

بسم الله الرحمن الرحيم

رئاسة اقليم كوردستان العراق  
مجلس القضاء

# أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة)

بحث مقدم الى مجلس القضاء لاقليم كوردستان  
من قبل قاضي محكمة تحقيق دهوك 3  
صدقي سليم خان نعمان

كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث  
من أصناف القضاة

بإشراف القاضي  
تترخان عبد الرحمن حسن  
نائب رئيس محكمة استئناف منطقة دهوك

## قائمة المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
2 – 1	المقدمة
12 – 3	المبحث الاول: تعريف المسؤولية التقصيرية و نطاقها
6 – 3	المطلب الاول: نشأة المسؤولية التقصيرية و تطورها
12 – 7	المطلب الثاني: نطاق المسؤولية التقصيرية
– 13 26	المبحث الثاني: بيع المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي - دراسة مقارنة
– 13 19	المطلب الاول: اركان المسؤولية التقصيرية
– 19 22	المطلب الثاني: الخطأ في القانون المدني العراقي
– 23 26	التطبيقات القضائية
– 27 34	المبحث الثالث: اساس مسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني العراقي وطبيعتها (( دراسة مقارنة ))
– 27 31	المطلب الاول: تعريف عديمي التمييز واسبابه
– 31 33	المطلب الثاني: الاساس القانوني لمسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني العراقي
34	التطبيقات القضائية
– 35 43	المبحث الرابع: مسؤولية عديمي التمييز في الشريعة الاسلامية والقانون المدني المصري
– 35 40	المطلب الاول: مسؤولية عديمي التمييز في الشريعة الاسلامية
– 40 43	المطلب الثاني: مسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني المصري
– 44 45	الخاتمة
46	قائمة المصادر

## شكر وتقدير

بعد ان اتممت هذا البحث لا يسعني الا ان اتقدم بخالص شكري وامتناني الى القاضي السيد (تترخان عبد الرحمن حسن) لتفضله بالإشراف على هذا البحث ولما ابداه من ملاحظات قيمة لإخراج البحث بهذه الصورة فله مني كل الشكر والتقدير.

**الباحث**

ان المسؤولية التقصيرية قد مرت بمراحل مختلفة و تطورت مع تطور المجتمعات حيث زادت أهمية المسؤولية المذكورة مع زيادة نشاط الافراد من جهة وتطور المجتمع من الناحية الاقتصادية و الاجتماعية من جهة اخرى وخاصة بعد ظهور الآلات الميكانيكية والمصانع التي تعرض الانسان بشتى المخاطر ونتيجة ذلك زادت الطلبات على التعويض عن الضرر.

وان تطور قواعد المسؤولية التقصيرية قد بدأ من نظام الاخذ بالثأر أو الانتقام الفردي في الشرائع القديمة ومرورا بنظام التخلي وبعد ظهور الدولة ظهرت قاعدة (القصاص) وبعد توسع نفوذ الدولة ظهر نظام الدية وكانت العقوبة مختلطة مع فكرة التعويض حيث لم يكن هناك فصل بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية. و بما أن الضرر لا يقتصر على الفرد فحسب لأنه يمس كيان الدولة مباشرة او يؤثر على نظامها و أمنها لذلك وجد فكرة ايقاع العقوبة على المعتدى باسم المجتمع و هكذا ظهر نظام العقوبات العامة والخاصة ويلاحظ ذلك بوضوح في شريعة (بابل) لذلك فالمسؤولية كانت موضوعية لا شخصية حيث ان الشرائع القديمة لم تهتدي الى فكرة الخطأ لتأسيس المسؤولية عليها. ثم ظهرت فكرة الخطأ الثابت وتطورت الى خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ثم تطورت الى فكرة الخطأ المفترض الغير قابل لإثبات العكس ثم خلت المسؤولية الخطوة الاخيرة في تطورها فصارت تقوم بدون الخطأ وهذا هو تحمل التبعة وهو ما تقول به الشريعة الاسلامية والفقهاء المسلمون وفي هذه الحالة تقوم المسؤولية الموضوعية أو المادية.

واذا كانت فكرة الخطأ هي قوام المسؤولية المدنية بشكل عام والمسؤولية التقصيرية بشكل خاص فإننا نتعرض لمشاكل لا حصر لها في تقرير مسؤولية عديمي التمييز وهذا ما أدى الى اختلاف التوجهات بشأن أساس مسؤوليتهم وطبيعتها وبالتالي اختلاف التشريعات في هذا الشأن.

ورغم النظريات و البحوث في شأن بعض المشاكل لإيجاد الحلول التي ترضي جميع الاطراف وتوافق النظريات المعتادة والمتعارف عليها فتعذر أحيانا ذلك إما بسبب الخروج عن المعتاد او الميل لطرف على حساب طرف آخر. ومن تلك المشاكل مشكلة المسؤولية التقصيرية لعديمي التمييز فالاعتماد على المعتاد يمكن القول بعدم مسؤولية عديمي التمييز وذلك يلحق الظلم بالضحية والقول بمسؤولية عديمي التمييز يكون ذلك خروجاً على المعتاد والمحاولة بالتوفيق بين التوجهين يلحق الضرر بالطرفين.

لذلك تضاربت الحلول و النظريات بشأن هذه المشكلة وأرهق الفكر لكل من حاول الوقوف عليها وإيجاد حل جذري لها يكون أساسه المنطق القانوني و العدلي. فمن جهة الاصل وخارج الاطار القانوني هناك الكثير من الاعتبارات التي لا تسمح بمساءلة عديهي التمييز (الطفل والمجنون) لتجردهم من العقل وعدم قدرتهم على التمييز بين الحسن والقبح والخير والشر، ومن جهة اخرى إن القول بمسؤولية عديهي التمييز يتعارض مع فكر الجماعة منذ القدم فما يصدر منهم يفسرها الجماعة على انه من فعل الرب او ينسب للقدر حيث كل منا يجب ان يتحمل منها نصيبه وما عديمي التمييز الا الوسيلة التي اختارتها الاقدار لإلحاق هذا الاذى ومصدر هذه الفكرة من العصور الاولى للرومان .

واستنادا لذلك فإن المسؤولية المدنية قد بنيت أحيانا على الخطأ وهذا ما توجه اليه المشرع العراقي في تحديد أساس المسؤولية المدنية بالمادة (186) من القانون المدني العراقي ولكن هذه الاعتبارات لا تلق قبولا من الطرفين فاذا اسلمنا بعدم مسؤولية عديهي التمييز للاعتبارات المذكورة فان ذلك يلحق ضرراً بالطرف الاخر الضحية حيث ان الاخير لم يصدر اي شيء منه يكون سبباً للضرر الذي لحق به سوى انه قد تعرض لعديهي التمييز وان فكرة القدر ضعف مع تطور الفكرة المادية واذا كان عديمي التمييز بحاجة للرعاية وفقاً للمنطق العرفي والقانوني فان مصالح الضحية هي الاولى بهذه الرعاية والحماية. ومن هذه الاعتبارات المتعارضة نشأ هذا الوضع الحرج لكل من حاول ايجاد حل ومن التشريعات التي اتت بمواد متعارضة بشأن المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديهي التمييز هو القانون المدني العراقي في المواد (186 و191) منها.

وللتطرق بشكل أكثر تفصيلاً لما طرح من أفكار ونظريات بشأن المسؤولية التقصيرية واساسها وأساس المسؤولية التقصيرية لعديهي التمييز بصورة عامة وبشكل خاص في القانون المدني العراقي ومقارنتها بما هو مؤثر عليها ومقتبس منها عليه قسمت بحثي هذا الى أربعة مباحث و على الشكل التالي:

البحث الاول / تعريف المسؤولية التقصيرية ونطاقها

المطلب الاول/ نشأة المسؤولية التقصيرية و تطورها

المطلب الثاني/ نطاق المسؤولية التقصيرية

المبحث الثاني/ المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي/ دراسة مقارنة

المطلب الاول/ اركان المسؤولية التقصيرية

المطلب الثاني/ الخطأ في القانون المدني العراقي

المبحث الثالث / أساس مسؤولية عديهي التمييز في القانون المدني العراقي و طبيعتها/ دراسة مقارنة

المطلب الاول /تعريف عديمي التمييز و اسبابه

المطلب الثاني / الاساس القانوني لمسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني العراقي

المبحث الرابع/ مسؤولية عديمي التمييز في الشريعة الاسلامية و القانون المدني المصري

المطلب الاول/ مسؤولية عديمي التمييز في الشريعة الاسلامية

المطلب الثاني / مسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني المصري

المبحث الاول

تعريف المسؤولية التقصيرية و نطاقها

المطلب الاول

نشأة المسؤولية التقصيرية و تطورها

يلاقى الشراح الحديثون صعوبة كبيرة في تعريفهم المسؤولية اذ انهم لا يجدون تعريفا شاملا للأساس الذى تقوم عليه المسؤولية مما يضطرون إما في أخذ النظرية التقليدية التي تعتبر الخطأ أساس المسؤولية أو الى النظرية الحديثة التي تعتمد على عنصر الضرر كأساس للمسؤولية التقصيرية. ومن التعاريف التي تؤسس المسؤولية على النظرية التقليدية هو الذى يقول المسؤولية هي حالة الشخص الملتزم قانونا بتعويض الضرر الذي لحقه للغير بفعله الخاص. أما الاستاذ سافاتييه\* فيبرز في تعريفه للمسؤولية الاتجاه الموضوعي و يقول (يجب تعريف المسؤولية بأنها الالتزامات التي تؤخذ على عاتق من يكون مسؤولا عن نتائج النشاط الذى يقوم به و عليه فلا يوجد أي غرابة بأن نجعل هذه المسؤولية على النشاط الخالي من أي خطأ(1) أما الفقهاء المسلمون فقد عرفوا المسؤولية التقصيرية (بالضمان) ويقصد به بوجه عام شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء إذا توافرت شروطه وقد يطلق على مما يجب أدائه من مال تعويضاً عن مال فقد(2). وقد عرفه الاستاذ عبد المجيد الحكيم بأنها (التزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الشخصي أو عن فعل من هم تحت رعايته أو رقابته من الاشخاص أو

\* فقيه فرنسي.

(1) جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، ص 18.

(2) د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام، الطبعة الاولى، الاصدار الثاني، ص 258.

الاتباع أو تحت سيطرته الفعلية من الحيوان أو البناء أو الأشياء غير الحية الأخرى في الحدود التي يرسمها القانون(1).

وكانت نشأة المسؤولية التقصيرية بداية مختلطة بالمسؤولية الجنائية في المجتمع البدائي القديم حيث كان فكرة الثأر هو الجزاء المترتب على الفعل الضار يباشره المعتدى عليه أو أسرته أو عشيرته دون حدود . ثم تدخلت السلطة لرسم حدوده فنظمت القصاص والزمتم الناس بأن يكون الجزاء نظير الأذى دون أن يجاوزه.

ثم حلت محل الأخذ بالثأر نظام الدية وكانت اختيارية في أول الأمر ثم أصبحت إجبارية وكما كان تحديد قدرها متروكا لاتفاق المتضرر ومحدث الضرر وبعدها تدخلت الدولة لتحديد مقدار الدية من ناحية وتولت بنفسها توقيع العقاب على بعض الجرائم من ناحية أخرى. وبذلك ظهرت فكرة المسؤولية الجنائية ممثلة في العقاب وفكرة المسؤولية (التقصيرية) ممثلة في التعويض(2).

وسنتناول بحث تطور المسؤولية التقصيرية في عهد القانون الروماني حتى وقتنا هذا.

1- القانون الروماني: لقد عرف القانون الروماني جميع الانظمة القديمة التي ظهرت لدى الشعوب القديمة و تأثر بها وقد وجد التمييز بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة لأول مرة فيه في الألواح الاثري عشر التي تجرم مجموعة الاعتداءات على الاشخاص ورغم التوسع في دائرة الجرائم العامة وحق الدولة في العقاب الى جانب حق المجنى عليه في الثأر أو الدية فإن الاخيرة في صورتها الاختيارية والاجبارية لم تتغير صفتها باعتبارها عقوبات خاصة ولم تصل الى مرتبة التعويض باعتبارها حقا ماليا. وبعد صدور قانون أكويليا\* سنة 289 ق.م أصبح جزاء الفعل الضار هو التعويض عن قيمة الضرر وبذلك ظهرت التفرقة بين الضرر الذي يلحق بالمال وهو إتلاف مال الانسان عمداً أو نتيجة إهمال وبين الايذاء الجسماني. غير أن المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار كانت عند الرومان حتى أواخر العهد الروماني مسؤولية جنائية. كما أن المسؤولية كانت تقوم في الاصل على التعدي المادي وما ينشأ عنه من ضرر ولم يكن من شروط قيامها ((الخطأ)) ولم تظهر فكرة الخطأ عندهم كشرط لقيام

(1) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الاول من مصادر الالتزام، 1980.

(2) د. انور سلطان، مصادر الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري، ص 299-983.

\* قانون روماني.

المسؤولية الا في أواخر العهد الجمهوري وبتأثير الفلسفة اليونانية فالمسؤولية كانت موضوعية قوامها عنصر الضرر(1).

2- القانون الفرنسي القديم: أستمّر تطور الفكر القانوني في ظل القانون الفرنسي القديم ولعبت تعاليم الكنيسة دوراً مهماً في هذا التطور حتى جاء الفقيه الفرنسي الكبير (دوما) ووضع القاعدة التي تقضي (بأن الانسان يكون مسؤولاً عن التعويض الضرر الذي يحدثه للغير بخطئه أو بإهماله وعدم تبصره) ومن هنا ظهرت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية وفي هذه المرحلة تم التمييز بين الخطأ التقصيري والخطأ العقدي والخطأ التقصيري والخطأ الجنائي من جهة أخرى(2).

وفي التقنين المدني الفرنسي أصبحت المسؤولية التقصيرية قاعدة عامة متميزة عن المسؤولية الجنائية وقامت على أساس الخطأ. فقد نصت المادة (1382) من هذا التقنين على أن ((كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه)) ثم نصت المادة (1383) على ما يأتي ((كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب بل بإهماله أو بعدم تبصره)) اما المواد (1384-1386) فقد خصصها التقنين الفرنسي للمسؤولية عن الاشخاص والاشياء وأقاموها على فكرة الخطأ ومنذ التقنين المدني الفرنسي تطورت المسؤولية التقصيرية وكان محور تطورها فكرة الخطأ فأصبحت المسؤولية التقصيرية أساسها الخطأ المفترض القابل للإثبات وبعدها للخطأ المفترض الغير القابل لإثبات العكس واختفت فكرة الخطأ تماماً وحلت محلها نظرية تحمل التبعة وكان الفقه رائداً لهذا التطور وسار القضاء بخطوات مترددة وراء الفقه. وقد تطورت نظريات المسؤولية التقصيرية منذ القرن التاسع عشر وذلك لتقدم الصناعة وزيادة مصادر الضرر فعاد ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية الى البروز حتى كاد يغطي على ركن الخطأ. وكان الفقه أول من أستجاب لهذا التطور متأثرين بعاملين أحدهما علمي هو ما نشره المدرسة الوضعية الايطالية بزعامة (فري) وه و وجوب الاعتماد على الناحية الموضوعية وليس الناحية الذاتية والعامل الثاني عملي وه و زيادة مخاطر العمل بحيث أصبح من المتعذر على العامل أن يثبت خطأ صاحب العمل للئي يستطيع الرجوع عليه في التعويض. فنأدى الفقه بأنه ليس من الضروري أن يكون الخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية ويجوز أن تقوم هذه المسؤولية على فكرة الضرر وتحمل التبعة. وهذه هي نظرية تحمل التبعة. ((فمن خلق تبعات يفيد من مغانمها وجب عليه

(1) جبار صابر طه، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، ص33، طبعة، 1984.

(2) د. محمد شريف أحمد، مصادر التزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص195.



أن يحمل عبء مغارمها)) و قد قام على رأس الفقهاء من ينادي بهذه النظرية (سالي وجوسران)\* واعطاء تفسير جديد للمادتين (1382 و1384) من التقنين المدني الفرنسي مفاده أن المشرع لا يشترط ركن الخطأ في المادة (1382). وقام الفقهاء بصياغة نظرية فقهية سموها ((نظرية تحمل التبعات المستحدثة او النظرية الموضوعية)) يقابلون بها النظرية الشخصية التي تقوم على فكرة الخطأ وقالوا أن النظرية الشخصية لم تعد تتفق مع التطور الاقتصادي ولا مع المنطق فمنذ انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية أصبح التعويض المدني لا دخل للعقوبة فيه ولم يعد هناك مبرر لاستبقاء الخطأ أساساً للمسؤولية المدنية ويجب أن يكون أساس هذه المسؤولية الضرر الذي يستوجب التعويض لا الخطأ الذي يقتضى العقوبة(1).

والفرق الجوهرى بين المسؤولية الشخصية والمسؤولية الموضوعية هو أن المسؤولية الشخصية قائمة على فكرة الخطأ ولو كان هذا خطأ مفروضاً ولو كان هذا الفرض غير قابل لإثبات العكس فأساس المسؤولية الخطأ و ليس الضرر والمسؤول هو الحارس لا المنتفع أما المسؤولية الموضوعية فهي قائمة على الضرر وجوداً وعدماً والمسؤول هو المنتفع لا الحارس. و المشرع الفرنسي قد أعتمد على النظرية الموضوعية في نطاق ضيق لبعض التشريعات أما القضاء الفرنسي فلم يأخذ بالمسؤولية الموضوعية بل هو يشترط دائماً أن تقوم المسؤولية على الخطأ.

3- الفقه الاسلامي: إن المسؤولية التقصيرية في الفقه الاسلامي هو (الضمان) والملاحظ من خلال تعريف الضمان من قبل الفقهاء أنهم لم يحددوا الفعل الواجب للضمان وان موضع اهتمامهم هو الضرر وتعويض المضرور منه وهذا ما تتجه اليه التشريعات الموضوعية مؤخراً. و قد كان حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) بمثابة القاعدة الكلية التي تحكم الضمان وقد أشتق منها الفقهاء والمجتهدون العديد من القواعد مثل (الضرر لا يزال) و(الضرر يدفع بقدر الامكان) ويقسم الفقه الاسلامي الضرر وفقاً لمى ارتباطه بالفعل الضار الى ثلاثة أنواع (ضرر مباشر) وهو ما يترتب على الفعل المباشر دون أن يفصل بينهما من فعل آخر فيكون الضرر علة للفعل وضرر غير مباشر أو يسمى التسبب وثالث لا علاقة له بالفعل. ومن الخصائص التي تميز الضمان في الفقه الاسلامي عن غيره من الانظمة الاخرى أنه يأخذ بمبدأ الضمان الفردي أي كل شخص يضمن فعله الشخصي ولا يضمن فعل غيره انطلاقاً من

\* فقهاء فرنسا في القانون المدني.

(1) د. عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني الجديد (1)، المجلد الثاني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ص765 وما بعدها.

قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ (سورة فاطر: الآية 18) ومن النتائج التي تترتب على مبدأ الضمان الفردي أيضا في حالة تعدد محدثي الفعل الضار فكل فاعل يضمن على قدر الفعل الذي أحدثه (1). ومن الملاحظ أن الفقهاء قد عالجوا المسؤولية التقصيرية في فروعها التقصيرية ولم يضعوا قاعدة عامة لها ورغم ذلك فإنهم قد توصلوا الى وضع قواعد تصح في مجموعها بأن تكون أساساً لمبدأ عام يشملها جميعا عليه فلا جدال أن موضوع المسؤولية المدنية لم تكن بعيدا عن تفكير الفقه الاسلامي فقد تناوله الفقهاء ووضعو نظريات وبيّنوا من خلالها معالم التمييز بين المسؤولية الجنائية والمدنية والفصل بين فكرة العقوبة وفكرة التعويض. وبما أن الشريعة تجعل الضرر علة وسببا للتضمنين فإذا وجدت العلة تترتب المعلول لذا الزم الضمان. عليه فقد سيطرت النزعة المادية على الفقه الاسلامي ولم ينظر فيه الى خطأ من يرتكب فعلا ضارا بقدر ما ينظر الى الضرر ووجوب تعويضه. لذلك فقد أكتفى الفقه الاسلامي بمباشرة الفعل الضار وهي ذاتها عمل غير مشروع أو بالتعدي في حالة التسبب وهو في نظره مجرد ارتكاب الفعل الضار دون حق بقطع النظر عن الحالة النفسية للمتسبب وعن وقوع اهمال و عدم وقوع شئيه من ذلك(2).

## المطلب الثاني

### نطاق المسؤولية التقصيرية

(1) د. امجد مجمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، ص258.

(2) جبار صابر طه، المصدر السابق، ص35.

للكي نعرف نطاق المسؤولية التقصيرية علينا التطرق الى أمرين أولهما التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية وبيان حكم اجتماعهما والامر الثاني هو التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وبيان حكم اختلاطهما.

الامر الاول: التمييز بين المسؤولية الجزائية و المسؤولية المدنية:

ان المسؤولية الجزائية أساسه هو الضرر الذي يلحق بالمجتمع أما اساس المسؤولية المدنية فهو الضرر الذي يصيب الفرد ويترتب عليه النتائج التالية:

العقوبة تكون هـي جزاء المسؤولية الجزائية أما جزاء المسؤولية المدنية فهو التعويض النقدي الذي يستوفي من مال مسبب الضرر.

أن الافعال التي توجب المسؤولية الجزائية هـي أفعال محددة على سبيل الحصر استناداً لقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) اما الافعال الى توجب المسؤولية المدنية فلا يمكن حصرها أو تحديدها لأن كل فعل أو اهمال يلحق الضرر بالغير يوجب الضمان.

ان الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية الجزائية هو المجتمع يمثلها الادعاء العام لأن الضرر أصاب المجتمع في حين ان المتضرر هو يطلب التعويض في المسؤولية المدنية(1).

لما كان الجزاء في المسؤولية الجزائية من حق المجتمع فلا يجوز الصلح عنه او التنازل منه او اسقاطه الا المجتمع ممثلاً بالمشرع اما في المسؤولية المدنية فيجوز الصلح فيه والنزول عنه لأنه حق الفرد.

لما كان الجزاء في المسؤولية الجزائية عقوبة يوقعها المجتمع فيجب ان تكون هذه العقوبة متناسبة مع خطورة الفعل الذي يؤدي القيام به الى تقريرها. اما في المسؤولية المدنية فينظر الى مقدار الضرر وليس الى درجة الخطأ الذي أحدث الضرر فكل ضرر يوجب تعويضه أياً كانت درجة الخطأ. فالمهم في المسؤولية الجزائية هو درجة خطورة الفعل وليس الضرر كما هو الحال بالنسبة لجريمة الشروع الذي لا يتصور فيه ضرر مادي. في حين ان المهم في المسؤولية المدنية فهو مقدار الضرر لا درجة خطورة الفعل الذي ادى الى الضرر أي عكس المسؤولية الجزائية فلا مسؤولية أي لا ضمان اذا لم يقع ضرر ولو كان درجة الخطأ كبيرة(2) ويعتبر القصد (النية) ركناً لقيام المسؤولية الجزائية فنية مرتكب الفعل يجب ان تتجه

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، الطبعة الاولى، 2011، ص50.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون، نفس المصدر، ص461.

الى احداث الضرر التي تقرر مسؤوليته وان لم يترتب على فعله ضرر اما المسؤولية المدنية فلا يشترط لقيامها توافر عنصر النية.

ان المسؤولية الجزائية تدور وجوداً وهدماً مع الخطأ لذلك فان التمييز يعتبر شرطاً لقيامها ذلك لأن غير المميز لا يدرك ما يفعل ومن لا يدرك لا ينسب اليه الخطأ أما المسؤولية المدنية فقد تتقرر وان لم يكن المسؤول مميزاً(1).

وقد يترتب من الفعل الواحد المسؤوليتين المدنية والجزائية فليس من الغريب ان يترتب بالفعل الواحد ضرراً بالمجتمع والفرد معاً فجرائم التزوير والقتل والرشوة والسرقه كلها جرائم تلحق ضرراً بالمجتمع وضرراً اخر بالفرد الذي كان ضحية لها وفي هذه الحالة المشتركة تتأثر أحكام المسؤولية المدنية بأحكام المسؤولية الجزائية من النواحي الاتية:

1- اذا ترتب على الفعل الواحد مسؤولية جزائية واخرى مسؤولية مدنية فعلى القاضي المدني ان يوقف الفصل في الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجزائية من قبل المحكمة الجزائية استناداً لقاعدة ((الجزائي يوقف المدني)) و يجوز اقامة الدعوى المدنية مع الدعوى الجزائية امام المحكمة الجزائية وعندئذ تقضي المحكمة بالعقوبة والتعويض.

2- اذا صدر حكم نهائي من محكمة الجزاء في الدعوى الجنائية وجب على القاضي المدني التقييد بما اثبتته هذا الحكم من وقائع ولكنه لا يتقيد بالتكييف القانوني لهذه الوقائع بمعنى ان احكام القاضي الجنائي تكون بما اثبتته من وقائع حجة على القاضي المدني. فاذا افضى القاضي الجزائي بالإدانة وجب على القاضي المدني التقييد بذلك والقضاء بالتعويض. واذا قضى القاضي الجزائي بالبراءة فليس للقاضي المدني ان يحكم بثبوتها والحكم على المدعى عليه بالتعويض.

واذا قضت محكمة الجزاء بالافراج استناداً الى اهمال المتهم بدرجة لا تصل الى درجة الاهمال الجزائي او استناداً الى موت المتهم او لوجود مانع من موانع العقاب فان ذلك لا يمنع القاضي المدني من اثبات المسؤولية المدنية والحكم بالتعويض(2).

3- ومن حيث سقوط الدعوى الجزائية والمدنية فقد نصت المادة (232) من القانون المدني العراقي على انه (لا تسمع دعوى التعويض الناشئة من العمل غير المشروع أياً كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بالشخص الذي احدثه ولا تسمع في جميع الاحوال بعد قضاء خمسة عشرة

(1) د. عبدالمجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكر والاستاذ المساعد محمد طه البشير، المصدر السابق، ص202.

(2) د. على حسن دنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر التزام، احكام التزام - اثبات التزام، ص216.

سنة من يوم وقوع العمل الغير مشروع) فأمام المتضرر من عمل تترتب عليه كلتا المسؤوليتين الجزائية والمدنية ثلاث سنوات لإقامة الدعوى المدنية ابتداء من تاريخ علمه بحدوث الضرر وبالشخص الذى احدثه وخمس عشر سنة من تاريخ وقوع الفعل بكل الاحوال. اما في الدعوى الجزائية بالنسبة للبالغين فلا تسقط بالتقادم واما بالنسبة لغير البالغين فهناك استثناءات تم التطرق اليها في قانون رعاية الاحداث وتنقضي بوفاة المتهم او صدور حكم بات بإدانته او براءته او حكم او قرار بات بعدم مسؤوليته عن الجريمة المسندة اليه او قرار نهائي بالإفراج عنه او بالعفو عن الجريمة او بوقف الاجراءات فيها وقفا نهائيا او في الاحوال الاخرى التي نص عليها القانون المادة (300 اصول جزائية) اما القانون المدني المصري فقد نصت في المادة (172) منه على انه لا تسقط دعوى التعويض الا بسقوط الدعوى الجزائية(1).

الامر الثاني: التمييز بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية:

تنقسم المسؤولية المدنية الى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية واساس المسؤولية العقدية هو الاخلال بالتزام عقدي واساس المسؤولية التقصيرية هو الاخلال بالالتزام القانوني العام الذى يفرض عدم الاضرار بالغير وفي امر التفرقة والتمييز بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية نعرض لمسائل ثلاثة: ازدواج المسؤولية او وحدتها  
تحديد نطاق كل من المسؤوليتين  
الجمع او الخيرة بين المسؤوليتين

أ- ازدواج المسؤولية او وحدتها:

كان الاتجاه في الفقه الفرنسي خلال القرن التاسع عشر هو وجوب التفرقة بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية الا انه في نهاية القرن التاسع عشر ظهر فريق من الفقهاء ذهبوا الى وحدة المسؤولية حيث قالوا بأن السبب والاثر هو واحد في المسؤوليتين فسبب المسؤولية بشكل عام هو الاخلال بالتزام او واجب سابق ويعد هذا الاخلال هو خطأ من طبيعة واحدة سواء كان مصدره عقدا او قانون. كما ان الاثر المترتب على المسؤولية المدنية بشكل عام هو نشوء الالتزام بالتعويض وقد انتهى هذا الخلاف الى موقف وسط بوحدة في الاساس واختلاف فيما وراء ذلك فبالنسبة

(1) د. عصمت عبدالمجيد، المصدر السابق، ص513-514.

لوحدة في الاساس هو الخطأ الذى يعنى اخلال بالتزام سابق ويستوى بعد ذلك ان يكون مصدر هذا الالتزام هو العقد او العمل غير المشروع فجوهر المسؤوليتين هو واحد وهذا الجوهر يستتبع ان تكون لهذه المسؤولية اصولاً موحدة تتولد منها نظرية عامة تتضمن القواعد التي تحكم المسؤولية المدنية سواء كانت ناشئة عن اخلال بالتزام تعاقدى او بواجب قانوني(1). الا ان المسؤولية العقدية تقوم على الاخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات والمسؤولية التقصيرية اساسه الاخلال بالتزام قانوني واحد ثابت هو الالتزام بعدم الحاق الضرر بالغير. فطرفي العقد في المسؤولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسؤولية اما في المسؤولية التقصيرية فقبل ان تتحقق كان المدين اجنبيا عن الدائن. و المثال في المسؤولية العقدية ان يتعرض البائع للمشتري في المبيع بعد ابرام عقد البيع فيخل بالتزامه العقدي من عدم التعرض ومثل المسؤولية التقصيرية ان يتعرض احد للعين في يد مالكا فتتحقق مسؤولية المعارض ومصدرها اخلاله بالتزام قانوني يفرض عليه عدم الاضرار بالغير و نشأ عن هذا المسؤولية الاختلاف بين المسؤوليتين فوارق ويجمعون هذه الفروق بما يلي:

- 1- الاهلية: في المسؤولية العقدية تشترط اهلية الرشد في اكثر العقود اما في المسؤولية التقصيرية فتكفي اهلية التميز .
- 2- الاثبات: في المسؤولية العقدية المدين هو من يتحمل عبء اثبات قيامه بالتزامه التعاقدى بعد ان يثبت الدائن وجود العقد اما في المسؤولية التقصيرية فإن عبء الاثبات في خرق الالتزام القانوني يقع على عاتق الدائن.
- 3- الاعذار: في المسؤولية العقدية يشترط اعذار المدين الا في حالات استثنائية ولا اعذار في المسؤولية التقصيرية(2).
- 4- من حيث مدى التعويض: التعويض في المسؤولية العقدية يقتصر على الضرر المباشر المتوقع فقط في حين ان نطاق المسؤولية التقصيرية هو الضرر المباشر المتوقع والغير المتوقع.
- 5- من حيث التضامن: في المسؤولية التقصيرية التضامن ثابت بحكم القانون بينما في المسؤولية العقدية فلا يفترض التضامن.

(1) د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، 2003، ص315.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص748.

6- من حيث الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية: يجوز في المسؤولية العقدية ولا يجوز في المسؤولية التقصيرية.

7- من حيث التقادم: المسؤولية العقدية تتقادم بخمس عشر سنة اما المسؤولية التقصيرية فتقادمها ثلاث سنوات او خمس عشره سنة حسب الاحوال(1).

ب - تحديد نطاق كل من المسؤوليتين:

للي تتوفر المسؤولية العقدية لا بد من وجود عقد يخل احد اطرافه بالتزام ناشئ منه لذا فيشترط لقيام المسؤولية العقدية توافر الشروط الاتية:

وجود عقد يربط بين المسؤول والمضروب.

ان يكون العقد صحيحاً.

ان يقع من الطرف المسؤول اخلال بأحد التزاماته الناشئة عن هذا العقد يرتب ضرراً للطرف الاخر المضروب.

فإذا تخلف أياً من الشروط المذكورة فلا تنهض المسؤولية العقدية فمن يقوم بعمل على سبيل المجاملة لقريبه او صديقه كنقله بعربته بالمجان فاذا ارتكب الناقل خطأ اثناء النقل نشأ عنه ضرر للراكب فانه لا يخضع للمسؤولية العقدية وكذلك لمن يقوم بعمل غير مكلف به كمن يسارع لإطفاء حريق في منزل جاره فيرتكب خطأ اثناء ذلك لا تخضع لقواعد المسؤولية العقدية. اما المسؤولية التقصيرية فالأصل انها تقوم في كل مرة لا تتوفر فيها تلك الشروط او بعضها بحيث يعتبر المسؤول اجنبياً عن المضروب.

واذا كان الفعل الذي سبب الضرر قد وقع خلال فترة التمهيد لإبرام العقد كانت المسؤولية تقصيرية واذا ثار البحث حول قيام العقد تعين البحث عما اذا كانت نية الطرفين المشتركة الى ترتيب اثار قانونية يمكن المطالبة بها قضائياً فان توافر ذلك وكان الفعل مما يدخل في هذه الاثار كانت المسؤولية عقدية(2).

(1) د. محمد شريف احمد، مصدر سابق، ص189.

(2) المستشار عز الدين الدناصوري والمستشار الدكتور عبد المجيد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، الجزء الاول، ص21.

ج- الجمع او الخيرة بين المسؤوليتين:

قد يترتب على الفعل الواحد المسؤوليتين العقدية والتقصيرية كأن يحدث المستأجر اضراراً بالمأجور فهل للمؤجر الخيرة بينهما والجمع؟ من الطبيعي لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين فلا يجوز للدائن الرجوع على المدين مرتين مرة بمقتضى المسؤولية التقصيرية واخرى بموجب المسؤولية العقدية للحصول على التعويض وكذلك لا يستطيع ان يجمع ويستفيد من مزايا المسؤوليتين فيرفع بخصوص الاثبات وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية وبخصوص التضامن والتعويض وعدم جواز الاعفاء من المسؤولية بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية وكذلك لا يستطيع الرجوع على المدين بموجب قواعد المسؤولية الاخرى ان اخفق بالرجوع بموجب قواعد المسؤولية الاخرى. اما الخيار المقصود فهل يجوز للدائن الرجوع على المدين بموجب قواعد المسؤولية الاصلح له او اذا سدت في وجهه المسؤولية التعاقدية فهل يستطيع الرجوع بموجب المسؤولية التقصيرية وللإجابة عن هذا السؤال انقسم الفقه والقضاء الى اتجاهين:

الاتجاه الاول: ذهب هذا الاتجاه انه للدائن الحق في الخيرة بين المسؤوليتين وقواعدها عند الرجوع على المدين مادام شروط كل من المسؤوليتين متوفرة فليس هناك من نص قانوني يمنعه من ذلك وحتى وان سدت من وجهه المسؤولية التعاقدية فيجوز له الرجوع على المدين بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية. الاتجاه الثاني: ذهب هذا الاتجاه بشكل عام الى عدم الجواز للدائن الرجوع على المدين الا بموجب قواعد المسؤولية العقدية وذلك لان مصدر العلاقة بين الدائن والمدين هو العقد لذا فهذه العلاقة يجب ان يحكمها العقد المبرم بينهما فقط. وان الالتزام العقدي الذي صار المدين مسؤولاً عنه لم يكن قبل العقد التزاماً في ذمته فلو فرض انه لم يقم به قبل ابرام العقد لما كان مسؤولاً عنها لا مسؤولية عقدية لان العقد لم يبرم ولا مسؤولية تقصيرية اذ لا وجود للخطأ عن عدم قيام بأمر لم يلتزم به. اما اذا كان تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى ناشئاً عن جريمة جنائية كما في السرقة الناقل للبضاعة المكلف بنقلها فالفقه يكاد يجمع على اعطاء الخيار للدائن من الرجوع وذلك لخروج الناقل عن نطاق المسؤولية العقدية ودخوله في نطاق علاقة اخرى ينظمها القانون وهو عدم الاضرار بالغير كواجب قانوني عام(1).

ونرى انه من الافضل اعطاء حق الخيار للدائن بين المسؤوليتين في الرجوع على المدين حيث ان اعفاء المدين من المسؤولية العقدية مصدره ارادة طرفي العقد وان هذه الارادة غير قادرة على التهرب من

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص523



احكام المسؤولية التقصيرية باعتبارها من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على الاعفاء منها ومن جهة اخرى فان المسؤولية العقدية تتحول الى المسؤولية التقصيرية اذا ارتكب المدين خطأ جسيماً او غشا في الاخلال بالتزامه التعاقدى الذى نتج عنه الضرر.

## المبحث الثانى

### المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي - دراسة مقارنة

من المواد التي بدأ بها المشرع العراقي في موضوع العمل غير المشروع هي المادة (186) من القانون المدني العراقي و المتضمنة (1- اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسبباً يكون ضامناً اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى. 2- واذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدي منهما فلو ضمن معاً كانا متكافلين في الضمان)(1).

(1) متن القانون المدني .

ان مصدر هذه المادة هو المواد (90 و92 و93 و887 و912 و922 - 925 - المجلة) و يقابلها المادة (169) من القانون المصري. ان القوانين تختلف من دولة لأخرى عند الصياغة للقوانين المتعلقة بالعمل غير المشرع فالقوانين اللاتينية يورد نصاً عاماً منها يضع قاعدة عامة متضمنة (ان كل خطأ ينتج عنه ضرر للغير بلزوم المخطئ التعويض) اما القانون الإنكليزي والالمانى فقد تطرقت الى الموضوع بشكل مفصل وهذا هو احدث تطور في التشريع وان الفقه الاسلامي يجاري هذا التطور فهو لم يضع قاعدة عامة شاملة للمسؤولية التقصيرية بل ذكر حالات معينة وان مصدر المادة المذكورة هو المجلة رغم ان المشرع العراقي في صياغته قد حاول الجمع بين التوجهين الوضعي والشريعة الاسلامية وسنذكر بشكل اكثر تفصيلاً في مطلبي هذا المبحث(1).

## المطلب الاول

### اركان المسؤولية التقصيرية

للمسؤولية التقصيرية كالمسؤولية العقدية اركان وهذه الاركان هي (الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر).

أولاً: الخطأ: ان الفقهاء لم يتفقوا على تعريف محدد للخطأ جامع مانع له فقد عرفه البعض بأنه العمل الضار الخالف للقانون وان هذا ليس تعريفاً للخطأ فالأعمال الضارة المخالفة للقانون كثيرة ولم ينص الا على القليل منها. وذهب بلانيول\* بأن الخطأ هو اخلال بالتزام سابق وفي هذا خلط بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية وقد حاول بلانيول حصر الالتزامات التي يعتبر الاخلال بها موجباً للمسؤولية التقصيرية بأربعة وهي:

عدم العنف نحو الاشياء والاشخاص.

عدم الغش.

عدم القيام بأي عمل لم تنهياً له درجة معينة من قوة و مهارة .

(1) المحامي سلمان بيات - القضاء المدني العراقي - الجزء الاول - ص 240.

\* فقيه فرنسي.

اليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشياء التي تنتج عنها مخاطر و على الأشخاص الذي هم تحت الحراسة.

وذهب عمانوئيل الى تعريف الخطأ بأنه هو الاخلال بالثقة المشروعة. وحاول فقهاء اخرون تعريف الخطأ في اعتباره (اعتداء على حق مكتسب يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء او لا يستطيع ان يعارضه بحق اقوى منه) او (كالاخلال بواجب يتبنى من اخل به انه اخل بواجب ولكنها كسابقتها لم تعطى تعريفاً محدداً شاملاً للخطأ(1) وقد استقر الفقه و القضاء على ان الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو (اخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن تمييز او ادراك) فللخطأ عنصران (مادي هو الاخلال) و(معنوي هو الادراك أو التمييز).

العنصر الاول: الاخلال او التعدي: والتعدي قد يكون عمدياً او غير عمدي والمهم في الامر هو تحديد مقياس التعدي وهل هو شخصي او مادي؟.

والمقصود بالشخصي هنا هو تحديد الاخلال على أساس الشخص القائم بالضرر فإن كان يقضاً جداً فنحاسبه على ادنى هفوة او انحراف بينما إذا كان القائم بالضرر دون مستوى الرجل المعتاد فلا نحاسبه الا على الاخلال الكبير. وهذا المعيار صعب الخوض وتحديد درجة اليقظة عند الشخص القائم بالضرر من جهة وانه يلحق ضرراً بالمتضرر لأنه لا يستطيع الحصول على التعويض من الشخص اذا كان دون يقظة الرجل المعتاد ومعنى المعيار المادي فيعني عدم النظر الى شخص من وقع منه الفعل بل ننظر الى (شخص مجرد) هو شخص من طائفة معينة نقيس من خلاله بأفعال طائفية فإن كان ما أقره مثيلاً لأفعال طائفية فلا نعتبره اخلالاً وان كان دونه فنعتبره (خطأ) مع أخذ الظروف الخارجية بنظر الاعتبار كظرف الليل وظرف الضباب بالنسبة للسائق(2).

العنصر الثاني: التمييز والادراك: الادراك او التمييز هو الركن المعنوي للخطأ فركن التعدي وحده لا يكفي ليقوم الخطأ بل يجب لقيامه ان يكون من وقعت منه اعمال التعدي مدركاً لها ولا مسؤولية دون تمييز فالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه تماماً وغيرهم لا يمكن ان ينسب اليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأفعالهم. ولكن تيار النظرية المادية في المسؤولية التقصيرية الذين يبنون المسؤولية على تحمل

(1) د. عبد المجيد الحكيم - مصدر السابق - ص 487.

(2) د. حسن على ذنون، مصدر سابق، ص 234.

التبعة لا الخطأ يقرون بمساءلة الصغير غير المميز ومن في حكمه حيث يقولون بأنهم اذا كانوا لا يدركون ما يقوموا به فانهم يلحقون بأفعالهم ضرراً بالغير تستوجب التعويض ويأتون بأمثلة منها الصبي غير المميز الغني والمتضرر الفقير ويقارنون بين المصلحة الواجبة الرعاية وان أصحاب هذه النظرية قد أثروا على أصحاب النظرية الشخصية حتى قالوا بأن الخطأ يعني التعدي او الاخلال فقط. ويقول الاستاذ د. السنهوري بأن الظروف الداخلية لا يمكن تحريدها من الطائفة فان الصبي غير المميز في تصرفاته اذا تم مقارنته بأقرانه ستبقى تصرفاً معتاداً بالنسبة لهم وعلى أساس ذلك لا يعتبر تعدياً وبذلك عديم التمييز يكون غير مسؤول والصحيح في نظره ان الخطأ يتكون من عنصرين هما الاخلال أو التعدي والتمييز أو الادراك والشخص الذى لا يدرك ما يصدر منه لا يمكن مساءلته لا أدبياً ولا مدنياً ولاجنائياً مادامت المسؤولية تقوم على الخطأ وهذا هو فضل النظرية الشخصية فهي تربط المسؤولية بالخطأ تربط الخطأ بالتمييز(1).

ثانياً: الضرر: يمكن تعريف الضرر بأنه ((الذى الذى يصيب الشخص في حق من حقوقه او في مصلحة مشروعة له ذلك الحق او تلك المصلحة قد يكون متعلقاً بسلامة جسم الشخص او عاطفته او بحريته او بشرفه واعتباره وقد يكون متعلقاً بماله فيسبب له خسارة وقد عرف الضرر في الفقه الاسلامي بتعريفات كثيرة و قد عرفه البعض تعريفاً بسيطاً بأنه (الحاق مفسدة بالآخرين). و للضرر أهمية كبيرة في تقرير المسؤولية فهو يعتبر المحور الذى يدور حوله المسؤولية فبانتهائه تنتهي المسؤولية مهما كانت درجة الخطأ فمناطق التعويض هو الضرر وهو الذى يبرر الحكم لا الخطأ والتشريعات القديمة وكذلك الفقهاء المسلمون اشترطوا لقيام المسؤولية وجود الضرر لذلك فان الشريعة الاسلامية لم تعتبر كل تلف موجب للتعويض ان لم يكن هناك كمن يحصد محصول غيره بعد نضجه. ورغم مرور المسؤولية المدنية بمراحل مختلفة فان الضرر كأحد الأركان بقي ثابتاً محورياً للمسؤولية والتعويض(2).

انواع الضرر

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص798.

(2) جبار صابر طه، مصدر سابق، ص106.

أ- الضرر المادي: و هو إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية.

ب- الضرر الادبي: هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في حاله بل يصيبه في شرفه واعتباره وشعوره ومعتقداته الدينية و شعوره الادبي بشرط ان يكون ضرراً محققاً غير احتمالي وقد أستقر الفقه والقضاء على جواز التعويض عن الضرر الادبي(1).

رغم معارضة بعض لها باعتبار الضرر المعنوي لا يمكن ان تقدر بمال من جهة وان تقديره صعب للغاية من جهة اخرى. و بالرغم من الانتقادات فقد أستقر مبدأ التعويض عن الضرر الادبي في القوانين الحديثة ومن هذه القوانين القانون المدني العراقي حيث نصت الفقرة (1) من المادة (205) من القانون المدني العراقي التعويض عن الضرر الادبي اما الفقرة (2) من هذه المادة فأجازت ان يقضي بالتعويض للأزواج او الاقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير الا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق او حكم نهائي (م 3/205) من القانون المدني العراقي(2) وإن كلمة الاقربين لم يتم تحديدها في القانون المدني العراقي لذلك تم تفسيرها عدة تفسيرات منهم من حصرها بالورثة و منهم من فسرها بأن المشرع قد ترك تقدير المستحق من الاقربين للمحكمة والقاضي حسب ظروف كل قضية علما أن بعض القوانين قد حصر الاقربين بالأزواج و الاقرباء للدرجة الثانية كالقانون المدني المصري في الفقرة (2) من المادة (222) منه.

### شروط الضرر

يشترط توافر شروط ثلاثة في الضرر لئلي يمكن الحكم بالتعويض عنه أولهما أن يكون محققاً وثانيها ان يكون مباشراً و ثالثها ان يصيب حقاً او مصلحة مالية مشروعاً(3).

أ- ان يكون الضرر محققاً:

(1) المستشار عز الدين الدناصوري والمستشار عبد المجيد الشواربي، مصدر سابق، ص209.

(2) عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص603.

(3) الاستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، مصدر سابق، ص213.

ان الضرر الذى يستحق التعويض هو الضرر المحقق سواء كان حالاً او مستقبلاً اما الضرر المحتمل فلا يستوجب التعويض والمقصود بالضرر الحال هو موت المتضرر مثلاً والضرر المستقبلي هو جرح المتضرر وعدم اكتسابه الشفاء التام سريعاً فيصدر القاضي تعويضاً عن حالته وله حق المطالبة بالتعويض مستقبلاً إن ظهر مضاعفات لوضعه ويستطيع القاضي ترك الامر لنتيجة التقرير النهائي ليقرر له ما يستحقه من التعويض وكذلك الحال بالنسبة لتفويت الفرصة فإنه يختلف عن الضرر المحتمل فهو أيضاً يستحق التعويض وذلك لأنه رغم أن موضوع الفرصة أمر محتمل الا أن تفويتها أمر محقق و يرمى دائماً التعويض مدى احتمال الكسب الذى ضاع على المتضرر من تفويت الفرصة والمثال على ذلك تفويت الفرصة في النجاح في الامتحان(1).

ب- ان يكون الضرر مباشراً: أن نطاق المسؤولية التقصيرية في الضرر هو الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع ويلتزم المدين التعويض عنها بالشكل المذكور حيث يلزمه القانون بالتعويض عن كل ضرر يكون نتيجة طبيعية لعمله غير المشروع فقد نصت المادة (1/207) من القانون المدني العراقي على ((تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع)) والضرر المباشر حسب تعريف مشروع القانون المدني العراقي في المادة (422) ((يكون الضرر مباشراً اذا كانت نتيجة طبيعية للفعل الضار ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة المتضرر ان يتوقاه ببذل جهد معقول. اما الضرر غير المباشر فلا يمكن التعويض عنه لانقطاع العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر وهناك آراء كثيرة في كيفية التفريق بين الضرر المباشر وغير المباشر فمنهم من يعتمد على درجة احتمال وقوع الضرر وهناك من يقول ان يكون الضرر نتيجة حتمية او ضرورية للخطأ ولم يبين المشرع العراقي ما يعتبره نتيجة طبيعية في حين ان المشرع المصري قد اعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد في تنفيذه من العناية كل ما يبذل الشخص العادي وذلك في المادة (221) من القانون المدني المصري و يرى الاستاذ الدكتور السنهوري انه معيار يجمع بين الدقة والمرونة(2).

ج- ان يصيب حقاً او مصلحة مالية مشروعة: فإذا وقع الضرر على حق او مصلحة مالية لا يقرر لها القانون حماية فلا موجب للتعويض وعلى هذا الاساس فلا تستحق الخليفة تعويضاً في قتل خليلها

(1) د. انور سلطان، مصدر سابق، ص326.

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص599.

وكذلك الحال بالنسبة للغاصب في المال المغصوب ويقصد هنا بالمصلحة المالية المشروعة ان يكون شخص غير مكلف بإعالة آخر ومع ذلك يعيله فإن أي ضرر يلحق بالشخص القائم بالإعالة يحق للمستفيد المطالبة بالتعويض لأن الضرر أنصب على مصلحة مالية مشروعة له وكذلك الحال في قتل الخطيب فان للخطيبة الحق في المطالبة بالتعويض بمقدار كلفة الخطبة وما فات عليها من فرصة الزواج(1).

ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر:

لكي يستطيع المتضرر الحصول على التعويض من الخطأ الذي ارتكبه الغير فيجب على المتضرر بالإضافة الى إثبات خطأ القائم بالضرر عليه اثبات إن الضرر الذي أصابه قد نشأ من خطأ القائم بالضرر وهذه هي علاقة السببية فاذا توفر كل من الخطأ والضرر وغاب علاقة السببية بينهما فلا مسؤولية لهن يضع سم لأخر فيأتي ثالث ويقتله فتقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر ومن الحالات التي تنقطع فيها علاقة السببية بين الخطأ و الضرر هناك حالتين:

1- رجوع الضرر الى سبب أجنبي .

2- ان يكون الخطأ هو السبب في الضرر ولكنه لم يكن السبب الوحيد او كان هو السبب الوحيد ولكن تعددت الاضرار(2).

وقد وجد الفقه نظريتين في هذا الصدد عرفت الاولى بنظرية (تكافؤ او تعادل الاسباب) والنظرية الثانية هي نظرية السبب المنتج ونعرضها وفق الاتي:

أ- نظرية تكافؤ الاسباب: ويقال عن هذه النظرية بأنها نظرية تعادل الاسباب لأن الاسباب التي أحدثت الضرر كانت متعادلة ومضمون هذه النظرية ان هناك عدة اسباب تشترك مع بعض في ايقاع الضرر وان تخلف اي سبب من تلك الاسباب يحول دون وقوع الضرر لذلك فإن صاحب كل سبب يتحمل الضرر أيا كان حجمه باعتبار كل سبب له علاقة سببية بالضرر كله ومن الامثلة على ذلك شخص يهمل في المحافظة على سيارته فيسرقه آخر ومن خلال السياقة يصطدم بأخر عندئذ هناك سببان لإحداث الضرر ووفقا لنظرية تعادل الاسباب فإن كل سبب يتحمل الضرر كله وانتقدت هذه النظرية باعتبارها

(1) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص231.

(2) د. محمد شريف احمد، نفس المصدر السابق، ص200.

تؤدي الى نتائج غير عادلة فقد يكون أحد الاسباب طفيفا والاخر كبيرا بالمقارنة به. لذلك فان الفقه والقضاء قد عدلوا عن هذه النظرية(1).

ب- نظرية السبب المنتج: صاحب هذه النظرية هو الفقيه الألماني (فون كريس) ووفقا لهذه النظرية اذا تداخلت عدة اسباب في احداث الضرر فيجب ان نفرق بين الاسباب العرضية والاسباب المنتجة ونهمل الاولى ونعتد بالثانية ويعتبر السبب منتجا اذا كان بطبيعة الامر يؤدي الى احداث الضرر فمثلا سائق السيارة في المثال السابق اهماله يعتبر سببا عرضيا والسارق وقيادته للسيارة واصطدامه بالآخر يعتبر سببا منتجا للضرر الذي اوقعه بالغير.

وإذا كانت الاسباب المشتركة في وقوع الضرر كلها منتجة فان اشترك خطأ المدعي مع خطأ المدعى عليه فان كل منهما يتحمل نصف الضرر اما اذا شارك الفاعل غيره فان كلا منهما يتحمل الضرر كله وبإمكانه في دفع التعويض الرجوع على الاخر(2).

وإذا تعددت الاضرار من السبب الواحد فقد ذكرنا سابقا ان نطاق المسؤولية التقصيرية هو الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع وكذلك الضرر في المسؤولية التقصيرية يشمل الضرر المادي والادبي وقد حددنا الضرر المباشر باعتباره نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع والمثال على ذلك لو اتلف مزارع مضخة جاره فترتب على ذلك تعطيل المزروعات حتى ماتت وادى ذلك بدوره الى توقف المزارع من الوفاء بديونه ومن ثم الى ايقاع الحجز على امواله وبيعها بثمن يخس ولو طبقنا الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع لاعتبرنا تلف المضخة ضرر مباشر متوقع وتلف المزروعات ضرر مباشر غير متوقع وفي مجال الضرر المباشر والتعويض عنه وعدمه في الضرر غير المباشر قال فقهاء الشريعة لو سقط حائط انسان على حائط اخر فسقط الحائط الثاني على رجل فقتله ضمن صاحب الحائط الاول ولو عثر انسان بتراب الحائط الثاني فكسرت رجله لا يضمن الاول لان التفريغ ليس عليه ولا الثاني الا اذا علم بسقوط حائطه ولم ينقل ترابه في مدة معقولة.

ومما يلاحظ بانه بموجب القانون تقدر المحكمة التعويض بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ويدخل في تقدير التعويض الحرمان في منافع الاعيان ويجوز ان يشمل الضمان على الاجر اما في الفقه الاسلامي فانه يشترط في الضمان ان يكون

(1) د. امجد محمد منصور، نفس المصدر السابق، ص294.

(2) د. انور سلطان، نفس المصدر السابق، ص333.



المضمون مالا متقوما بذاته فلا تعويض على المنافع ولا على العمل الا في حالات استثنائية وان السبب الاساسي لتضييق فكرة الضرر في الفقه الاسلامي هو قاعدة (الاجر والضمان لا يجتمعان)(1).

## المطلب الثاني

### الخطأ في القانون المدني العراقي

ان القانون المدني العراقي لم يقيم المسؤولية عن العمل غير المشروع في الاعمال الشخصية على (الخطأ) وانما اقامها على ركن التعمد او التعدي مستمدا احكامها من الشريعة الاسلامية مع بعض التغيير فيها. كما ان القانون المدني الاردني اطلق في المادة (256) مصطلح الاضرار على العمل غير المشروع فنص (كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الغير). اما بالنسبة للقانون المدني العراقي فانه اقامها كما ذكرنا اعلاه على احد الركنتين (التعمد او التعدي) ولم يفرق بين المباشر والمتسبب وذلك في المادة (186) من القانون المدني العراقي السالفة الذكر. لذلك ندرس فيما يلي الركنتين والمباشر والمتسبب والادراك والتمييز وانواع الخطأ التقصيري ونحاول قدر الامكان عدم التكرار :-

أ- التعدي: يعرف التعدي (لغة) بانه ظلم و عدوان ومجاوزة الحقوق و يقال (تعدي الحقوق) اي جاوزه ويعرف (التعدي) اصطلاحا بانه مجاوزة الحد وهو الفعل الضار بدون حق او جواز شرعي فالمقصود عن التعدي هو ان الفاعل ليس له الحق في القيام بالفعل الذي وقع منه الضرر وفي الفقه الاسلامي يتسع تعبير التعدي ليشمل جميع الصور التي ينشا عنها الضمان فهو يشمل العمد والخطأ وكذلك الاهمال والتقصير وعدم التحرز وينقسم التعدي من حيث القصد الى(2):

التعدي بالعمد: وهو القصد بالحاق الضرر بالآخرين مثل ايذاء الجسم او قطع الشجر.

التعدي بالخطأ: ويتضمن الاهمال وعدم الاحتراس والتقصير ويتجلى التفرقة بين التعدي العمدي والتعدي بالخطأ في القصاص حيث لا يكون القصاص الا في الحالة الاولى اما في الحالة الثانية اي التعدي بالخطأ فالواجب في ه الدية او الكفارة. وفي حالة التعدي على الاموال فليس هناك فرق بين العمد والخطأ.

(1) د. حسن علي الذنون، نفس المصدر السابق، ص248.

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، نفس المصدر السابق، ص251.

وينقسم التعدي من حيث الفعل الى التعدي الايجابي والتعدي السلبي والمثال على الحالة الاولى وضع الاحجار في الطريق العام ويلحق ضرر اما المثال على التعدي السلبي فهو كالتقصير والاهمال وعدم التحرز والمثال الامتناع عن اداء الشهادة والمثال على عدم الانتباه ان يسلم شخص ابنه للسباح فيكون السباح مسؤولاً عن غرق الولد لتقصير السباح وعدم الانتباه. وفي الفقه الاسلامي يعد الامتناع من اسباب الضمان حيث جاء في المغني لابن قدامة المقدسي (وان اضطر الى طعام وشراب لغيره وطلبه منه منعه اياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه) والتعدي هو الخروج عن الجواز الشرعي سواء كان بالفعل المادي او بالامتناع عنه وسواء كان هذا الخروج مقترنا بادراك او غير مقترن فالقانون المدني العراقي نص في الفقرة (1) من المادة (216) على انه (لا ضرر ولا ضرار والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم ان يظلم بما ظلم) ونصت المادة (202) من القانون المدني العراقي ان (كل فعل ضار بالنفس من قتل او جرح او ضرب او اي نوع من انواع الايذاء يلزم التعويضات من احدث الضرر) ونصت المادة (204) من القانون المدني العراقي ضمن الاحكام المشتركة للأعمال غير المشروعة على انه (كل تعد يصيب الغير باي ضرر اخر غير ما ذكر في المواد السابقة تستوجب التعويض) وهناك من يرى بان المشرع العراقي قد وقع في تناقض حيث اشترط التعمد لقيام المسؤولية التقصيرية في المادة (186) التي جاءت كقاعدة عامة وحكم عام ثم حمل عديم التمييز المسؤولية كاملة في المادة (191) من القانون المدني العراقي فيقصد بالتعمد القصد في الاضرار والتعدي هو صدور الفعل الضار عن اهمال وكلاهما يفترضان التمييز في فاعل الفعل الضار حيث ان التعمد او التعدي يكونان الخطأ والخطأ لا يمكن ان ينسب الى عديمي التمييز واذا كان المشرع قد اشترط احد ركني الخطأ في نهوض المسؤولية التقصيرية لدى كامل الاهلية فانه يكتفي لقيام المسؤولية لدى عديمي التمييز وقوع الضرر فقط وبذلك فانه قد حاسب كامل الاهلية محاسبة اخف من محاسبة عديمي التمييز ومن خلال هذه النصوص نجد بان المشرع العراقي حاول جاهداً مجاراة الفقه الاسلامي الا انه اجرى تغييراً على ما استقر عليه الفقه الاسلامي حيث لم يهمل فكرة الخطأ في تقرير المسؤولية التقصيرية لاشتراطه التعمد او التعدي في المادة الاولى من موضوع العمل غير المشروع التي تقابل المادة 186 من القانون المدني العراقي (1) ان المشرع العراقي في اشتراطه التعمد او التعدي وعدم تفرقة بين المباشر والمتسبب في المادة 186 من القانون المدني العراقي يعتبر نكسة امام التقدم الهائل الذي وصل اليه الفقه الاسلامي في موضوع المسؤولية التقصيرية وهو التقدم الذي لم يتوصل اليه التشريعات الحديثة لحد الان فاذا اجتمع المباشر والمتسبب

(1) الاستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، نفس المصدر السابق، ص 219.

في الفقه الاسلامي فان المسؤولية تقع على عاتق المباشر دون المتسبب(1) ومن جهة اخرى فان الفقه الإسلامي لا يشترط في المباشر التعمد او التعدي فهو يقيم المسؤولية على الضرر وحده(2) وان الاولي هو ما يقرره الفقهاء المسلمون من تقرير الضمان على المباشر مطلقاً دون تعليقه على التعمد او التعدي لأنه اقرب للعدالة من التوجه الذي اقره القانون اضافة ان رأي الفقهاء المسلمون هو ما يقول به اصحاب نظرية تحمل التبعة (من احدث الضرر للغير عليه ان يعوضه) وبشكل مطلق دون تعليقه على شروط وهذا ما يتجه اليه الان الفقه الغربي حيث ان مصلحة من وقع عليه الضرر اولى بالرعاية من مصلحة القائم بالضرر حتى وان لم يكن متعمداً او متعدياً ففي حقيقة الامر نحن امام ضرر وذمتين فأى الذمتين اولى بتحملة؟ العدل والمنطق يقضيان بان يتحملة الشخص الذي اوقع الضرر فلولا ذلك لما وقع ومن جهة اخرى هذه القاعدة تجعل الناس اكثر انتباهاً في خطواتهم(3).

وهناك من يرى بان المقصود بالتعدي هو الفعل او الترك المخالف للقانون وان المشرع عندما نص على التعدي اراد به الخروج على الالتزام العام بعدم الاضرار بالآخرين سواء كان ذلك عن ادراك او عدم ادراك واستند في القول بان المقصود بالتعدي هو العمل غير المشروع مطلقاً بغض النظر عن اهلية الفاعل من عدمه حيث ان القانون قد فصل بين التعدي والتعمد بكلمة او وكون الفاعل عديم التمييز لا يجرده فعله غير المشروع من صفة عدم المشروعية ويختم قوله بانه ليس هناك اي تناقض او تعارض بين المادتين (186) و(191) من القانون المدني العراقي(4) ونحن مع الرأي الذي يقول بوجود التناقض والتعارض حيث قسم المشرع العراقي ركني المسؤولية التقصيرية الى قسمين وجعل كل ركن كاف لإقامة المسؤولية التقصيرية في حالة توافره لدى الفاعل لسواء كان فعله مباشراً او تسبباً بالنسبة لكاملية الاهلية واكتفى بوجود الضرر بالنسبة لعديمي التمييز في المادة (191) من القانون المدني العراقي وقد وضع الفقهاء المسلمون معياراً للتعدي وهو (العرف والعادة) بحيث يقاس سلوك الفاعل بالسلوك المعتاد للناس فان كان ما قام به الفاعل هو معتاد لدى الناس لم يكن الفاعل متعدياً وان خرج فعله عن المعروف والمعتاد عد الفاعل متعدياً ووجب عليه الضمان وقد ورد في الحديث النبوي الشريف (ماراه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رأوه سيئاً فهو عند الله سيئ)(5).

(1) د حسن علي الذنون، نفس المصدر السابق، ص237.

(2) المحامي سلمان بيات، نفس المصدر السابق، ص241.

(3) د. عبد المجيد الحكيم، نفس المصدر السابق، ص49.

(4) د. عصمت عبدالمجيد، نفس المصدر السابق، ص553.

(5) مسند الامام احمد بن حنبل، المطبعة الميمنية، 1313، للهجرة، ج1، ص379.

ب: تعريف العمد او التعمد :-

يراد بالعمد او التعمد القصد الى الشئ فالعمد هو القصد والمقصود بالتعمد المذكور ضمن المادة(186) من القانون المدني العراقي هو تعمد الضرر الذي يلحقه بالغير وان اغلب الفقهاء يضمنون المباشر بشكل مطلق دون تعليق فعله على التعمد او التعدي وقد نصت المادة (913) من مجلة الاحكام العدلية (اذا زلق احد وسقط على مال اخر واتلفه ضمن) ولو كان قد زلق رغما عنه لان الاتلاف حدث هنا مباشرة اما بالنسبة للتسبب والمتسبب فان الاتجاه هو عدم تضمينه على فعله الا اذا كان متعمدا والا فلا تنهض المسؤولية لديه ويستند اصحاب هذا الاتجاه الى المادة (93) التي نصت على ان المتسبب لا يضمن الا بالتعمد وهناك من يقول بان المتسبب يكفي لكي يضمن ان يكون متعديا بتسببه(1) ولورود المباشر والمتسبب في القانون المدني العراقي وذلك في المادة (186) نوضح الكلمتين وفق الاتي:

ج: المباشر والتسبب:

المباشر هو ذلك الفعل الذى يحقق النتيجة دون ان يتوسط بينهما فعل اخر والمثال على ذلك (رمي النار على مال اخر فاحترق).

التسبب هو ذلك الفعل الذي يحقق النتيجة بدخول فعل اخر او امر اخر بينه وبين النتيجة اي ان الفعل لم يحدث النتيجة مباشرة والمثال على ذلك(حفر بئر بارض الغير بدون مسوغ شرعي ثم سقط شئ في هذا البئر فان الحافر يضمنه لتعديه في التسبب).

د: الادراك والتمييز:

ان اعتبار الادراك والتمييز شرطاً في الفعل الضار سواء كان مباشرا او تسبباً توجد عدة اتجاهات بهذا الشأن في الفقه الإسلامي ومنها:

الاتجاه الاول:- يرى عدم تضمين عديم التمييز اذا كان مباشرا للفعل الضار.

الاتجاه الثاني:- يرى ان المباشر لا يشترط فيه ان يصدر عن عمد ولا عن تعدد لمساءلة فاعله ويكتفى هذا الاتجاه لنهوض المسؤولية وقوع الضرر من الفعل بغض النظر عن شخص الفاعل سواء كان مميز او غير مميز(2).

(1) د. عصمت عبدالمجيد، نفس المصدر السابق، ص556.

(2) د. عصمت عبدالمجيد، نفس المصدر السابق، ص561.

ح: انواع الخطأ التقصيري:

هناك نوعان من الخطأ هما الخطأ الايجابي ويقصد به القيام بعمل يجرمه القانون كالإتلاف واما الخطأ السلبي فهو الامتناع عن القيام بعمل وهو بدوره ينقسم الى قسمين اولهما الامتناع عن عمل يفرضه القانون وهذا النوع من الخطأ السلبي يستوجب المسؤولية وثانيهما الامتناع عن عمل يفرضه القيم الخلقية والتضامن الاجتماعي كامتناع شخص عن مد يد العون لشخص معرض لخطر كغرق او حرق وهذا النوع من الامتناع مثار جدل وخلاف حول مدى قيام المسؤولية لدى صاحبه من عدمه(1).

((التطبيقات القضائية))

قرار تمهيزي ((محكمة تمييز اقليم كردستان))

رقم القرار: 19/الهيئة المدنية/2003

تاريخ القرار: 2003/2/16

((بما أن فتح الشوارع ليس من اختصاص المحافظة و إنما هو من صميم أعمال وزارة البلديات ح سرب قانون إدارة البلديات النافذ وحيث ان من أتلف مال غيره يكون ضامناً إذا كان في أحداث هذا الضرر قد تعدد أو تعدى عملاً بالمادة 186 من قانون المدني لذا يصبح من حق المدعي مقاضاة المدعى عليه المحافظ إضافة الى وظيفته)).

قرار تمهيزي ((محكمة تمييز اقليم كردستان))

رقم القرار: 138/ الهيئة المدنية/ 2000

تاريخ القرار: 2000/6/26

((تبين انه حدث اصطدام بين سيارة المدعي وبين السيارة التي كان يقودها المدعى عليه و بخطأ منه كما هو ثابت بقرار الحكم الصادر من محكمة الجنح عليه وحيث أن الحكم المدني يرتبط بلح كم الجزائي في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا عملاً بحكم المادة 107 من قانون الاثبات وانه اذا أتلف أحد مال غيره مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً بموجب المادة 186 مدني)).

(1) الاستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه ال شير، نفس المصدر السابق، ص220.

قرار تمييزي ((محكمة تمييز اقليم كردستان))

رقم القرار: 386/ الهيئة المدنية/1998

تاريخ القرار: 1998/12/28

((إذا أتلّف أحد ما غيره يكون ضامناً إذا كان في إحداهن هذا الضرر قد تعمد أو تعدى لذا يصبح من حق المدعي مقاضاة المدعي عليه ومطالبته بالأضرار التي لحقت به من جراء هدم الكوشك العائد له)).

قرار تمييزي

رقم القرار: 122/حقوقية/65

تاريخ القرار: 1965/5/2

قضاء محكمة التمييز المجلد الثالث ص 57

((لا تلزم البلدية بالتعويض عن تسرب المياه لبناء المدعي إذا كانت غير مقصرة ولا معتدية)).

قرار تمييزي

رقم القرار: 1533/ حقوقية/63

تاريخ القرار: 1963/12/4

قضاء محكمة التمييز المجلد الاول ص 46

((المرضى المحتضر لا يعتبر مرتكباً خطأً أو تعمداً إذا ضربت يده دون قصد أو إدراك الطبيب أثناء حقه لأنه غير مالك لقواه العقلية وعلى الطبيب أن يقدر مثل هذا الموقف ويتخذ له الحيطة والحذر)).

قرار تمييزي ((محكمة تمييز اقليم كردستان))

رقم القرار: 268/ الهيئة المدنية/1993

تاريخ القرار: 1993/12/26

((إن المدعية تستحق التعويض المادي والادبي عن قذف المدعي عليه في شرفها لثبوت ذلك بصدور حكم من محكمة الجنب بالإدانة واكتسابه الدرجة القطعية)).

قرار تمييزي ((محكمة تمييز اقليم كردستان))

رقم القرار: 251/الهيئة المدنية/2002

تاريخ القرار: 2002/9/25

((ان محكمة الموضوع جنحت الى الحكم بالتعويض الادبي لأشقاء المتوفي في حين ان التعويض المذكور لا يستحقه الا الأزواج والاقارب من الدرجة الاولى علاوة على التعويض المادي والذي يستحقه والدة المتوفي بسبب المصاريف التي انفقها لمراسيم التجهيز والتكفين والفاخرة)).

قرار تمييزي ((محكمة تمييز اقليم كردستان))

رقم القرار: 1975/2م/79

تاريخ القرار 1975/3/8

مجموعة الاحكام العائلية العدد الاول السنة السادسة صفحة اربعين

((يجب ان يقدر التعويض الادبي بحدود معقولة وان لا يغال فيه لكي لا يكون وسيلة للإثراء والاستغلال اذ الحزن والالام لا يقومان بالبل والغاية من التعويض عنهما هي منح المتضرر ترضية مناسبة تكافئ بقدر الامكان ما اصابه من الم وحزن)).

قرار تمييزي

رقم القرار: 1464/ حقوقية /64

تاريخ القرار: 1964/2/27

قضاء محكمة تمييز المجلد 3 ص 55

((الضرر المطالب به يجب أن يكون محققاً ولا يكفي أن يكون محتمل الوقوع)).

قرار تمييزي

رقم القرار: 13 و 14 /هيئة عامة أولى/ 1972

تاريخ القرار: 1972/3/11

النشرة القضائية العدد الاول السنة الثالثة ص 47

((لا يستحق صاحب الدار تعويضاً عن عدم تأجير داره بسبب تسرب مياه دار الجار اليها لأن عدم التأجير ضرر غير محقق)).

قرار تميزي

رقم القرار: 1978/م1/6

تاريخ القرار 1975/4/22

مجموعة الاحكام العدلية العدد الثاني السنة السادسة صفحة 41

((تستحق الام تعويضاً ادبياً عن دهنس طفلتها ووفاتها لإصابة الام جراء ذلك بعاطفتها وحنانها وشعورها وهو ضرر محقق وغير احتمال وقابل للتعويض بالمال قانوناً وان عاطفة الامومة لا تقاس بالمركز الاجتماعي عند الحكم بالتعويض الادبي وفقاً لتقريو الخبراء)).

قرار تميزي

رقم القرار: 2421 /حقوقية/ 56 بغداد

((إن الضرر كان قد تحقق نتيجة تقرير كشف صادر من ذوى الخبرة وإن الضرر قد أوقعته طالبة التصحيح وإن القرار الصادر من هذه المحكمة والمطلوب تصحيحه كان لاحظ جميع النقاط الواجب ملاحظتها وإن الاسباب المبينة في طلب التصحيح وإن كانت جديدة لم تذكر أثناء المرافعات فهي غير واردة أيضاً حيث أن المادة 186 من القانون المدني منطبقة باعتبار محدثة الضرر بصورة مباشرة كما ان الفقرة الثانية (219) لا يمكن لحدث الضرر المباشر ان يستفيد منها لذا تقرر رد الطلب)).(1).

قرار تميزي

رقم القرار: 1983/82/ 4م /81

(1) سلمان بيات القضاء المدني العراقي، ج1، ص242.



تاريخ القرار: 1982/9/26

مجموعة الاحكام العدلية العدد 3 س 13 سنة 1982 ص 15

((إن اشتراك المدعى عليه في ارتكاب الخطأ الذي تسبب عنه الاضرار بالمدعي يوجب مساءلة المدعى عليه عن التعويض بما يتناسب مع مدى مساهمته في هذا الخطأ)).

قرار تمهيزي

رقم القرار: 2400 / حقوقية/66

تاريخ القرار: 1967/3/31

قضاء محكمة تميز المجلد الرابع ص 117

((1- لا يكفي لقيام المسؤولية عن الضرر الناتج عن وضع الحجز الاحتياطي أن يقضي لصالح المحتجز عليه ويرفع الحجز بل يجب أن تقوم علاقة سببية بين الخطأ الحاصل وبين الضرر المترتب عنه التعويض. 2- التعويض يشمل ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب)).

قرار تمييزي (محكمة تمييز اقليم كردستان)

رقم القرار: 263 و13/الهيئة المدنية/2002 و2003

تاريخ القرار: 2002/1/13 و2003/2/5

((تبين ان المدعى عليه الثاني شركة (ه) قام بتسوية ارض الكراج القديم وأصبحت بعمق خمس امتار تقريباً من مستوى الشارع المحاذي له وان مورث المدعية واولادها القاصرين توفي بسبب سقوطه في الحفرة دون وضع موانع او حواجز تمنع سقوط المارة عليه وحيث لا ضرر ولا ضرار وان الضرر يزال فان الشركة تكون مسؤولة عن الضرر الذي لحقه بالمدعية واولادها القاصرين ويستحق التعويض)).

## المبحث الثالث

### اساس مسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني العراقي وطبيعتها (دراسة مقارنة))

ان المسؤولية التقصيرية هي الالتزام بتعويض الضرر الذي يلحق بالغير وقد مر بمراحل شتى في تحمل القائم بالضرر بتعويض المتضرر وكيفية القيام بذلك معتمدة على معايير منها قديمة ومنها متطورة كالخطأ وتحمل التبعة وبموجب المعيار الاخير او النظرية الاخيرة ((نظرية تحمل التبعة)) فان كل من يقوم بعمل يلحق من جرائه ضررا بالغير عليه ان يعوضه عن الضرر الذي الحقه به ولو كان سلوكه غير مشوب بعمل ما(1). سنتطرق في هذا المبحث تعريف عديمي التمييز واسبابه والاساس القانوني لمسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني العراقي في مطلبين كالآتي:

## المطلب الاول

### تعريف عديمي التمييز واسبابه

التمييز لغة يعني العزل والفرز جاء في مختار الصحاح ((ميز ماز الشئ عزله وفرزه وبابه باع وكذا ميزه تمييزا فانماز وامتاز وتمييز واستماز كله بمعنى يقال امتاز القوم اذا تميز بعضهم من بعض وفلان يكاد يتميز من الغيظ اي يتقطع)) والتمييز شرعا لا يختلف عن معناه اللغوي فقد عرفه فقهاء الشرع الاسلامي بانه (من كان مدركا لعبارته فاهما ما تدل عليه وما يترتب عليه كان يدرك ان البيع سالب وان الشراء جالب ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة) والتمييز قانونا هو ((القدرة على فهم ماهية الفعل وطبيعته وتوقع الاثار التي من شأنه احداثه وهذه المقدرة تنصرف الى ماديات الفعل فتتعلق بكيانه وطبيعته وعناصره وخصائصه وكذلك تنصرف الى اثاره من

(1) المستشار عز الدين الدناصوري والمستشار الدكتور عبدالحميد الشواربي، نفس المصدر السابق، ص65.

حيث ما تنطوي عليه من خطورة على المصلحة او الحق الذي يحميه القانون وما تنذر به من اعتداء عليه)) (1).

والشخص الذي يفقد التمييز المذكور يسمى عديم التمييز واسباب عديم التمييز ترجع في الغالب الى ضعف العقل او اختلاله فالضعف يرجع الى صغر السن حيث يولد الانسان وهو لا يعرف شئ كما في قوله تعالى (والله اخرجكم من بطون امهاتكم لا تعلمون شيئاً سورة النحل الآية 78) والاختلال يرجع الى ان الانسان بعد ان يبلغ سن الرشد قد يتعرض لمرض في عقله يؤدي الى فقدانه او اختلاله ونحاول دراسة الاسباب في مجلة الاحكام العدلية بشكل مختصر وفي القانون المدني العراقي.

اولاً: اسباب انعدام التمييز في مجلة الاحكام العدلية:

ان الفقه الاسلامي ومجلة الاحكام العدلية قد رتب اثار مهمه على انعدام التمييز او ما يسميه الفقه الاسلامي (عوارض الاهلية) في نطاق المسؤولية المدنية بشكل عام وتختلف تلك الثار مع ما انتهجته التشريعات الوضعية التي اقتضت في الاسباب على صغر السن والمرض العقلي حيث اعتبرت الفقه الإسلامي ومجلة الاحكام العدلية بعض الحالات الاخرى كالإكراه ومرض الموت حالات ينعدم فيها التمييز وتستوجب الحجر وتقييد التصرف وان مجلة الاحكام العدلية تستخدم مصطلح (اسباب الحجر) بدلا من اسباب انعدام التمييز وذلك في المادة (941) التي تنص (الحجر هو منع شخص من تصرفه القولي ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور) ومعنى الحجر شرعا هو منع شخص مخصوص اي منع احد الاشخاص المذكورين في المواد (957 و958 و959) وهم الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه والمدين من تصرفهم القولي كالبيع مثلا والايجار والكفالة والحوالة والايدياع والرهن والهبة والاقرار وما اليهما من نفاذ التصرف ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور يتضح مما سبق ان اسباب انعدام التمييز في مجلة الاحكام العدلية هي (الصغر والمجنون والعتة والسفه والدين والاكراه ومرض الموت ويضيف الشراح الاغماء والنوم والسكر) وسنكتفي بالتطرق لكل من الصغر والمجنون (2).

1- الصغر في السن: هو مرحلة من مراحل حياة الانسان وليس بصفة او عارض مكتسب ولكن مع ذلك اعتبرته المجلة من ضمن العوارض و الصغر في اللغة يعرف على انه ضد الكبر و قد صغر الشئ فهو صغير و صغار اما في الاصطلاح فيعرف على انه الطور الطبيعي السابق من حياة كل انسان و الذي يعيننا من

(1) د. جلال محمد ابراهيم، المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والشريعة الاسلامية، ص 11.

(2) اعداد فضل محمد عسقلان، المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز، دراسة مقارنة، 2008، ص 11.

موضوع الصغير هو الصغير غير المميز و تبدأ هذه المرحلة بال ميلاد و تنتهي ببلوغ سن التمييز و يسمى من يقع في هذه المرحلة (بالصبي غير المميز) لانه لا يستطيع ان يميز شىء اما قبل هذه المرحلة فيسمى الجنين و لا يتصور من الجنين ان يلحق الضرر بالغير ولكن يقال ان الصبي ابن يوم واحد لو أنقلب على قارورة انسان فكسرها يجب عليه الضمان من ماله و في الواقع ليس هناك تحديد لسن التمييز في الشريعة الاسلامية بسن محددة للتمييز لأنه يختلف باختلاف الافهام فقد صوره البعض بانه (الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب) وهناك صور اخرى و احسن ما قيل هو (ان يصير الطفل بحيث يأكل و يشرب ويستنجي لوحده) و يلاحظ من فقهاء الشريعة الاسلامية انه لم يحدد سن التمييز بمجرد كلام الطفل بل تطلبوا لذلك قدرا معيننا من القوى العقلية ومن هنا فان الشريعة الاسلامية كانت اكثر دقة في تحديد التمييز من الطرق التي اتبعتها القوانين القديمة ومنها القانون الروماني التي حددت عديم التمييز بانه الذي لا يستطيع الكلام وبشكل عام اعتبر الفقهاء سن السابعة هي السن التي يستطيع الصغار فيها التمييز عادة(1).

2- الجنون: وهو افة تصيب قوى الانسان العقلية فتعدم تمييزه فيكون حكم تصرفات المجنون حكم تصرفات الصغير غير المميز وكذلك يعرف اصطلاحا بانه (اختلال في العقل ينشا عنه اضطراب او هيجان) و تنص المادة (944) من المجلة ان المجنون على قسمين احدهما المجنون المطبق و هو الذي يستوعب جنونه جميع اوقاته و الثاني هو جنون غير المطبق و هو الذي يجن في بعض الاوقات و يفيق في بعضها.

و هناك اربعة اقوال بخصوص الجنون المطبق فهناك من يقول بانه الجنون الذي يستمر يوم وليلة وهناك من يرى بانه الجنون الذي يستمر شهرا كاملا و القول الثالث يرى بانه الذي يستمر لسنة كاملة و اما القول الاخير قال بانه الجنون الذي يستمر لأكثر من سنة و قول الشهر هو القول الراجح(2) و يقسم فقهاء الشرع الاسلامي الجنون الا عدة تقسيمات منها الجنون الاصلي و الجنون العارض و الجنون الجزئي و الجنون الكلي و الجنون المستمر والجنون غير المستمر(3) اما حكمي المجنون المطبق وغير المطبق فقد حددتها المادتين (997 و 980) من المجلة حيث تنص المادة (997) بان المجنون المطبق هو

(1) د. جلال محمد ابراهيم، نفس المصدر السابق، ص146.

(2) فضل محمد عسقلان، نفس المصدر السابق، ص23.

(3) د. جلال محمد ابراهيم، نفس المصدر السابق، ص117.

في حكم الصغير غير المميز اما المادة (980) من المجلة فتنص على ان تصرفات المجنون غير المطبق في حالة افاقته كتصرفات العاقل.

ثانيا: أسباب انعدام التمييز في القانون المدني العراقي:

لقد فرق القانون المدني العراقي بين المحجورين بحكم القانون و هم ( الصغير والمجنون و المعتوه و بين المحجورين بحكم القضاء (السفيه و ذو الغفلة) فالمحجورين بحكم القانون هم محجورين لذاتهم حيث ان حالتهم معلومة للغالب اما بالنسبة للسفيه و ذو الغفلة فان العلل النفسية لديها هي الغالبة على العلل العقلية ومعرفتها لدى الغير ليست واضحة فيتعين معاملتها معاملة مختلفة في وضع المجنون و المعتوه والصغير والى ذلك أشارت المادة (94) من القانون المدني العراقي حيث قررت (الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم) و المادة (95) من القانون المدني العراقي نصت تحجر المحكمة على السفيه و ذوي الغفلة ويعلن الحجز بالطرق المقررة(1) ولكون المعتوه في حكم الصغير المميز وفق المادة (107) من القانون المدني العراقي وكذلك الحال بالنسبة للسفيه فحكمه حكم الصغير المميز واعتبر القانون المدني العراقي ذو الغفلة حكمه حكم السفيه في المادة (110) لذلك نحاول التطرق لكل من الصغير غير المميز والمجنون باعتبارهما عديمي التمييز في القانون المدني العراقي.

أ- الصغير غير المميز: ان الانسان في حياته يمر بثلاثة أدوار و الدور الاول فيه صغيرا غير مميز وقد حددت الفقرة (2) من المادة (97) في القانون المدني العراقي سن التمييز بسبع سنوات كاملة. فالصغير قبل هذا السن يكون غير مميز اي عديم الاهلية و لذلك فليس له القيام بأي تصرف و اجراء أي نوع من أنواع العقود حتى و لو كان العقد له نافعاً نفعاً محضاً وتصرفات الصغير غير المميز باطلّة حتى و ان اذن له و ليه وفق المادة (96) من القانون المدني العراقي المستقاة من المادة (269) مرشد الجيران و(966) مجلة الاحكام العدلية(2) وولي الصغير في القانون المدني العراقي هو ابوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبتة المحكمة وللقاضي ان يسلب الولاية من الاب او الجد اذا عرفا بسوء التصرف. و تكون عقود الادارة الصادرة من الوصي في مال الصغير صحيحة نافذة ولو كانت بغبن يسر و يعتبره عقود الادارة بوجه خاص الايجار الذي لا يزيد مدته عن ثلاثة

(1) الاستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم، والاستاذ عبدالباقي البكري، و الاستاذ المساعد محمد طه البشير، ص66.

(2) المحامي سلمان ببيان، مصدر سابق، ص94.

سنوات. و لوجود قوانين خاصة لها احكام خاصة بشأن القاصرين فلن نتوسع في هذا المجال وما يهمنا في الموضوع هو عديمي التمييز ومسؤوليتهم التقصيرية مع الاشارة الى ان قانون رعاية القاصرين المرقم (78) لسنة 1980 قد نسخت الاحكام الخاصة بالصغير الذي لم يبلغ سن الرشد. وحلت محلها كقانون خاص و حددت ولي الصغير بالأب ثم المحكمة في المادة (27) منه ولايجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية الا اذا كان اهلا لمباشره هذا الحق من ماله وفق المادة (28) من قانون رعاية القاصرين ويدخل في الولاية ما يؤول للصغير بطريق التبرع الا اذا اشترط المتبرع غير ذلك ولايجوز للولي ان يتصرف بمال الصغير الا بموافقة دائرة رعاية القاصرين وبالطريقة المنصوص عليها في قانون رعاية القاصرين (م30) و حددت المادة (43) التصرفات التي لا يجوز للولي او الوصي او القيم ان يباشرها الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة(1).

أ- الجنون: وهو افة تصيب قوى الانسان العقلية فتعدم تمييزه و بالتالي تفقد اهلية الاداء فيكون حكم تصرفات المجنون هو حكم تصرفات الصغير غير المميز اي انها تكون باطلة سواء كانت ضارة به ضررا محضا أو دائرة بين النفع و الضرر أو نافعه نفعاً محضاً(2) و لم يعرف القانون المدني العراقي الجنون و اكتفى بالحاق المجنون بالصغير وهو عديم التمييز كالصغير غير المميز فنصت المادة (108) من القانون المدني العراقي (المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز اما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة افاقته كتصرفات العاقل) و هذه المادة مستقاة من المادة (979, 980) من مجلة الاحكام العدلية و(269) مرشد الحيران(3) ومن ملاحظة هذه المادة ان الجنون نوعان مطبق وغير مطبق و المطبق هو ما لاتخلله افاقة او صحو وغير المطبق هو ما تتخلله فترت افاقة او صحو. والجنون المطبق في حكم الصغير غير المميز فجميع تصرفاته باطلة(4).

## المطلب الثاني

الاساس القانوني لسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني العراقي

(1) د. عصمت عبد المجيد، نفس المصدر السابق، ص200.

(2) د. حسن علي الذنون، نفس المصدر السابق، ص81.

(3) المحامي سلمان بيان، نفس المصدر السابق، ص102.

(4) د. عبد المجيد الحكيم، نفس المصدر السابق، ص120.

اذا كان المشرع في القانون المدني العراقي قد خرج عما قرره الفقهاء المسلمون باشتراطه التعمد او التعدي لتقرير الضمان و ذلك في المادة (186) من القانون المدني العراقي الا انه لم يخرج على ما يقرره هؤلاء الفقهاء بالنسبة للصبي المميز او غير المميز او من في حكمهما فهو يقرر مسؤوليتهم بشكل مطلق دون تعليقها على تحقق شرط التعدي او التعمد فقد نصت في المادة (191) من القانون المدني العراقي: 1- اذا اتلف صبي مميز او غير مميز او من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله. 2- و اذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز او مجنون جاز للمحكمة ان تلزم الولي او القيم او الوصي بمبلغ التعويض على ان يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر. 3- عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة ان تراعي في ذلك مركز الخصوم . و بموجب هذا المادة فان مسؤولية عديمي التمييز او ناقصها قد جاءت مطلقة وأصلية و ان المشرع قد عامل الشخص الكامل الاهلية معاملة اخف من معاملة عديمي التمييز حيث اشترط المشرع لكاملية الأهلية في الضمان التعمد او التعدي بينما لم يشترط لضماني عديمي التمييز ذلك و قررت مسؤوليتهم بشكل مطلق.

فالملاحظ ان المشرع في القانون المدني العراقي قد اشترط التعمد أو التعدي في المادة (186) و اشترط التعدي في المادة (204) من القانون المدني العراقي(1) فهناك من يرى بان المشرع العراقي في المادة (191) قد قطع شوطا ابعده و اكثر تطرفا من الفقه الاسلامي حيث قرر مسؤولية الصبي مميزا كان او غير مميز اطلاقا و لم يقصرها على الاتلاف مباشرة كما يقضي بذلك الفقه الاسلامي بل توسع فيها الى حد شمولها الاتلاف تسببا و بذلك فان المشرع قد خطى النظرية الموضوعية التي تقول بتحمل تبعة الضرر بمجرد وقوعه حيث لم يشترط كون الفاعل مميزا او مدركا ويرد على من يقول بان مسؤولية الصبي غير المميز ومن في حكمه وان وردت في مادة مستقلة الا انه يخضع للقاعدة التي وردت في المادة(186) و لابد من توفر الخطأ لتهوض المسؤولية لديهم و يقول بان المشرع العراقي قد قصر نص المادة (191) على الاتلاف الواقع من الصبي وليس على اعمال اخرى حيث ان هذه المادة قد وردت ضمن النصوص المتعلقة بإتلاف الاموال وان اشترط توافر الخطأ في فعل الصبي بعيد عن نص المادة حيث ان المشرع العراقي قد ساير الفقه الاسلامي في ضمان الصبي مطلقا بالإضافة فانه لا يتصور الخطأ من الصبي غير المميز ومن في حكمه لفقدانهم التمييز والادراك ويرى اخيرا بان مسؤولية الصبي المميز و غير المميز ومن في حكمهما في المادة(191) هي مسؤولية اصلية و وجوبية فيلزم الضمان من ماله و

(1) د. عبد المجيد الحكيم، نفس المصدر السابق، ص500.

يحكم عليه بالتعويض و المسؤولية الاحتياطية في هذه المادة قد فرضت على الولي أو القيم أو الوصي (1) و هناك من يرى بان المشرع العراقي قد وقع في تناقض لاشتراطه التعمد او التعدي لقيام المسؤولية التقصيرية في المادة (186) التي جاءت بحكم عام و لكنه حمل عديم التمييز المسؤولية طبقا لمادة (191) بشكل مطلق دون تعليقه على شرط و يضيف بان التعمد هو ارتكاب الفعل الضار بقصد الاضرار و التعدي هو صدور الفعل الضار عن اهمال و عدم حيطة وكلاهما يفترضان التمييز في فاعل الفعل الضار لانهما يعنيان الخطأ والخطأ لا يمكن ان ينسب لعديم التمييز ويرى اخيرا بان هذا التناقض يمكن رفعه بالجمع بين نصوص القانون المدني العراقي التي عرضت لأحكام المسؤولية التقصيرية (2) وهناك من يرى وجوب الجمع بين المواد (191,218,220) من القانون المدني العراقي حيث ان المادة (191) قد وردت في باب مسؤولية الانسان عن عمله الشخصي وتقرر في فقرتها الاولى مسؤولية الصبي المميز او غير المميز ومن في حكمها في ماله اذا اتلف مال غيره. والمادة (218) قد وردت في باب مسؤولية الشخص عن عمل غيره وتقرر في الفقرة الاولى منها مسؤولية الاب ثم الجد عن الضرر الذي يحدثه الصغير دون تحديد من تقصده بالصغير. والمادة (220) تعطي المسؤول عن عمل الغير الرجوع عليه بما ضمنه وان الفقرة (2) من المادة (191) تعطي الولي والقيم والوصي حق الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر وعندئذ فالنتيجة واحدة (3) ويلاحظ في مناقشة المادة (186) من القانون المدني العراقي عند اعداد مشروع قانون المدني النافذ ذهب المرحوم الاستاذ منير القاضي الى القول (في هذا النص تجديد كبير في الفقه الاسلامي ففي هذا الفقه لا يشترط في الاتلاف المباشر التعدي او التعمد وفي النص المقترح يوجد هذا الشرط و ارى ان يبقى الفقه الاسلامي على اصله في هذه المسألة, فأجابه المرحوم الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري رئيس لجنة اعداد المشروع (هذه المسألة من اهم المسائل التي يراد تجديدها في الفقه الاسلامي والاتلاف مباشرة كان او بتسبب ينبغي ان يراعى فيه توفر ركن التعمد او التعدي لان هذا هو اساس المسؤولية) ويمكن ان يقال بشكل عام ان تأسيس المسؤولية عن العمل غير المشروع مر على ثلاث مراحل ففي المرحلة الاولى كان الاتلاف اذا كان مباشرا كان يستوجب التعويض للعمل في ذاته دون النضر الى ركن التعدي وفي المرحلة الثانية اصبح ركن التعدي شرطا لنهوض المسؤولية اما المرحلة الثالثة فاصبح الاتلاف موجب للتعويض في ذاته دون النظر الى التعدي وهذا لا يعني الرجوع الى المرحلة الاولى لان الفكرة في المرحلة الاولى قائمة على مباشرة الفعل المكلف اما

(1) د. صابر طه، نفس المصدر السابق، ص292.

(2) الدكتور عبدالمجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، نفس المصدر السابق، ص219.

(3) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص567.



الفكرة في المرحلة الثالثة فقائمة على القاعدة التي تقضي بان الغرم بالغنم وشتان ما بين المرحلتين. فالمطلوب في المشروع العراقي ان يتخطى المرحلة الاولى الى المرحلة الثانية دون ان يجاوزها الى المرحلة الثالثة ففي المرحلة الثالثة لا يزال هناك وقت طويل قبل ان تصل اليها العراق ومصر وكل بلد عربي لم تبلغ فيها الصناعة الشأن الذي تراه في المانيا مثلا فأجابه المرحوم الاستاذ منير القاضي (لا يزال ارى ان هناك فرقا في الاتلاف المباشر و الاتلاف بالتسبب وان الاول لا ينبغي ان يشترط فيه التعمد او التعدي)(1) ونحن مع الراي الذي يقول بان المشرع العراقي في احكام المسؤولية التقصيرية قد وقع في تناقض حيث اشترط التعمد او التعدي للضمان في المادة(186) من القانون المدني العراقي ولم يشترط ايا منهما في المادة (191) من القانون المذكور وكلا المادتين وردتا في العنوان المتضمن الأعمال غير المشروعة التي تقع على المال وفي المادة (202) الخاصة بالأعمال غير المشروعة التي تقع على النفس لم يشترط شيء وفي المادة (204) الخاصة بالأحكام المشتركة للأعمال غير المشروعة اشترط التعدي وفي المادة(218) الخاصة بالمسؤولية عن عمل الغير جعل الاب ثم الجد ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير ولم يحدد الصغير وجعل مسؤولية الاب ثم الجد مسؤولية اصلية وقابلة لإثبات العكس. فنلاحظ من خلال المواد المذكورة ان المشرع العراقي لم ينتهج منهج القوانين اللاتينية وعلى راسها القانون الفرنسي بورود نص عام يضع قاعدة شاملة تقضي بان كل خطأ يحدث ضرر للغير يلزم صاحبه بالتعويض ولم يجاري توجه الفقه الاسلامي حيث اختلف عن هذا التوجه وخاصة في المادة (186) من القانون المدني وباشترطه التعمد او التعدي وعدم تفرقة بين المباشر والمتسبب.

---

(1) د. عصمت عبدالجيد، نفس المصدر السابق، ص565.

(التطبيقات القضائية)

قرار تمييزي

رقم القرار: 1979/1م/1060

تاريخ القرار: 1979/10/21

مجموعة الاحكام العدلية العدد الرابع السنة العاشرة صفحة 22

((لا يحكم للصبى غير المميز بتعويض ادبي لعدم ادراكه ماهي المصيبة وعدم شعوره بالألم والحزن بسببها)).

قرار تمييزي

رقم القرار: 1980/1م/67

تاريخ القرار: 1980/5/26

مجموعة الاحكام العدلية العدد الثاني السنة الحادية عشرة صفحة 29

((تستحق ابنة المتوفي دعسا تعويضا ادبيا ولو كان عمرها سنة واحدة لان حزن الصغيرة اشد واورج لحرمانها من الاب ومعاناتها من ذل اليتيم)).

## المبحث الرابع

### مسؤولية عديمي التمييز في الشريعة الاسلامية والقانون المدني المصري

#### المطلب الاول

##### مسؤولية عديمي التمييز في الشريعة الاسلامية

ان الفقهاء المسلمون لم يضعوا نظرية عامة للعمل غير المشروع لان اجتهاداتهم لم يكن وليد النظريات بل وليد القضايا العملية والمسائل الحقيقية والفرضية التي عرضت عليهم وتكلم الفقهاء المسلمون عن التصرفات الفعلية التي فيها اعتداء على حقوق الغير والاعتداء قد يقع على النفس فيقال له جناية وقد يقع على المال فيقال له الغصب والاتلاف والجزاء في جميع هذه الصور هو الضمان اي وجوب التعويض(1) ومن الخصائص التي تميز الضمان في الفقه الاسلامي عن غيره من الانظمة الاخرى انه يأخذ بمبدأ (الضمان الفردي) اي ان كل شخص يضمن فعله الشخصي ولا يضمن فعل غيره استنادا لقوله تعالى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ (سورة فاطر: الآية 18) ومن النتائج التي تترتب على مبدأ الضمان الفردي ايضا انه عند تعدد مرتكبي الفعل الضار فلا يضمن كل فاعل الا بقدر الضرر الذي اصابه واهم صور الضمان في الفقه الاسلامي هو (الدية والارش و حكومة العدل) وقد كانت الدية معروفة قبل الاسلام ولما جاء الاسلام نظمها بشكل تنسجم مع الغرض الذي شرعت من اجله والدية يختلف مقدارها باختلاف الضرر فمثلا في القتل الخطأ تقدر بمائة من الابل او الف دينار اما الارش فيطلق على الدية لغة وكما يطلق على الرشوة والارش في الشرع هو المال الواجب فيما دون النفس وهناك نوعان من الارش احدهما مقدر حده من الشارع و الاخر ترك تقديره للقاضي اما حكومة العدل فهو عوض

(1) د. عصمت عبدالمجيد، نفس المصدر السابق، ص525.

متروك تقديره للقاضي في كل حالة على حدة(1). ومن الملاحظ ان الفقه الاسلامي قد قرر اناطة التضمين بالضرر المترتب على فعل محظور في ذاته يتمثل بالتعدي او مجاوزة الحد اياً كان القائم بهذا الفعل المحظور سواء كان شخصاً كامل الاهلية او عديم الاهلية فالفعل ان كان مؤدياً الى الضرر استوجب ضمان ما ترتب عليه من تلف لأنه حينئذ يكون فعلاً محظوراً بالنظر الى نتائجه فتقع تبعته على فاعله فان كان غير مميز لم يؤثر ذلك استناداً للحديث النبوي الشريف (لا ضرر ولا ضرار) ومجاوزة الحد قد يكون عمداً وقد يكون خطأ وبما ان العمد لا يتصور من عديمي التمييز لذا جاء قول الفقهاء (عمد الصبي خطأ) بمعنى ان حكم الاول كحكم الثاني لان القصد يتطلب تمام العقل لذلك اذا لم يكن عاقلاً ولا مميزاً فعمده وخطاه سواء في الرية كما وان القصد والخطأ سواء بسواء في الاموال وان اختلفا في الانفس لان الغرض الرئيسي في الشريعة هو الوصول الى محور الضرر وازالة وتلافي الاضرار لذلك فقد كانت نظرة الفقهاء الى احكام الضمان وعناصره نظرة موحدة انه يوجب الضمان مطلقاً على الفعل الضار. ان محدث الاذى المادي ولو كان غير مميز يجب عليه الضمان مطلقاً اذ ان الشريعة لم تفرق بين العمد والخطأ في الاتلافات المالية وقد ورد ان ما يتلفه الصبي والمجنون مضمون عليهما نفساً كان او مالا ويقول صاحب الهداية\* (وان اتلف الصبي والمجنون شيئاً لزمهما ضمانه القصد كالذي يتلف بانقلاب عليه(2) ورغم ما ذكر فيما سبق كان بشكل عام هو اتجاه جمهور الفقهاء حيث اختلف الفقهاء حول ما اذا كان عديم التمييز مسؤولاً أو غير مسؤول عن الاضرار التي يلحقها بالآخرين لذا سنحاول اولاً التوسع في مفهوم ومدلول المرض العقلي في الشريعة الاسلامية باعتبار المجنون المطبق هو عديم التمييز حكمه حكم الصغير غير المميز وثانياً سنتطرق لموقف فقهاء الشريعة الاسلامية من مسؤولية عديمي التمييز.

اولاً: تحديد مدلول المرض العقلي في الشريعة الاسلامية:

ان فقهاء الشريعة الاسلامية يطلق على المرض العقلي اسم الجنون او العته وقد اختلفت فقهاء الشريعة في تعريف الجنون فمنهم من قال (آفة تحل بالدماغ تبعث على الاقدام على ما يضاد مقتضى العقل من غير ضعف في اعضائه ومنهم من عرفه بانه اختلال القوة المميزة بين الامور الحسنة والقبیحة المدركة للعواقب بان لا يظهر اثارها ويتعطل افعاله ومنهم من يجمع بين التعريفين السابقين وفقهاء الشرع الاسلامي يقسمون الجنون الى عدة تقسيمات فقد فرق الاصوليون بين الجنون الاصلي والجنون العارض

(1) د. امجد محمد منصور، نفس المصدر السابق، ص260.

\* هو الامام برهان الدين ابو الحسن علي ابن ابي بكر بن عبد الجليل الصديقي الفرغاني المرغيناني ولد سنة 511هـ.

(2) جبار صابر طه، نفس المصدر السابق، ص219.

فيقولون بان الجنون الاصلي هو الذي اتى مع الخلق والتكوين اي يولد الانسان بأصل خلقته فاقد العقل و يستمر على ذلك الى ان يبلغ مجنوناً فالجنون الاصلي هو نقصان جبل عليه دماغه في اصل الخلقة فلا يصلح لقبول ما اعد لقبوله كعين الأكمة ولسان الأخرس. اما الجنون العارض فان الانسان فيه يولد ومعه اصل العقل ولكن تطرا عليه افة تفقده العقل وهو نوعان والنوع الاول هو ذلك النوع الذي يزيل الاعتدال الحاصل للدماغ خلقة بواسطة رطوبة مفرطة وهذا النوع يعالج بما خلق الله تعالى من الادوية اما النوع الثاني ما يتعرض اليه الانسان من الخيالات الفاسدة وهذه التفرقة عند الاصوليون لا اهمية لها في فيما يتعلق بالمعاملات وان كان له تأثيرها على ما يتعلق بالعبادات . ومن جهة اخرى يفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين الجنون الكلي (او الجنون التام) وبين الجنون الجزئي ونحاول في هذا الصدد تجنب تكرار ما تطرقنا اليه سابقا ويعرفون الجنون الجزئي بانه هو الذي يفقد المصاب قدرة الادراك في موضوع بعينه ولكنه يظل متمتعاً بالإدراك التام فيما عداه من مواضيع اما الجنون الكلي (او التام) فهو الذي يفقد المصاب قدرة الادراك بصفة كلية وتامة بحيث لا يدرك اي شيء على الاطلاق. كما يفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين الجنون المستمر والجنون غير المستمر فيعرفون الجنون الغير المستمر بانه هو الذي يصيب الشخص تارة ويرتفع تارة اخرى فاذا تعرض له الشخص فقد عقله تماما واذا ارتفع عنه اعاد له عقله كاملا واصبح كالعاقل فهو جنون كلي فتقطع ويسمى بالجنون المتقطع والاقوات التي يعود فيها اليه العقل اليه يسمونها (اوقات الإفاقة او لحظات الإفاقة) اما الجنون المستمر فهو الذي يتعرض له الشخص فيرفع عنه العقل والادراك كلية وبصورة مستمرة ويسمى بالجنون المطبق. وفقهاء الشريعة يعرفون مرضا اخر يصيب العقل بالإضافة للجنون يسمونها بالعتة وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في تعريف العتة اختلافا كبيرا فمنهم من عرفه بانه (افة توجب خللا في العقل تجعل صاحبها مترددا في اقواله و افعاله بين العقلاء ومن لا عقل لهم فمرة يكون كلامه كلام العقلاء ومرة يشبه كلامه كلام المجانين ويتصرف احيانا تصرف العقلاء وحيناً اخر تصرف المجانين. ومنهم من عرفه بانه (من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير) وعرفه لبعض الاخر بانه (ضعف في العقل ينشا من نقص في الادراك والفهم) وعرفه البعض الاخر (الناقص العقل) واحسن ما قيل له (ما كان قليل الفهم فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يقول المجنون) أو المتقدمون من فقهاء الشريعة الاسلامية يتابعهم في ذلك الاصوليون يعرفون العتة الذي يخضع احكامه لنفس احكام الصبي العاقل من حيث ان له اصل العقل وليس له صفة الكمال لذلك فعند هؤلاء الفقهاء والاصوليين ان هناك فرق بين العتة والجنون فالجنون يذهب بالعقل والعتة ينقصه لكن بعض المحدثين من الفقهاء

يقررون بوجود نوعين من العته فهناك عندهم العته الذي يكون معه نوع من الاراك والتمييز ويسمون المصاب (المعتوه المميز) وهناك العته الذي لا يكون معه اي ادراك او تمييز ويسمون المصاب (المعتوه غير المميز) ويخضعون المعتوه لأحكام الصغير المميز والمعتوه غير المميز لأحكام الصغير غير المميز والمجنون. وفي هذه الحالة يصبح الجنون والعته حقيقة واحدة وليست متغايرة فذهب بعض من فقهاء الى القول بان الجنون لا تعتريه فترات افاقة اما العته فتتخله هذه الفترات. وذهب بعض اخر بان الجنون يصاحبه هيجان واضطراب اما العته فيلازمه الهدوء فهو نوع من الجنون الساكن(1).

وأياً كانت الفروق بين الجنون والعته والتقسيمات المختلفة لكليهما فانهما مسؤولين عن تصرفاتهما التي تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية برأي جمهور الفقهاء.

ثانياً: موقف الشريعة الاسلامية من مسؤولية عديم التمييز:

من اجل التطرق لموقف الشريعة الاسلامية من مسؤولية عديم التمييز لابد من معرفة المباشر والمتسبب لاختلافهما في الضمان بموجب الشريعة الاسلامية نتطرق اليهما بشيء من التفصيل رغم اننا قد عرفناهما في المباحث السابقة.

أ- المقصود بالمباشرة: افاض الفقهاء في تعريف المباشرة ويجتمع تعريفاتهم جميعاً لعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة رغم اختلاف الفاظهم فتمت ترتب النتيجة على الفعل كان مباشرة. فقد عرفها الحنفية (بانه من يلي الامر بنفسه) وعرفها الكاساني\* بانه (ايصال الالة بمحل التلف) وعرفها المالكية (ما يقال لمادة حصل الهلاك به من غير توسط) اما الشافعية فيعرفونها بانها (ما يؤثر في الهلاك ويحصله) اما الحنابلة فيقول الدكتور ابو زيد مصطفى (بانه لم يجد عندهم تعريفاً ووجد امثلة عليها كالجرح بما له نفوذ كسكين وشوكة او يلقي عليه الحائط او يلقيه من شاهق او يلقيه في نار او يسد فمه وانفه) وقد عرفها الشيعة الامامية (موجد علة كالأكل والاحراق والقتل والاتلاف والمباشرة عندهم هي وجود واسطة بين التالف والتلف) وقد عرف الاستاذ علي الخفيفي بان (ما كان نتيجة مباشرة لما باشر المعتدي من فعل دون ان يتوسط بينهما فعل اخر يتسبب عنه الضرر) كما عرفه اخرون بان المباشر هو (من باشر الفعل الضار الذي ينشا عنه الضرر الموجب للضمان والمباشرة معناها القيام بالفعل بنفسه دون واسطة). من خلال هذه التعريفات جميعها يلاحظ بانها تركز على اظهار العلاقة السببية

(1) د. جلال محمد ابراهيم، نفس المصدر السابق، ص117-121.

بين الفعل والنتيجة فمتى كان الفعل الضار قد ادى الى احداث الضرر دون واسطة مهما كان نوعها ومصدرها كان الفعل مباشرة(1).

والقاعدة في فقه الشريعة الاسلامية ان المباشر ضامن وان لم يتعمد الا ان بعض الفقه الحديث يذهب الى الصياغة السليمة فيقول ان المباشر ضامن وان لم يتعد ويستند اصحاب هذا الاتجاه بان المقصود بالتعمد هو القيام بالفعل بقصد الحاق الضرر بنفس الغير او ماله اما التعدي فيقصد به مجاوزة الحدود الشرعية دون القصد بالحاق الضرر بنفس الغير او ماله. ومن الملاحظ ان فقهاء الشريعة الاسلامية لم يفرقوا بين لفظي التعمدي والتعدي ومعناهما لذلك فالقاعدة في الشريعة الاسلامية (ان المباشر ضامن وان لم يتعمد او يتعد).

ب- التسبب: فيحدث الفاعل ما يقع التلف عنده ولكن بعلة اخرى فالعمل يكون شرطا بذلك للتلف لا علة لها او بمعنى اخر ما اثر في التلف ولم يحصله ( ويعرفه القرافي\*\* بقوله (ما يحصل الهلاك عنده بعلة اخرى اذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة، ومثال الاتلاف بالتسبب هو ان يحفر شخص بئرا في ملك غيره او في الطريق العام من غير مسوغ شرعي فان تلف شيء بالسقوط في هذا البئر ضمنه الحافر لتعديه في التسبب. نلاحظ من تعريفى المباشرة والتسبب ان المباشر هو من اوجد علة التلف اما المتسبب فهو من اوجد سبب التلف والفرق بين السبب والعلة هو ان السبب موصل الى الحكم او الاثر بحسب جري العادة ولا يؤثر بنفسه فيه اما العلة فإنها مؤثرة في الحكم باعتبار الشارع اياها فيه بل ان السبب الحقيقي لا بد ان يتوسط بينه وبين الحكم علة ويضاف الحكم عندئذ الى العلة لا السبب وقد عرفت مجلة الاحكام العدلية فقد ذكرت عن المباشرة والتسبب ان ( ان الاتلاف مباشرة هو اتلاف الشئ بالذات والاتلاف تسببا هو احداث امر في شئ يقضي الى تلف شئ اخر على جري المادة(2) وفي حالة اجتماع المباشر والمتسبب فالأصل في الضمان هو تقديم المباشر على المتسبب عملا بالقاعدة الفقهية ( اذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم الى المباشر) كما لو دل شخص اخر على مال انسان فسرقه المدلول فهنا الذي يضمن هو المدلول لأنه المباشر اما الدال فلا يضمن رغم انه المتسبب. والقاعدة المذكورة مفيدة لدى بعض الفقهاء حيث ان المتسبب لا يضمن عندهم مع المباشر اذا كان السبب شيئا لا

\* هو ملك العلماء علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني المتوفي سنة 587هـ.

(1) فضل ماهر عسقلان، نفس المصدر السابق، ص117-121.

\*\* القرافي هو شهاب الدين ابو العباس احمد بن ابي العلاء ادريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي المصري ولد سنة 626هـ.

(2) جبار صابر طه، نفس المصدر السابق، ص223-224.

يعمل بمفرده في الاتلاف اما اذا كان الاتلاف نتيجة لاجتماعها فترتب عليهما كان الضمان عليهما جميعا. و اذا تقدم المتسبب على المباشر فان الحكم يضاف الى المتسبب وحده وذلك في حالة تعذر الاضافة للعلة لعدم وجود علة سالحة يضاف اليها الحكم فيضمن المتسبب دون المباشر والمثال على ذلك ان يقدم شخص سما لأخر في طعامه فيأكله جاهلا به فمات فواضع السم متسبب وهو ضامن لوحدته فالمباشر هو اكل السم الذي مات. وبذلك فان رجحان أثر فعل المتسبب في احداث التلف أهميته في اضافة الحكم الى المتسبب وحده حيث ان التعدي يتحقق منه ويتعذر اضافة التعدي للمباشر او ان فعل المباشر اقل قوة أثرا من فعل المتسبب. فهناك اتجاه في الفقه الاسلامي يذهب الى ان قاعدة (اذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم الى المباشر مختصة بقضايا اتلاف النفوس اما في قضايا اتلاف الاموال فان الحكم يضيف الى المعتدي منهما فان كان كلامها متعديا اضيف الحكم الى الاقوى في التعدي)(1).

ورغم ان جمهور الفقهاء على اختلاف مذاهبهم ذهبوا الى القول بتضمين عديم التمييز اي تقرر مسؤوليته متى كان مباشرا لان مسؤولية تترتب بمجرد وقوع الضرر ولا يلزم ان يكون الفاعل متعمدا او متعديا ال ان فقهاء الشريعة الاسلامية قد اختلفوا في مسؤولية عديم التمييز في موضوعي الجناية على النفس والجناية على المال فذهب الظاهرية الى مسؤولية عديمي التمييز في الجناية على المال فقط دون الجناية على النفس و انقسم المالكية الى ثلاثة اراء الراي الاول يذهب الى مسؤولية عديمي التمييز بشكل مطلق سواء في النفس او المال والراي الثاني يذهب الى مسؤولية عديمي التمييز في الجناية على المال فقط دون الجناية على النفس والراي الثالث يذهب الى عدم مسؤولية عديمي التمييز مطلقا سواء في الجناية على المال او النفس. وقد استثنوا الظاهرية في انعدام مسؤولية عديمي التمييز في الجناية على النفس النائم بقولهم في (امرأة نامت بقرب ابنها او غيره فوجد ميتا فان مات من فعلها كان يقع ذراعها على فمه او وقع ثديها على فمه او رقدت عليه وهي لا تشعر فلا شك انها قاتلة خطأ وعليها كفارة على عاقلتها الدية او على بيت المال)(2)، اما مسؤولية عديمي التمييز في حالة التسبب فقد اثارت الخلاف في الفقه الحديث في حالة التسبب اهمالا او تقصيرا فمنهم من ذهب الى عدم مسؤولية عديمي التمييز في حالة التسبب الناتج عن اهمال وتقصير ويقولون اذا كانت القاعدة صريحة في حالة المباشرة الا ان الامر يختلف في التسبب الذي يتطلب التعمد اي الخطأ والخطأ يستلزم بالضرورة ان يكون المخطئ مميزا اما الاتجاه الثاني في الفقه فيذهب الى القول بمسؤولية عديمي التمييز في حالة التسبب الناتج عن

(1) د. عصمت عبد المجيد، نفس المصدر السابق، ص560-561.

(2) د. جلال محمد ابراهيم، نفس المصدر السابق، ص414.



اهمال وتقصير وسندهم في ذلك ان العبرة هو النظر الى ذات الفعل وليس الى شخص الفاعل فمتى كان الفعل محظورا وقام به شخص كان من قبيل التعدي الموجب للضمان(1) وقد برر الاتجاه الاول الاستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور بضرورة التمييز من زاوية اخرى قائلا ( اننا حتى لو اخذنا بالمعيار الموضوعي للخطأ لا بالمعيار الشخصي أو الذاتي فان المعيار يستلزم ضرورة توافر قدر من الارادة نظرا لان الانسان وهو مخير يستطيع ان يوجه سلوكه ويمارس من صور النشاط ما يتلائم مع قدراته بحيث يكون هذا السلوك مقبولا وفقا لما الفه المجتمع في مثل الظروف التي ظهر فيها السلوك وعلى هذا الاساس ينظم الناس علاقتهم ببعضهم البعض الاخر كل يولي غيره قدرا من الثقة ويتوقع منه نمطا معيناً من السلوك.

اما الاتجاه الثاني: فيبرره ويدعمه الاستاذ الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي بقوله (ان الادراك او التمييز غير لازم حتى في حالة الضرر الذي يحدث تسببا ذلك لان الفقهاء عند قولهم في مجموعهم بان الصبي غير المميز او المجنون مثلا يتحمل بالضمان في ماله عن التلف الذي يحدثه لم يفرقوا في ذلك بين التلف الذي يحدثه بفعله مباشرة او تسببا والمطلق يؤخذ على اطلاقه). والملاحظ ان الاتجاه الثاني الأقرب للعدالة فالضرر قد وقع والمعيار في ذلك هو الضرر الذي لحق بالغير الذي لا بد له فيه وبالتالي من اللازم رفع هذا الضرر ويكون ذلك عن طريق تعويض المتضرر استنادا لقاعدة (لا ضرر ولا ضرار).

## المطلب الثاني

### مسؤولية عديمي التمييز في القانون المدني المصري

ان موضوع مسؤولية عديمي التمييز من اكثر موضوعات المسؤولية المدنية اثاره للخلاف الفقهي والقانوني حيث جاءت القوانين المدنية الوضعية بمذاهب شتى في طبيعة هذه المسؤولية فذهبت بعض القوانين الى القول بعدم مسؤولية عديمي التمييز واخرى بمسؤوليتهم واتخذت بعض القوانين موقفا وسطا ويرجع هذا الخلاف بالدرجة الاولى الى الاساس الذي اتخذته القوانين المدنية لإقامة المسؤولية عن الفعل الضار ويلاحظ ان المشرع المصري يأخذ كقاعدة عامة بفكرة الخطأ بعنصرها المادي والمعنوي عند

(1) أمجد محمد منصور، نفس المصدر السابق، ص268.

تقرير المسؤولية عن الافعال الشخصية ولذلك فانه يستلزم لتحقيق هذه المسؤولية انحرافا في السلوك مع توافر الادراك او التمييز لدى مرتكب الفعل الضار الى جانب الشروط الاخرى من تحقق الضرر وتوافر العلاقة السببية . فهذا الوضع لم يختلف كثيرا في ظل القانون المدني القديم عنه في ظل القانون المدني المصري الحالي الا انه من ناحية اخرى قد تأثر بالتشريعات الحديثة في شان الاخذ بمسؤولية عديمي التمييز عن افعاله الضارة وسنحاول دراسة مسؤولية عديمي التمييز في ظل القانون المدني المصري القديم وفي ظل القانون المصري الحالي.

#### أ- موقف القانون المدني المصري القديم:

تنص المادة (212) من القانون المدني المصري القديم على انه (كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله سواء لعديم تمييزه بالنسبة لسنه او لأي سبب اخر) يلاحظ من خلال هذه النص ان المشرع قد اشترط التمييز لنهوض المسؤولية التقصيرية لدى الشخصي اذا كان هو في مكان المسؤول. اما اذا كان هو المضرور ونسب اليه اهمال ساعد على وقوع الضرر فان بعض احكام القضاء المصري قد اعتدت به باعتباره خطأ قد وقع من عديم التمييز يستوجب تخفيف المسؤولية وفقا لقواعد الخطأ المشترك ( وقد قضت محكمة الاستئناف المصرية المختلطة بانه (اذا تبين ان هناك خطأ مشترك من سائق السيارة وهو يسير بسيارته ومن جهة الشمال ومن المضرور وهو طفل صغير سنه ست سنوات وقد تركه ابوه في الشارع فدعمته السيارة فان مسؤولية السائق ومخدومته (الشخص او الشركة التي يعمل لديها) تنزل الى النصف باعتبار ان هناك خطأ مشترك من السائق ومن والد الطفل الذي ترك طفله في الشارع وقد صدر هذا القرار في 15 ديسمبر سنة 1948(1). ويلاحظ في قرار اخر صدر من محكمة الاستئناف المصرية المختلطة في 24 مايو 1942 بانه (اذا تبين ان حادثه ما ترجع الى خطأ مشترك بين السائق والمصاب المنسوب اليه الخطأ صبيا غير مميز فان السائق يتحمل المسؤولية كاملة قبل المصاب ولا يخفف من مسؤوليته ما هو منسوب للصغير من خطأ لان الخطأ لا تصلح نسبته له وللسائق ان شاء ان يرجع على والد الصغير بسبب تقصيره في الرعاية)(2) نلاحظ من خلال القرارين المذكورين ان القضاء المصري قد ذهب في قراره الاول الى الخطأ المشترك وفي قراره الثاني الى نفي ذلك فانه بقراريه المختلفين لم يؤسس مبدا قانوني مستقر ممكن

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نفس المصدر السابق، ص803.

(2) فضل ماهر محمد عسقلان، نفس المصدر السابق، ص58.

الأخذ به في حالة ما اذا كان الضرور من عديمي التمييز وكان قد وقع منه ما يستوجب تخفيف المسؤولية عن القائم بالفعل الضار .

ب- موقف القانون المدني الجديد:

نصت المادة (164) من القانون المدني على انه (1- يكون الشخص مسؤولاً عن اعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز. 2- ومع ذلك فاذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للقاضي ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا مركز الخصوم). يلاحظ من هذا النص ان مسؤولية عديم التمييز تمييز بأمرين الاول انها مسؤولية مشروطة وشرطها الا يستطيع الضرور الحصول على تعويض من شخص اخر غير عديم التمييز بشرط ان لا يكون لعديم التمييز شخص اخر يكلفه كوالده او امه او عمه او ان يكون في كفالة شخص مكلف بالرقابة عليه ولكن تعذر الحصول على التعويض لانتفاء قرينة الخطأ من جانبه لأنه قابل لإثبات العكس او لم يستطع نفي الخطأ ولكنه كان معسرا فعندئذ يرجع على عديم التمييز بالتعويض(1) ومسؤولية عديم التمييز هنا لا يمكن ان تكون مبنية على الخطأ فالخطأ ركنه الادراك وعديم التمييز لا ادراك عنده وان تقوم المسؤولية في هذه الحالة على تحمل التبعة فالشخص غير المميز بالشروط التي وردت في النص يتحمل تبعة ما يحدثه من ضرر(2) والامر الثاني انها مسؤولية محققة وجوازية للقاضي اي ان الامر متروك للقاضي فيما يتعلق بالحكم بالتعويض ومقداره فيجوز للقاضي ان لا يحكم بالتعويض لثراء وغنى الضرور وفقر عديم التمييز او في اشتراك الضرور للضرر الحقه عديم التمييز به وقد يرى القاضي العكس ووجوب تعويض الضرور اما تعويضا كاملا اذا كان الضرور فقيرا وعديم التمييز واسع الثراء و اما تعويضا ناقصا اذا كان عديم التمييز في سعة من العيش من غير وفر ومن الملاحظ ان الجديد التي اتى به القانون المدني المصري الجديد في مجال المسؤولية المدنية لعديمي التمييز هو ما نصت عليه الفقرة(2) من المادة (164) ولقد كان هذه المادة تقابل المادة (231) من المشروع التمهيدي للقانون والتي عرضت على لجنة المراجعة فعدلت فيها تعديلات لفظية ثم عرضت على مجلس النواب نوافق عليها دون تعديل تحت الرقم (68) وعندما

(1) المستشار عز الدين الدناصوري والمستشار الدكتور عبد الحميد الشواربي، نفس المصدر السابق، ص89.

(2) عبد الرزاق احمد السنهوري، نفس المصدر السابق، ص 804.

عرضت على مجلس الشيوخ (قام خلاف حول تقرير هذه القاعدة فذهب سيادة الرئيس الى انها تخالف القاعدة العامة وذهب سعادة العشماوي الى انها قاعدة عادلة وان قواعد المسؤولية لا تحل هذا الحكم وقد وجه الدكتور البغدادي النظر الى أن تقرير هذه المسؤولية يساير مبادئ الشريعة الاسلامية ولتأييد ذلك كلاما ورد في المادة (916) من المجلة واستطرد قائلاً ان المشروع قرر مسؤولية الولي او المسول عن الصبي لقريئة اهمال الرعاية ولكن قد لا تتوافر اركان هذه المسؤولية وقد لا تتحقق جدواها بسبب اعسار المسؤل ووافقت اللجنة على الفقرة الثانية في الماد (168) ولو أن حكمها مخالف للقواعد المعمول بها وانما تقضي بها العدالة المعمول بها وانما تقضي بها العدالة وله سند في الشريعة الاسلامية وبنص المادة(164) يكون المشرع المصري قد هجر مبدأ الانعدام المطلق للمسؤولية المدنية لعديمي التمييز منضما بذلك الى القوانين التي اعتنقت مبدأ مسؤوليتهم المخففة(1)وقد جرى الفقه والقضاء على ان عديمي التمييز وان كان لا يسأل عن افعاله الضارة الا على سبيل الاستثناء الا انه يكون مسؤولاً عن افعال تابعه الضارة مسؤولية كاملة لان سلطة الاشراف والرقابة والتوجيه تتحقق ولو لم يكن المتبوع قادرا عليها حتى من الناحية الادارية والتنظيمية اذ يمكن ان يتولاها عنه نائبه القانوني او الوصي او القيم ويستند القضاء في الاخذ بمسؤولية عديمي التمييز عن فعل تابعه على انه لا يسأل عن خطأ وقع منه وانما يسأل عن خطأ وقع من تابعه اثناء عمله لحسابه ومصالحته بصفته متبوعاً ومن ثم فلا تثور مسألة مدى امكان نسبة وقوع خطأ شخصي منه . كما ان الفقه من جانبه قد برر في مسؤولية عديمي التمييز ان متبوعاً عن افعال تابعه حيث اعتبر مسؤولية المتبوع هي مسؤولية عن فعل الغير وعلى اي وجه فسرت هذه المسؤولية وخاصة اذا فسرت بفكرة الضمان يجعل المتبوع مسؤولاً عن فعل تابعه ولا يستطيع التخلص من هذه المسؤولية ولو اثبت انه كان يستحيل عليه ان يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر فالتزامه هنا التزام بتحقيق غاية فهذا الاعتبار هو الذي تجيز استيفاء مسؤولية المتبوع حتى ولو كان غير مميز. وان هذا الاتجاه القضائي والفقهي لا يستند الى نص قانوني خاص بالموضوع(2).

(1) د. انور سلطان، نفس المصدر السابق، ص317.

(2) د. جلال محمد ابراهيم، نفس المصدر السابق، ص536.

## الخاتمة

من خلال دراستنا للمسؤولية التقصيرية لاحظنا كيف تطورت بتطور المجتمعات من خلال النظريات التي تطرقت اليها انتهاء بنظرية تحمل التبعة. ومن خلال دراستنا للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي والشريعة الاسلامية والقانون المدني المصري لاحظنا وجود الاختلاف بين القانون المدني العراقي والفقه الاسلامي في تقرير المسؤولية التقصيرية حيث يشترط القانون المدني العراقي التعمد أو التعدي ولم يفرق بين المباشر والمتسبب ويعتبرها متضامين في حين ان الفقه الاسلامي لا يشترط التعمد أو التعدي بالنسبة للمباشر ويشترط ذلك بالنسبة للمتسبب فقط ولا يضمن بينهما ولاحظنا كذلك وجود الاختلاف وخاصة في تقرير المسؤولية التقصيرية لعديمي التمييز في الفقه الاسلامي ففقهاء الشريعة الاسلامية لم يكونوا على حد سواء من حيث تقرير مسؤولية عديمي التمييز وحالاتها وعدم مسؤوليته. وكما لاحظنا وجود الاختلاف بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري في تقرير مسؤولية عديمي التمييز حيث اعتبرتها القانون المدني العراقي مسؤولية أصلية و وجوبية في حين اعتبرتها القانون المدني المصري مسؤولية احتياطية و استثنائية.

ومن ناحية أخرى ان الفقه الاسلامي قد اعتبرت من ضمن عوارض الأهلية بالإضافة لصغر السن والجنون حالات أخرى كالأغماء والنوم والرق والسكر وهذه الحالات عدا السكر لا يمكن تصورها من الناحية العملية فلم يعد للرق وجود ولا يتصور وقوع التصرف خلال فترة الأغماء والنوم الا في حالات نادرة جدا أما بالنسبة لحالة السكر فلم يعتبره المشرع الوضعي في المسؤولية المدنية عارضا من عوارض الأهلية رغم تقرير ذلك في المسؤولية الجنائية من قبل المشرع الجنائي.

ومن خلال دراستنا للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي لاحظنا بأن المشرع العراقي في تقريره للمسؤولية التقصيرية قد حاول جاهدا الجمع بين النظرية الشخصية ومعياره الخطأ في اشتراطه التعمد أو التعدي في المادة (186) من القانون المدني العراقي. وعدم تفرقة بين المباشر والمتسبب والنظرية الموضوعية ومعياره الضرر والفقه الاسلامي ومعياره الضمان في اشتراطه التعمد أو التعدي بالنسبة للمتسبب وفي تقريره لسؤولية عديمي التمييز بشكل مطلق وجعلها مسؤولية أصلية.

ونرى بأن المشرع العراقي قد فعل حسنا في تقريره للمسؤولية التقصيرية لعديمي التمييز ومن في حكمه في المادة (191) من القانون المدني العراقي دون تعليقه على أي شرط لتحقيق المسؤولية متبعا ذلك ما ذهب اليه جمهور الفقهاء في الشريعة الاسلامية ومسائرا النظريات الحديثة في تقرير المسؤولية كنظرية تحمل التبعة وبناء المسؤولية على الضرر نفسه. وكان الأولى بالمشرع العراقي أن يقرر المسؤولية التقصيرية للبالغ بشكل مطلق دون تعليقه على التعمد أو التعدي كما فعل في المادة (186) من القانون المدني العراقي ومسائرة الفقه الاسلامي والنظرية الحديثة بذلك و أن يفرق بين المباشر والمتسبب في مدى تحقق المسؤولية التقصيرية بالنسبة لكل واحد منهما. ومن جهة أخرى نرى من الأفضل التوسع في نطاق عديمي التمييز ومفهومه وعدم اقتصاره على الصغر والجنون و اعتبار السكر في حالات محدودة بمثابة عديمي التمييز كما فعل المشرع الجنائي بذلك ومن جهة ثالثة نرى ان مفهوم الجنون بمعناه المطلق والتمييز بين الجنون المطبق وغير المطبق وتحديد كل واحد منهما أمر في غاية الصعوبة لتداخلهما لذا فمن الأفضل معالجة ذلك بشكل يواكب التطور العلمي لوجود أمراض نفسية وعقلية متعددة . ومن جهة رابعة نرى ان التطبيقات القضائية لمادة (191) من القانون المدني العراقي تكاد تكون معدومة رغم أهميتها في تقرير المسؤولية التقصيرية .

## قائمة المصادر

أولاً: الكتب:

- د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام، الطبعة الاولى، الاصدار الثاني.
- د. انور سلطان، مصادر الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري، 1983.
- جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر.
- د. جلال محمد ابراهيم، المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والشريعة الاسلامية.
- د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، 2003.
- المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الاول.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، الطبعة الثانية.
- د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الاول من مصادر الالتزام، 1980.
- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول في مصادر الالتزام.
- المستشار عز الدين الدناصوري والمستشار الدكتور عبد المجيد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، الجزء الاول.
- د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، الطبعة الاولى، 2011.
- د. علي حسن ذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر التزام، احكام التزام - اثبات التزام.
- فضل ماهر عسقلان، المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز، دراسة مقارنة، 2008.
- د. محمد شريف أحمد، مصادر التزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي.

ثانياً: القوانين:

متن القانون المدني العراقي.

مجلة الاحكام العدلية.

