وتصنيع ولم تحدث إصابات للعمال"، فأخضعوها إلى القواعد العامة في الضمان أو التقصير أو عدم التحرز في الأضرار والإهمال.<sup>1</sup>

و لذلك يكون البحث هنا في نوعين من المسؤولية: المسؤولية عن جناية الحيوان، والمسؤولية عن سقوط البناء أو الحائط.

## الفرع الأول مدى مسؤولية عديم التمييز في فقه الشريعة الإسلامية بإعتباره حارساً للأشياء

### أولاً حالة كونه حارساً للأشياء الحية (الحيوان)

إذا توفرت لعدم التمييز حراسة الحيوان أي السيطرة الفعلية عليه، فإن فقهاء المسلمين قد إعتبروه مباشراً لما يقع منه من ضرر للغير، فيكون ضامناً له، وقد تردد قولهم صراحة أنه "لو أن دابة يركبها إنسان داست شيئاً بيدها أو رجلها في ملكه، أو في ملك الغير وأتلفته يعد الراكب أنه أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن في كل حال"، وقد قرر الفقهاء هذا الحكم تأسيساً، على أن ما حدث من ضرر للغير أثناء سير الدابة إنما كان نتيجة ثقله وثقل الدابة، لأن ثقل الدابة تابع له، وسيرها مضاف إليه، فالدابة إذن تعتبر مجرد آلة بين يديه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 257.

<sup>2</sup> باز سليم رستم، شرح المجلة، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط3، 1305هـ، ص 529.

## ثانيا حالة كونه حارسا للأشياء غير الحية

لو أن صغيراً أو مجنوناً أو عديم تمييز بصفة عامة كانت له السيطرة الفعلية - وهي قوام الحراسة - على سيارة أو آلة حادة كسكين، أو نحوها إرتكب بأي منهما حادثاً ألحق ضرراً بالغير، فإنه يكون مباشراً للضرر، فتتحقق مسؤوليته تطبيقاً لقاعدة "أن المباشر ضامن ولأن لم يتعد"، وقياساً على ما أخذ به فقهاء الشريعة في شأن حارس الحيوان.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني أساس مسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي

من المسلم به إجماعاً أن الخطأ لا يعتبر أساساً للإلتزام بالضمان في الفقه الإسلامي، نظراً لما نص عليه ذلك الفقه من أن الضمان من قبيل خطاب الوضع، وبالتالي يستوي إزاء وجوبه أن يكون محدثه عالماً أو جاهلاً عاقلاً أو مجنوناً، مميزاً أو غير مميز، مخطئاً أو غير مخطئ، إذ لا ينافي الخطأ عصمة المحل كما يقول الفقهاء، وذلك فضلاً عن أنه لا إعتبار في هذا الصدد للإمكان تحقق قصد محدث الضرر من عدمه، حيث لا يشترط في الضرر الموجب للضمان كونه ناشئاً عن إعتداء، كما أن الضمان لم يشترط للزجر والعقوبة وإنما شرع لجر ما لحق بالمضروب من ضرر، إعمالاً للحديث النبوي الشريف: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ".<sup>2</sup>

## أولاً تحمل التبعة هي أساس الضمان

لقد ذهب جانب من الفقه المعاصر إلى القول أن أساس التعويض في مسؤولية عديم التمييز، إنما يتمثل في تحمل تبعة فعله الضار تأسيساً على القاعدة الفقهية من أن الغرم بالغنم .

يرى بعض الفقهاء أن نظرية تحمل التبعة لا تصلح أساساً لتحمل عديم التمييز مسؤولية التعويض إنطلاقاً من إختلاف مفهوم هذه النظرية بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي، ففي الفقه الغربي نجد مفهوم نظرية تحمل التبعة يتحدد بضرورة تحمل الأضرار الناشئة عن الأعمال التي يمكن أن

<sup>1</sup> الخفيف علي، مرجع السابق، ص 241.

<sup>2</sup> بو كرزازة أحمد: مرجع سابق، ص 295.

تتولد عنها مخاطر تصيب الغير، لأن الغرم بالغنم، ومن ثم فإن المالك لا يجوز من مغامر أعماله وثمرات نشاطه إلا ما يتبقى منها بعد جبر الأضرار التي تلحق بالغير نتيجة لهذا النشاط.<sup>1</sup>

بينما مفهوم قاعدة الغرم بالغنم في الفقه الإسلامي يتحدد مفهومها في أن الإنسان يتحمل بالضرر الذي يصيب ماله هو نتيجة لتمتعه بذلك المال لا أن يتحمل الضرر الذي يصيب غيره، ويعتقد مع هذا الجانب الأخير من الفقه أن القول بخلاف ذلك يعتبر إجحافاً بالنصوص وتأويلاً لها خلافاً للإجماع.<sup>2</sup>

### ثانياً ترجيح القول باعتبار الضرر هو أساس وجوب التعويض

إن الضرر هو علة الضمان وسببه، بحيث يدور هذا مع ذاك وجوداً و عدماً، وقد عبر عن ذلك البعض بالقول أنه ((لابد أن يتوسط بينه -أي السبب- وبين الحكم علة، فإن لم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب)).

و من التطبيقات الفقهية التي نص عنها فقهاء الشريعة الإسلامية:

1- لو ذبح شخص شاة لغيره أشرفت على الموت ولا يرجى حياتها ليس عليه ضمان قيمتها سواء أكان راعياً أم كان أجنبياً إستحساناً .

2- لو شد قصاب رجل شاة و أضحاها ليزبحها وجاء آخر فذبحها بدون إذن لم يضمن لعدم الضرر.

3- لو عين رجل شاة من بهائمه أضحية فجاء آخر وذبحها بدون إذنه وكان ذلك وقت التضحية فلا ضمان عليه إستحساناً .

و ترتيباً على ذلك فإن الفقه الإسلامي يقضي وجوب الضمان كلما تخلف عن الفعل نتيجة ضارة، إنطلاقاً من أن الضرر هو علة التضمين أو سببه، بل وقد إستلزم لوجوب الضمان القطعية في نسبة الضرر إلى علته.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص297.

<sup>2</sup> السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق ص38-39.

<sup>3</sup> بو كرزازة أحمد: المرجع السابق، ص298.

خاتمة

قدمت فيما سبق دراسة وصفية تحليلية مقارنة لمسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار، متعرضةً في ذلك إلى الأحكام التي جاء بها القانون المدني الجزائري متأثراً في ذلك بالقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي و كذلك القضاء الفرنسي، والأحكام التي جاء بها الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية، فيما يخص هذه المسؤولية و ما يتصل بها.

فمن خلال هذه الدراسة تمكنا من الوصول إلى جملة من النتائج والتوصيات، والتي يمكن أن نلخصها كالتالي.

- إن المسؤولية المدنية في نسختها الشخصية كما إعتمدها المشرع الفرنسي عن الفقيه "دوما"، و اقتبسها عنه المشرع الجزائري وأغلب القوانين العربية، لم تعد قادرة في الوقت الحالي على إستيعاب كافة مظاهر الأضرار التي يتسبب فيها النشاط الإنساني، وهي بذلك لم تعد قادرة على تحقيق العدالة بسبب عجزها عن القيام بوظيفتها التعويضية.
- إن سعي الفقه و القضاء بل و التشريع كذلك إلى التخفيف من حدة المسؤولية القائمة على أساس الخطاء، على نحو ما رأينا سواء في تعريف الخطاء أو تقديره أو إفتراضه أو حتى في إفتراض المسؤولية ذاتها أحياناً، أو من خلال إقامة المسؤولية لدى الفقه أو القضاء أو المشرع على أساس آخر غير الخطاء مهما كانت التسمية المعتمدة " التبعية أو الضمان أو العدالة أو التضامن"، كل تلك الحلول تعطي صورة أو إنطباع عن الأزمة التي باتت تعيشها المسؤولية القائمة على الخطاء ليس الآن فقط، وإنما من أيام "جوسران" و "لاييه".
- إن التشبيح المفرط من قبل بعض الفقهاء والقضاء لفكرة الخطاء وتقديسه لها، كان له أثراً عكسياً وسلبياً في إتجاهين، ففي الإتجاه الأول المضرور أدى التمسك بالخطاء كأساس للمسؤولية المدنية إلى حرمان العديد منهم من الحصول على تعويضاً عادلاً عما أصابهم من

## الخاتمة

ضرر، وهذه نتيجة مجحفة وغير أخلاقية، خاصة عندما يتعلق الأمر بالفئات الضعيفة في المجتمع.

ومن جهة أخرى وفي الإتجاه الثاني كان لذلك التمسك بفكرة الخطاء أثراً عكسياً على نظام المسؤولية الخطئية ذاته، فصعوبة إثبات الخطاء و عجزه عن التكفل بالضحايا و المضرورين في الحوادث المختلفة، زاد أعدائها و وسع من دائرة منتقديها، بل و شجع على ظهور نظريات أخرى تدعو إلى هجرها، فطرحت البدائل لها من تحمل التبعية و الضمان و التضامن، إلى غير ذلك من التأسيسات وهي كثيرة.

- إن الإقرار بمسؤولية عدم التمييز "مهما كانت الجهة التي تتحمل التعويض" عن الأضرار التي يسببها فعله الشخصي أو فعل الشيء الموضوع تحت حراسته يجب تبريره في شذوذ هذا الفعل و خروجه عن السلوك المألوف وإخلاله بالنظام الإجتماعي، وهذا هو حجر الزاوية في المسؤولية بجميع صورها ( قانونية، أدبية ).

- إن الإقرار بمسؤولية عدم التمييز تجد أساسها و سندها الثري و القانوني في فكرة الضرر "لا ضرر ولا ضرار" أو حتى في تحمل التبعية التي تبناها فقهاء الشريعة الإسلامية، مما يجعل المسؤولية تتسم بالأصلية بحيث تجب عليه إبتداءً لأنها نتيجة فعله، كما أنها مسؤولية لا تقوم على الخطاء، و إنما على أساس تحمل تبعية الفعل.

- أما بالنسبة إلى نتائج هذا البحث فيما يخص القانون المدني الجزائري، فيمكن تلخيصها من خلال حوصلة مواقف كل من المشرع والقضاء والفقهاء الجزائريين.

- فأمّا الشرع الجزائري فقد خلصنا من خلال هذا البحث إلى أنه إعتنق فكرة الخطاء متأثراً بذلك بالمشرعين الفرنسي و المصري، وكذلك بأحكام القضاء الفرنسي، كما تبرز ظاهرة غريبة في التشريع الجزائري هي ظاهرة الإضطراب أو حتى التناقض في الفكر القانوني الجزائري، وأساس ذلك و هي مستنتجة من الدراسة القانونية العقديّة و التقصيرية لمسؤولية عدم التمييز.

## الخاتمة

- هو اعتماد المشرع الجزائري على مصدرين مختلفين ، وهما الفقه الإسلامي في تشريع قانون الأسرة والفقه والقانون المصري في تشريع " القانون المدني" ، وما يترتب عن ذلك من إنعدام الإنسجام بين النصوص القانونية الجزائرية.
- ثم إنه من جهة عدم التمييز، تبعاً للتعديلات الأخيرة للقانون المدني الجزائري، فهو أصلاً غير مسؤول عن الأضرار التي يسببها للغير لإنعدام تمييزه، ومن ثم إنعدام خطائه التقصيري، والمشكلة التي تطرح هنا هي إنعدام المكلف بالرقابة عنه فما مصير حق الضرر في التعويض، فلا حل لهذه المشكلة لا تحمل الدولة مسؤولية التعويض "من صندوق التعويض"، أو حتى اللجوء إلى سن قانون يجبر الأشخاص على التأمين المسبق من المسؤولية، فتحمل "صندوق التأمين" مسؤولية تعويض الأضرار التي يسببها عديمي التمييز.
- أما بالنسبة إلى نتائج البحث، فيما يخص القوانين المقارنة و أحكام الشريعة الإسلامية، فيمكن حوصلتها على النحو التالي:
- بالنسبة لمدى مسؤولية عدم التمييز في ظل القانون المدني المصري، فإننا وجدنا أنه لم يأخذ بفكرة الخطأ بالمعيار الموضوعي، كما أنه لا يأخذ بفكرة الضمان التي تقوم عليها مسؤولية عدم التمييز أصلية لا إستثنائية وجوبية لا جوازية وكاملة لا مخففة، ولما كانت الفقرة الأولى من المادة (164) تقضي بكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، وعليه فإن نظرية تحمل التبعة التي قال بها معظم الفقه المصري تبقى هي الأساس القانوني لمسؤولية عدم التمييز التي تضمنها نص المادة (2/164).
- وبالنسبة لمدى مسؤولية عدم التمييز في ظل القانون المدني الفرنسي فقد عرفت التطور مرت به هذه المسؤولية في الفقه والقضاء الفرنسي، و الذي توج بصدور القانون رقم (68) الصادر في 3 يناير 1968 الخاص بتقرير المسؤولية الكاملة للمختلين عقلياً عن أفعالهم الضارة، دون غيرهم من عديمي التمييز بمقتضى تعديل نص المادة (2/489) من القانون المدني الفرنسي.

## الخاتمة

- إذا كان المشرع الفرنسي قد تقدم بإصدار هذا القانون خطوة نحو حماية المضرور، إلا أنها تعتبر خطوة قاصرة، يتعين أن تتلوها خطوة أخرى يتقرر بمقتضاها المسؤولية الكاملة لعدم التمييز بالإطلاق وعلى وجه أخص بسبب صغر السن.
- أما بخصوص موقف الشريعة الإسلامية من مسألة مسؤولية عدم التمييز من فعله الضار، وضحنا التفرقة التي يقيمها بين فكري المباشرة و التسبب، وخلصنا بأن عدم التمييز يسأل إذا كان مباشراً، وهو رأي الجمهور بإستثناء بعض المالكية، أما في حالة التسبب فلا يسأل الشخص إلا إذا كان متعمداً، و الأخذ بمسؤولية عدم التمييز هذا أيضاً مفسراً للتعدي بمجرد وقوع الفعل الضار منه، بالإتفاق في ذلك مع رأي الحديث في الفقه الإسلامي.
- كما توصلت إلى أن الضرر هو أساس الضمان أو التعويض في الشريعة الإسلامية وشرائحها، وليس التعدي لأنه لو كان ذلك صحيحاً لما كانت قاعدة الشريعة تقضي بأن المباشر ضامن وإن لم يتعد.
- فقد ثبت من خلال دراستي لمسؤولية عدم التمييز عن فعله الضار، في كل من القانون المدني المصري و القانون المدني الفرنسي من ناحية ثانية، وفي كل من فقه الشريعة الإسلامية ومجلة الأحكام العدلية، أن نظرية الخطاء بمفهومها التقليدي الذي يستلزم توفر عنصرها المادي والمعنوي قد عفا عليها الزمن، وأن الإتجاه الحديث يذهب إمّا إلى الإكتفاء بعنصرها المادي وحده، وهو إتجاه المحافظين أو أنصار فكرة الخطاء بإعتبارها نظرية مألوفة، وإمّا إلى نبذ الفكرة تماماً والقول بأفكار أخرى كفكرة تحمل التبعية أو الضمان أو غيرها من الأفكار، التي تسلم أي منها من جانب أو أكثر من جوانب النقد، وبذلك أعتقد أن النهج الذي إتجه إليه الفقه الإسلامي و الذي إتبعته بعض القوانين العربية- كالقانون المدني الأردني - بتأسيس المسؤولية على الضرر وليس الخطاء، هو النهج الأسلم بل والأكثر تلبية لموجبات التطور والحدثة، وما أخذت التشريعات الحديثة تناديه من ضرورة حماية مصلحة المضرور.

### التوصيات:

- ما نراه علاج مبدئياً لمشكلة مسؤولية المدنية لعدم التمييز هو مراعاة الإقتراحات التالية:
  - أن لا ينص بشكل قاطع ومحدد على صغر السن والعتة والجنون كأسباب إنعدام التمييز في نصوص القوانين الوضعية- ومنها القانون المدني الجزائري - بحكم وجود عدة عوارض إضافة لها تؤدي إلى فقد التمييز بعد بلوغ سن الرشد.
  - ضرورة إجراء تعديلات تشريعية في كل من فرنسا ومصر بحيث تتقرر المسؤولية الكاملة لعدم التمييز عن أفعالهم الضارة، وهذا ما يحقق مصلحة المضرور التي تسعى جاهدة التشريعات الحديثة إلى إسباغ الحماية عليه، ولكي تتحقق العدالة وحتى لا تكون هناك تضحية بمصلحة طرف على حساب طرف آخر، فإن الأمر ينبغي أن يتم في إطار متوازن مراعاة لمصلحة عدم التمييز والمتضرر معاً، حتى لا تختل المراكز القانونية للأطراف من الأطراف.
- يجب إعادة النظر بخصوص إلغاء المادة 125 من القانون المدني الجزائري بحيث يعتبر هذا الإلغاء موقفاً غريباً و يوقع المشرع الجزائري في التناقض، رغم أن القضاء الفرنسي أخذ بمسؤولية عدم التمييز في خمسة أحكام متتالية صدرت عن الدوائر المجتمعة سنة 1984 أقرت مسؤولية الجنون الصادر في 1968 في المادة 489، واعتبر موقف المشرع الجزائري من إلغاء المادة 125 من ق.م موقفاً غريباً، لأن جل التشريعات الحديثة تضمن للمضرور التعويض و المادة 125 كانت إحدى الوسائل لضمان التعويض قبل التعديل، وبعد التعديل غيرت الوجهة فهنا هذه المسألة تبقى غامضة، وخاصة أن جل أحكام القانون المدني مستنبطة من القانون والقضاء الفرنسيين، إذ وبالمشرع خالف الإتجاه و أخذ إستقلالية الرأي.
- كما يكون من الأجدر تعديل نص المادة 164 في القانون المدني المصري، لكي تكون مسؤولية أصلية وكاملة على عكس ماهي عليه الآن مسؤولية إحتياطية و جوازية و استثنائية كما في الفقرة الثانية من المادة.

## الخاتمة

- التمسك بما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية بإخضاع عديمي التمييز للأنظمة الولاية والوصاية والقوامة، مع تشجيع الأبناء على إبرام مختلف التصرفات القانونية تحت رقابة وتوجيه مكلف بالرقابة، ولما لا؟ الرقابة القضائية، تحت ذريعة الإذن بالتصرف، كما يكون من الأجر الإعتقاد على أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون المدني الجزائري كما هو الحال في قانون الأسرة الجزائري.
- و في الجانب التقصيري من المسؤولية، فإنه يستحسن الإبقاء على أحكام المادة 135 الملغاة في قانون 10/05 إلى جانب المادة 02/134 بإقرار مسؤولية التقصيرية عموماً وعدم التمييز خصوصاً تأسيس على نظرية تحمل التبعة، وفي حالة إعسار القاصر عموماً وعدم التمييز خصوصاً عن التعويض فنظرة إلى ميسرة، كما يمكن أن نحمل المكلف بالرقابة التعويض إستثناءً من الأصل وحماية لحق المضرور.
- و في الأخير نقترح في أن يكون لموضوع بحثنا هذا حصاً لدراسته في الملتقيات العلمية الدولية و الوطنية لإثرائه بشكل أفضل.

# قائمة المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم
2. السنة النبوية
- المعاجم والقواميس
3. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار الصادر، بيروت.
- مراجع باللغة العربية
- كتب:
4. أبو محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، مطبعة الخيرية، ط1، 1308.
5. أخرجه ابن ماجه ، و أحمد في مسنده و أبو يعلى في مسنده .
6. أرشيف أهل الحديث، ج 80، 2010، ص 335.
7. إسحاق إبراهيم منصور، نظرية الحق والقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، مج، بن عكنون، الجزائر، ط2، 1990
8. إسحاق إبراهيم منصوري، نظرية الحق والقانون وتطبيق في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط2، 1990.
9. أنس ابن مالك، موطأ مالك، تحقيق محمد الماجدي، ج1، كتاب الأقضية، باب القَضَاءِ فِي الْمَرْفُوقِ، الحديث رقم 1435، بيروت، المكتبة العصرية- الدار النموذجية، ط1، 2001
10. أنوار سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، ط، 1974، ص46.
11. إياد محمود جبارين، الفعل الشخصي الموجب للمسئولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني "دراسة مقارنة"، الماجستير في القانون من كلية الحقوق والداراة العامة في جامعة بيرزيت، فلسطين، 2007.
12. باز سليم رستم ، شرح المجلة، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط3 ، 1305هـ.
13. بالحاج العربي، النظرية العامة الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2007.

## قائمة المصادر و المراجع

14. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007الساحة المركز، الجزائر، 2007.
15. جمعة سمحان اهلياوي، الاهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثرها في التشريع الإسلامي، دارعين ميله، الجزائر، 1993.
16. الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، بيروت لبنان.
17. الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، بيروت.
18. حسان علو حسين، الأضرار التي تلحق بالمتهم وعلاجها دراسة مقارنة في الفقه والقانون، دار الكتب العلمية، 1971، بيروت.
19. حسني، محمود نجيب، المجرمين شواذ، ط 2، القاهرة، دار النهضة.
20. حيدر علي، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، ط 1، م 2، دار الجيل، بيروت.
21. الخفيف علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، القاهرة، معهد الدراسة القانونية والتشريعية، ط 1، 94، 1971.
22. سراج محمد، أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 1998.
23. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية القسم الأول في الأحكام العامة، مجلد 1.
24. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية. القسم الأول، ط5. القاهرة، بدون دار نشر، 1992.
25. السيد محمد السيد عمران، تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال عديمالتمييز، التحول من قانون المسؤولية إلقانون التأمين، ط1992.
26. شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي، وبهامشه في الأسرار الفقية للابن الشاط، تحقيق عبد الحميد الهنداوي، ج4، المكتبة العصرية، بيروت.

## قائمة المصادر و المراجع

27. شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي، الفروق وبهامشه عمدة المحققين و تهذيب الفروق و القواعد السنية في الأسرار الفقهية، ج4، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر
28. عبد الرحمن بن أحمد الخليل الفراهيدي، كتاب العين، الجزء السابع، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، مؤسسة دار الهجرة.
29. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام يوجه عام، ج1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1956.
30. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد 1 ، منشورات الحلبي الحقوق بيروت لبنان ط3 ، 2000 .
31. عبد القادر الفار ويسار عدنان ملكاويمصار للإلتزام – مصادر الحق الشخصي في القانون المدني - ، دار النشر التوزيع ، عمان ، ط5.
32. عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القروني الشافعي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت .
33. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، دار الكتاب العربي، ط2، بيروت، 1974.
34. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج7، دار الكتاب العربي، بيروت، 1974.
35. علي بن محمد البزدوي، كشف الأسرار، طبع من طرف حسن حلمي الريزوري.
36. علي حيدر ، درر الحكام في شرح الأحكام، الكتاب الرابع، تعريب المحامي فهد الحسيني، بيروت، مكتبة النهضة العربية.
37. عواد، سيد عواد، أحكام الضمان، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الطباعة (4)المحمدية، ط1، القاهرة، 1992.
38. عودة عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي ، ج1، القاهرة ، مكتبة دار التراث.

## قائمة المصادر و المراجع

39. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون ط 1990 .
40. محمد سلام مذكور، الفقه الإسلامي، ط2، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، 1990.
41. محمد صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، ط1983.
42. محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني العقد والإرادة المنفرد، دار الهدى، عين ميله، جزائر، ط جديدة، 2007.
43. مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي بثوبه الجديد، ج1، ط6 مطبعة جامعة دمشق، دمشق.
44. مصطفى بو بكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ و الضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الأزابطة، الإسكندرية، 2015.
45. مصطفى بو بكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ و الضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الأزابطة، الإسكندرية، 2015.
46. مصطفى بو بكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الأزابطة، الإسكندرية، 2015.
47. منصور أحمد، النظرية العامة لإلتزامات مصادر الإلتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط، 2007.
48. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، أحكام المسؤولية المدنية والجنايية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط1، سنة 1970.

### أطروحات ومذكرات

49. الخفيف علي: مرجع سابق، ص69، و مهنا فخري الرشيد: أساس المسؤولية التقصيرية و مسؤولية عديم التمييز-دراسة مقارنة-، رسالة الماجستير قدمت إلى جامعة بغداد، 1974.
50. بو كرزاة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم القانون الخاص، جامعه قسنطينة، 2013-2014.

## قائمة المصادر و المراجع

51. رنا ناجح طه دواس: المسؤولية المدنية للمتسبب دراسة مقارنة، أطروحة للإستكمال متطلبات درجة الماجستير، قانون الخاص، كلية الدراسة العليا في جامعة الوطنية، نابس، فلسطين، 2010.
52. عمار محمود جميل جعار: المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، بجامعة القدس في أبو ديس - فلسطين، 2017.
53. مشاري سعد صالح الطويل الرشيدى: مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2009-2010.
54. نذير بوقرية: المسؤولية الأبوية على الجرائم الأسرية الماسة بالطفل بين شريعة والقانون، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، جامعة غرداية، 2015-2016.
55. هشام عبد الرحمان الزرعوني: المسؤولية المدنية لمأموري الضبط القضائي دراسة مقدمة لنيل دراجة الماجستير، القانون الخاص، جامعة للعلوم والتكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة، 2016.
- مجالات**
56. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مباشر الضرر في حوادث السيارات، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر الجامعة الكويتية، السنة 8، العدد 1984.
57. أبو زيد مصطفى ، مدى مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، بحث القانون الفرنسي و ق المصري و الشريعة الإسلامية ، القانون الكويتي ، ج1، منشور مجلة الحقوق ، كلية الحقوق جامعة الكويت ، ط 6 ، العدد 3.
58. مجلة الحقوق الكويتية.
- قوانين**

## قائمة المصادر و المراجع

59. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يوليو 2005 يعدل و يتمم الأمر 58-75 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005..
60. القانون المدني الجزائري، 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 يعدل و يتمم الأمر 58-75 و المنشور الجريدة الرسمية رقم 31 لسنة 2007.
61. قانون الأسرة الجزائري
62. قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم إلى غاية قانون المالية التكميلي 03/08 المؤرخ في 11 يونيو 2018
63. ق المدني الجزائري، 05-10 المؤرخ في 20 يوليو 2005 يعدل و يتمم الأمر 75-58 و المنشور في الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2005.
64. قانون 91-10، الصادر في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل 1991 المتعلق بالقواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية وتسييرها و حفظها و حمايتها.
- مواقع الأنترنت
65. منتديات طبية ، الامراض العقلية و النفسية، مقال منشور في 05/11/1426هـ، على الساعة 10:28 [www.6abib.com](http://www.6abib.com)
- المراجع باللغة الأجنبية
66. Baudry- la continuer et barde, t1.
67. Cass civ 2, 5mai 1959, buull-civ ; ll, n 347, p, 266, jcp, 1959-4-74.
68. Cass civ -28 avrl 1947, d. 1947,329, conc, lenoan et note halau.
69. Cassreq, 21 oct. 1901, dp.1901-1-524, note, Letellier, cass. civ 2 ;11mars 1965 ; d.1965.575, note ; Esmein
70. H et j Mazeaud, la responsabilité, t1.

# فهرس المحتويات

## فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
أ	بسملة
ب	شكر
ج	إهداء
د	ملخص
هـ-ي	المقدمة
<b>الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمسؤولية عديم التمييز</b>	
16	المبحث الأول: الأحكام العامة لمسؤولية عديم التمييز
16	المطلب الأول: تعريف المسؤولية بالوجه العام
17	الفرع الأول: تعريف المسؤولية في القانون وفي الفقه الإسلامي
18	الفرع الثاني: تعريف المسؤولية المدنية
19	الفرع الثالث: تمييز المسؤولية المدنية عن غيرها من المسؤوليات الأخرى
23	الفرع الرابع: أنواع المسؤولية المدنية
35	المطلب الثاني: تعريف عدم التمييز
35	الفرع الأول: تعريف عدم التمييز في القانون الجزائري
37	الفرع الثاني: تعريف عدم التمييز في الشريعة الإسلامية
38	المبحث الثاني: أسباب انعدام التمييز
39	المطلب الأول: أسباب انعدام التمييز في القانون المدني الجزائري والقوانين الأخرى
39	الفرع الأول: أسباب انعدام التمييز الواردة في القانون المدني الجزائري
42	الفرع الثاني: المقارنة القانون المدني الجزائري و القوانين الوضعية
46	الفرع الثالث: العوارض غير المقننة وأثرها على النظام القانون الجزائري
48	المطلب الثاني: أسباب انعدام التمييز في الشريعة الإسلامية
49	الفرع الأول: الصغر في السن
49	الفرع الثاني: الأمراض المؤثرة في العقل
52	الفرع الثالث: أسباب أخرى لعدم التمييز

الفصل الثاني: الإطار العملي لمسؤولية عديم التمييز في القانون الجزائري والفقهاء الاسلامي	
56	المبحث الأول: موقف كل من القانون المدني الجزائري من مسؤولية عديم التمييز عن فعل الضار
57	المطلب الأول: الاساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار في القانون المدني المصري وفي القانون المدني الفرنسي
57	الفرع الأول: الأساس الذي يستند اليه نص المادة 2/164 من ق. المصري
58	الفرع الثاني: مسؤولية عديم التمييز في القانون الفرنسي وأساسها
62	المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من مدى مسؤولية عديم التمييز التقصيرية قبل وبعد تعديل 2005
63	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من مسؤولية عديم التمييز قبل تعديل قانون المدني بموجب قانون 10/05
66	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مسؤولية عديم التمييز بعد صدور قانون 10/05 ق.م.ج
70	المبحث الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من مسؤولية عديم التمييز
71	المطلب الأول: المباشرة والتسبب
71	الفرع الأول: المباشرة:
76	الفرع الثاني: السبب
81	المطلب الثاني: مدى مسؤولية عديم التمييز في فقه الشريعة الإسلامية بإعتباره حارساً للأشياء وأساس مسؤوليته في الفقه الإسلامي
81	الفرع الأول: مدى مسؤولية عديم التمييز في فقه الشريعة الإسلامية بإعتباره حارساً للأشياء
82	الفرع الثاني: اساس مسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي:
85	خاتمة
97	المصادر والمراجع
99	الفهرس