

فكرة الحراسة وأساس المسؤولية الناشئة عنها (دراسة مقارنة)

د. علاء حسين علي

كلية القانون / جامعة الأنبار

الخبير اللغوي : إبراهيم خليل عجمي

مقدمة البحث :

كما يسأل الشخص عن أفعاله الشخصية فإنه يسأل عن الأضرار التي تسببها الأشياء التي تخضع لسيطرته، وقد انعكس تطور المفهوم التقني والوظيفي للشيء على حجم الضرر الذي ينشأ عنه، فالصورة الحديثة المعقدة للشيء وسعت من حجم المخاطر التي يخلقها ومن نطاق الضرر الذي يسببه فأصبحت أنماط الضرر الذي يولده الشيء في ازدياد سواء تلك الناشئة عن الآلات الصناعية أو عن حوادث السيارات، وأتسع نطاق الضرر فبدلاً من أن يلحق بشخص معين صار يلحق بأعداد كبيرة وتعرض له فئة لا حصر لعددها كفئة المستهلكين والمثل على ذلك الضرر الذي تحدثه البضائع الخطرة. وهذا ينعكس بدوره على حجم التعويض الذي يتحمله المسؤول وما ينطبق على مخاطر الآلة ينطبق على البناء والحيوان بعد تطور أعمال البناء والتوسع في تربية الحيوان.

على هذا كان لابد من تحديد الشخص المسؤول عن الشيء محدث الضرر فهل هو مالكة أم مستخدمه؟ إذ نرى المشرع العراقي تارة يستخدم مصطلح (المتصرف بالآلة)، وتارة يستخدم تعبير (مالك الحيوان والبناء) وتعبير (المقيم في المسكن) فظهرت نتيجة الاختلاف فكرة الحراسة لتزيل الغموض الذي يكتنف تحديد هوية المسؤول عن الشيء.

وبعد تحديد المسؤول عن ضرر الشيء لابد من الوقوف على الأساس الذي تقوم عليه مسؤوليته حتى يعرف من ناحية الطرق التي يتوصل بها ليتخلص من المسؤولية وحتى يتحدد من ناحية أخرى شخص من يتحمل عبء إثباتها، فالاتفاق حول أساس هذه المسؤولية بموجب هذا الاعتبار أو ذاك منفرط بل إن الفقه لاسيما الفقه الغربي أفاض وتوسع في مسألة الأساس إلى حد التهافت والإرهاق، فالمشرع العراقي مثلاً وإن أقام المسؤولية عن الأشياء بصورة عامة على الخطأ إلا أنه تردّد في ذلك بين أنواع مختلفة من هذا الخطأ على اختلاف أنواع هذه المسؤولية بل وفي إطار المسؤولية الواحدة كما في المسؤولية عن الحيوان، دون أن تفهم دواعي هذا الاختلاف والتردد.

على هذا لم نجد في ظل القانون المدني ما يقطع الشك باليقين في تحديد شخص المسؤول عن الشيء وتحديد الأساس القانوني لمسؤوليته، وفي سبيل الوقوف على حقيقة موقف المشرع العراقي سنتناول هذا الموضوع في مبحثين :

الأول : نحدد فيه المسؤول عن الشيء، متوسلين بما طرحه الفقه الغربي في هذا الصدد من خلال فكرة (الحراسة).

الثاني : نحدد فيه أساس المسؤولية عن الشيء، متوسلين بما توصل إليه الفقه الإسلامي من خلال نظرية (المباشرة والتسبب).

المبحث الأول

تأصيل فكرة الحراسة

استخدمت التشريعات المدنية في تحديد المسؤول عن الشيء تعابير مختلفة بل إن هذا الاختلاف في المصطلحات نجده في إطار القانون الواحد، فالقانون المدني الفرنسي عند تحديده للمسؤول عن أضرار الشيء استخدم مصطلح (مالك الحيوان ومالك البناء) مرة^١، وتعبير (حارس الشيء) ٢ مرة أخرى، أما القانون المدني العراقي فقد ألقى المسؤولية عن فعل الحيوان على (صاحبه) ٣، وألقى المسؤولية عن البناء مرة على (صاحب البناء) ٤ ومرة على (المقيم في المسكن) ٥، بينما جعل من كانت (تحت تصرفه) آلات ميكانيكية مسؤولاً عما تسببه من ضرر^٦. واختلاف هذه التعابير يوحي للذهن باختلاف الأشخاص المسؤولين عن الأشياء باختلاف الأشياء نفسها، في حين إن ما ينسجم مع قواعد المنطق وما اجمع عليه الفقه ٧ وما صرحت به فعلاً بعض التشريعات^٨، إن المسؤول عن الشيء هو من يتولى مهمة السيطرة والإشراف عليه وذلك لا يكون إلا لحارسه، وهذه نتيجة لا تقود إليها المصطلحات المتداولة بين القوانين لا بل المصطلحات المتداولة في داخل القانون الواحد كالقانون العراقي، صحيح أن مالك الشيء يكون هو الحارس له في معظم الحالات غير إن الحراسة لا ترتبط بالملكية فقد تنفصل إحداها عن الأخرى فتكون ملكية الشيء لشخص وحراسته لآخر، وبالتالي بإمكان مالك الشيء دفع المسؤولية عن نفسه إذا ما اثبت إن حراسة الشيء الذي يملكه وقت وقوع الحادث كانت لغيره ولم تكن له^٩.

قد أراد المشرع العراقي بتعبير (صاحب الحيوان أو البناء والمقيم في المسكن والمتصرف بالشيء) ما أراده الفقه والتشريعات الغربية بتعبير الحارس^{١٠}.

من هنا لابد من بحث فكرة الحراسة طالما توقف عليها تحديد المسؤول عن ضرر الشيء فمن هو الحارس وما هي أحكام الحراسة؟ هذا ما نتناوله في مطلبين.

^١ المادة (١٣٨٥) من القانون المدني الفرنسي الخاصة بالمسؤولية عن الحيوان والمادة (١٣٨٦) الخاصة بالمسؤولية عن البناء.

^٢ المادة (١٣٨٤) ف ١، من هذا القانون.

^٣ المادة (٢٢٢) من القانون المدني العراقي.

^٤ المادة (٢٢٩) ف ١، من هذا القانون.

^٥ المادة (٢٣٠) من هذا القانون.

^٦ المادة (٢٣١) من هذا القانون.

^٧ د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، ١٩٧٦، ص ٣٠٣-٣٠٩.

^٨ صرحت بذلك المادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي، وهو ما ينص عليه القانون المدني الجزائري، والمادة (١٣١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، وألقى المشرع المصري المسؤولية صراحةً على حارس الحيوان والبناء والآلة، المواد (١٧٨، ١٧٧، ١٧٦) من هذا القانون.

^٩ المواد (١٧٦ - ١٧٧ - ١٧٨) من القانون المدني المصري.

^{١٠} د. حسن الذنون / المصدر السابق، ص ٣٠٣ - ٣٠٩.

المطلب الأول

مفهوم الحراسة

سنبين معنى الحارس الذي يسأل عن ضرر الشيء والعناصر التي تتكون منها حراسته وذلك في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول / المقصود بالحارس المسؤول عن الشيء :

اتخذت الحراسة معنىً قانونياً فترة من الزمن ثم بدا للفقهاء والقضاء بعد ذلك ما بهذا المعنى من نقص وعجز عن تغطية جميع حالات المسؤولية عن الأشياء فاستعاضوا عنه بمعنى مادي أكثر انسجاماً مع الواقع وقواعد المنطق، وهذا ما سنبيّنه في ما يأتي :

المقصد الأول / المعنى القانوني للحارس :

يراد بالحارس وفق هذا المعنى الشخص الذي يخوله مركزه القانوني حق السيطرة على الشيء واستخدامه مستنداً في مركزه هذا إلى حق مشروع سواء كان هذا الحق حقاً عينياً كالمنتفع أو كان حقاً شخصياً كالمستأجر.^١ ومن نتائج المعنى القانوني للحراسة أنها تجعل فقط الشخص الذي يخوله مركزه القانوني حق السيطرة على الشيء واستخدامه مسؤولاً عنه والشخص الذي يستند في مركزه هذا إلى حق مشروع كالمنتفع والمستأجر وبالتالي لا تعتبر الشخص الذي لا تتوفر فيه هذين الشرطين حارساً مسؤولاً عن الشيء وهو :

١. التابع إذ لا يعد وفق هذا المفهوم حارساً لما بحوزته من أشياء لان مركزه القانوني لا يخوله حق السيطرة على الشيء واستخدامه وإنما يبقى ذلك للمالك المتبوع.

٢. السارق أو الغاصب فلا يعد حارساً لان سيطرته على الشيء لا تستند إلى حق مشروع.^٢

مبررات المعنى القانوني للحارس :

تستند فكرة الحراسة القانونية إلى حجة مستمدة من نص المادة (١٣٨٥) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على (يكون مالك الحيوان أو من يستخدمه مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه بالغير حتى لو ظل هذا الحيوان أو تسرب) فاستنتج أنصار هذه الفكرة من بقاء المسؤولية عن الحيوان على مالكه حتى بعد هروبه أو خروجه عن سيطرته المادية دليلاً على أن المشرع

^١ د. أياد ملوكي / المسؤولية عن الأشياء، مطبعة بابل، بغداد، ط١، ١٩٨٠ ص ١٢٩، أنظر أيضاً : د. حسين عامر / القوة الملزمة للعقد، ط١، القاهرة، ١٩٤٩، فقرة (٣٨٣)، ص ٣٥٤، أنظر أيضاً: ندى البدوي النجار / أحكام المسؤولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط(١) ١٩٩٧ ف(٣٠٦)، ص ٤٦٩، ٤٧٠. وصاحب فكرة الحراسة القانونية الأستاذ هنري مازو :

Mazeaud (H), Lafaute dans le grade Rev. trim dr.Civil, 1925, P 793 Mazeaud (H), Responsiblité delictuelle et Responsiblité contractuelles, rev.trim. de droit civil, 1929. P680.

² Mazeaud (H.) Lafaute dans Le grade, op.cit, P793.

لم يربط الحراسة بالحيازة أو السيطرة المادية فإذا فقد المالك هذه السيطرة نتيجة السرقة يبقى المالك مسؤولاً لا السارق وعلى هذا تقاس المسؤولية عن بقية الأشياء غير الحيوان^١.

تقويم المعنى القانوني للحارس :

لاقت فكرة الحراسة القانونية قبول المحاكم الفرنسية استمر لفترة من الزمن ولقد بلغ الترحيب والقبول بالمعنى القانوني للحارس من قبل القضاء الفرنسي ذروته عندما قضت محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٣٠ بمسؤولية مالك السيارة المسروقة التي كان سارقها قد أصاب بها احد الأشخاص بوصفه هو لا السارق من ينطبق عليه وصف الحارس المسؤول عن الشيء فهو من يملك الحراسة القانونية على الشيء^٢.

ويتبين من موقف القضاء اللبناني انه رغم من اعتباره السارق حارساً لما يسرقه في كثير من قراراته إلا انه يذهب إلى أن المعنى الذي يأخذ به للحراسة هو المعنى القانوني^٣.

ويبدو أن هذا المعنى هو ما تميل إليه محكمة التمييز العراقية إذ ذهب في احد قراراتها إلى أن مالك الآلات الميكانيكية هو المسؤول عن أضرارها وان كان لها سائق أو أن الضرر قد سببه سائق هذه الآلات أو غيره^٤.

وهذا المعنى يجافي العدالة والمنطق إذ ما ذنب مالك السيارة تسرق سيارته ويرتكب بها السارق حادثاً فيسأل عن الحادث المالك لا السارق^٥. فكان هذا المفهوم بمثابة جائزة ومكافئة للسارق على فعله، لذا اخذ وهج الحراسة القانونية يخبو وينحسر مداها لصالح فكرة أخرى بدا القضاء والفقه يستعيض بها عن المفهوم القانوني لتحديد معنى الحارس المسؤول عن إضرار الشيء^٦.

المقصد الثاني / المعنى المادي للحارس

الحارس بالمعنى المادي للحراسة هو الشخص الذي يقوم بالتسلط المادي على الشيء بغض النظر عن وجود سلطة قانونية له عليه^٦، والمقصود بالتسلط المادي هو السيطرة الفعلية للحارس على الشيء، فحارس الحيوان هو من يكون له السيطرة الفعلية عليه في توجيهه ومراقبته سواء كانت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق، شرعيه أو غير شرعية^٧.

^١ د. أياد ملوكي / المصدر السابق، ص ١٣٠.

^٢ Cass. Civ 15 Dec. 1930 , Gaz. Pal. 1931 . 1013.

^٣ ندى البدوي نجار / المصدر السابق، ص ٥٢٠.

^٤ القرار رقم (٧٣٩) - ح - ٥٩ في ٢٥/٤/١٩٥٩، أشار إليه د. أياد ملوكي / المصدر السابق ص ١٥٥ هامش (٥٢).

^٥ د. محمد لبيب شنب / المسؤولية عن الأشياء، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٧، ف(٥٧)، ص ٨٠.

^٦ د. حسين عامر / المصدر السابق ، ف ٣٨٣ ، ص ٣٥٥.

^٧ د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، المجلد (٢) نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ، بيروت ، لبنان ، ط ٣ ، ٢٠٠٠، ف(٧٠٠)، ص ١١٩٤، أنظر أيضاً

فالحراسة بهذا المعنى المادي السيطرة الفعلية للحارس على الشيء سواء كان ذلك من سلطة قانونية أم لا أو كانت سيطرته مشروعة أم غير مشروعة^١، من هنا يعد كل من التابع والسارق حارساً مسؤولاً عما بحوزته من أشياء بعد أن أخرجهما المفهوم القانوني من دائرة المسؤولية.

مبررات المفهوم المادي للحارس :

يستند هذا المفهوم على الحجج الآتية :

١. حجة أنصار هذا المفهوم تكمن في حجة أنصار المفهوم السابق وهي المادة (١٣٨٥) من القانون المدني الفرنسي، فهي بعد أن حملت مالك الحيوان مسؤولية ما يلحقه حيوانه من ضرر بالغير أردفت كلمات نصها بعبارة (أو ذلك الشخص الذي يستخدمه) ومستخدم الحيوان قد لا يكون مالكة وإنما شخص آخر ليس له حق قانوني على الحيوان كالغاصب أو السارق^٢.

٢. إن ما يتفق مع روح العدالة هو أن يكون الشخص المسؤول عن الشيء هو من يتولى السيطرة المادية الفعلية عليه حتى لو لم يخوله مركزه القانوني ذلك أو كانت سلطته غير مشروعة، فليس من العدالة أن نعتبر مالك المال المسروق مسؤولاً عن الضرر الذي يسببه المال وهو بيد السارق أو الغاصب^٣.

تقويم المفهوم المادي للحارس

المفهوم المادي للحراسة أكثر انسجاماً مع قواعد المنطق وروح العدالة من المفهوم القانوني وهو ما حدا بالقضاء الفرنسي إلى تغيير مساره برفض فكرة الحراسة القانونية واعتماد المفهوم المادي للحراسة، وقد شكلت قضية الدكتور (فرانك) نقطة تحول المسار وتتلخص وقائع القضية بأن ابن فرانك ترك سيارة أبيه في أحد الشوارع العامة فقام لص بسرقتها ليدهس بها ساعي بريد ليقتله، أقامت أرملة المدهوس الدعوى على فرانك تطالبه بالتعويض غير إن محكمة الاستئناف رفضت دعواها على أساس إن فرانك بعد سرقة السيارة لم يعد حارساً لها وإنما الحارس هو اللص الذي كانت له السيطرة الفعلية على السيارة، طعننت هذه الأرملة بالحكم لدى محكمة النقض التي نقضت بدائلتها المدنية حكم الاستئناف لتحيل القضية إلى محكمة استئناف أخرى بحجة إن السرقة لا تزيل صفة الحراسة عن المالك وقد قضت هذه المحكمة بما قضت به محكمة الاستئناف الأولى غير إن أرملة المدهوس لم ترض بالحكم فطعننت به مرة أخرى أمام محكمة النقض التي أصدرت بتهيتها العامة حكمها النهائي القاضي بالاعتماد على المفهوم المادي للحراسة ذلك إن السرقة تخرج الشيء من حراسة مالكة وتزيل

^١ ندى البدوي النجار / المصدر السابق ، ف (٢٩٨)، ص ٤٦٢.

^٢ د. محمد لبيب شنب / المصدر السابق ، ف (٥٧) ، ص ٧٩.

^٣ قرار محكمة الاستئناف جبل لبنان (الغرفة المدنية الثانية) المرقم (٤٥٦) في ١٩٧٠/٦/٢٤، نقلاً عن ندى البدوي النجار / المصدر السابق ، ف (٣١١)، ص ٤٧٤ - ٤٧٥.

عنه السلطة الفعلية وسلطة المراقبة والإشراف وبالتالي لم يعد مالك السيارة حارساً مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عن سيارته طبقاً للمادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي^١.

وهذا المفهوم هو ما يجب اعتماده في ظل القانون المدني العراقي فالفقه الإسلامي الذي يعد المصدر الأساس لهذا القانون اعتمد معنى قريباً من المعنى المادي للحراسة فهو يستخدم تعبير (واضع اليد) إذ يجعل المسؤول عن الحيوان واطع اليد عليه سواء كان مالكا أم مستأجراً أم مستعيراً، سائقاً أم راكباً أم قائداً، من هنا نجد المادة (٢٢٣) من القانون المدني العراقي تلقي المسؤولية علي راكب الدابة أو السائق أو القائد، أي واطع اليد على الدابة وتعبير آخر من يملك السلطة الفعلية عليها لان هذه السلطة حتما ستكون بيد الراكب أو السائق.

الفرع الثاني : عناصر الحراسة :

سبقت الإشارة إلى أن المعنى الواجب اعتماده للحارس هو المعنى المادي الذي يعرف الحارس بالشخص الذي يتولى السيطرة الفعلية على الشيء بغض النظر عن طبيعة مركزه القانوني، ومن هذا المفهوم نستخلص إن للحراسة عنصراً مادياً متمثلاً بالأعمال المادية التي تجسد السيطرة الفعلية على الشيء، وهناك من يضيف إلى هذا العنصر المادي عنصراً معنوياً يتمثل بوجود القصد لدى الحارس في تحقيق مصلحة من السيطرة على الشيء، وهذا ما سنبينه في ما يلي :

المقصد الأول / العنصر المادي :

لا شك إن السيطرة الفعلية على الشيء تستلزم مباشرة بعض الأعمال المادية وبدونها تزول السيطرة الفعلية ومن ثم تختفي الحراسة، وهذا أمر متفق عليه، وهذه الأعمال تتجسد باستعمال الشيء وإدارته والإشراف عليه ومراقبته^٢.
أولاً / استعمال الشيء :

لا يشترط الاستعمال الفعلي للشيء بل تكفي القدرة على استخدامه وفق الغرض الذي اعد له حسب تكوينه أو وفق ما يريده المستعمل سواء قصد من الاستعمال تحقيق مصلحة مادية كمن يقود سيارة الأجرة ليحصل على الأجر أم قصد التسلية والمجاملة كمن يحمل صاحبه بسيارته للنزهة أو من ينقل بالمجان^٣.

^١ Cass-com, 2 Dec. 1941, serri, 1941: I : 2170

وللمزيد من الإطلاع على هذه القضية أنظر : د. أياد ملوكي / المصدر السابق، ص ١٣٣، هامش (٢٤)، د. حسن الخطيب / نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي، مطبعة الحداد، البصرة، ١٩٦٨، ص ١٧٢ وما بعدها.

^٢ د. أياد ملوكي / المصدر السابق، ص ١٣٧ وما بعدها، د. السنهوري / المصدر السابق، ص ١١٩٥.

^٣ قرار محكمة التمييز المدنية اللبنانية رقم (١٢) في ١٩٦٩/٣/٤، ندى البدوي النجار / المصدر السابق، / ف (٣٢٥) ص ٤٩٧ - ٤٩٨،

ثانياً / إدارة الشيء والإشراف عليه :

وهي سلطة التحكم بالشيء وتوجيهه ، وسلطة إصدار الأوامر بشأن استعماله إذا كان الشيء بيد شخص غير المالك ، فمستأجر السيارة لا مالكها هو الحارس المسؤول عن الإضرار الناشئة عن استعمالها طالما هو من يتولى إدارتها والإشراف عليها^١ ، بيد إن الأمر تعتريه الصعوبة في بعض الحالات فليس السائق هو من يتولى توجيه السيارة في كل الحالات إذا تجنبنا الناحية المادية الصرفة لمفهوم التوجيه واعتمدنا مفهوما ذهنيا عقليا له فمثل السائق المأجور الذي يقل رب عمله لا يملك سلطة توجيه السيارة وإنما تكون هذه السلطة لرب عمله وبالتالي يعد الأخير حارسا لا الأول ، والأمر بعد ذا يخضع في تقديرنا لسلطة قاضي الموضوع فهو الذي يحدد الشخص الذي يخضع الشيء لتوجيهه.

ثالثاً : الرقابة : يراد بالرقابة ملاحظة الشيء ومنع أذاه إذا أوشك أن يوقعه ، وهذه السلطة حتما ستكون لسائق السيارة مثلاً^٢ ، وللراكب على الحصان وللذي يقود الثور أو الكلب.

المقصد الثاني : العنصر المعنوي

ذهب القضاء الفرنسي قبل أن يعدل عن موقفه إلى ضرورة أن يكون الحارس قد مارس السيطرة الفعلية على الشيء بقصد تحقيق مصلحة له وبما أن هذا القصد لا يكون عند فاقد التمييز لذا لم يعتبر هذا القضاء فاقد التمييز حارسا للشيء الذي أزهق به روح إنسان ، وبهذا يضيف القضاء الفرنسي للحراسة عنصراً معنوياً مفاده توافر القصد لدى من يتولى السيطرة على الشيء لتحقيق مصلحة معينة له . لكن ما لبث القضاء الفرنسي إن عدل عن موقفه ليستغني عن هذا العنصر وليعتبر عديم التمييز حارساً لما بحوزته من أشياء في قضية شخص مصاب بصرع يفقده التمييز ، أثناء قيادته سيارة جاءته نوبة صرع أفقدته السيطرة على السيارة ليصيب أحد المارة بأذى^٣ ، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن إقدام قاصرين على رمي أعقاب سجاير مشتعلة حولهم تجعلهم حارسين لهذه الأعقاب ومسؤولين عن الضرر الناتج عنها^٤ . وفي ظل القانون العراقي لا محل للحديث عن هذا العنصر المعنوي بعد أن جعل عديم التمييز مسؤولاً عما يحدثه من ضرر بالغير مقيماً الخطأ على عنصر التعدي مستغنياً عن العنصر المعنوي المتمثل بالإدراك والإرادة وهذا ما ذهب إليه الفقه الإسلامي^٥.

^١ د. محمد ليبب شنب / المصدر السابق ف(٦٦) ، ص ٨٨ .

^٢ ندى البدوي النجار / المصدر السابق ، ف(٣٠٧) ص ٤٧٠ ، ف(٣١١) ، ص ٤٧٤ .

^٣ راجع في هذه القضية د. حسن الذنون / محاضرات غير منشورة أقيمت على طلبة الدراسات العليا - الماجستير ، في كلية الحقوق / جامعة النهرين ، ٢٠٠١-٢٠٠٢ .

^٤ Civ.2eme, 14,juin, 1984 Gaz.pal.1984, 2 .

^٥ المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي.

استنتاج :

١. إن الحراسة لا تقوم إلا على عنصر مادي يتمثل بأعمال السيطرة الفعلية من استعمال وتوجيه ورقابة ومن يستعمل الشيء سيملك سلطة توجيهه ومراقبته وقاضي الموضوع هو من يفصل في تحديد من يملك هذه السلطة.
٢. تلتقي الحراسة إلى حد ما مع الحيابة فالحيابة أيضاً هي وضع مادي يسيطر به الشخص بنفسه أو بالواسطة على شيء مع ملاحظة إن الغرض من الحيابة كسب الملكية^١. فيتجلى لنا انه في الحيابة العرضية التي يسقط منها عنصرها المعنوي المتمثل بكسب الملكية، يشبه الحائز الحارس إلى حد بعيد إذ يبقى للحيابة ركنها المادي المتمثل بالأعمال المادية من استعمال الشيء وتوجيهه ومراقبته^٢. فيكون الحائز هو الحارس نفسه ما عدا إن الحيابة لا تستلزم من الحائز القيام بهذه الأعمال بالذات وإنما قد يقوم بها شخص بالواسطة وهنا تنفصل الحراسة عن الحيابة ويكون الشخص الواسطة هو الحارس لا الحائز، وإذا كان لا بد للحيابة كي تؤدي وظيفتها في كسب الملكية أن تتضمن العنصر المعنوي وهو قصد التملك الذي لا يتوافر لدى عديمي التمييز فانه قيل كي لا يحرم هؤلاء من كسب الحقوق بالحيابة إن من الممكن توافره لدى من ينوب عن عديمي التمييز^٣. وما نريد قوله انه في الحراسة الأمر يختلف فلا محل للكلام عن القصد في تحقيق المصلحة لان وظيفة الحراسة غير وظيفة الحيابة فالأخيرة تبغي كسب الملكية أما الحراسة فالمراد منها تحديد المسؤول عن الشيء سواء كان يملك التمييز أم لا ولا أهمية للقصد أو الإدراك في هذا المحل، فضلاً عن عدم منطقية تطبيق الافتراض الموجود في حيابة عديم التمييز على الحارس غير المميز^٤، فهل من المنطقي القول بان ولي شخص غير مميز قام بسرقة سيارة هو من يبغي تحقيق المصلحة لمن هو تحت رعايته، على هذا إذا كانت الحيابة تقوم على المفهوم الشخصي الذاتي فان الحراسة تستند إلى المفهوم المادي الصرف.

^١ المادة (١١٤٥ ق ١) من القانون المدني العراقي.

^٢ د. حسن كيرة/الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٥، ص ٤٤٨، محمد طه البشير، د. غني حسون طه/ الحقوق العينية، ج ١، بغداد، ١٩٨٢ ص ٢٠٦.

^٣ المادة (٩٥٠) من القانون المدني المصري، محمد طه البشير، د. غني حسون طه/ المصدر السابق، ص ٢٠٥، د. حسن كيرة / المصدر السابق، ص ٤٤٦.

^٤ إذ ذهب الدكتور السنهوري إلى أن الحارس لا يمكن أن يكون عديم التمييز فتنتقل الحراسة إلى من ينوب عنه، السنهوري / الوسيط، المصدر السابق، ف(٧٢١)، ص ١٢١٩.

المطلب الثاني :**أحكام الحراسة**

بعد صياغة مفهوم الحراسة بتحديد معناها وعناصرها كان لزاماً التعرض لأحكامها فهل يمكن أن يتعدد حراس الشيء الواحد؟ وهل يمكن تجزئة الحراسة حسب نوع الضرر الصادر من الشيء؟ وكيف تثبت الحراسة؟ سنحاول الإجابة عن ذلك في ما يأتي :

الفرع الأول : الاشتراك في الحراسة وتجزئتها :

نتناول الاشتراك في الحراسة في مقصد أول وفي مقصد ثاني نتعرض لفكرة تجزئة الحراسة :

المقصد الأول : الحراسة المشتركة :

من البديهي انه إذا كانت السيطرة الفعلية على الشيء الواحد مقتضى فكرة الحراسة تعود لا لشخص واحد بل لعدة أشخاص فان جميع هؤلاء الأشخاص يعدون حراساً للشيء فيسألون على سبيل التضامن أمام المتضرر من هذا الشيء، كأن يتعدد السراق أو المستأجرين للشيء الواحد ولعل ابرز مثل على الاشتراك في الحراسة هو تعدد الملاك، فالكي البناء بالشيوع مثلاً مسؤولين تجاه المتضرر بالتضامن إذ ذهب القضاء اللبناني إلى إن انهيار قسماً من شرفة العقار بسبب قدمه على ولد قاصر يجعل جميع مالكي البناء المشتاعين وليس فقط المدعى عليها المستأنفة مسئولين بالتضامن عن كامل الأضرار التي لحقت بالقاصر^١، وذهب القضاء الفرنسي إلى إن الضرر الذي يصيب الغير من مصعد عمارة مملوكة لأكثر من شخص يجعل جميع الملاك مسئولين أمام هذا الشخص^٢، لكن تجب الملاحظة بخصوص الملكية الشائعة أن الحراسة لا تكون مشتركة بين الملاك المشتاعين إلا إذا كان الضرر قد وقع من جزء شائع مخصص لاستعمال جميع الملاك فالاشتراك في الحراسة لا يقوم على أساس الاشتراك في الملكية وإنما على أساس الاشتراك في السيطرة الفعلية على الشيء ويكون ذلك من خلال استعماله وإدارته ورقابته وعلى هذا الأساس قرر القضاء الفرنسي بان لاعبي التنس حارسين مشتركين لكرة التنس مسؤولين بالتضامن عن الضرر الذي تسببه هذه الكرة لأحد المتفرجين ذلك أن كلا اللاعبين يملكان السيطرة الفعلية على الكرة^٣. بينما ذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن لاعبي كرة السلة لا يشتركون في الحراسة إذ لا يملكون السيطرة الفعلية معاً على الكرة وبالتالي لا يعد حارساً مسؤولاً عن الضرر إلا من كانت الكرة في يده وتحت سيطرته وقت الحادث^٤.

^١ استئناف مدنية ١٩٦٣/٢/٤ ن.ق ٩٧٣/٦٣، أشارت إليه ندى البدوي النجار / المصدر السابق، ف (٣٤٩) ص ٥١٢.

^٢ أشار إليه د. حسن الذنون / محاضرات غير منشورة ، مصدر سابق.

^٣ نقلاً عن د. أياد ملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ - ١٤٩.

^٤ نقلاً عن د. حسن ذنون / محاضرات غير منشورة ، مصدر سابق.

ولا يشترط للاشتراك في الحراسة أن تكون هناك رابطة تعاقدية بين الحراس بل يكفي أن تجمع الحراس رابطة واقع مادي أو رابطة صدفة فيشترك في الحراسة مطلقاً النار الذين ساهما بوقوع الضرر^١. وملاك الحيوانات التي وقع الضرر من فعلها المشترك^٢.

المقصد الثاني : تجزئة الحراسة :

تستند فكرة تجزئة الحراسة بصورة عامة إلى قواعد العدالة إذ تفترض أن الضرر الذي يسببه الشيء الواقع تحت مسؤولية الحارس وأثناء استعماله كان نتيجة عيب خفي يجهله الحارس المستعمل فالعدالة هنا تقتضي عدم تحميل المسؤولية للحارس وتحميلها من يتحمل تبعه عيوب الشيء وذلك من خلال تجزئة الحراسة إلى حراسة استعمال (grade du comportement) وحراسة بنية أو تكوين أو صنع (grade de la structure) وعلى هذا الأساس يسأل من يتحمل العيب الخفي المالك أو الصانع عن أضرار الشيء التي سببها هذا العيب ولا يسأل المستعمل الذي يجهل وجود هذا العيب، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في ١٢/٩/١٩٥٤ في قضية قام فيها صاحب الكراج بنفخ دولاب دون فكه وبسبب عيب في صنع الدولاب انفجر فأصاب صاحب الكراج بضرر فاعتبرت هذه المحكمة مالك السيارة حارساً للدولاب لا صاحب الكراج لأن الضرر حصل حسب الصنع لا الاستعمال وحراسة صاحب الكراج تتحدد في الاستعمال دون ما يتعلق بماهية الشيء وعيوبه الخفية^٣.

وقد ذهب القضاء اللبناني أيضاً إلى تقسيم الحراسة إلى حراسة صنع واستعمال فإذا ما انفجرت زجاجة مرطبات بيد عامل في محل المرطبات وهو يعيدها للبراد وأصابته بضرر فأن صاحب المحل هو الحارس المسؤول عن ذلك ما لم يتردد سبب الضرر إلى غش في المشروب أو عيب خفي في صنعه فيكون الصانع هو الحارس المسؤول^٤.

وفي ظل القانون العراقي لا مناص من الأخذ بفكرتي الاشتراك في الحراسة وتجزئتها لما تحققانه من عدالة من جهة ونزولاً عند موقف القضاء الحديث في فرنسا وغيرها من جهة أخرى.

الفرع الثاني : انتقال الحراسة وإثباتها :

ترتبط المسؤولية بالحراسة وإذا ما انتقلت الحراسة انتقلت المسؤولية معها، ولما كانت الحراسة هي السلطة الفعلية على الشيء متمثلة بسلطة الاستعمال والإدارة والإشراف على الشيء ومراقبته، فإن الحراسة تنتقل بانتقال السلطة الفعلية على

¹ Cass.civ2eme, 15 Dec. 1980 .D. 1981, 455.

² Civ.2eme. 14Dec. 1983. Bull. Civ. II.N.197.

³ Civ. 5-1-1956 .j.c.p. 1956 – 2 -9005, civ. 10 -6 – 1960 . j.c.p. 1960 -11-11 284 .

^٤ القاضي المدني المنفرد (بيروت رقم الحكم ٣٦٨٨ في ٢٦/١٠/١٩٦٠) استئناف بيروت المدنية الأولى قرار ٨/٩ في ١٧/٥/١٩٦٥، أنظر ندى البدوي النجار / المصدر السابق، ف (٣١٧ – ٣١٨) ص ٤٨٠.

⁵ Civ. 2 eme sect.civ. 5 marc 1953 .D.1953.

الشيء إذا ما أقام الحارس الدليل على فقدانه هذه السلطة^١، وإذا ما تحرينا الأحوال التي تنتقل فيها الحراسة فإنه يمكن أن نجعلها في ما يأتي :

١. تنتقل الحراسة بالعقد إذا ما صاحبه التسليم لأن التسليم الفعلي هو من ينقل السيطرة الفعلية إلى الحارس فتنتقل حراسة المبيع إلى المشتري بالتسليم وبه تنتقل الحراسة للمنتفع والمرتهن رهن حيازة والمستأجر^٢، لكن يشترط أن يصاحب التسليم تخلي الملك على سلطة الاستعمال والإشراف والإدارة والرقابة فانتهال الشيء كالحياوان من يد مالكة ليد التابع سائق أو سائس أو خادم أو راعي لا ينقل له الحراسة إذا ما استبقى المالك سيطرته الفعلية على الشيء بتوجيهه والإشراف عليه^٣، وتنتقل الحراسة للمستعير وميكانيكي التصليح ولصاحب الكراج إذا ما تمت لهم السيطرة الفعلية على الشيء^٤، لكن لا تنتقل الحراسة لمقاول البناء إذا ما احتفظ مالك البناء رغم وجود عقد المقاولة بحق استعمال البناء وإدارته ومراقبته^٥.

٢. تنتقل الحراسة بالحيازة فمن يحوز الشيء هو حارسه طالما إن الحيازة هي السيطرة الفعلية على الشيء^٦، وسواء استندت الحيازة لسبب صحيح أم لا وسواء كان الحائز حسن النية أم لا وسواء قصد كسب الملكية أو أي حق آخر على الشيء أم لا.

٣. الاستيلاء غير المشروع على الشيء بالغصب أو السرقة فسارق السيارة كما مر بنا هو من يمتلك السلطات الفعلية على ما يسرقه فيكون بالتالي حارساً عليها^٧. إما بالنسبة لإثبات الحراسة فطالما إن الأخيرة تقوم على أساس السلطة الفعلية على الشيء فإنه يجوز إثبات هذه السلطة بجميع طرق الإثبات بما في ذلك الشهادة والقرائن القضائية، ومن هذه القرائن افتراض استمرار الحراسة فيمن كانت له هذه الحراسة إلى ما بعد وقوع الضرر من الشيء فلا يكلف المضرور بإثبات الحراسة وقت الحادث وإنما يكلف في إثباتها في وقت سابق وإذا ادعى من يفترض أنه الحارس انتقال الحراسة عليه إثبات ذلك، كما اعتبر القضاء إن المالك حارس وعليه إثبات انتقال

¹ Mazedud, Traite theorique et partigue dela respansabilite civile, Tome 11,1970. N.1170 ets. p. 238 ets.

^٢ د. عبد الرزاق السنهوري / المصدر السابق، ف (٧١٣) ص ١٢١٢

^٣ المصدر نفسه، ف(٧٠٠) ص ١١٩٧.

^٤ محكمة التمييز اللبنانية (مدنية ثانية) قرار (٣٠) في ١٩٦٤/٤/٣، استئناف بيروت المدنية الخامسة قرار (١٢٨٣) في ١٩٦٣/٨/٢٨ أنظر ندى البدوي النجار، مصدر سابق ف(٣٤١-٣٤٠) ص ٤٩٩ - ٥٠٠.

^٥ قرار محكمة التمييز اللبنانية (مدنية أولى) المرقم (٥٤) في ١٩٥٨/١٠/١٠، ندى البدوي النجار / المصدر السابق، ف(٣٦٤) ص ٥٢٩.

^٦ المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي.

⁷ أنظر د. أياد ملوكي / المصدر السابق، ص ١٦٠ - ١٦١ Civ. 17-4-1947. D. 1947, 362

الحراسة (السلطة الفعلية) للغير على اعتبار إن ذلك يتفق مع الوضع الظاهر ومن يدعي خلاف الظاهر عليه الإثبات^١.

المبحث الثاني

أساس مسؤولية حارس الشيء

بعد أن حددت فكرة الحراسة من يسأل عن الأضرار التي يسببها الشيء كان لا بد من الوقوف على أساس مسؤولية الحارس فعلى تحديد الأساس يتوقف تحديد الطريقة التي يخلص بها الحارس من المسؤولية، وعند استعراضنا لآراء التي بحثت أساس مسؤولية حارس الأشياء لمسنا اضطراباً بالأفكار وعدم استقرار مرده الجدل الذي نشأ حول أساس المسؤولية، وبغية التوصل إلى الأساس الأنسب لمسؤولية الحارس في ظل القانون العراقي فأننا سنبحث أولاً الجدل الذي دار في الفقه القانوني حول أساس المسؤولية، ثم نبحث ثانياً موقف الفقه الإسلامي وثالثاً موقف القوانين الوضعية من موضوع الأساس، حتى نتمكن بعد الموازنة من استنتاج الأساس الأنسب لمسؤولية الحارس، وذلك في المطالب الثلاث الآتية :

المطلب الأول

جدل الفقه القانوني حول أساس المسؤولية

تردد الفقه الغربي بين نظريات متعددة وهو يحاول إيجاد أساس لمسؤولية حارس الأشياء منها ذو نزعة شخصية تقييم المسؤولية على الخطأ ومنها ذو نزعة موضوعية تقييم المسؤولية عن الأشياء على أساس الضرر وهو ما يعرف بنظرية (تحمل التبعة)، ومن ثم ظهرت نظرية أخرى تدعى الوسطية والاعتدال عرفت بنظرية الضمان، وسنعرض لهذه الأفكار بصورة موجزة للوقوف على أساس مسؤولية الحارس عند الفقه سيما الفقه الغربي صاحب هذه النظريات :

الفرع الأول

النظرية الشخصية (نظرية الخطأ)

تستلزم النظرية الشخصية للمسؤولية بكافة صورها ومنها المسؤولية عن الأشياء أن يرتكب الشخص (المسؤول عن الشيء) خطأ لكي يكون مسؤولاً عما ينجم من ضرر جراء خطأه، فإذا كان الإنسان في المجتمع البدائي يسأل لاعتبارات مختلفة دون خطأ فإن العدالة طورت هذه المسؤولية على النحو الذي تم فيه التمييز بين الفعل الخطأ وبين الفعل الذي لا يوصف بالخطأ فالعدالة تقتضي عدم مساءلة شخص دون أن يرتكب خطأ^٢.

ومن هذا التصور انطلق أصحاب النزعة الشخصية لإقامة المسؤولية عن الشيء على أساس الخطأ فكما يسأل الشخص عن خطأه الشخصي فإن حدوث الضرر من الشيء الذي يحرسه يعني أنه قد أخطأ ولم يتخذ التدابير الكفيلة لمنع الشيء من الإضرار

^١ د. أياد ملوكي / المصدر السابق - ص ١٦٣ - ١٦٤، د. محمد لبيب شنب / المصدر السابق ف (١١٨)، ص ١٣٧.

^٢ Starek(B)essdi dune theorie generale dela responsabilie civile cosidereee en sadouble fonnction de garantiede prive, paris. 1947 P.30.

بالغير، غير أن ذوي النزعة الشخصية اصطدموا بمشكلة تحديد طبيعة هذا الخطأ فعبء الإثبات يتحدد بناءً على هذا الطبيعة فانقسموا إلى فريقين :-

١. الفريق القائل (بالخطأ المفترض) : بغية التخفيف عن المضرور أعفاه أنصار فكرة (الخطأ) من أثبات خطأ حارس الشيء نظراً لصعوبة الإثبات سيما بعد تعدد حوادث الأشياء بتطورها فافتراضوا هذا الخطأ وما على المضرور سوى إثبات الضرر ورابطة السببية بينه وبين الشيء^١.

وبداية الأمر كان هذا الافتراض بسيطاً بأن كان يسمح لحارس الشيء دحض هذا الافتراض ونفي صدور الخطأ منه ثم لاحقاً تطورت نظرة الفقه وسانده القضاء لجعل هذا الافتراض قاطعاً لا يقبل إثبات العكس وعلى الحارس إذا فكر بالتخلص من المسؤولية إثبات السبب الأجنبي كقوة قاهرة أو خطأ الغير أو المضرور^٢.

٢. الفريق القائل بالخطأ الثابت (خطأ بالحراسة) : قيل إن افتراض الخطأ هو تصور أقرب للوهم منه إلى الحقيقة فهو تركيب لفظي وهمي الحق بالحارس اصطناعياً ينقصه المدلول القانوني فحارس الشيء ملتزم إلتزاماً قانونياً محدداً مؤاده منع الشيء الذي يحرسه من الإفلات من رقابته المادية والإضرار بالغير، وهو التزام بنتيجة فإذا ما أفلت الشيء وأضر بالغير أعتبر الحارس مخلاً بالتزامه بالحراسة غير أن على المضرور أن يثبت هذا الخطأ في الحراسة وأن الشيء أفلت من قبضة حارسه^٣. هذا وإن خروج الشيء من رقابة حارسه المادية لا يعني زوال مسؤوليته لزوال حراسته إذا تبقى له السيطرة على الشيء من الناحية المعنوية^٤.

جوبهت فكرة الخطأ عموماً في إطار المسؤولية عن الشيء بوجه خاص بسيل من الانتقادات وأخذ الصدع يدب في هيكل النزعة الشخصية التي بذرت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية وعلى الوجه التالي :-

أولاً : بالنسبة لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية بصورة عامة فإن مسؤولية الصبي غير المميز أدخلتها في أزمة إذا أن من أركان الخطأ هو الإدراك الذي يمثل الركن المعنوي فيه فإذا انعدم الإدراك انعدم الخطأ ومع ذلك يسأل المجنون وغيره من عديمي التمييز رغم عدم إدراكهم^٥. أي رغم عدم وجود الخطأ، وهذا ما لا تفسره النزعة الشخصية للمسؤولية. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أن المسؤولية مرت بتطورات عدة أدت إلى ظهور مصطلحات تعجز النزعة الشخصية عن تفسيرها منها وجود

^١ د. عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ف(٧٣٥)، ص ١٢٤٠ - ١٢٤١، د.، أياد ملوكي / المصدر السابق، ص ١٦٩-١٧٠، جابر صابر طه / إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مطابع جامعة الموصل، ١٩٨٤، ص ٣٨٦ وما بعدها.

^٢ د. حسن الخطيب/ المصدر السابق، ص ١٢٣ وما بعدها، جابر صابر طه / المصدر السابق، ص ٣٨٧-٣٨٨.

^٣ Mazeaud(H), Lafaute dans le garde, op. cit. P 805.

^٤ Op.cit, P. 826 ets.

^٥ المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي.

(خطأ دون مسؤولية) ويضرب خطأ القاضي مثل ذلك فهو قد يخطأ في حكم أصدره لكن لا يسأل عن خطأه^١، أو ظهور مسؤولية دون خطأ كالمسؤولية عن الضرر الذي تسببه الأشياء الخطرة^٢.

ثانياً : في إطار المسؤولية عن الأشياء فإن التردد حول بيان طبيعة الخطأ الذي تؤسس عليه المسؤولية أربك أنصار النظرية الشخصية فقد قيل أنه إذا كان أساس مسؤولية حارس الشيء هو فعلاً الخطأ فلماذا لا يعفى من المسؤولية إذا ثبت انتفاء الخطأ وما المسؤولية المبنية على خطأ مفترض فرضاً قاطعاً إلا مسؤولية دون خطأ والقريئة غير قابلة للدفع مجرد حيلة^٣، كما قيل ن اللجوء إلى فكرة الخطأ الثابت يجعل من التزام الحارس بنتيجة لا بعناية وهو ما لا يقره أي قانون، وهي أيضاً تخلط بين الخطأ والضرر لتنتهي إلى تأسيس المسؤولية على ركني الضرر والعلاقة السببية فضلاً عن أنها تخطيء الحارس بمجرد إفلات الشيء من سيطرته المادية وهو ما لا تقره العدالة فثمة حالات يستحيل فيها على الحارس منع هذا الإفلات وإحداث الضرر بالغير^٤.

إن الانتقادات السابقة لا سيما في إطار المسؤولية عن الأشياء إن دلت على شيء إنما تدل على مدى الاضطراب الدائر في إطار النظرية الشخصية والذي يهدد بتفتيت لبناتها وما يغذي هذا الاضطراب تطور الواقع على نحو لم يعد الإطار التقليدي للمسؤولية قادراً على احتواءه وهو ما سمح لأفكار أخرى بالظهور لتفتش عن أساس للمسؤولية خارج هذه النزعة وخارج سلوك المسؤول.

الفرع الثاني : النزعة الموضوعية (نظرية الضرر أو تحمل التبعة) :

ما قيل بصدد الخطأ سمح لذوي النزعة الموضوعية في المسؤولية من طرح أساس جديد للمسؤولية عن الأشياء مؤداه إقامة هذا المسؤولية على الضرر دون الخطأ وهو ما عرف بتحمل تبعه الضرر أو المخاطر فما دام الإنسان يستفيد من نشاطه الاقتصادي فعليه تبعه ما يحدث لغيره من أضرار دون البحث في وقوع الخطأ من جانبه وحتى لو لم يقع خطأ أصلاً وفقاً لما يعرف بقاعدة (الغرم بالغنم) فالعدالة تقتضي عدم التضحية بالمصاب بحجة عدم وجود الخطأ، لا سيما كما يقول أصحاب هذه الفكرة بعد أن تفاقمت آثار الحوادث وعلى وجه الخصوص حوادث العمل فمما يجافي العدالة ترك العامل وعائلته بدون تعويض بحجة صدور إهمال من العامل أحدث الضرر فليس للعامل قابلية على تحمل الضرر في حين يمكن لأصحاب المصانع دفع التعويض^٥، ويضيف أنصار هذه النزعة أن وظيفة المسؤولية المدنية التعويض لا العقاب وإذا كان العقاب في المسؤولية

^١ د. صبري حمد خاطر / تطور فكرة المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، العدد (١)، ٢٠٠١، ص ٧٢.

^٢ المصدر نفسه، ص ٧٢ - ٧٣.

^٣ جبار صابر طه / المصدر السابق، ص ٣٨.

^٤ المصدر نفسه، ص ٣٨٩ - ٣٩٠.

^٥ المصدر نفسه، ص ١٦٢.

^٦ جبار صابر طه / المصدر السابق ص ٣٩١، د. صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ٧١ - ٧١.

الجناائية يستند على الخطأ فإن التعويض يستند على الضرر وهذه المسؤولية المدنية تمثل العلاقة بين الذم المالية والخطأ غريب عن هذا الوصف لأنه فكرة نفسية تقوم في ضمير الفاعل لا شأن له بعلاقة الذم مع بعضها^١. لم تسلم هذه النزعة من النقد فقد وجه لها كسابقتها عدة انتقادات فقل أن هذه النزعة لو كانت تقوم على فكرة (الغرم بالغنم) لكان المسؤول عن الشيء المنتفع به والذي يجني مغانمه لا حارسه^٢.

وقيل أن نشاط الإنسان أيا كان وصفه قد يتم بناءً على حق ملكية أو أي حق آخر وهذا الحق يعطيه امتياز فلا يجوز تحميله ديناً أثقل من قيمة هذه الحقوق في التعويض^٣، ومن جهة ثالثة انتقدت هذه النزعة بأنها تشجع على الإهمال وعدم اليقظة وما دام التعويض يكون مستحقاً بمجرد حصول الضرر دون التفات إلى خطأ الفاعل وهي في ذلك تعيق التقدم الاقتصادي فإذا كان على كل شخص أن يضمن جميع النتائج الضارة التي تنجم عن نشاطه فإنه سيتردد دونه^٤، ومن جهة رابعة رد على هذه النظرية بأنه إذا كان الالتزام بالتعويض كأثر للمسؤولية علاقة بين ذمتين ماليتين وإن الخطأ وصف غريب عن ذلك فإن هذا يستلزم تحول القانون المدني إلى قواعد تخاطب الأشياء لا الأشخاص فكيف تلزم ذمة أخرى بدفع التعويض فهل ترتكب أحدهما خطأ لذا يستلزم القول بتدخل الأشخاص وهو بالضرورة يجرّد العلاقة من طابعها المادي في علاقة الأشياء والذم مع بعضها وينحى بها منحى شخصياً في ما يخص علاقة الأشخاص مع بعضهم^٥.

الفرع الثالث : النزعة الوسطية (نظرية الضمان :

حاول الفقيه الفرنسي (ستارك Starck) تفادي عيوب النظريات السابقة، ولاحظ أن كلا النزعتين الشخصية والموضوعية لا تهتمان إلا بالشخص المتسبب بالضرر فالنزعة الشخصية تبحث في سلوكه ومدى وقوعه في الخطأ والثانية تبحث في نشاطه ومدى احتمال استفادته من هذا النشاط، وفي رأيه أن هذه النظرة القاصرة هي سبب النقص في النظريتين وأنه لا بد من التركيز على المضرور وحقوقه بدلاً من مسبب الضرر^٦.

فلهذا المضرور عدة حقوق منها حقه في الحياة وسلامة جسده والضرر الذي يمسها هو ضرر جسدي. وحق التمتع بأمواله المادية كحق مزاوله العمل والحقوق المعنوية كحق الإنسان في سلامة شرفه والضرر الذي يصيب الأولى ضرر اقتصادي والضرر الذي يصيب الثانية ضرر أدبي وفي مقابل هذه الحقوق هناك حرية للأفراد قد تصطدم بهذه الحقوق وتمسها^٧، وحقوق الإنسان في سلامة جسده وحياته مضمونة في مواجهة الضرر الجسدي فمجرد المساس بها يثير مسؤولية الفاعل بغض النظر

^١ د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق، ص ٧٤.

^٢ د. أياد ملوكي، المصدر السابق ، ص ٢١١، د. السنهوري، الوسيط ، المصدر السابق، ف(٧٠٦) ، ص ١٢٠٣.

^٣ د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق، ص ٧٤.

^٤ د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء، منشورات عويدات، بيروت، ط ١، ١٩٨٠، ص ٣٨٣-٣٨٤، د. صبري صبري حمد خاطر ، المصدر السابق، ص ٧٤.

^٥ Mazedud(H.I) et Tunc, Traite theorique et pratique dela responsabilit e civile, Paris, 1965 .P.P 42,43.

^٦ Strack(B), essaidune theorie generale del responsabilit e Op. Cit. P. 37 ets.

^٧ Strack(B), op.cit.p.38ets.

عما إذا كان النشاط الذي أحدث الضرر هو في ذاته مشروعاً أم غير مشروع، وبهذا يخضع (ستارك) الأضرار الجسدية للنظرية الموضوعية نظرية تحمل التبعة^١. أما بالنسبة للضرر الاقتصادي والمعنوي فإن مصلحة المضرور في مواجهتها غير مضمونة على النحو المتقدم وإنما لابد من وجود خطأ ينسب للشخص الذي مس بالحقوق الاقتصادية والمعنوية، فتخضع المسؤولية عن هذه الأضرار للنزعة الشخصية وفكرة الخطأ^٢، فيكون الخطأ شرطاً لعدم مشروعية الاعتداء على حق الإنسان في مزاولته أعماله وحقه في سلامة شرفه لكنه ليس شرطاً بالنسبة للأضرار الجسدية. لكن (ستارك) لم يقدم برهاناً واضحاً لجعل الأضرار الجسدية مضمونة وحدها دون الأضرار الاقتصادية والأدبية ولم يضع معياراً للتمييز بين الضرر الاقتصادي والأدبي إذ لا توجد حدود فاصلة دقيقة بينها فغالباً ما ينعكس إحداها في نطاق الآخر^٣، ففكرة الضمان بالتالي لم تقدم أساساً جديداً للمسؤولية فهي تعيدنا إلى النظريتين السابقتين فحسب كما أنها تجعل من المساس في الحقوق أساساً للمسؤولية وهو ذات المعنى الذي ينطبق على الخطأ لذا قيل بان كل ما جاءت به هذه النظرية هو إضافة اسم جديد على أساس المسؤولية ليس إلا^٤.

المطلب الثاني

أساس المسؤولية عن الأشياء في الفقه الإسلامي

ترتكز المسؤولية عموماً في الفقه الإسلامي على نظرية (المباشرة والتسبب) فالضرر الذي يقع من الشيء ويسأل عنه حارسه إما أن يقع مباشرة أو يقع تسبباً ويتحدد أساس المسؤولية حسب ذلك، ويقصد بالمباشرة إيجاد علة الضرر أو أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه الضرر كما لو جرح إنسان غيره أو كما عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (٨٨٧) (إتلاف الشيء بالذات)، على هذا فالمباشر هو من يحدث الضرر بالغير مباشرة دون أن يتوسط بين فعله والضرر واسطة^٥، أما التسبب فيراد به إيجاد سبب الضرر لا علت له لذا فهو ما يحدث الضرر منه بعلة أخرى^٦، أو كما عرفته المادة (٨٨٨) (هن مجلة الأحكام العدلية (أن يحدث في الشيء عادة ما يفضي إلى تلف شيء آخر) وعلى هذا لا يحدث الضرر من التسبب دون واسطة بين الفعل والضرر كمن يحفر بئر فيقع فيه شخص آخر فيتضرر.

^١ Op.cit.p.39-40.

^٢ Op.cit.p.48.

^٣ د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق، ص ٧٦.

^٤ د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد (٢)، القسم الأول، الفعل الضار والمسؤولية ، ط(١) ، ١٩٨٣، ص ١٢٥ وما بعدها.

^٥ الشيخ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ٧٤.

^٦ القرافي(شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي)، الفروق ج ٤، ط ١، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة، القاهرة، ١٣٤٤، ص ٢٧.

وبالنسبة للمباشر فهو يسال عن الضرر في كل الأحوال دون أن يشترط تعديه أو تعمله خلافاً للمتسبب فلا يسال عن الضرر إلا إذا تعمد أو تعدى^١، ذلك إن نظرية المباشرة والتسبب تركز على الرابطة السببية بين الفعل والضرر ففي المباشرة تكون هذه الرابطة السببية واضحة فلا تحتاج إلى دليل إثبات بينما لا تكون بهذا الوضوح في التسبب لتدخل الوساطة بين الفعل والضرر فلا بد من دليل إثبات عليها.

ويراد بالتعدي مجاوزة الحد أو العمل الضار دون حق أو جواز شرعي^٢، فهو إذاً فعل الشيء بغير حق قصداً إلى ذلك أم إهمالاً إما التعمد فهو تعمد الضرر أو القصد إلى وقوعه^٣، وفي معرض التفسير لموقف الفقه الإسلامي قيل إن التعدي يتضمن التعمد فالأخير مستغرق بالأول لأن التعدي إما أن يقع بغير قصد أو بقصد وهو التعمد والشريعة الإسلامية ساوت بين الاثنين في نطاق الأموال^٤، وعلى هذا يكون الفقه الإسلامي قد جمع بين النزعتين الشخصية والموضوعية في تحديد أساس المسؤولية^٥، ذلك إن الضرر إذا وقع مباشرةً كما لو داست دابة مركوبة لأحد على شيء مملوك للغير فيعد الراكب قد اتلف الشيء مباشرةً فيضمن في كل الأحوال دون اشتراط التعدي أو (الخطأ)^٦، فهو يتحمل تبعه ما يقوم به من نشاط وهنا تبرز النزعة الموضوعية، أما إذا كان الضرر من الشيء تسبباً، كما لو رفس دابة مربوطة شخصاً فأضرته فحارس الدابة لا يسأل ما لم يثبت الضرر تعديه أو تعمله^٧، وهنا تقوم مسؤولية حارس الدابة على التعدي أو الخطأ فتبرز بذلك النزعة الشخصية الشخصية للمسؤولية، على أنه يلاحظ إن المسؤولية تسبباً تقوم على خطأ ثابت يتولى الضرر حتى يستحق التعويض إثبات خطأ (تعدي) الفاعل.

^١ أبو محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات، ط١، المطبعة الخيرية، القاهرة، ١٣٠٨، ص ١٦٥، هذا وقد جاء بالمادة (٩٢) من مجلة الأحكام العدلية (أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد) وفي المادة (٩٣) منها (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)، وهنا قد استخدمت المجلة تعبير (التعمد) دون التعدي مما قد يعني أنها تشترط التعمد بمعنى القصد في حالة المسبب في حين أن التعمد لا يشترط ألا في الجناية على النفس في الشريعة الإسلامية التي ساوت بين العمد والخطأ في حالات الإلتاف المالي، لذا فتعبير المجلة غير سديد فلا يقصد بالتعمد هنا إلا التعدي، د. مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المجلد (٢)، ج ١، ط ٦، دمشق، ١٩٥٩، بند (٦٥٨)، ص ١٣٠٢.

^٢ البغدادي، مجمع الضمانات، المصدر السابق، ص ١٤٦.

^٣ جابر صابر طه، المصدر السابق، ص ١٨١.

^٤ الشيخ علي الخفيف، المصدر السابق، ص ٤٣، د. مصطفى الزرقا، المصدر السابق، ص ١٣٠٢، أنظر أيضاً جابر صابر طه، المصدر السابق، ص ١٨١-١٨٣.

^٥ د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج ١، ١٩٤٨ ص ٢٤٨.

^٦ المادة (٩٣٦) من مجلة الأحكام العدلية.

^٧ الشيخ علي الخفيف، المصدر السابق، ص ٢٤١ وما بعدها.

المطلب الثالث

موقف التشريعات المدنية من أساس المسؤولية

اتخذ القانون الفرنسي موقفاً من أساس المسؤولية تأثر به القانون المدني المصري فنهل منه ، بينما نجد القانون المدني العراقي قد تأثر بالفقه الإسلامي :-

أولاً : موقف القانون المدني الفرنسي والمصري :

أقام المشرع الفرنسي المسؤولية عن الأشياء عموماً على أساس الخطأ تأثراً بالنزعة الشخصية ولكنه بينما أقام المسؤولية عن الحيوان والشيء الجامد على أساس خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس أقام المسؤولية عن البناء على أساس خطأ ثابت يتولى فيه المضرور إثبات وقوع الضرر من البناء^١ ، أما القانون المدني المصري فهو كالقانون الفرنسي أقام المسؤولية عن الحيوان والأشياء الجامدة التي تتطلب عناية خاصة على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس^٢ ، لكنه في المسؤولية عن البناء جعل أساس المسؤولية خطأ بسيط يقبل إثبات العكس فيمكن لحارس البناء أن يتخلص من مسؤولية تهدمه إذا اثبت عدم إهماله في صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه^٣.

ثانياً : موقف القانون المدني العراقي : تأثر المشرع العراقي بموقف الفقه الإسلامي بصدد أساس المسؤولية غير انه لم يستطع غض بصره عن الجدل الذي دار حول فكرة الأساس في الفقه الغربي فجاءت محصلة موقفه مشوهة إن جاز التعبير يعترضها الاضطراب والتشويش وعدم وضوح الرؤيا فهو :

١ . أقام المسؤولية عموماً على أساس فكري (المباشرة والتسبب) لكنه وخلافاً للفقه الإسلامي اشترط لمسائلة المباشرة تعديه أو تعمدته^٤ ، ليقوم مسؤوليتي المباشرة والتسبب على أساس (التعدي) الخطأ تأثيراً بالنزعة الشخصية في المسؤولية وليصطدم ذلك بموقفه بشأن مسؤولية عديمي التمييز إذ جعلهم مسؤولين^٥ رغم عدم تصور صدور الخطأ منهم لافتقارهم إلى الإدراك العنصر المعنوي في الخطأ وبدونه لا يكون الفعل خطأً ، مما حدا بالبعض إلى بناء مسؤولية عديمي التمييز على أساس تحمل التبعة^٦ ، لتبقى مسؤولية المميز قائمة على الخطأ وهو ما يؤدي إلى التشديد على فاقد الإدراك في المسؤولية ومحاسبتهم بصورة اشد من المميزين خلافاً لقواعد المنطق والعدالة.

^١ المواد (١٣٨٥) بصدد الحيوان، (١٣٨٤) بصدد الأشياء الجامدة، (١٣٨٦) بصدد البناء) من القانون المدني الفرنسي.

^٢ المادة (٧٦) بصدد الحيوان والمادة (٧٨) بصدد الأشياء التي تتطلب عناية خاصة من القانون المدني المصري.

^٣ المادة (١٧٧) من القانون المدني المصري.

^٤ المادة (١٨٦) من القانون المدني المصري.

^٥ المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي.

^٦ جابر صابر طه، المصدر السابق، ص ٢٠١-٢٩٢.

٢. المسؤولية عن الأشياء التي تتطلب عناية خاصة تقوم في القانون المدني العراقي على أساس خطأ مفترض يقبل إثبات العكس^١ تماشياً مع تضمينه المباشر بالتعدي أو التعمد، أما المسؤولية عن البناء فقد أقامها على خطأ مفترض لا يقبل يقبل إثبات العكس إذا كان الضرر تهدم البناء^٢، أما عما يسقط من المسكن فان المسؤولية فيه قائمة على خطأ بسيط يقبل إثبات العكس^٣، وهنالك من يفرق في حالة تهدم البناء بين إذا ما كان التهدم ناشئاً عن ميل البناء للانهدام فان المسؤولية تقوم على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس أما إذا كان ناشئاً عن عيب في البناء فان المسؤولية تقوم على خطأ ثابت يتولى المضرور إثباته^٤، وإذا كان هذا التمييز يتسم بالواقعية إلا انه يقتصر إلى المعيار الضابط الذي يميز بوضوح بين الحالتين وقد كان على المشرع أن يصرح به توافقاً مع الاتجاه العام الذي سار عليه وهو (المباشرة والسبب)، إذ في الواقع إن الضرر عن التهدم إذا كان سببه ميل البناء للانهدام فانه أي الضرر يقع مباشرة وبالتالي يفترض الخطأ وفق أحكام القانون العراقي أما الضرر الناشئ عن عيب في البناء فانه دون شك يقع تسبباً لتدخل العيب كواسطة بين الفعل والضرر فلا بد على المضرور من إثبات خطأ الحارس كون مسؤولية الحارس قامت هنا على خطأ ثابت.

٣. في المسؤولية عن الحيوان كان موقف القانون العراقي أكثر تحفظاً وتشويشاً منه في المسؤولية عن الأنواع الأخرى من الأشياء فهو هنا جمع تطبيقات وردت في كتب الفقه الإسلامي عن المسؤولية عن الحيوان، جاء بعضها مخالفاً لموقفه من إقامة المسؤولية مباشرة أو تسبب على فكرة الخطأ فمثلاً نصت المادة (٢٢٥ف١) على انه لو أوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها في الطريق العام في غير المحال المعدة لوقوف الدواب ضمن ضررها في كل الأحوال، فهنا أقام مسؤولية حارس الدابة وهو المباشر على أساس تحمل التبعة دون أن يفترض خطأه، في حين انه اشترط الخطأ لمسائلة المباشر، هذا من جهة ومن جهة أخرى أقام هذه المسؤولية في تطبيقات أخرى على أساس الخطأ وهو مرة يقيمها على خطأ مفترض يقبل إثبات العكس إذ نصت المادة (٢٢٤ف٢) على إن من يقود دابته في الطريق العام يضمن الضرر الذي تسببه ويمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لطمه يدها إلا إذا اثبت حارسها انه لم يرتكب خطأ واتخذ الحيطة اللازمة لمنع وقوع الضرر، ومرة أخرى يقيمها على أساس خطأ ثابت إذ تقضي المادة (٢٢٥ف٢) إن من سيب الدابة في الطريق العام أو تركها تتسرب يضمن ضررها إذا اثبت المضرور إن الحارس لم يتخذ الحيطة لمنع تسرب الدابة^٥، وهنا لم يستعمل المشرع فكرة المباشرة والتسبب التي جعلها أساس للمسؤولية

^١ المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي.

^٢ المادة (٢٢٩) من هذا القانون.

^٣ المادة (٢٣٠) من هذا القانون.

^٤ د. حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص ٣٠٧.

^٥ أنظر كذا المادة (٢٢٣ف٢، ٢٢٣ف٣) والمادة (٢٢٦ف٢) من القانون المدني العراقي.

للتميز بين حالتي الخطأ المفترض والثابت إذ إن الضرر إذا وقع مباشرة فعلى الحارس أن ينفي هو خطأه للتخلص من المسؤولية أما إذا وقع تسبباً فعلى المضرور إثبات خطأ الحارس حتى تقوم مسؤولية، هذا إن كان الخطأ أصلاً أساساً لمسؤولية المباشر.

موازنة واستنتاج :

اعتمدت النزعة الشخصية على سلوك الفاعل ومدى وقوعه في الخطأ فأصابها من النقد ما ادخل فكرة الخطأ في أزمة تهدد الإبقاء عليه كأساس للمسؤولية وبرز نقد لها مسؤولية عديم التمييز الذي لا يتصور منه الخطأ، بينما اعتمدت النزعة الموضوعية على نشاط هذا الشخص ومدى استفادته منه لتجعل من الضرر أساساً للمسؤولية بغض النظر عن سلوك الفاعل مادام مستفيداً من نشاطه فقبل في جملة ما قيل عنها أنها تحمّل حارس الشيء مسؤولية الضرر رغم عدم استفادته من هذا الشيء وكان الأحق بتحمل المسؤولية وفق هذا الرأي المنتفع لا الحارس.

ولعدم توصل النزعتين لحل متفق عليه ذهب البعض للجمع بينهما لتلافي ما وجه إليهما معاً فقال بفكرة الضمان كأساس للمسؤولية والتي تعتمد على الضرر الذي أصاب المضرور ونوعه فتفرق بين أنواع الضرر دون مبرر وبرهان مقنع، فالضرر أياً كان بحاجة للتعويض ومسائلة الفاعل ولا فرق بين ضرر يصيب جسد الإنسان وضرر يصيب شرفه أو نشاطه الاقتصادي فمحصلة الضررين واحدة وهي التعويض ولا بد للأساس عند تحديده أن يعتمد على عناصر ثابتة لا متغيرة كنوع الضرر فقد يصيب الشخص الواحد الضررين معاً وبالتالي لا يمكن أن يختلف أساس المسؤولية بالنسبة للشخص الواحد، وقد يؤدي احد الضررين للآخر فالاعتداء على جسد الشخص بقطع يده حتماً سيصيبه بضرر اقتصادي بحرمانه من مزاولة العمل فعلى أي ضرر يبني أساس المسؤولية؟ يتجلى لنا من كل ما سبق فشل الفقه الغربي في وضع أساس مجمع عليه للمسؤولية ويتفق في نفس الوقت مع المسؤولية عن الشيء بيد أنه يلاحظ إن الجمع بين النزعتين الشخصية والموضوعية وعدم الاعتماد على احدهما هو توجه سليم لكن لا يمكن أن يكون ذلك بالاعتماد على الضرر ونوعه كما رأينا، لذا يمكن لنا القول إن الجمع بين النزعتين بغية تحديد أساس المسؤولية يجب أن يتم من خلال الاعتماد على (طبيعة الفعل الضار نفسه وطريقة وقوعه) وبذا نستبعد سلوك الفاعل ونشاطه والضرر من نطاق البحث عن الأساس، وبالتالي يمكننا القول إن أساس المسؤولية عن الشيء هو فكرة (الفعل الضار) ويكون البحث بالاعتماد على طريقة وقوعه وبحسب ما توصل إليه الفقه الإسلامي وعلى النحو الآتي :

١. إذا وقع الضرر من الفاعل مباشرةً دون توسط شيء بين الضرر والفعل فإن الشخص يسأل عن تعويض هذا الضرر دون أن يشترط نسبة خطأ إليه ولا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا إذا اثبت السبب الأجنبي أي عدم وجود الرابطة السببية بين الفعل والضرر، على هذا يكون الفعل الضار أساساً لمسؤولية الشخص في حالة المباشرة دون أن يشترط لهذا الفعل وصف الخطأ سواء كان هذا الشخص مميزاً أو غير مميز كالمجنون إذ لا يشترط هنا خطأه الذي يستلزم الإدراك وهو لا يملكه، ودون حاجة اللجوء إلى تبرير مسؤولية عديم التمييز على أساس تحويل فكرة الخطأ والقول بأنه (الفعل الذي لا

يرتكبه الشخص المعتاد^١ واستبعاد الإدراك من عناصره حتى يمكن مساءلة عديم التمييز إذ بدون عنصر الإدراك لا نكون أمام خطأ^٢.

كما إن هذه الفكرة تغنينا عن الأخذ بما قاله الدكتور السنهاوري بأن عديم التمييز لا تكون له الحراسة على ما تحت يده بل تكون هذه الحراسة لمن ينوب عنه وبالتالي لا ينسب الخطأ له بل لوليّه حتى يعوض المضرور^٣، وفي الواقع إن هذا الرأي لا يجعلنا أمام المسؤولية عن حراسة الشيء بل أمام مسؤولية الشخص عمن تحت رعايته فضلاً عن عدم عدالتها فلو سرق المجنون سيارة ودهس بها الغير وتمكن وليه من التخلص من المسؤولية واثبت عدم تقصيره فهل يبقى المضرور دون تعويض، هذا إضافة إلى مخالفتها لمفهوم الحراسة الذي قلنا أنه سيطرة الشخص الفعلية على الشيء وهي لهذا الفرض للمجنون فكيف تكون للولي، وإن كان الدكتور السنهاوري من جهة أخرى يريد من رأيه تبرير موقف القانون المصري الذي لا يسأل عديم التمييز^٤، فإنه لا يستقيم مع توجه القانون العراقي والفقهاء الإسلامي اللذان جعلاً مسؤولية عديم التمييز مسؤولية أصلية^٥.

هذا وإن المشرع العراقي في بعض تطبيقات المسؤولية عن الحيوان قد اخذ بهذه الفكرة كما رأينا ولم يشترط لمسؤولية المباشر نسبة الخطأ إليه^٦.

٢. أما إذا وجد ما يفصل بين الفعل الضار الذي صدر من الشيء الموجود تحت حراسة الشخص والضرر بان وقع الضرر تسبباً فلا يكفي الفعل الضار المجرد عن وصف الخطأ والإدراك حتى تقوم مسؤولية الحارس ذلك إن العلاقة السببية بين الفعل والضرر غير واضحة لتدخل الوساطة أو عنصر ثالث فلا بد حتى يسأل الحارس من نسبة الخطأ إليه ويكون خطأه خطأً ثابتاً، وهنا يستبعد عديم التمييز من دائرة المساءلة لعدم تصور ارتكابه الخطأ وهو لا يدرك أفعاله، فليس من المعقول أن يسأل المجنون عن التعويض لأنه تسبب في إحداث ضرر وهو لا إرادة له، على هذا تكون مسؤولية عديم التمييز قاصرة على ارتكابه الفعل مباشرة لا تسبباً.

^١ د. السنهاوري، الوسيط، المصدر السابق، ف(٥٣٦)، ص ٩٠٤-٩٠٥.

^٢ د. صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ٧٧.

^٣ د. السنهاوري، الوسيط، المصدر السابق، ف(٧٢١)، ص ١٢١٩.

^٤ المادة (١٦٤) من القانون المدني المصري.

^٥ المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي.

^٦ المادة (٢٢٥) ف(١) من القانون المدني العراقي.

الخاتمة

في ختام البحث في فكرة الحراسة وأساس المسؤولية عن الأشياء نرى انه لابد من مراعاة ما يلي في ظل القانون المدني العراقي :

أولاً : المسؤول عن الشيء هو حارسه الذي يمارس السلطة الفعلية عليه يتولى استعماله أو توجيهه أو مراقبته سواء استندت هذه السلطات إلى حق قانوني يخوله ممارستها أم لا وسواء كانت سلطته مشروعة أم لا ولا يشترط لذلك أن يروم الحارس تحقيق مصلحة مادية من هذه السلطة .

ثانياً : أساس مسؤولية الحارس هو ما اصطلاحنا عليه (الفعل الضار) فإذا وقع الضرر مباشرة يكفي الفعل الضار المجرد عن وصف الخطأ أساساً للمسؤولية ولا يمكنه في نظرنا التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي يقطع العلاقة السببية بين الفعل والضرر، أما إذا وقع الضرر تسبباً فلا يكفي تجريد الفعل من وصف الخطأ لذا تقوم مسؤولية الحارس على أساس خطأ ثابت يتولى المضرور إثباته وهنا يخرج عديم التمييز من دائرة المسؤولية خلافاً للحالة الأولى.

ثالثاً : نوصي المشرع بإلغاء جميع النصوص الخاصة بالمسؤولية عن الأشياء لعدم توافقيها مع نظرية الحراسة ومع ما توصلنا إليه في أساس المسؤولية وان أغلبها لا سيما النصوص الخاصة بالمسؤولية عن الحيوان تطبيقات وردت في كتب الفقه الإسلامي خالف المشرع في بعضها ما اعتمده في مسؤولية المباشر والمتسبب، لذا نقترح على المشرع إلغاء المواد من المادة (٢٢١) إلى المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي وتشريع نصوص تراعي ما توصلنا إليه آنفاً لا تعالج التطبيقات وإنما توضع أسس عامة بالمسؤولية عن الأشياء، ونرى أن تكون النصوص البديلة على النحو الآتي :-

(١) المادة ٢٢١ أ - يسأل عن أضرار الشيء حيواناً كان أم بناءً أم أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة الحارس الذي يسيطر عليها سيطرة فعلية بالاستعمال أو الإشراف والإدارة أو الرقابة بغض النظر عن المركز القانوني الذي يستند عليه وعن مشروعية هذه السلطة سواء قصد تحقيق مصلحة أم لا .

ب - إذا كانت السلطة الفعلية على الشيء لأكثر من شخص فأنهم مسؤولين بالتضامن أمام المضرور.

ج - إذا تبين أن الضرر سببه عيب خفي في الشيء فالمسؤولية تقع على من كانت له السيطرة على الشيء أثناء صنعه لا استعماله).

(٢) المادة ٢٢٢ أ - يكون الحارس مسؤولاً بمجرد حصول الفعل الضار من الشيء إذا كان الضرر وقع مباشرة ولا يتخلص من المسؤولية إلا إذا اثبت انقطاع العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر بالسبب الأجنبي .

ب - أما إذا وقع الضرر تسبباً فلا يسأل الحارس إلا إذا ثبت ارتكابه الخطأ بعدم اتخاذ الحيطه اللازمة لمنع وقوع الضرر من الشيء).

رابعا : يمكن تعميم ما توصلنا إليه بشأن أساس مسؤولية الحارس على كل صور المسؤولية الأخرى وهذا يقتضي تعديل نص المادة (١٨٦) من القانون المدني التي ساوت بين المباشر والمسبب في الضمان وجعلها متوافقة مع الأساس الذي اعتمدناه للمسؤولية والذي يستند على ما هو موجود في الفقه الإسلامي.

قائمة المصادر

أولاً: المصادر العربية :

أ - مصادر الفقه الإسلامي :-

- ١- أبو محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات، ط١، المطبعة الخيرية، القاهرة، ١٣٠٨ هجرية.
- ٢- د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج١، مكتبة الكشاف، بيروت، ١٩٤٨.
- ٣- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات، القاهرة، ١٩٧١.
- ٤- القرافي (شهاب الدين أبي العباس احمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي)، الفروق، ج٤، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ١٣٤٤ هجرية.
- ٥- د. مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المجلد (٢)، ج١، ط٦، دمشق، ١٩٥٩.
- ٦- مجلة الأحكام العدلية.

ب - مصادر القانون :

- ١- د. أياد ملوكي، المسؤولية عن الأشياء، مطبعة بابل، بغداد، ط١، ١٩٨٠.
- ٢- جابر صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مطابع جامعة الموصل، ١٩٨٤.
- ٣- د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي، مطبعة حداد، البصرة، ١٩٦٨.
- ٤- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، ١٩٧٦.
- ٥- د. حسن علي الذنون، محاضرات غير منشورة ألقيت على طلبة الدراسات العليا - الماجستير - القسم الخاص، كلية الحقوق - جامعة النهرين، ٢٠٠١-٢٠٠٢.
- ٦- د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥.
- ٧- د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، ط١، القاهرة، ١٩٤٩.
- ٨- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مجلد (٢)، القسم الأول، الفعل الضار والمسؤولية، ط١، ١٩٨٣.
- ٩- د. صبري حمد خاطر، تطور فكرة المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، ع (١)، ٢٠٠١.
- ١٠- د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء، منشورات عويدات، بيروت، ط (١)، ١٩٨٠.

- ١١- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد (٢)، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، بيروت، لبنان، ط. ٢٠٠٠.
- ١٢- محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١، بغداد، ١٩٨٢.
- ١٣- د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٧.
- ١٤- ندى البدوي النجار، أحكام المسؤولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط (١)، ١٩٩٧.
- ١٥- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢.
- ١٦- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
- ١٧- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- ١٨- القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥.

ثانياً : المصادر الفرنسية :

(أ) الكتب والبحوث :

1. coIn(A.) et capitant(H.), Traite de droit civil, D. 1959.
2. Mazeaud, lafaute dans legarde, Rev. trim. dr .civ. 1225.
3. Mazeaud, Responsabilite delictuelle et responsabilite contractuelles, Rev. trim dr. civ. 1929.
4. Mazeaud, Traite theorique et partique dela responsabilite civile, Tome.11, 1970.
5. Mazeaud(H.L.)et tunc, Trit theorique et pratique dela responsabilite civile, Paris, 1965.
6. Savatier, Reponsabilite civile. Tome.I.
7. Starck(B), essai dune theoric generale dela responsabilite civile consideree en sadouble fonction ed garantie de peine prive .Paris. 1947.

(ب) القوانين والدوريات القضائية :

1. code civil 1804.
2. Bull. Civ. 1983.
3. Dallo2, 1911, 1947, 1953, 1981.
4. Gaz. Pal. 1931, 1948.
5. j.c.p. 1956, 1960.
6. serri, 1941.