

العنوان:	الإضرار بالتسبب في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي
المصدر:	مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية
الناشر:	جامعة العلوم الإسلامية العالمية - عمادة البحث العلمي
المؤلف الرئيسي:	الجراح، جهاد محمد
المجلد/العدد:	مج3, ع2
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2016
الشهر:	حزيران / شعبان
الصفحات:	445 - 476
رقم MD:	868648
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	الأردن، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الفقه الإسلامي
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/868648

الإضرار بالتسبب في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي"

د. جهاد محمد الجراح*

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٣/٨/١ م تاريخ قبول البحث: ٢٠١٦/٣/١٥ م

ملخص

أورد المشرع الأردني قاعدة عامة في المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني مفادها أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر، لكنه عاد وقسّم الإضرار إلى مباشرة وأطلق تضمينه، وإضرار بالتسبب واشترط له: التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر.

وهنا تم مناقشة مدى التسليم بشروط التسبب في ظل القاعدة العامة التي وردت في المادة (٢٥٦)، كما تم التساؤل حول جدوى التفرقة بين المباشرة والتسبب وفيما إذا كان يستتبع هذا التفرقة تفريد بالأحكام.

كما تم البحث في حكم اجتماع المباشر والمتسبب ومدى إمكانية التوفيق بين نص المادة (٢٥٨) والمادة (٢٦٥) مدني أردني.

وقد تبين لنا من خلال هذا البحث أن مناط التضمين هو الإضرار وليس المباشرة أو التسبب، فالإضرار يعتبر سبباً وعلّة، وحيثما وجدت العلة وجد الحكم، ومن ناحية أخرى فإن المشرع الأردني لم يكن موقفاً في تطلبه شرط التعدي أو التعمد أو الإفضاء لقيام التضمين في الإضرار بالتسبب.

وكل ما سبق تم بيانه من خلال النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها في نهاية هذا البحث.

Abstract

The Jordanian legislature provided a general rule in article 256 of the Jordanian civil code which stipulates that any prejudice made to third party shall render his perpetrator under obligation to guarantee compensation of such prejudice, however, Jordanian legislation, later, came and divided prejudice into direct prejudice in which the guarantee was absolute, and

* أستاذ مساعد، قسم القانون، كلية الشيخ نوح القضاة للشرعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

prejudice by causing which was made conditional upon trespass or upon being deliberate or required that the action shall be leading to the damage. Here, the extent of acceptability of such conditions has been discussed in light of the general rule provided under article 256; moreover, questions were raised regarding feasibility of distinction between direct or by-causing prejudice, and whether such distinction will necessitate distinguished rulings. Legal rulings related to the aggregation of direct and incident, and the possibility of harmonization between article 258 and article 256 of the Jordanian civil code.

This study has found that the basis of guarantee is prejudice rather than directly or causing since prejudice is cause and reason and the legal ruling exists upon the existence of reason. On the other side, the Jordanian legislature was not successful in requiring trespass or deliberateness or cause ability as a basis for guarantee in by-causing prejudice.

All previously mentioned have been completed through results and recommendations reached in this study.

المقدمة:

إن قواعد المسؤولية المدنية كانت مندرجة في قواعد المسؤولية الجزائية، وبمعنى آخر، فإن المسؤولية المدنية كانت تقوم على الإراد الآثمة للفاعل شأنها في ذلك شأن المسؤولية الجزائية.

ثم تطور الوضع في ظل القانون المدني الفرنسي القديم فبدأت معالم المسؤولية المدنية عموماً والمسؤولية التقصيرية على وجه الخصوص تتضح بعد أن انفصلت عن المسؤولية الجزائية، وقد حاول الفقيه الفرنسي دوما تعداد العناصر

إن الرغبة في حماية المضرور وفي توفير ضمانات فعالة لتعويضه عما أصابه من ضرر، رغبة تجذورها تمتد عميقة عمق وجود الإنسان نفسه، وتبتغيها كل التشريعات قديمها وحديثها، وإن قواعد المسؤولية المدنية عموماً والمسؤولية التقصيرية على وجه الخصوص، لم تتقرر دفعة واحدة، فبعد أن كانت أحكام المسؤولية في القانون الروماني عبارة عن حالات خاصة لا تجمعها قاعدة عامة، بل

التقصيرية قاصرة عن استيعاب هذا التطور وبالتالي حماية المتضررين، لذا اتجهت الأفكار صوب المسؤولية الموضوعية التي تقرر أن الإنسان وهو يتصرف أو يتعامل مع الغير، فإنه يتحمل مخاطر هذا التصرف وما ينتج عنه من ضرر للغير، دون الالتفات إلى الإرادة الآثمة ودون الاعتداد بالعنصر الشخصي، ووفقاً لذلك، فإن الخطأ يجب أن يفقد مكانه في المسؤولية التقصيرية التي لم تعد تهتم إلا بضمان حصول المضرور على التعويض، فالعلاقات القانونية لا تقوم بين شخصين ولكن بين ذمتين ولا مجال فيها لتقدير السلوك الفردي، وجعل أصحاب هذه النظرية (النظرية الموضوعية) الضرر مناطاً للضمان وأساساً للمسؤولية التقصيرية.

وقد اتخذ القانون المدني الأردني منهجاً وسطاً بين النظرية الموضوعية التي تقيم الضمان على مطلق الضرر، وبين النظرية الشخصية التي تعند بسلوك الفاعل وإرادته الآثمة، وجاء القانون المدني الأردني ليشيد بنيانه على مصطلح "الإضرار" بموجب المادة ٢٥٦ منه، ولفظ الإضرار الوارد في المادة السابقة يجعل الضمان مرتبطاً بذاتيه هذا اللفظ وبفهم وإجلاء معناه، لكنه بخلاف الضرر الذي يشكل

التي يلزم توافرها لإمكان مساءلة الشخص عما يحدثه من ضرر للغير، وبصدور القانون الفرنسي عام ١٨٠٤، فإنه قد وضع قاعدة عامة للمسؤولية التقصيرية وحدد عناصرها وأقامها على فكرة الخطأ كأساس لتلك المسؤولية عن الأعمال الشخصية، وأصبح يتوجب على الشخص الذي يطالب بتعويض الضرر الذي أصابه أن يثبت الخطأ في جانب المدعى عليه.

ومنذ بداية التأصيل القانوني لهذه المسؤولية وإلى وقتنا الحاضر وأساسها يتأرجح بين فكرتين أساسيتين: الضرر والخطأ، وفكرة الخطأ تدرجت في بنائها، فمن الفقهاء والتشريعات من بنى المسؤولية على أساس الخطأ الثابت، وقسم آخر على الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، وثالث على الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، وكل ذلك حسب درجة الحماية التي يراد الوصول إليها بين نوع وآخر من أنواع الخطأ، بحيث إن محدث الضرر لا يمكن أن يكون مسؤولاً ما لم يرتكب سلوكاً منحرفاً أو آثماً يمكن وصفه بأنه خاطئ.

ونتيجة لزيادة النشاط الاقتصادي والصناعي، ازدادت الأفعال وما ترتب عليها من أضرار، مما جعل أحكام المسؤولية

النتيجة الضارة للفعل الضار.

ومع أن القانون المدني الأردني في المادة (٢٥٦) منه جعل كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر بشكل مطلق، إلا أنه قد عاد وقسم الإضرار إلى نوعين في المادة (٢٥٧):

الأول: إضرار بالمباشرة ولم يشترط لهذا النوع أي شرط لقيام التضمين، وهذا ما يتوافق مع الأصل الذي أورده المشرع.

الثاني: إضرار بالتسبب، وقد اشترط المشرع لهذا النوع من الإضرار أحد ثلاثة شروط وهي: التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر.

والسؤال الذي يطرح بقوة هنا: هل يمكن التسليم بشروط التسبب التي أوردها المشرع الأردني في المادة (٢٥٧) من القانون المدني، في ظل القاعدة العامة التي سبق وأن أوردها في المادة السابقة (٢٥٦)؟

وما هي جدوى التفرقة بين المباشرة والتسبب؟ وهل يستتبع هذا التفريق تفريد بالأحكام؟

هذه هي المشكلات التي يحاول هذا البحث معالجتها، خصوصا أن موضوع التسبب هو من المواضيع التي لم تنل حظها من البحث قياسا بموضوع المباشرة، ولذا

سنعمد إلى تقسيم هذا البحث إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مدى ضرورة شرط التعدي لقيام مسؤولية التسبب.

المبحث الثاني: مدى ضرورة وأهمية التعمد والإفشاء لقيام مسؤولية التسبب.

وبعد ذلك نختتم هذا البحث بالنتائج التي توصلنا إليها والتوصيات التي نقررها.

المبحث الأول: مدى ضرورة شرط التعدي لقيام مسؤولية التسبب.

سيتم تناول هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين متوالين: نبحث في المطلب الأول منهما: مفهوم الإضرار بالتسبب، بينما يتم بحث مفهوم الإضرار بالتعدي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الإضرار بالتسبب.

يعتبر الإضرار بالتسبب من المواضيع التي انفردت بها أحكام الفقه الإسلامي، فاهتمت مذاهبه بتنظيم أحكام التسبب من مفهوم وصور، مستنبطين ذلك من التطبيقات الفقهية، وقد دار خلاف بين هذه المذاهب حول بعض الأمثلة الفقهية في اعتبارها تطبيقا لمسؤولية المباشرة أم لمسؤولية التسبب، لذا حاول كل فريق أن يجتهد لوضع معايير لتمييز المباشرة عن التسبب،

ومن عدمه العدم لذاته فيوجد الحكم عنده
لا به" (٥).

وذلك لأن السبب لا تأثير له في
الوجود، بل هو وسيلة كالحبل يتوصل به إلى
إخراج ماء البئر، وليس هو المؤثر في
الإخراج، وإنما المؤثر حركة المستقي للماء. (٦)
ومن الفقهاء المحدثين من عرف
التسبب بأنه: أن يتصل أثر فعل الإنسان، لا
حقيقة فعله، فيتلف به (٧).

كما في عملية حفر البئر، فإن أثر
الحفر وهو العمق هو الذي اتصل بمن وقع
فيه فمات، فالتلف لم يحدث بحقيقة الفعل
وهو الحفر، لأن الحفر متصل بالمكان لا
بالواقع في البئر (٨).

ومن خلال التعريفات السابقة نستطيع
أن نتبين أمرين:

الأمر الأول: أن فعل التسبب لا
يؤدي إلى التلف وحده، بل لا بد أن يسبقه
فعل فاعل آخر.

الأمر الثاني: أن السبب هو الذي
يفضي إلى النتيجة، والمقصود بالنتيجة هنا
هي الضرر.

وهو أيضاً المفضي للفعل والموصل إلى
وقوعه، ويتخلل بين فعله وبين الأثر
المرتب عليه فعل فاعل مختار (٩).

وقد امتد الخلاف إلى الشروط الواجب
توافرها في التسبب.

لذا سنعمد لإجلاء ما سبق من خلال
تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على
النحو التالي:

الفرع الأول: ماهية الإضرار بالتسبب.
الفرع الثاني: معيار تمييز المباشرة عن التسبب.
الفرع الثالث: مدى لزوم التسبب لقيام
التضمين.

الفرع الأول: ماهية الإضرار بالتسبب

التسبب لغة مأخوذ من جذره الثلاثي
سبب والجمع أسباب، والسبب عند أهل
اللغة هو الحبل أو الواسطة أو ما يتوصل به
إلى غيره (١)، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَالَ فِرْعَوْنُ
يَهْمَنُنْ آيِينَ لِي صِرْحًا لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَابَ ﴿٣٦﴾
أَسْبَابَ السَّمَوَاتِ فَأَطَّلِعَ إِلَى إِلَهِ مُوسَى ﴿٣٧﴾
[غافر: ٣٦-٣٧]، وأسباب السموات أبوابها
وطرقها (٢).

أما في الاصطلاح فالتسبب يقابل
المباشرة والتسبب هو من حصل التلف
بفعله، وتخلل بين فعله والتلف فعل
مختار (٣)، وقيل بأنه فعل ما يفضي عادة إلى
الإتلاف دون أن يتخلل بينهما ما يمكن
إحالة الحكم عليه (٤)، وقد عرف الأصوليون
السبب بأنه: "ما يلزم من وجوده الوجود

الفرع الثاني: معيار تمييز التسبب عن المباشرة.

نصت المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني على أنه: "يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب، وعليه فلا ضمان بغير هذين الطريقين"^(١٠)، وإذا ما تم وضع تعريف جامع مانع لأحدهما، فإن المنطق يقضي بأن ما لا يدخل تحت مظلة ذلك التعريف، فإنه بالضرورة لا بد داخل ضمن الطريق الثاني بواسطة الإقصاء أو الاستبعاد، ولا داعي لأن نضع لكل منهما تعريف خاص به، إذ من شأن ذلك أن يوجد منطقة وسطى بين التعريفين تغم فيها المسائل على الباحثين، وهذا ما جعل تعريف التسبب على وجه الخصوص غير منضبط، فنرى مجلة الأحكام العدلية تورد تعريفاً للتسبب في المادة (٨٨٨) بقولها: «... إحداهما أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة» فهذا التعريف فوق أنه موهم، فإنه يربط حصول الإضرار تسبباً بجري العادة، والإضرار إما أن يحصل أو لا يحصل، فإن حصل سواء بطريق جري العادة أو غيرها كان واجب الضمان وإلا فلا.

وهناك من الفقه من جرى على ما سبق لتمييز الإضرار تسبباً وفق احتمال تخلف النتيجة أو الضرر بقوله إن الإضرار

تسبباً هو ما كان بفعل في محل أفضى إليه فعل آخر في محل آخر مع احتمال تخلف الفعل الثاني عنه^(١١)، ونحن نبحت هنا ضمان الإضرار الحاصل وليس المحتمل، فالاحتمال يكون سابقاً لحصول الإضرار وهو تنبؤ وتخمين، والضمنان لا يكون إلا لإضرار محقق.

وذهب جانب آخر من الفقه^(١٢) للتمييز بين المباشرة والتسبب وفق معيار اتصال الفعل بمحل التلف، على اعتبار أن هذا الاتصال يسهل عملية استجلاء المباشرة.

ولذا اشترط الأحناف ضرورة اتصال فعل التلف بمحل الضرر اتصالاً مادياً مباشراً، ويظهر ذلك من تعريفهم للمباشرة حيث ذهب صاحب البدائع إلى تعريف المباشرة بأنها: "إيصال الآلة بمحل التلف"^(١٣)، وهو ما تعبر عنه المذكرة الإيضاحية بشرط أن يكون الفعل الضار فعلاً في المحل^(١٤)، حيث ذهب الأحناف إلى أنه: "من حبس حيوان حتى هلك فلا ضمان عليه، إذ لا فعل له في التالف ولم تكن له يد عليه، وكذا الأمر لو غصب دابة فتبعها ولدها فتلف بسبب ذلك فلا ضمان عليه لقيمة الولد لعدم فعله فيه"^(١٥)، والأمر نفسه ذهب إليه صاحب مجمع الضمانات حيث ذهب إلى:

يركز على الطريقة التي يحصل بها الضرر والمهم في قيام الضمان هو حصول الإلتلاف لا كيفية حصوله بتماس مباشر واتصال بين الفعل ومحل الضرر أم بغير تماس، ذلك أن الهدف هو معرفة هل حصل الإلتلاف أم لا، فإن حصل نهضت المسؤولية، أما كيف حصل أو تسبب الإلتلاف، فهي مسألة من مسائل الإثبات التي يتعين إقامتها على من يدعيها، إذ لا ضمان بلا مسؤولية ولا مسؤولية بلا إثبات، ولعل هذا ما دفع أحد الباحثين للربط بين المباشرة وعلاقة السببية بل وتعريف المباشرة بأنها: صفة للعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة دون النظر إلى صفة المتضرر فمتى ما أوجد الفعل علّة التلف كان الفعل مباشرة والفاعل مباشر^(٢٢).

وهذا النهج منتقد أيضا من ناحية ثانية، لأنه إذا تطلبنا الاتصال بين الفعل ومحل الضرر، فإن هذا يعني إلقاء عبء الإثبات في ذلك على من يدعيه وهو المضرور وفي ذلك ظلم له فوق ضرره، وإذا لم يستطع ذلك، فيكون سبيلا للطرف الآخر للإفلات من الضمان.

ومن ناحية ثالثة تخرج من مفهوم المباشرة طائفة الأفعال التي تتم بالامتناع أو بالكف وهذه الطائفة من الأفعال هي في حقيقتها أفعال مباشرة وبالتالي لا يتوافق

إن صبياً قام على السطح فصاح به رجل ففزع الصبي فوقه ومات ضمننت عاقلة الصائح ديته، ذلك أن الضرر وقع تسببا وليس مباشرة لعدم وجود اتصال مادي بين الفعل والتلف^(١٦).

وسار قسم من الفقهاء المحدثين على النهج السابق حيث عرف الشيخ الخفيف المباشرة بقوله: إن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة لاتصال آلة التلف بمحله^(١٧)، وقد شايحت محكمة التمييز الأردنية الاتجاه السابق بقولها: (ولما كان فعل الإضرار بالمباشرة يقع إذا انصب فعل الإلتلاف على الشيء نفسه ويقال لمن فعله فاعل مباشر)^(١٨).

والحق أن هذا النهج مرجوح ومنتقد، أما أنه مرجوح، فذلك لأن معظم مذاهب الفقه الإسلامي لم تشترط ما سبق، كما تم بيانه حين عرض مفهوم المباشرة، والأمر كذلك بالنسبة للفقهاء المحدثين، فقد عرف الشيخ الزرقا المباشر بأنه: هو الذي يحصل الأثر بفعله (والأثر هو التلف)^(١٩)، وعرف البعض المباشر بأنه: من يكون فعله الذي باشره بنفسه قد أحدث الضرر، وكان له سببا دون واسطة ودون أن يتدخل أمر بين الفعل والضرر^(٢٠)، والأمر كذلك من الناحية التشريعية^(٢١).

وأما أن هذا النهج منتقد من حيث إنه

لا تتسابه إليه، أما عند التسبب فلا يكون لسببية الفعل هذا الظهور لوجود فعل آخر مفضي إلى الضرر فاصل بينه وبين الضرر مع تراخ للضرر عن الفعل المسبب، فإذا انتفت نسبتبه إليه خفيت سببته وضعفت وعند ذلك لا يصلح أساساً للإلزام صاحبه بالضمان^(٢٤). والحقيقة أنه يمكن الرد على هذا الرأي بالقول: إن علاقة السببية يشترط وجودها في كل من المباشرة والتسبب على حد سواء، وإذا انتفت، فإن هذا يعني انتفاء الضمان، ومن ناحية ثانية، فإن المضرور ليس مكلفاً بإثبات علاقة السببية، وإنما يكفي منه إثبات صدور فعل الإضرار ونسبته إلى شخص معين ولكن للمدين التخلص من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر قد وقع لسبب أجنبي لا يد له فيه، أو إذا وجهت إليه اليمين فحلفها^(٢٥).

وقد اضطرت أحكام التسبب لدى بعض الفقه، فأحال حكم الإضرار على من لا يصح إحالة الحكم عليه واعتبره مباشراً للضرر، بينما من يصح إحالة الحكم عليه فقد تم اعتباره متسبباً، ومثال من لا يصح إحالة الحكم عليه أن يصدر الفعل من الحيوان أو من فعل الطبيعة أو بأمر سماوي أو ممن أكره عليه بإكراه ملجئ زال معه

الشرط السابق مع مفهومها.

ومن ناحية رابعة، فإن هذا المفهوم لا يتفق مع الأفعال التي تسبب الضرر الأدبي للمضرور مع أنها مؤسسة على الإضرار، وإلى ذلك ذهبت محكمة التمييز الأردنية بقولها: (إن تشويه سمعة المميز ضدها ونعت أهلها بأنهم أناس (مش كويسين) يلحق بها ضرراً أدبياً، مما ينبي عليه بأن دعوى المميز ضدها مؤسسة على الفعل الضار الذي يلزم فاعله بالضمان وفقاً لنص المادة (٢٥٦) هو تأسيس سليم)^(٢٣).

ثم فوق كل ما سبق فإن هذا التصوير للمباشرة إن كان يناسب العصر الذي قيل فيه، فإنه لم يعد كذلك الآن، إذ كيف يمكن أن نؤسس الضرر الناشئ عن الجرائم الإلكترونية، والأمر كذلك بالنسبة للقذائف التي يتم التحكم بها عن بعد أو عن طريق الأقمار الصناعية أو الأسلحة النووية والإشعاعية التي تسبب ضرراً لمن يبعد عنها بعشرات الأميال.

بينما ذهب فريق ثالث من الفقه إلى علاقة السببية للتمييز بين المباشرة والتسبب، ذلك أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر دون نظر إلى فاعله وقصده فوجب إلزامه بما يرفع هذا الضرر

التعريفين، والحق أن هذه الحالات هي من حالات الإضرار بالباشرة، وليس أدل على ذلك ما جاءت به المذكرة الإيضاحية حين تعريفها للإضرار بقولها: (والمقصود بالإضرار هنا "مجاوزه الحد" الواجب الوقوف عنده أو التقتصير عن الحد" الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر فهو يتناول الفعل السلبي والفعل الإيجابي وتنصرف دلالاته إلى الفعل العمد وإلى مجرد الإهمال على حد سواء، ذلك أن الفقه الإسلامي كما يعرف الخطأ الإيجابي وهو ظاهر يعرف الخطأ السلبي ويسميه التقتصير وعدم التحرز والتفريط)^(٢٩).

والفعل السلبي يتحقق عندما يكون واجبا على شخص بأن يقوم بعمل ويمتنع عن إتيان هذا العمل ويترتب على تقصيره ضرر يلحق بالغير، فإن هذا الضرر يعد من قبيل المباشرة إذ لولا التقتصير عن إتيان العمل الواجب لما حدث الضرر، وإذا قلنا أن هذا الضرر وقع بالتسبب، فالتسبب يشترط لحدوثه أن يتخلل فعل فاعل آخر بين الفعل الأول والضرر وهنا نتساءل أين فعل الفاعل الآخر؟ وعليه، فإن الإضرار يعد بالمباشرة، فالأم التي تمنع عن طفلها الطعام حتى يهلك تكون مباشرة للفعل الضار لأنها قصرت عن إتيان فعل واجب

اختياره، وبالتالي، فإن هذه لا تقطع إضافة التلّف إلى الفعل الأول^(٢٦)، ولذا يضمن فاعله ويعد مباشراً للفعل حسب رأيهم، ومن الأمثلة التي ذهبوا إليها فتح قفص الطائر بلا إذن صاحبه، فلو طار الطائر فهل يضمن فاتح القفص؟ ذهب الإمام أبو حنيفة والشافعي إلى أنه لا يضمن لأنه وإن فتح القفص، فالطيران حدث بالفعل الذاتي للطير^(٢٧)، وهنا تمت إحالة حكم المباشرة للطير بينما فاتح القفص يعد متسبباً، وهذا ما لا يمكن قبوله عقلاً ومنطقاً، وضرب الفقهاء مثال آخر على شاكلة الأول حيث لو جاء إنسان فحلّ زقاً أو شقة فاندفع ما فيه من سمن أو زيت، فاعتبروا الشقّ إتلافاً للزق بالمباشرة وإتلاف للزيت بالتسبب^(٢٨)، وإذا تم مجازاة ما سبق لأمكن القول: إن من يذبح إنساناً بواسطة سكين من رقبته، فإنه يكون مباشراً لحز الرقبة، أما اندفاق دم المقتول، فإنه يعد متسبباً به وكذا الأمر بالنسبة لموته اللاحق وهذا ما لم يقله أو يقبله أحد.

كما أن كثيراً من حالات المباشرة بالامتناع اعتبرها البعض من حالات التسبب نظراً لاتخاذهم تعريفات مستقلة لكل من المباشرة والتسبب مما جعل هذه الحالات وغيرها تقع في المنطقة الوسطى بين

معين وهو غير واجب على الكاف من حيث الأصل، إلا أنه نتيجة هذا الكف يلحق ضرر بآخر ومثال ذلك من مرّ بصيد يوشك على الموت ولم يذكره فذهب البعض إلى وجوب ضمانه عليه^(٣٣)، وكذا الأمر لو أصيبت شاة فأراد صاحبها ذبحها قبل أن تموت ولا مدية معه، وكان مع غيره مدية فطلبها من صاحبها فامتنع عن إعطائه حتى ماتت الشاة، فيكون صاحب المدية ضامناً قيمة الشاة لأنه تسبب بامتناعه في تلف الشاة^(٣٤). وفي هذين المثالين أقيمت مسؤولية الكاف على أساس التسبب، ولا أرى وجهاً لإقامة المسؤولية على الكاف لا مباشرة ولا تسبباً، ذلك أن المسؤولية حتى تقام لا بد أن تؤسس على إلزام، ولا التزام على الكاف.

ومنتهى القول إن الإضرار بالتسبب يكون عندما لا يكون الفعل إضراراً بالمباشرة، ويكون الفعل إضراراً بالمباشرة وفقاً للمفهوم الذي أوضحته المذكرة الإيضاحية حين تعريفها للمباشر بقولها: هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر^(٣٥)، وعليه فحتى نكون أمام إضرار بالتسبب، فإنه يشترط أن يكون هناك فعلاً من شخصين

وهو الإرضاع^(٣٦)، فهلاك الطفل هنا ما كان إلا بامتناع الأم عن واجبها، كما أن الهلاك لا يمكن نسبته إلى فعل فاعل آخر، ولذا فإن الإضرار حدث مباشرة، وأما القول بأن الهلاك إنما حدث بسبب الجوع فهو تعبير غير سديد وموهم، كما أنه لا يصح إسناد الإلتلاف إلا للمكلفين وواضح أن الجوع ليس من أهل التكليف.

ومثل ما سبق، ما ذكره ابن قدامة في المغني، أن من سلم ولده الصغير إلى سباح ليعلمه السباحة فغرق الولد، كان السباح مسؤولاً، لأنه تسلم الولد ليحتاط في حفظه فكان غرقه دليلاً على التقصير في المحافظة الواجبة والتفريط في الانتباه المطلوب^(٣٦)، وإلى ما سبق ذهبت محكمة التمييز الأردنية بقولها: إن الفعل الضار الذي يترتب الضمان لا فرق بين أن يكون فعلاً إيجابياً على صورة تعبئة كمية الغاز في الأسطوانة تزيد عن الحد المقرر أو فعلاً سلبياً على صورة الإهمال في تفحص الصمام وإحكام تشييته^(٣٧).

هذا ويجب التفريق بين الصورة السابقة من المباشرة (المباشرة بفعل سلمي) عندما يكون هناك واجب ملقى على شخص بالقيام بفعل معين وبين صورة أخرى تقوم على مجرد الكف عن إتيان فعل

أن يكون هناك فعلاً متعاقبان لشخصين مختلفين وأن يحصل التلف ويضاف لفعل الشخص الثاني دون الأول، أما إذا تخلل بين فعل أحد والتلف فعل فاعل آخر وكان بالإمكان إحالة الحكم عليه، فإن هذا الأخير هو الذي يعتبر مباشراً.

الفرع الثالث: مدى لزوم التسبب لقيام التضمين.

وبعد ما تقدم، فإن ما يثير التساؤل هنا حول مدى لزوم التسبب بشكل عام وأثر ذلك لنهوض المسؤولية وبالتالي قيام التضمين؟ وفي الإجابة على ذلك يمكن القول: إن الإضرار بالتسبب ما هو إلا صورة أخرى للإضرار وهذه الصورة تبين سبب الإضرار وشرحاً لكيفية حصوله ويبين طريقة إحداث الضرر^(٣٦)، والتضمين في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني يجعل من الإضرار (المحصلة والنتيجة) سبباً وعلّة، فإذا وجدت العلة وجد الحكم، فهو (التضمين) جزاء فعل ويعتمد عصمة المحل، سواء حصل بالمباشرة أم بالتسبب، وكل من المباشرة والتسبب ليستا إلا إحدى أسباب الإضرار- تعددت الأسباب والإضرار واحد- ومناطق التضمين هو الإضرار وليس التسبب أو المباشرة، ومن ناحية أخرى، فإنه عند انفراد أحدهما- تسبباً كان أو مباشرة-

مختلفين وأن يضاف الضرر إلى فعل الشخص الثاني وحده، فلو أضيف الإضرار إلى أي منهما بشكل مستقل، لكان أي منهما مباشراً، ولكن ما سبق مقيد ومشروط أيضاً بما تضمنته المادة (١٤٢٧) من مجلة الأحكام الحنبلية بقولها: «لا عبرة لمباشرة من لا يمكن إحالة الحكم عليه».

وما عرضناه من مفهوم للإضرار بالتسبب هو ما يتوافق تماماً مع ما تم تقديمه من تعريفات للتسبب في بداية عرض مفهوم الإضرار بالتسبب، ومن هذه التعريفات أن التسبب هو من حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار، وهو أيضاً فعل ما يفرض عادة إلى الإلتلاف دون أن يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه.

وبهذا تكون الحدود واضحة المعالم بين الإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب، فيكون الإضرار مباشرة عندما يحصل التلف من فعل فاعل دون أن يتخلل بين ذلك الفعل والتلف فعل فاعل آخر، ويبقى الإضرار أيضاً بالمباشرة ولو نتج عن فعل الفاعل أكثر من تلف في أكثر من محل طالما كانت تلك الأضرار متسلسلة عن ذات الفعل وذات الشخص وبالتالي يعتبر قطع حبل القنديل إضراراً بالمباشرة، وكذا الأمر بالنسبة لكسر القنديل نفسه، أما الإضرار تسبباً، فإنه يشترط

مفهوم الإضرار، بل والخلط والمرادفة بينه وبين الضرر، مع أنهما متميزان عن بعضهما، ذلك أن الضرر وحده لا يصلح أساساً لقيام التضمين، كون هذا الضرر يمكن أن يكون غير مضمون، وبمعنى آخر، فإنه ليس كل ضرر قابل للضمان، فهناك طائفة من الأضرار لا تقيم مسؤولية فاعلها بالرغم من حدوثها، ومثال ذلك إذا مارس أحد حقه وكان من شأن ممارسة هذا الحق إلحاق ضرر بالآخرين، فإن الفاعل لا يضمن ما ينشأ عن فعله من ضرر، استناداً إلى قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان^(٤٠) ومثال ذلك قيام تاجر بفتح بقالة له بجانب بقالة تاجر ثانٍ، بناءً على ترخيص قانوني، فإن الأول لا يضمن ما ينتج من ضرر للثاني يتمثل في قلة أرباحه ومنافسته، ومثال الضرر غير المضمون أيضاً، إذا ألحق إنسان ضرر بالغير، ولكن بالرغم من ذلك توافرت أحد أسباب دفع المسؤولية في القانون المدني ومنها: حالة الدفاع الشرعي^(٤١) وحالة الإكراه الملجئ^(٤٢) وحالة تنفيذ الموظف العام لأمر صادر إليه من رئيسه^(٤٣) وحالة إذن صاحب الحق أو وليه أو إذن الشارع^(٤٤).

وبالتالي، فإن كل الحالات السابقة لا تقيم مسؤولية أصحابها عن أفعالهم ولو

يكون الفاعل مسؤولاً بالضمان، وفي هذا تقول محكمة التمييز الأردنية: «إن مسؤولية الضمان عن الفعل الضار تقع على من أوقع الضرر بصرف النظر عن أي أمر آخر»^(٣٧) وفي قرار آخر تقول ذات المحكمة: «يلزم الإضرار بالغير فاعله سواء كان ذلك بالمباشرة أو التسبب»^(٣٨).

كما أن التفرقة بين المباشرة والتسبب غير واضحة المعالم، فالمادة (٨٨٨) من المجلة تنص على أنه "من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره ويكون حينئذ قد أتلّف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً...، ويرد على ذلك بحث استاذنا د. محمد الزعبي بالقول أنه لو سلمنا بنص المادة (٨٨٨) من المجلة لقلنا إن من يكسر سلماً خشبياً على رأس شخص صاعد فوق وقع ومات يكون مباشراً لكسر السلم ومتسبباً في موت الشخص، ومن الممكن أن لا يثبت عليه التعدي فينجو من المسؤولية والتعويض، لكنه يلتزم فقط بثمن السلم، وهذا أمر مخالف للعدل والمنطق والحق^(٣٩).

ولعل من قسّم الإضرار إلى مباشرة وتسبب، وتطلب في التسبب التعدي أو التعمد أو الإفضاء، مرد ذلك عدم انضباط

إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:
 الفرع الأول: ماهية التعدي.
 الفرع الثاني: مدى انضباط مفهوم التعدي.
 الفرع الثالث: مدى لزوم التعدي لقيام الإضرار.

الفرع الأول: ماهية التعدي.

يراد بالتعدي في اللغة مجاوزة الحد أو القدر أو الحق، يقال تعدى أي تجاوز والعدوان هو الظلم، ومنها اعتدى عليه أي ظلمه^(٤٦)، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَتَّلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَقتُلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٩٠]، وأما في الاصطلاح فيراد به مجاوزة ما يجوز إلى ما لا يجوز^(٤٧)، كما قيل إنه مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه^(٤٨) وعرفته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني بقولها: ألا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر^(٤٩) وعرفه صاحب الأشباه والنظائر بقوله: العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي^(٥٠)، ومن الفقهاء المحدثين فقد عرفه البعض بقوله: والتعدي يكون بتجاوز حدود الحق المسموح به شرعاً أو عادة^(٥١)، وذهب قسم آخر^(٥٢) إلى أن التعدي يستعمل في معنيين يجب التمييز بينهما، وتحديد أي منهما هو المراد في هذا المقام وهما:

نتج عن تلك الأفعال ضرر، وبمعنى آخر، فإن ليس كل فعل ينتج عنه ضرر للآخرين يكون مضموناً على صاحبه، (مطلق الضرر)، أما الضرر الذي يقيم مسؤولية صاحبه بالضمان الذي نود تسميته بالضرر المضمون وهو ذاته الذي يسميه المشرع الأردني بالإضرار ويكون هذا الإضرار حينما يفعل الإنسان فعلاً يلحق ضرراً بغيره دون أن يكون هذا الفعل استعمالاً للحق، وإن كان كذلك يكون استعماله غير مشروع (التعسف باستعمال الحق)، أو دون أن يكون مبنياً على جواز شرعي، وأن لا تتوافر له أحد أسباب دفع المسؤولية، فهنا تنهض المسؤولية المدنية للفاعل بضمان الضرر، وبالتالي يكون هذا الضرر مضموناً (إضراراً)^(٤٥).

المطلب الثاني: مفهوم الإضرار بالتعدي.

سنتناول في هذا المطلب ماهية التعدي من حيث توضيح المراد به لغة وكذلك اصطلاحاً وتشريعاً وقضائياً، ومن ثم نبحث في مدى انضباط مفهوم التعدي وهل هو على صعيد واحد أم أن صورته ما زالت في المنطقة الرمادية، وبعد ذلك ننتقل لبحث مدى لزوم التعدي لقيام الإضرار، وما سبق تناوله من خلال تقسيم هذا المطلب

الإضرار بالتسبب أن يكون هناك تعدياً بقولها: «إن مسؤولية الميزة تقوم على أساس التسبب في إحداث الضرر، وذلك بالتعدي والذي يتحقق عندما يقع الشخص في تصرفه بتجاوز الحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه شرعاً أو قانوناً وهو انحراف في السلوك يتحقق بالإضرار بالغير...»^(٥٦).

الفرع الثاني: مدى انضباط مفهوم التعدي.

يمكن القول إن مفهوم التعدي لم يكن واضح المعالم في المفهوم والدلالة، مما استتبع عدم انضباط الأحكام القانونية المترتبة عليه، ذلك أن أصل التعدي في اللغة، من مادة عدا- كما تم بيانه في ماهية التعدي في الفرع السابق- والعدوان هو الظلم الصراح، ومنه قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَتَّبَعِي وَرَاءَ ذَلِكَ فَأَوْلِيكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٧]، والعادون هم المجاوزون للحدود^(٥٧)، لذا استخدم الفقهاء المسلمون هذا المعنى (التعدي) ليشمل الجناية عموماً والتعدي على الأنفس والفروج وعلى الأموال عموماً^(٥٨).

ثم ما لبثت أن تطورت فكرة التعدي لدى الفقهاء المسلمين، ليتسع نطاق التعدي ويصبح مماثلاً للخطأ التقصيري لدى الفقه القانوني^(٥٩)، وهذا ما صرحت به المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني فجاء

المعنى الأول: هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم، والمعنى الثاني: هو العمل المحظور في ذاته شرعاً، بقطع النظر عن كونه متجاوزاً على حدود الغير أم لا، ويقرر الشيخ الزرقا بأن التعدي بالمعنى الأول (التجاوز) هو المقصود هنا في هذا المقام، وهو شرط أساسي في مسؤولية كل من المباشر والمتسبب على سواء، فمن أكل طعام غيره في حالة المخمصة بدون إذنه لدفع الهلاك عن نفسه، فإن فعله جائز، بل واجب، فلم يصدر منه التعدي بالمعنى الثاني ولكن حصل منه التعدي بالمعنى الأول من حيث إنه تصرف في ملك الغير فوجب عليه الضمان^(٥٣) ولهذا يذهب البعض إلى القول إن التعريفات الدالة على التعدي ترسم للإنسان من خلال الشرع أو العرف أو العادة، دائرة تمثل المنطقة المسموح له التعامل بها بحقه دون أن يضمن نتيجة أفعاله، لكن إذا تجاوز هذه الدائرة، فيكون متعدياً وبالتالي فهو ضامن^(٥٤)، أما السنهوري، فذهب إلى أن المراد بالتعدي هو: مجاوزة للحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه.^(٥٥)

وقد رددت محكمة التمييز الأردنية في بعض أحكامها ما سبق واشترطت لقيام

المضرور هو الحصول على التعويض عن الضرر الذي أصابه، حتى ولو حصل له بحسن نية من الفاعل، بل إن المضرور يستحق التعويض حتى لو كان الفاعل يعتقد أن المال هو ماله، وهذا ما يميز الأساس الذي قامت عليه المسؤولية في القانون المدني الأردني، ولذا نصت المادة ٩١٤ من مجلة الأحكام العدلية على أنه: (لو اتلف أحد مال غير ظانا انه ماله يضمن)، وبالتالي فإن المسؤولية المدنية تقوم على نتيجة فعل الفاعل وهي الإضرار، فالإضرار يعتبر محظوراً بالنظر إلى نتائجه وآثاره وليس إلى سلوك الفاعل، ذلك أن السلوك أمر سابق على النتيجة، والنتيجة أمر لاحق، والمسؤولية تبنى على النتيجة لا على السلوك.

كما يمكن مناقشة ما تم عرضه للمراد بالتعدي وخصوصاً ما طرحه الشيخ الزرقا في الفرع السابق، ومدى انضباط المراد به، حيث نستطيع القول إن ما تم عرضه من مفاهيم وتعريفات للتعدي لم يكن منضبطاً لجملة من الأسباب منها:

إن التجاوز إلى حق الغير كمراد بالتعدي، يتضمن قياماً بفعل إيجابي ومن شأن هذا الفعل أن يمكن الفاعل من المجاوزة وبالتالي، فإن هذه الفكرة للتعدي

فيها: (الخطأ في القانون يرادف التعدي في الفقه الإسلامي)^(٦٠)، وهناك من الفقه الحديث من ذهب إلى أن التعدي يقتصر على توافر الركن المادي للخطأ دون المعنوي، وذهب أيضاً إلى أن التعدي قد يكون عمدياً وقد يكون غير عمدي^(٦١). وهناك من ذهب إلى أن ضابط التعدي هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد^(٦٢).

ونلاحظ على كل التعريفات السابقة أنها ربطت فكرة التعدي ابتداءً بالمسؤولية العقابية، ولا يخفى تباين الغاية للمسؤولية العقابية عنها للمسؤولية المدنية، فالأولى هدفها الزجر والثانية هدفها الجبر، ثم ربطت فكرة التعدي بفكرة الخطأ (المسؤولية الخطئية)، سواء فيما أوردته المذكرة الايضاحية أو ما أورده الفقه آنفاً، والمعروف أن المسؤولية الخطئية هي من إرث المسؤولية العقابية، وهذه الأخيرة تحفل بالإرادة الأثمة للفاعل، وهدفها ردعه وردع غيره، ولذا تم البحث في سلوك هذا الفاعل وهل فيه انحراف أم لا (العنصر الشخصي)، أما المسؤولية المدنية فمبتغاها تعويض المضرور وجبر ضرره، ولا تحفل بسلوك الفاعل سواء تم بقصد أم بغيره وسواء انحرف أو لم ينحرف، إذ إن همّ

فاعلها كما في حالات الدفاع الشرعي وتنفيذ أمر الرئيس والإكراه الملجئ.

ومن المهم أيضاً القول إنه ضمن مفهوم التعدي السابق لا بد للفعل لكي يصل إلى حق الغير من الانتقال ومجاورة الحق إلى حق الغير، وعليه فإن التعدي بمعنى المجاوزة هو شرط، وسواء كان ذلك الفعل بالباشرة أو بالتسبب، وبمعنى آخر وبسيط ووفقاً لهذا المفهوم المطروح، فإن التعدي شرط في الباشرة وشرط في التسبب لقيام التضمين وهذا ما يصل إليه حتى من قالوا بهذا المعيار للترقية بين الباشرة والتسبب فيصلوا من حيث قصدوا أو لم يقصدوا إلى التوحيد بين الباشرة والتسبب من حيث الشروط اللازمة للتضمين^(١٣)، وهذا عين ما ننادي به من إلغاء للترقية بين الباشرة والتسبب ولكن من حيث النتيجة وهي التضمين ولا عبرة بعد ذلك بما إذا كان الفعل محظوراً أم غير محظور.

الفرع الثالث: مدى لزوم التعدي لقيام الإضرار.

وبعد ما سبق حق لنا الآن مناقشة مدى لزوم التعدي من أصله لقيام الإضرار؟ وفي هذا السياق نقول إن من نادى بشرط التعدي هو من أقام المسؤولية على الفعل الضار وليس الإضرار، وطالما

تسقط الفروض التي تحدث إضراراً بالفعل السليبي أو بالامتناع، لأنه لا يمكن المجاوزة بهذه الصورة وبالرغم من أنها تشكل إضراراً.

ومن زاوية أخرى، فإن هناك حالات لا يعد الفعل فيها محظوراً شرعاً ولا عرفاً ومع ذلك تشكل إضراراً بالغير كما في حالة الاضطرار، فإذا اضطر إنسان لأكل مال غيره ولو بغير إذنه لدفع الهلاك عن نفسه، فإن ذلك يقيم مسؤولية الفاعل بالضمان أي بضمان قيمة الطعام بالرغم من أن فعله ليس محظوراً وجائزاً، بل واجباً، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير (م ٦٣ مدني أردني).

ومن ناحية ثالثة، فإن هناك حالات لا يجاوز فيها الفاعل إلى حق الغير، بل يمارس حقه ومع ذلك تقوم مسؤوليته بالإضرار، والمقصود هنا حالة التعسف باستعمال الحق، وبالتالي، فإن الدائرة التي رسمها البعض ما هي إلا دائرة هلامية، ذلك أن بعض الأفعال تقيم مسؤولية فاعلها بالرغم من دخولها في نطاق تلك الدائرة- كما في حالات الاضطرار والتعسف باستعمال الحق والامتناع- وبعض الأفعال تخرج عن حدود تلك الدائرة ولا تقيم مسؤولية

وهناك من ابتعد وانحرف أكثر في المسؤولية عن الإضرار، وبحث في معيار التعدي الواجب لإقامة تلك المسؤولية، فذهب البعض^(٦٤) إلى معيار الواجبات الشرعية والقانونية، وهي الأفعال التي حددها الشارع وأوجب على الناس القيام بها أو الامتناع عنها ومعيار التعدي يكون بمخالفة الواجب أو الامتناع. وفي الرد على هذا يمكن القول إن هذا المعيار إن كان يصلح في مجال المسؤولية العقابية- إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص- فإنه ليس كذلك في مجال المسؤولية المدنية التي يستحيل فيها حصر أفعال الواجب والامتناع، وأنه آن الأوان لإشهار الطلاق البات بين كلا المسؤوليتين.

وهناك من قال بمعيار الفعل ذاته وظروف هذا الفعل من حيث الزمان والمكان^(٦٥) الذي تم فيه الفعل، وفي الرد على هذا المعيار يمكن القول إن هذا المعيار ينظر في المسؤولية إلى مقدمتها (الفعل) وليس إلى نتائجها (الإضرار) ويضع العربة قبل الحصان.

وهناك رأي ثالث^(٦٦) نظر في معيار التعدي للفاعل لا الفعل وإلى سلوك هذا الفاعل ووفقاً لهذا المعيار، يعد الإنسان متعدياً كلما كان تصرفه مخالفاً لسلوك

الأمر كذلك فإنه أراد أن يخرج الأفعال التي يأتيها صاحبها وتكون حقاً له ولو سبب ضرراً للغير، من ضمن نطاق المسؤولية، ويقيم التضمين على الأفعال التي يأتيها فاعلها وتشكل اعتداءً على حق الغير وبالتالي إقامة المسؤولية، وقد وجد ضالته إلى ذلك في شرط التعدي، وبمعنى آخر أراد أن يحصر المسؤولية من الضرر بالمطلق (مضموناً وغير مضمون) إلى الضرر المضمون على وجه الخصوص، وكان هذا بواسطة شرط التعدي، وفي الرد على ذلك نقول: إن شرط التعدي لم يكن جامعاً ولا مانعاً على النحو الذي سلف، وفوق ذلك إن المسؤولية لم تقم في القانون المدني الأردني على مطلق الضرر أو على الفعل الضار عموماً لنضبطها ونقيدها بشرط التعدي، وإنما قامت على الإضرار، وهذا يغني بذاته عن البحث في الفعل الضار عموماً، وفي شرط التعدي على وجه الخصوص، لأن الإضرار يخرج كل فعل ضار غير مضمون من المسؤولية وبالمقابل يدخل فيها كل فعل يقيم المسؤولية ولو كان حقاً لصاحبه، وهذا ما عبرنا عنه بالضرر المضمون وعلى النحو الذي تم بيانه حين تم تمييز الفعل الضار عموماً عن الإضرار على وجه الخصوص في بداية هذا البحث.

محدث الفعل الضار، حيث ذهب رأي إلى عدم اشتراط الإدراك أو التمييز في محدث الفعل الضار تسبباً، وبالتالي يكون عديم التمييز مسؤولاً عن الضمان بالنظر إلى ضرورة المحافظة على الأموال^(٦٧).

وهذا يتفق مع جوهر المسؤولية عن الإضرار في القانون المدني الأردني التي جاءت بها المادة (٢٥٦) والتي قررت أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر، كما أن عدم اشتراط الإدراك والتمييز في الإضرار تسبباً يؤدي إلى إلغاء التفرقة بين المباشرة والتسبب طالما أن الفاعل في كليهما ضامن ولو كان غير مميز وبنفس الشروط وبالتالي إلغاء شرط التعدي في التسبب، ومما يؤكد هذا ما قيل: وكذلك شرع الجبر (الضمان) مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان^(٦٨). وهذا عين ما ننادي به في هذا المقام.

بينما ذهب رأي آخر إلى أن التعدي في الإضرار تسبباً لا يكون إلا من مدرك وبالتالي لا تنهض مسؤوليته بغير ذلك^(٦٩)، وإن مجارة هذا الرأي تعيد المسؤولية المدنية إلى أحضان المسؤولية العقابية التي تعتد وتقيم الجزاء على أساس الإرادة الآتمة للفاعل وبالتالي إدراكه وتمييزه، لا على

الرجل المعتاد متوسط الحرص، ويضربوا مثلاً لذلك أنه إذا قام الختان بعملية الختان التي نجم عنها جرح وضرر للصغير، فإنه لا يكون ضامناً إذا كان قد أجرى العملية تماماً كما يجريها غيره من محترفي المهنة.

ويمكن الرد على هذا الرأي بالقول إن معيار بذل عناية الرجل المعتاد لا يصلح في هذا المقام لأكثر من سبب، ذلك أنه تم الخلط هنا بين المسؤولية العقدية والمسؤولية عن الفعل الشخصي، وفي الأولى تقسم الالتزامات إلى التزامات ببذل عناية ويكون معيارها بذل عناية الرجل المعتاد، والتزامات بتحقيق نتيجة، أما في المسؤولية عن الفعل الشخصي فالالتزام دائماً بتحقيق نتيجة، ولا يسعفنا معيار بذل العناية للوصول إلى تحقيق النتيجة.

ومن جهة أخرى، فإن النظر إلى سلوك الفاعل لا يهم المضرور في شيء، إذ إن ما يهمه هو حصوله على جبر الضرر طالما وقع ذلك إضراراً به وسواء تم ذلك بعناية أم بغيرها، فالتضمين شرع لجهة جبر ضرر المضرور، لا لجهة تقدير سلوك الفاعل.

ومن ناحية ثالثة فإن تطلب معيار بذل عناية الرجل المعتاد أو الحرص يقودنا إلى البحث في مدى توافر الإدراك والتمييز في

تنظر إلى طريقة إحداث الضرر بالمباشرة أم بالتسبب؟ ثم بعد ذلك إلى ضرورة أن يكون التسبب متعدياً، والخطورة في تطلب شرط التعدي أننا نحمل المضرور عبء إثبات التعدي ليضاف ذلك إلى ضرره، ثم بعد التعدي نبحث في معيار هذا التعدي وسلوك الفاعل، ثم بعد هذه السلسلة ننظر في إمكانية تعويض المضرور. أما فلسفة جبر الضرر القائمة على الإضرار فتعني أن يكون هناك فعل وأن ينسب هذا الفعل لشخص معين وأن ينتج عنه إضرار للغير ليحق التعويض على المحدث، وإذا أراد هذا الأخير التخلص من المسؤولية، فيقع عليه عبء إثبات العكس.

المبحث الثاني: مدى ضرورة وأهمية التعمد والإفشاء لقيام مسؤولية التسبب.

نتولى معالجة هذا المبحث من خلال تفريعه إلى مطلبين متوالين، بحيث نبحث (ماهية الإضرار بالتعمد ومدى لزومه لقيام التضمين) في الأول منهما، بينما يتم بحث (ماهية الإضرار بالإفشاء ومدى لزومه لقيام التضمين) في ثانيهما.

المطلب الأول: ماهية الإضرار بالتعمد ومدى

لزومه لقيام التضمين.

نتولى بيان ماهية الإضرار بالتعمد

أساس جبر الضرر الذي هو هدف ومبتغى المسؤولية المدنية، كما أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى مخالفة المبدأ العام والأساس الذي قامت عليه المسؤولية المدنية في المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني والتي أقامت مسؤولية الفاعل بالضمان وبشكل مطلق ولو كان غير مميز.

واستكمالاً لما تقدم نتساءل كيف لنا أن نجد معيار الرجل الحريص أو المعتاد لنقيس به فعل من كان غير مميز لصغر في السن أو الجنون، أو النائب الذي ينقلب على متاع لغيره فيكسره، وكيف نقيس سلوك هؤلاء بسلوك الرجل الحريص أو المعتاد؟ والسؤال هل للمجانين رجل (مجنون) حريص أو معتاد؟ أم يقارن سلوك المجانين بسلوك الرجل الحريص من الأسوياء؟ ولا نتردد بالإجابة أن كلا الفرضين غير صحيح، وهذا ما يقودنا إلى الجزم بعدم لزوم التعدي وعدم لزوم معياره، وبالتالي إلغاء التفرقة بين المباشرة والتسبب.

وخلاصة ما سبق إن المسؤولية عن الإضرار أخذت تتعد عن خصوصيتها التي قامت عليها في الفقه الإسلامي من مسؤولية تقوم بين ذمتين لا بين شخصين، وأن غايتها تعويض المضرور، إلى مسؤولية تجنح نحو أسس المسؤولية العقابية وفلسفتها، فأصبحت

أو يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي^(٧٢). وضربت المذكرة الإيضاحية مثالا على التعمد حيث قالت: وإذا كان المتسبب متعمدا، كان ضامنا ولو لم يكن متعديا، فإن حضر أحد خندقا في ملكه بقصد الإضرار بماشية الغير، فتضررت، كان ضامنا لتعمده الإضرار ولو لم يكن متعديا في فعله^(٧٣).

والحقيقة أنه لا يمكن التسليم بما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية، ذلك أن ما سبق يعد جوهر نظرية إساءة استعمال الحق في القانون المدني الأردني، وقد نص عليه المشرع في المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني، أي أن يقوم الإنسان بفعل مشروع أصلا بقصد الإضرار بالغير.

والفرق كبير بين التعسف والتعدي، ذلك أنه في الأول يكون الفعل مشروعاً أصلاً، لكن القصد من ممارسته إحداث الضرر بالغير، فأصبح غير مشروع بالنظر إلى القصد منه، أما في التعدي فالفعل غير مشروع ابتداءً^(٧٤).

وعرف أحد الباحثين العمد بأنه: الإرادة المتوجهة نحو الفعل ونتائجه^(٧٥)، فلا بد من توافر إرادة اولاً ثم اتجاه تلك الإرادة نحو إحداث الفعل والرغبة في نتائجه،

ومدى لزومه لقيام التضمين في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين متوالين، بحيث نبحت (ماهية الإضرار بالتعمد) في الأول منهما، بينما يتم بحث (مدى لزوم شرط التعمد لقيام التضمين) في ثانيهما.

الفرع الأول: ماهية الإضرار بالتعمد.

العمد في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء هو القصد مع العلم بالمقصود وإرادته^(٧٦)، وهو إتيان فعل بقصد الإضرار بنفس أو مال الغير ولو كان ذلك الفعل مشروعاً، أو هو الإرادة المتوجهة نحو الفعل ونتائجه^(٧٧).

وقد حاولت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تبيان المقصود بالتعمد، ومحاولة التفريق بينه وبين التعدي بقولها: (إن كلمتي التعمد والتعدي ليستا مترادفتين، إذ المراد بالتعمد تعمد الضرر لا تعمد الفعل، والمراد بالتعدي ألا يكون للفعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر، والشخص قد يتعمد الفعل ولا يقصد به الضرر ولكن يقع الضرر نتيجة غير مقصودة، فإن كان الإضرار (كالاتلاف) بالمباشرة لم يشترط التعمد ولا التعدي، وإن كان بالتسبب اشترط التعمد والتعدي، وقد صيغ هذا الحكم في الفقه الإسلامي في قاعدتين هما: المباشر ضامن ولو لم يتعمد

اجتهاد الحاكم، ليتناهى الناس عن حرمان الله، ولا يسقط ذلك عند عفو المغصوب منه^(٧٩).

الفرع الثاني: مدى لزوم شرط التعمد لقيام التضمين.

إن التعدي يشتمل التعمد، والتعمد أحد أفراد، ذلك أن التعمد يتطلب: مخالفة الحد المأذون به بالإضافة إلى قصد الإضرار بالغير، أما التعدي فلا يتطلب إلا العنصر الأول وهو مخالفة الحد المأذون به غير مقترن بقصد الإضرار.

وطالما أن التعدي يشتمل التعمد ويستغرقه، والعمد جزء من التعدي، فإنه يكتفى بالأشمل لأنه يحتوي المشمول، هذا فضلاً عن أن اشتراط التعمد يتطلب البحث في نفسية المتضرر، والنية معيارها شخصي أما الضمان، فمعياره موضوعي، ثم إن الفقه الإسلامي لا يقيم وزناً للقصد في ضمان الأموال، بعكس المسؤولية العقابية، فالقصد الجنائي ركن فيها، والفاعل هنا فوق ضمانه فهو آثم.

والتعمد لم يشترط في مجلة الأحكام العدلية إلا في المادة (٩٣) منها، ثم عادت المجلة نفسها عن هذا الحكم ولم تشترطه في المادة (٩٢٤) منها وذكرت أن التعدي هو شرط ضمان المتسبب. وكذلك لم يشترط

وبالتالي إذا لم تكن أمام إرادة، فلا يمكن تصور العمد، ومن هنا جاء الفقه الإسلامي بقاعدته المعروفة (عمد الصبي والمجنون خطأ). وكذلك (لا عمد للصبيان والمجانين)^(٧٦).

ولذا حتى يكون هناك إضرار بالتعمد، فإنه لا بد من توافر ما يلي:

١. إرادة وتمييز من الفاعل.
٢. اتجاه الإرادة إلى إحداث الفعل.
٣. اتجاه الإرادة لإحداث نتيجة الفعل.
٤. أن يكون الفاعل متعمداً.

وبناء عليه، فإن البعض قد عرّف العمد بأنه قصد النتيجة المترتبة على التعدي^(٧٧)، وبالتالي، فإنه حتى يكون هناك تعمداً، فإنه لا بد أن يسبقه التعدي، فهذا الأخير أعم من التعمد وأشمل سواء كان ذلك في الاصطلاح الفقهي أم اللغوي، فالتعمد أحد أنواع التعدي وأفراده، ولذا ذهب البعض إلى تقسيم التعدي إلى: تعد عمد، وتعد خطأ وأنه يستوي فيهما الضمان بالنسبة للأموال^(٧٨)، أما الاختلاف بينهما في تضمين الأنفس والجراحات، حيث يزيد العمد على الخطأ بوصف الإثم، حيث يقول صاحب مواهب الجليل: ويجتمع في الغصب حق الله، وحق المغصوب منه، فيجب على الغاصب لحق الله تعالى الأدب والسجن، على قدر

الصبي غير المميز والمجنون لأنهما يتمتعان بأهلية الوجوب التي يستلزمها خطاب الوضع، ومناطها الإنسانية، فتشغل ذمة عديم التمييز بالالتزام بالتعويض دون أدائه، أما الحكم التكليفي، فهو خطاب الشارع الذي يطلب من المكلف فعلاً أو كفاً أو تخيير بينهما ومن أجل هذا يجب أن يكون الموجه إليه^(٨٣) الخطاب التكليفي عاقلاً بالغاً يتفهم ما وجه إليه.

كما أن فقهاء الحنفية أنفسهم ومنهم الفقيه البغدادي، ذكروا أن التعمد ليس شرطاً في ضمان التسبب^(٨٤). وكل ما سبق من عدم تطلب التعمد كشرط للتضمين لعلّة أن التعمد لا يمكن تصوّره من عديمي التمييز، لأن هؤلاء لا إرادة لهم، وبالتالي لا يسألون هؤلاء بحسب شرط التعمد عن أفعالهم التي تلحق ضرراً بالغير.

ومن جهة أخرى، فإن شرط التعمد لا يمكن التسليم به في ظل القاعدة العامة التي أوردتها المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني التي تقضي بأن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر، وقد تأكد أيضاً مسؤولية عديم التمييز وضمانه لأفعاله التي تقع منه بالتسبب في المادة (٢٧٨) من القانون المدني الأردني التي

التعمد في كتب الفقه الإسلامي لمسؤولية التسبب عموماً إلا ما ورد في كتاب الأشباه والنظائر في باب الغصب، حيث ذكر أن التسبب لا يضمن إلا بالتعمد^(٨٥).

ولعل ذكر التعمد هنا كان بمناسبة الحديث عن الغصب، والغصب كما هو معلوم لا يكون إلا بفعل عمدي عن قصد وإرادة^(٨٦)، وقد عاد ابن نجيم نفسه في البحر الرائق ونص على أن شرط الضمان في السبب أن يكون تعدياً، وأن الشارع ربط الضمان بالإتلاف من باب ربط الأحكام بأسبابها، والأصل في الأسباب اعتبارها ما أمكن، فإذا انعقد السبب وحصل في الوجود صار مقتضياً شرعاً لمسببه دون نظر إلى اختيارات الفاعل من العلم والجهل، والعمد والخطأ والذكر والنسيان، فكان اشتراط العمد في الضمان مخالفة لفرض الشارع منه فلا يصح^(٨٧).

وإن الضمان هو من خطاب الوضع وليس من خطاب التكليف، فهو مجرد جعل لا طلب به ولا تخيير ومن ثم لا يتطلب فيه العقل ولا البلوغ، وإنما يرتب حقوقاً وواجبات فقط دون تعرض لاستعمال هذه الحقوق أو لأداء تلك الالتزامات ومن هنا لزم الضمان كلا من

حين شرحها للمادة ٢٥٧ من القانون المدني الأردني.

لكن الموسوعة الفقهية عرفت الإفضاء بقولها: (إن من معانيه الوصول في اللغة ويستخدم المعنى الاصطلاحي في ذات المعنى اللغوي)^(٨٧).

أما محكمة التمييز الأردنية، فتبين في أحد أحكامها المقصود بالإفضاء بقولها: (كما يقصد بالإفضاء إلى الضرر أن يكون الفعل مؤدياً إلى الضرر الحاصل)^(٨٨).

وفي حكم آخر لها ربطت التضمين بأن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر بقولها: (وإن كان التسبب يشترط أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر، وحيث إن عدم سيطرة المدعى عليه على السيارة أثناء قيادتها للإنعطاف الخاطئ هو الذي أدى إلى صدمها بالعمود)^(٨٩).

وباستقراء المقصود بالإفضاء في أحكام محكمة التمييز الأردنية، نجدتها تربط تحقق المسؤولية المدنية بوجود فعل ضار وأن يؤدي هذا الفعل إلى حدوث الضرر، وبالتالي فالمقصود بالإفضاء هنا، أنه متعلق برابطة السببية، والتي هي ركن من أركان المسؤولية التقصيرية، وسواء كانت هذه المسؤولية بالباشرة أو بالتسبب، وسواء كان التسبب بالتعدي أو بالتعمد، وبالتالي، فإن

تتعلق بضمان الأفعال الواقعة على المال والتي نصت على أن (إذا أتلّف صبي ممّيز أو غير ممّيز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله).

وقد تأكد ما سبق في قرار لمحكمة التمييز الأردنية، حيث ذهبت إلى أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير ممّيز، مباشراً أو متسبباً بضمان الضرر، الأمر الذي يبنى عليه أن المتسبب بالضرر مسؤول عن تعويض المضرور، سواء أكان فعله مقصوداً أم غير مقصود^(٨٥)، وقضت في حكم آخر أنه لا يشترط التعمد في حوادث التسبب في الوفاة^(٨٦).

المطلب الثاني: ماهية الإضرار بالإفضاء ومدى لزمه لقيام التضمين.

ستتولى بيان ماهية الإضرار بالإفضاء ومدى لزمه لقيام التضمين في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين متوالين، بحيث نبحت (ماهية الإضرار بالإفضاء) في الأول منهما، بينما يتم بحث (مدى لزوم الإضرار بالإفضاء لقيام التضمين) في ثانيهما.

الفرع الأول: ماهية الإضرار بالإفضاء.

لدى الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، لم نجدتها توضح المقصود بشرط إفضاء الفعل إلى الضرر

أقحم هذا الشرط في غير موضعه غير ذات مرة، حيث نجده أيضاً في المادة ٢٦٦ من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار".

حيث إن هذا النص يتحدث عن أسس تقدير التعويض للضرر المضمون أي الضرر الذي تحققت شروطه سابقاً، فلا يعقل أن يتم تقدير تعويض لضرر لم تنتصب شروطه ابتداءً، والشروط أمر متطلب سابق والتعويض أمر لاحق، فإذا تحققت الشروط وجب التعويض، ولا دخل مطلقاً للتعدي أو التعمد أو الإفضاء في تقدير التعويض، مع أن المشرع هنا أقحم الإفضاء في مجال تقدير التعويض.

الفرع الثاني: مدى لزوم شرط الإفضاء لقيام التضمين.

إن هذا الشرط «أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر» الوارد في الفقرة الثانية من المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني هو شرط لم تعرفه أحكام الفقه الإسلامي التي تعد المصدر التاريخي لهذا القانون^(٩٠)، كما أن المذكرة الإيضاحية له لم

الإفضاء ليس شرطاً ثالثاً يضاف للتعدي والتعمد، وكان الأولى عطفه على الشرطين السابقين بأداة العطف الواو بدلاً من أو.

فالفعل الضار غير مضمون ابتداءً إن لم ينتج عنه ضرر وبالنتيجة لسنا بحاجة لوضع هذا الشرط على وجه الاستقلال، لأن هذا الأمر مستفاد من القاعدة العامة في الفعل الضار.

ويمكن فهم شرط الإفضاء من وجهة نظر أخرى من خلال استقراء نص المادة ٩٢٥ من مجلة الأحكام العدلية التي لم تكتفِ لإلزام المستتبب بالضمان أن يثبت تعديه فحسب، بل لا بد من تحقق نسبة الضرر إليه.

وبمعنى آخر: عدم وجود مانع من نسبة الضرر إليه، حيث نصت المادة السابقة على أن: "لو فعل أحد فعلاً يكون سبباً لتلف شيء فحل في ذلك الشيء فعل اختياري، يعني أن شخصاً آخر أتلف ذلك الشيء مباشرة، يكون ذلك المباشر الذي هو صاحب الفعل الاختياري ضامناً، وبالتالي، فإن المقصود بالإفضاء هنا هو تحقق نسبة الضرر إلى المتسبب. وتحقق نسبة الضرر إلى المتسبب إذا لم ينتصب مانعاً يحول دون ذلك.

ومن الملاحظ أن المشرع الأردني قد

سبب آخر غيره سواء أكان هو مباشراً أم متسبباً، وأن لا يتخلل بين السبب وبين الضرر فعل فاعل مختار^(٩٣)، وقد جاءت بعض أحكام محكمة التمييز الأردنية وفق هذا المنظور ومنها ما تقول فيه: «كما يقصد بالإفضاء إلى الضرر أن يكون الفعل مؤدياً إلى الضرر الحاصل»^(٩٤).

ونحن نميل إلى المفهوم الأخير للإفضاء، ذلك أنه إذا اشترطنا الإفضاء لعلاقة السببية فمعنى هذا أن على الدائن أن يثبت هذا الشرط ليقضي حقه، مع أن علاقة السببية في هذا المجال مفترضة وفي هذا يقول د. الزحيلي: «وكذلك لا فرق في فقهننا بين نوعي المسؤولية بالنسبة للإثبات، إذ يكفي أن يقوم الدائن بإثبات وقوع الضرر وليس عليه إثبات خطأ المدين لكن للمدين التخلص من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر قد وقع لسبب أجنبي لا يد له فيه»^(٩٥).

وشرط الإفضاء بالنظر إلى المفهوم الثاني يجعل أيضاً المتسبب بمنزلة المباشر، وبالتالي إلغاء التفرقة بينهما، إذ إن كل إضرار يجعله مضموناً على فاعله سواء كان بالباشرة أم بالتسبب، والحقيقة أن هذا ما يتفق مع أساس الإضرار باعتباره سبباً للتضمنين في الشريعة، وفي هذا يقول الشيخ علي الخفيف: «فهو فعل محظور جعله

تبين المقصود بهذا الشرط، ولذا ذهب الغالب من الفقه إلى أن هذا الشرط لا لزوم له ويمكن الاستغناء عنه^(٩٦)، ذلك أنه متعلق برابطة السببية التي يفترض وجودها في كل أحوال المسؤولية، فإذا لم يكن الفعل مفضياً إلى الضرر فلا سببية ولا مسؤولية، لذلك فالإفضاء إلى الضرر مطلوب في التسبب بحالته، التعدي والتعمد، بل إن شرط الإفضاء مطلوب أيضاً في نوعي الإضرار أصلاً وهما المباشرة والتسبب، ولعل هذا الفهم لشرط الإفضاء ما جعل محكمة التمييز الأردنية تسقطه كشرط من شروط التسبب في أحد أحكامها بقولها: تشترط المادة (٢٥٧) مدني لضمان الضرر عند التسبب أن يكون هناك تعدياً أو تعمداً^(٩٧). وإن الأخذ بالفهم السابق لشرط الإفضاء يؤدي إلى إلغاء التفرقة بين المباشرة والتسبب، والاكتفاء بمفهوم الإضرار الذي تم تقديمه في هذا البحث.

ويمكن فهم شرط الإفضاء من زاوية أخرى، وهي أن كل فعل يؤدي إلى الإضرار يقيم مسؤولية فاعله وسواء كان ذلك بالباشرة أو بالتسبب، ولهذا جاءت الموسوعة الفقهية حين تعريفها للإفضاء فقالت: «إن ما يشترط لاعتبار الإفضاء في الضمان أن لا يوجد للضرر أو الإلتلاف

بالمباشرة أم بالتسبب، وأن المباشرة والتسبب ما هما إلا طريقان يوصفان كيفية حصول الإضرار، وأن المسؤولية تبنى على سبب الإضرار لا على كيفية حصوله.

النتائج:

توصلنا من خلال هذا البحث إلى مجموعة من النتائج نوجزها كالتالي:

١. حتى يقوم حكم الإضرار بالتسبب، فإنه يشترط أن يكون هناك فعلاً من شخصين مختلفين وأن يضاف الضرر إلى فعل الشخص الثاني (المتسبب) وحده، إذ لو أضيف الإضرار إلى أي منهما بشكل مستقل، لكان أي منهما مباشراً.
٢. لا يجوز إحالة حكم الإضرار بالتسبب على من لا يصح إحالة الحكم عليه، ومن يصح إحالة الحكم عليهم هم أهل التكليف وحدهم (الإنسان).
٣. إن التضمين في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي جعل من الإضرار (المحصلة والنتيجة) سبباً وعلّة، وحيثما وجدت العلة وجد الحكم، فالتضمين جزاء فعل ويعتمد عصمة المحل وسواء حصل بالمباشرة أم بالتسبب.

الشارع سبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف ولا يخرجه عن هذه السببية ألا يوصف فاعله بالاعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج عنه كفقد أهلية التكليف، لأن سببته ترتبط بذاته وبآثاره لا بقصد فاعله وإدراكه... وخلاصة القول في ذلك إن الفعل إذا كان مؤدياً إلى الضرر في ذاته استوجب ضمان ما ترتب عليه من تلف»^(٩٦).

وقد تأكد هذا المفهوم في حكم لمحكمة التمييز الأردنية بقولها: إن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز، مباشراً أو متسبباً بضمان الضرر الأمر الذي ينبني عليه أن المتسبب بالضرر مسؤول عن تعويض المضرور^(٩٧).

وبالتالي نستطيع القول إن المشرع الأردني بعد أن قيد الإضرار تسبباً بشرط التعدي أو التعمد عاد وأطلق الحكم ليقدر أن كل فعل يفضي إلى الإضرار يكون مضموناً على فاعله، وبهذا يتساوى الإضرار بالمباشرة مع الإضرار بالتسبب من حيث وجوب التضمين، وبمعنى آخر إلغاء التفرقة بينهما من ناحية الأثر والنتيجة وقيام المسؤولية، وبالتالي قيام المسؤولية على مفهوم الإضرار وحده الذي قدمنا له، وبغض النظر سواء أكان

لم يفض الفعل إلى الإضرار فلا مسؤولية ولا ضمان، وهذا مطلوب في المباشرة والتسبب، مما يؤدي إلى توحيد الأحكام وإلغاء التفرقة بينهما.

التوصيات:

١- يقترح الباحث الاكتفاء بنص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني التي أقامت التضمين على الإضرار وليس الضرر بالمطلق.

٢- يقترح الباحث إلغاء نص المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني بفقرتيها الأولى والثانية، أما من حيث:

أ- الفقرة الأولى التي تقسم الإضرار إلى مباشرة وتسبب، فلأن المسؤولية تبنى على الإضرار (المحصلة والنتيجة)، أما المباشرة والتسبب فهما ليسا إلا طريقتين لحصول الإضرار والمسؤولية تبنى على النتائج لا على الأسباب.

الفقرة الثانية التي أطلقت التضمين في المباشرة ولكنها تطلبت التعدي أو التعمد أو الإفضاء لقيام مسؤولية التسبب، وقد تم الإيضاح في نتائج هذا البحث أن شروط قيام مسؤولية التسبب الثلاثة لا محصل لها.

٤. حينما قسم المشرع الأردني الإضرار إلى مباشرة وتسبب وتطلب في التسبب، التعدي أو التعمد، أو الإفضاء، كان تقسيمه ناتجاً عن الخلط بين مفهوم الإضرار والضرر والمرادفة بين هذين اللفظين مع أن الضرر لفظ عام والإضرار لفظ خاص.

٥. إن التعدي لم يكن منضبطاً من حيث المفهوم وبالتالي، فإن دائرة التعدي لم تكن جامعة ولا مانعة، وإن شرط المجاوزة الذي يعني خروج الفعل من الدائرة المرسومة ليصل ويجاوز حق الغير، هو شرط مطلوب سواء كان ذلك بالمباشرة أم بالتسبب.

٦. العمد جزء من التعدي والتعدي يشتمل التعمد ويستغرقه، لذا يكتفي بالأشمل (التعدي) لأنه يحتوي المشمول (التعمد)، كما أن شرط التعمد لا يمكن تصوره من عديمي التمييز وبالتالي لا يسأل هؤلاء عن أفعالهم التي تلحق ضرراً بالغير، وهذا ما لا يمكن التسليم به في ظل القاعدة التي أوردتها المادة (٢٥٦) مدني أردني.

٧. إن شرط الإفضاء إلى الإضرار لا لزوم له ويمكن الاستغناء عنه، ذلك أنه إذا

الهوامش:

- هكذا: الخفيف، الضمان، ص ٧٤. كذلك: الزرقا، مصطفى، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ط ١، سنة ١٩٨٨، وسيشار إليه لاحقاً هكذا: الزرقا، الفعل الضار، ص ٧٤. كذلك: ابن النجار، تقي الدين محمد، منتهى الإيرادات في جمع مع التنقيح وزيادات، ج ١، ط ١، دار العروبة، القاهرة، ١٩٦١، ص ٥٢٢.
- (١٢) الزرقا، الفعل الضار، ص ٧٤.
- (١٣) الكاساني، الإمام علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧، ط ٢، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة ١٩٧٤، وسيشار إليه لاحقاً هكذا: الكاساني، البدائع، ص ١٦٥.
- (١٤) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١، ط ٣، مطبعة التوفيق، عمان، سنة ١٩٩٢، وسيشار إليها لاحقاً هكذا: المذكرة الايضاحية، ج ١، ص ٢٧٨.
- (١٥) المذكرة الايضاحية، ج ١، ص ٢٧٨.
- (١٦) البغدادي، أبو محمد بن محمد (١٣٠٨هـ)، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط ١، وسيشار إليه لاحقاً هكذا: البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٧٢.
- (١٧) الخفيف، الضمان، ص ٧٤.
- (١٨) تمييز حقوق رقم ٤٥٣/١٩٩٠، تاريخ ١٩٩٠/١١/٢٨، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٩١، العدد ٨، ص ٢٠٨٩.
- (١٩) الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، ط ١، ج ٢، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨، ص ١٠٤٥.
- (٢٠) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دار النهضة، القاهرة،
- (١) ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١٩٩٢، مادة سبب.
- (٢) القرطبي، أبي عبدالله الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، القاهرة، ج ١٥، ١٩٦٧، ص ٣١٤.
- (٣) الحموي، أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر، دار الكتب العلمية، ج ١، ص ١٩٦.
- (٤) القاري، أحمد، مجلة الأحكام الشرعية، دراسة وتحقيق عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم، مطبوعات تهامة، ط ١، ١٩٨١، المادة ١٣٧٧، ص ٤٣٠.
- (٥) الدمشقي، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، بلا سنة طبع، ص ٦٧.
- (٦) المرجع السابق، ص ٦٧.
- (٧) الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ط ٢، سنة ١٩٨٢، وسيشار إليه لاحقاً هكذا: الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٢٦.
- (٨) المرجع السابق، ص ٢٦.
- (٩) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج ٢٨، ص ٢٦٢.
- (١٠) الحمصاني، صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٢، ص ١٨٠.
- (١١) الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، سنة ١٩٧١، وسيشار إليه لاحقاً

- وسيشار إليه لاحقاً هكذا: أبو الليل، المسؤولية المدنية، ص ٣٤٨. انظر كذلك: الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٢٦.
- (٢١) انظر المادة (٨٨٧) من مجلة الأحكام العدلية التي عرفت المباشرة بقولها: إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر.
- (٢٢) مهنا، فخري رشيد، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، سنة ١٩٧٤، وسيشار إليه لاحقاً هكذا: مهنا، أساس المسؤولية التقصيرية، ص ٦٩.
- (٢٣) تمييز حقوق رقم ١٣٤٤/٢٠٠١، تاريخ ٢٣/٧/٢٠٠١، منشورات مركز عدالة.
- (٢٤) الخفيف، الضمان، مرجع سابق، ص ٨٣. كذلك: مهنا، أساس المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص ٣٦.
- (٢٥) الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص ٨٥. كذلك: الزعبي محمد، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد ٢، العدد ١، سنة ١٩٨٧، وسيشار إليه لاحقاً هكذا: الزعبي، مسؤولية المباشر والمتسبب، مرجع سابق، ص ١٩٠.
- (٢٦) الخفيف، الضمان، ص ٨١.
- (٢٧) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٣هـ ط ٢، ج ٤، ص ٧١. كذلك: البغدادي، غانم بن محمد، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، ص ١٤٨.
- (٢٨) المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار، دار الكتب الإسلامية، ج ٦، ص ٢٦٦. كذلك: الزركشي، بدر الدين بن محمد، البحر المحيط، دار الكتبي، ج ٧، ص ١٤٩.
- (٢٩) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١، ص ٢٧٧.
- (٣٠) عبدالباقي، عبدالفتاح، مصادر الالتزام في القانون الكويتي مع المقارنة بالفقه الإسلامي، ج ٢، ١٩٧٤، ص ١٤٠، ومن هذا الرأي أيضاً: اليعقوب، بدر جاسم، المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٧، ص ٨٩.
- (٣١) ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد، المغني شرح مختصر الخرقي، مكتبة القاهرة، ١٩٦٨م، ص ٤٣١.
- (٣٢) تمييز حقوق رقم ١٩٨٤/٦٠، تاريخ ٢١/٤/١٩٨٤، منشور على الصفحة ١٤٠٢ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٤.
- (٣٣) الخطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ج ٣، ص ٢٢٤.
- (٣٤) التسولي، أبو الحسن علي بن عبدالسلام، البهجة في شرح التحفة، دار المعرفة، بيروت، ط ٣، ١٩٧٧، ج ١، ص ٣٦.
- (٣٥) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١، ص ٢٨٣.
- (٣٦) الزعبي، مسؤولية المباشر والمتسبب، ص ١٩٠.
- (٣٧) تمييز حقوق رقم ٢١٣٠/٢٠٠٢، تاريخ ١٠/٩/٢٠٠٢، منشورات مركز عدالة.

- (٣٨) تمييز حقوق رقم ١٩٥٥/١٩٩٩، تاريخ ١٠/٢/٢٠٠٠، منشورات مركز عدالة.
- (٣٩) الزعبي، مسؤولية المباشر والمتسبب، ص ١٩١.
- (٤٠) المادة ٦١ من القانون المدني الأردني.
- (٤١) المادة ٢٦٢ من القانون المدني الأردني.
- (٤٢) المادة ٢٦٣/١ من القانون المدني الأردني.
- (٤٣) المادة ٢٦٣/٢ من القانون المدني الأردني.
- (٤٤) المادة ٢٧٧/٢ من القانون المدني الأردني، كذلك المادة ١٤٢٥ من مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية للقاري.
- (٤٥) للمزيد حول ذلك يراجع للباحث: الإضرار بالمباشرة في القانون المدني الأردني، مجلة الميزان، عمادة البحث العلمي، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، بحث مقبول للنشر، ص ٥ وما بعدها.
- (٤٦) المعجم الوجيز، إصدار مجمع اللغة العربية، مادة: عدا، ص ٤١٠. كذلك: ابن منظور، لسان العرب، مادة عدا، ج ١٩، ص ٢٥٧.
- (٤٧) ابن عربي محمد بن عبدالله الأندلسي، أحكام القرآن، دار إحياء الكتب العربية، ١٩٧٠، ج ١، ص ٥٧.
- (٤٨) الرازي، فخر الدين، مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير، دار الغد العربي، مصر، ١٩٩١، ج ٢، ص ٦٤٢.
- (٤٩) المذكرة الإيضاحية، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٨١.
- (٥٠) ابن نجيم، زين العابدين، الأشباه والنظائر، تحقيق عبدالعزيز الوكيل، مؤسسة الحلبي، القاهرة، ١٩٦٨.
- (٥١) الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص ١٩٨. كذلك: فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، ط ١، ١٩٨٣، ص ٩٢.
- (٥٢) الزرقا، الفعل الضار، مرجع سابق ص ٧٨.
- (٥٣) العثماني، محمد تقي الدين، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، دار القلم، دمشق، ١٩٩٨، ص ٢٩٥.
- (٥٤) أبو صدّ عمار، مسؤولية المباشر والمتسبب، دار الثقافة، عمان، ط ١، سنة ٢٠١١، ص ٨٢.
- (٥٥) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني (٢)، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٠٨٤.
- (٥٦) تمييز حقوق رقم ٣٤٧٥/٢٠٠٨، تاريخ ٢١/٧/٢٠٠٩، منشورات مركز عدالة. كذلك: تمييز حقوق رقم ٢٠٩٦/٢٠٠٣، تاريخ ١٠/١٢/٢٠٠٣، منشورات مركز عدالة.
- (٥٧) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، طبعة دار الغد العربي، القاهرة، ط ١، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، ج ٦، ص ٤٦٤.
- (٥٨) الشيخ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، ج ٣، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، دون سنة طبع، ص ٤٥٩.
- (٥٩) شريف، محمود سعد الدين، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج ١، مصادر

- الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥، ص ٣٨.
- (٦٠) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١، ص ٢٧٩.
- (٦١) الزعبي، مسؤولية المباشر والمتسبب، ص ١٩٤.
- (٦٢) الزحيلي، نظرية الضمان، ص ١٨.
- (٦٣) الزرقا، الفعل الضار، مرجع سابق، ص ٧٩. كذلك: اللهبي، صالح أحمد، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دار الثقافة، عمان، ط ١، سنة ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص ٥٣.
- (٦٤) سيد، صابر محمد، المباشرة، التسبب في الفعل الضار، دار الكتب القانونية، المحلة، مصر، سنة ٢٠٠٨، ص ٩٩.
- (٦٥) أبو صد، مسؤولية المباشر والمتسبب، مرجع سابق، ص ٨٥.
- (٦٦) السرحان، عدنان وخاطر، نوري - مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، ط ١، سنة ٢٠٠٩، مصادر الحقوق الشخصية، ص ٣٧٥. كذلك: أبو صد، مسؤولية المباشر والمتسبب، ص ٨٤.
- (٦٧) الخفيف، الضمان، هامش ص ٧٥، كذلك: شلتوت، محمود، الإسلام عقيدة وشرعية، ط ١٧، دار الشروق، سنة ١٩٩٧، ص ٤٢٥. كذلك: فخري رشيد، أساس المسؤولية التقصيرية، ص ٩١.
- (٦٨) السلمي، الإمام عز الدين عبد العزيز، عبدالسلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الجليل، بيروت، ط ٢، ج ٢، سنة ١٩٨٠، ص ١٥٦.
- (٦٩) أبو الليل، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ١٧٢. كذلك: يعقوب، بدر جاسم، تحديد مفهوم مباشر الضرر، بحث منشور في مجلة الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد ٢، ١٩٧٨، ص ٣٠٥.
- (٧٠) الفيومي، أحمد بن محمد المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، القاهرة، المطبعة الأميرية، ط ١، مادة عمد. كذلك: ابن قدامة، الإمام عبدالله بن أحمد، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٣، ٧/٦٣٧.
- (٧١) بدر جاسم يعقوب، مرجع سابق، ص ٢٩٥.
- (٧٢) المذكرة الإيضاحية، ج ١، ص ٢٨٢، مرجع سابق.
- (٧٣) المرجع السابق، ج ١، ص ٢٨٣.
- (٧٤) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط ٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة ١٩٩٨، ص ٦٢.
- (٧٥) يعقوب، مصدر سابق، ص ٢٩٥.
- (٧٦) اللهبي، مرجع سابق، ص ٤٦.
- (٧٧) الخفيف، الضمان، مرجع سابق، ص ٩٥.
- (٧٨) العكام، محمد فاروق، الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص ١٠٨.
- (٧٩) الخطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل للحطاب والتاج والإكليل، شرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٢٩هـ، ج ٥، ص ٢٧٥.
- (٨٠) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه

- والنظائر، تحقيق د. محمد الحافظ، دار الفكر، سورية، ص ٣٣٩.
- (٨١) أبو صد، مسؤولية المباشر والمتسبب، ص ١٠٢.
- (٨٢) ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، ج ٨، ص ٢٤٦.
- (٨٣) خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، دار القلم، القاهرة، ط ٨، دون سنة نشر، ص ١٠٣.
- (٨٤) البغدادي، أبو محمد بن محمد (١٣٠٨هـ)، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط ١، ص ١٤٦.
- (٨٥) تمييز حقوق رقم ٨٣٩/٢٠٠٢، تاريخ ١٧/٤/٢٠٠٢، منشورات مركز عدالة.
- (٨٦) تمييز حقوق رقم ٨٧٥/١٩٩٢ تاريخ ٦/١٠/١٩٩٢، منشور على الصفحة ١٩٣٣ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٣.
- (٨٧) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج ٢٨، ص ٢٢٣.
- (٨٨) تمييز حقوق ١١٢٨/٢٠٠٢، تاريخ ١٥/٥/٢٠٠٢، منشورات مركز عدالة.
- (٨٩) تمييز حقوق ٣٤٢٨/١٩٩٩، تاريخ ٣١/٥/٢٠٠٠، منشور على الصفحة ٢٩٠/٥ من المجلة، القضائية لسنة ٢٠٠٠.
- (٩٠) الزعبي، مسؤولية المباشر والمتسبب، مرجع سابق، ص ١٩٧.
- (٩١) الزرقا، الفعل الضار، ص ٧٣. كذلك: السرحان وخاطر، مصادر الحقوق الشخصية، ص ٣٨١. كذلك: أبو صد، مسؤولية المباشر
- والتسبب، ص ١٠٨. كذلك: حليلو، مصطفى عبد القادر عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، سنة ١٩٩١، ص ٢١. كذلك: الزعبي، مسؤولية المباشر، ص ١٩٨.
- (٩٢) تمييز حقوق رقم ٢٠٩٦/٢٠٠٣، تاريخ ١٠/١٢/٢٠٠٣، منشورات مركز عدالة.
- (٩٣) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج ٢٨، ص ٢٢٣.
- (٩٤) تمييز حقوق رقم ١١٢٨/٢٠٠٢، تاريخ ١٥/٥/٢٠٠٢، منشورات مركز عدالة. كذلك تمييز حقوق رقم ٢٠٠/١٩٩٩، تاريخ ٣٠/٩/١٩٩٩، منشور على الصفحة ٢٤٨٣ من مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٠.
- (٩٥) الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٨٥.
- (٩٦) الخفيف، الضمان، ص ٤٣، ٤٤.
- (٩٧) تمييز حقوق رقم ٨٣٩/٢٠٠٢، تاريخ ١٧/٤/٢٠٠٢، منشورات مركز عدالة.