

جسامة الخطأ وأثرها على التعويض
(دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية)
رسالة الماجستير



جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج

2016

جسامة الخطأ وأثرها على التعويض
(دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية)

رسالة ماجستير

إعداد

حياة عمار علي شامي

رقم التسجيل: 14751016



إشراف

المشرف الثاني

المشرف الأول

الدكتور: منير عابدين

الدكتور: بدرالدين

197204202002121003

196411272000031001

قسم الشريعة والقانون

تخصص : الشريعة والقانون

كلية الدراسات العليا

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج

2016

موافقة المشرف

بعد الاطلاع على رسالة الماجستير التي أعدتها الطالبة :

الاسم : حياة عمار علي شامي رقم التسجيل : 14751016

العنوان: جسامه الخطأ وأثرها على التعويض (دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية)

وافق المشرف على تقديمها إلى مجلس المناقشة .

مالانج ، 21 / 07 / 2016م

المشرف الأول،

الدكتور بدر الدين

رقم التوظيف : 196411272000031001

التوقيع:

المشرف الثاني،

الدكتور منير عابدين

رقم التوظيف : 197204202002121003

التوقيع:

الاعتماد

رئيس قسم الشريعة والقانون

الدكتور : فضيل س ج

رقم التوظيف: 196512311992031046

التوقيع :

اعتماد لجنة المناقشة

تمت مناقشة الرسالة المقدمة من الطالب: حياة عمار علي شامي

رقم التسجيل: 14751016

العنوان: جسامة الخطأ واثرها علي التعويض (دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية) في 21 / 7 / 2016 أمام لجنة المناقشة المتكونة من:

الأسم	الصفة	التوقيع
1 د. عباس عرفان	رئيساً ومناقشاً
2 د. بدر الدين	مشرفاً
3 د. نصر الله	مناقشاً
4 د. منير عابدين	مشرفاً

الاعتماد

عميد كليات الدراسات العليا

الأستاذ الدكتور: بحر الدين

رقم التوظيف: 195612311983031032

التوقيع:

إقرار الطالب

أنا الموقع أدناه ، وبياناتي كآآآي :

الاسم : حياة عمار علي شامي

رقم التسجيل : 14751016

العنوان : جسامة الخطأ وأثرها على التعويض (دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي
والشريعة الإسلامية)

أقر بأن هذه الرسالة التي حضرتها لتوفير شرط من شروط الحصول على درجة الماجستير في
قسم الشريعة والقانون كلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية
مالانج ، حضرتها وكتبتها بنفسني وما زورتها من إبداع غيري أو تأليف الآخرين . وإذا ادعى
أحد مستقبلاً أنها من تأليفه وتبين أنها فعلاً ليست من بحثي فأنا أتحمل المسؤولية على ذلك
، ولن تكون المسؤولية على المشرف أو على كلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك
إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج .

هذا ، ولقد حررت هذا الإقرار بناء على رغبتني الخاصة ولم يجبرني أحد على ذلك .

باتو ، 21 / 07 / 2016 م

الطالب المقر: حياة عمار علي شامي

التوقيع:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا
بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا (58)

سورة النساء الآية (58)

الإهداء

(قل إعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون)

صدق الله العظيم

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك .. ولا تطيب اللحظات إلا

بذكرك .. ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك .. ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك

الله جل جلاله

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة .. إلى نبي الرحمة ونور العالمين ..

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

ولم تمهلها الدنيا إلى من افتقدتها في مواجهة الصعاب إلى من علماني النجاح والصبر...

لأرتوي من حناهما... أبي وأمي رحمكم الله

إلى توأم روحي ورفيق دربي.. إلى صاحب القلب الطيب والنوايا الصادقة.. إلى من رافقني منذ

أن حملنا حقائب المشوار ومعني سرت الدرب خطوة بخطوة وما تزال ترافقني حتى

الآن...زوجي

إلى فرحة قلبي ونور عيني.. إلى التي إعيش لأجلها ومن أجلها.. أبنتي منيرة

إلى من كان سند وظهر لي في هذا المشوار.. إخوتي وأخواتي

كذلك نشكر كل من ساعدني على إتمام هذا البحث وقدم لي العون ومد لي يد

المساعدة وزودني بالمعلومات اللازمة لإتمام بحثي

إلى أساتذتي الكرام...

إيهم جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع.

مستخلص البحث

حياة عمار شامي، 2016م. رسالة ماجستير بعنوان: جسامة الخطأ وأثرها على التعويض (دراسة مقارنة بين القانون الليبي والشريعة الإسلامية)، قسم: الشريعة والقانون كلية الدراسات العليا جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج.المشرف (1) الدكتور بدر الدين، المشرف (2) الدكتور منير عابدين.

وتتمثل أهمية هذا البحث في الأهمية النظرية: عدم أخذ القانون الليبي بجسامة الخطأ، وعدم وجود دراسات سابقة تناولت هذه الفكرة، أن هذه الدراسة تتطرق بمسائل تتعلق بجانب حيوي من حياة الناس اليومية. أما الأهمية العملية فتتمثل في أخذ فكرة ردعية العقوبة من القانون الجنائي وتطبيقها في القانون المدني. أما مشكلة البحث تتعلق في تلك الجدلية الملحوظة بين وظيفة جبر الضرر ووظيفة الردع أو الوظيفة العقابية. أما أسئلة البحث كانت في سؤالين، كيف يقدر التعويض وفقاً للمعيارين الموضوعي والشخصي؟ وما مدى إرتباط مقدار التعويض بجسامة الخطأ في القانون الليبي والشريعة الإسلامية؟.

وجاءت أهداف البحث كما يلي: بيان ومعرفة مدى إرتباط مقدار التعويض بجسامة الخطأ في القانون الليبي والشريعة الإسلامية، وتوضيح كيفية تقدير التعويض وفقاً للإتجاهين الموضوعي والشخصي.

واستخدمت الباحثة في هذا البحث المنهج الوصفي الكيفي لتتسلم المعلومات المبحوثة على سبيل التفكير الإستنتاجي.

وتوصلت الباحثة في هذا البحث إلى النتائج التالية:

1- أن المعيار التي سلكته الشريعة الإسلامية والقانون الليبي في كيفية تقدير التعويض هو المعيار أو الإتجاه الموضوعي.

2- أن الشريعة الإسلامية والقانون الليبي لم يرتبط مقدار التعويض لديهما بجسامة الخطأ (أي لم يعتدوا بجسامة الخطأ)

توصيات الباحثة :

1- حث المشرع الليبي على النص على جسامة الخطأ في نصوص القانون المدني وعدم تركها مبهمه ومشمولة بالظروف الملايسة.

2- اللجوء إلى المعيارين الشخصي والموضوعي لتحديد جسامة الخطأ دون الإقتصار عللا تطبيق أحدهما.

3- تطبيق وظيفة ردعية التعويض لردع من تسول له نفسه الإخلال بالتزاماته وعدم التفريط بما يفرضه عليه الواجب القانوني من إحترام لحقوق الغير.

4- يجب أن يأخذ القضاء دوراً كبير في مجال جسامة الخطأ وذلك بأن يكون عقوبات رادعة لمرتكبيها.

5- يجب أن ينتبه رجال القانون في ليبيا مشرعين وقضاة وفقهاء إلى كيفية الوصول إلى ما يمنع حصول الضرر قبل وقوعه، وليس جبره فقط.

ABSTRACT

Shami, Hayat Ammar, 2016. *Mistakes and the Effects on Law Compensation (Comparative Study on Law of State of Libya and Islamic Law)*. Thesis. Sharia and Law Department. Postgraduate Program of Maulana Malik Ibrahim State Islamic University, Malang. Advisor I: Dr. Badruddin. Advisor II: Dr. Munirul Abidin.

Keywords : Mistakes, Law Compensation, Law of the State, Libya.

The significance of this research is divided into two aspects: first, theoretically, the law of state of Libya does not consider the mistake on its verdict and no previous studies concerning this are available. The research covers several problems related to aspect of life as well as the daily life of a person. Second, practically, the concept of giving criminal punishment is also regulated within civil law. However, the problems of this research concern with the debate of preventive function along with the court sentence. The statements of problem of this research are: 1. How to measure the law compensation in accordance with objective and personal criteria? 2. How significant the relation between the law compensation and the mistakes as regulated in Libyan civil code and Islamic Law?

This research aims to explain the relation of the measurement of law compensation and the mistakes made based on the perspective of Libyan civil code and Islamic Law. It also aims to describe the measurement process of law compensation based on two points of view: objectively and personally.

The researcher applies descriptive qualitative approach to present data deductively.

The results of this research are: 1. the criteria used by the Libyan civil code and Islamic law in measuring the compensation law is in objective criteria, 2. the Libyan civil code and Islamic Law do not consider how big the mistake is in measuring the compensation law.

The recommendations of this research are: the Libyan lawmaker should 1. elaborate the related articles in civil code and avoid bias as related to the associated conditions, 2. review the two criteria simultaneously in order to decide how big the mistake is (verdict) without neglecting both of the criteria, 3. implement the preventive function to avoid the violation of the rule sentenced, and consider respecting other people's right, 4. have significant role to decide the verdict (mistake). This is possible through the making of prevention that can give a big impact towards the perpetrator, 5. together with judges and Islamic law experts, find a solution for preventive action instead of sentencing the verdict.

ABSTRAK

Hayat Ammar Shami, 2016. *Besar Kesalahan dan Dampaknya terhadap Kompensasi Hukum (Studi Perbandingan antara Hukum Negara Libya dengan Hukum Islam)*. Tesis. Jurusan Syariah dan Hukum, Sekolah Pascasarjana Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang. Pembimbing Advisor I: Dr. Badruddin. Pembimbing Advisor II : Dr. Munirul Abidin.

Kata Kunci Keywords : Besar Kesalahan (Verdict), Kompensasi Hukum (Law Compensation, (Libyan Law) , Hukum Negara, Libya.

Pentingnya penelitian ini terbagi dalam dua segi; segi teori, yaitu : Hukum Negara Libya yang tidak mengambil besar kesalahan, dan tidak ada studi terdahulu yang membahas tentang hal ini. Penelitian ini meliputi beberapa masalah yang berkaitan dengan aspek kehidupan dari keseharian seorang manusia. Adapun dari segi praktek meliputi pengambilan gagasan pemberian hukuman jera dalam hukum pidana dan aturannya yang terdapat dalam hukum perdata. Adapun masalah dari penelitian ini berkaitan dengan perdebatan antara fungsi pencegahan dengan fungsi pemberian hukuman. Rumusan masalah dari penelitian ini adalah sebagai berikut: 1. Bagaimana mengukur kompensasi hukum yang sesuai dengan kriteria objektif dan personal?. 2. Seberapa besar hubungan antara ukuran kompensasi hukum dengan besar kesalahan dalam hukum perdata Libya dan hukum Islam?

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui serta menjelaskan seberapa besar hubungan antara ukuran kompensasi hukum dengan besar kesalahan dalam hukum perdata Libya dan hukum Islam. Dan menjelaskan bagaimana proses pengukuran kompensasi hukum yang sesuai dengan dua segi; objektif dan personal.

Peneliti menggunakan metode penelitian deskriptif kualitatif dengan tujuan untuk menyajikan data-data penelitian dengan cara metode berfikir deduktif.

Hasil penelitian ini menunjukkan pada beberapa hasil berikut: 1. Kriteria yang digunakan oleh hukum perdata Libya dan hukum Islam dalam mengukur kompensasi hukum adalah kriteria objektif. 2. Hukum perdata Libya dan Hukum Islam tidak menggunakan besar kesalahan dalam ukuran pemberian kompensasi hukum (tidak menggunakannya).

Rekomendasi dari penelitian ini adalah sebagai berikut : 1. Hendaknya pembuat undang-undang Libya memperjelas pasal yang berkaitan dengan besar kesalahan yang ada dalam pasal-pasal hukum perdata, dan tidak membiarkan bias dan bercampur dengan kondisi-kondisi yang berkaitan dengannya. 2. Melihat kembali kepada dua kriteria (obyektif dan personal) secara bersamaan untuk menentukan besar kesalahan tanpa meniadakan salah satu dari keduanya. 3. Menerapkan fungsi pencegahan kompensasi untuk menghindar dari melanggar aturan yang ia putuskan, dan tidak melanggar kewajiban hukum berupa menghormati hak orang lain. 4. Hendaknya pengambilan keputusan mempunyai peran yang besar dalam hal besar kesalahan. Hal itu melalui pembuatan undang-undang tentang hukuman pecegahan (jera) terhadap pelakunya. 5. Hendaknya pembuat undang-undang Libya, hakim dan ahli fikih memperhatikan bagaimana cara untuk menemukan sesuatu yang dapat mencegah terjadinya kesalahan sebelum hal tersebut terjadi, bukan hanya pemberian hukuman.

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وأصحابه أجمعين، وبعد.

يسر الباحثة بعد الإنتهاء من كتابة هذه الرسالة العلمية للماجستير ، ومن هنا واجب عليّ أن أدون شكري وإحترامي وتقديري لكل من أعانني على مواصلة مسيرتي التعليمية ولكل من ساهم في مساعدتي في إتمام هذا البحث على الوجه المطلوب، فأسأل المولى عز وجل أن يجزيهم حسن الثواب.

أن الحمد والشكر أولاً لله تعالى الذي أعانني على إتمام كتابة هذا البحث فلا أحصي ثناءً عليه، وفي هذا المقام أتقدم بالشكر والتقدير والعرفان إلى كل من:

- 1 . أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان للدكتور بدر الدين بصفته المشرف الأول، والدكتور منير عابدين بصفته المشرف الثاني لما بدلاه من جهد وما أوصيا به من توجيهات وإرشادات علمية كان لها أبلغ الأثر بتشجيعي في الإستمرار والصبر لإعداد هذه الرسالة.
- 2 . كما أتقدم بجزيل الشكر إلى جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية أساتذة وموظفين لما كان لهم من فضل في تذليل العقبات لإتمام هذه الرسالة.
- 3 . جميع الأساتذة في الدراسات العليا المحترمين ، والأصدقاء ومن لا يستطيع الباحث أن يذكرهم جميعاً هنا.

هذا ، وأسأل الله أن تكون أعمالهم مقبولة ومثابة ، وتكون رسالة الماجستير هذه نافعة ومفيدة للعباد والبلاد ، آمين.

فهرس المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
ب.....	صفحة الموضوع.....
ج.....	موافقة المشرف.....
د.....	اعتماد لجنة الموافقة.....
ه.....	إقرار الطالب.....
و.....	الشعار.....
ز.....	الإهداء.....
ح.....	ملخص البحث.....
ك.....	كلمة الشكر والتقدير.....
ل.....	فهرس المحتويات.....
1.....	الباب الأول : الإطار العام.....
1.....	أ- خلفية البحث.....
4.....	ب- أسئلة البحث.....
4.....	ج- أهداف البحث.....
5.....	د- أهمية البحث.....
7.....	ه- الدراسات السابقة.....
11.....	و- مصطلحات البحث.....
12.....	ز- هيكل البحث.....
14.....	الباب الثاني : الإطار النظري.....
14.....	أ- تعريف الخطأ لغة وإصطلاحاً.....
14.....	ب- تعريف الضرر لغة وفقهاً.....
16.....	ج- مفهوم الخطأ وكيفية إثبات جسامته.....

- 16.....1- تعريف الخطأ الجسيم في القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية.
- 24.....2- إثبات جسامه الخطأ.
- 37.....د- تحديد جسامه الخطأ.
- 38.....1- عناصر تحديد جسامه الخطأ.
- 40.....أ- العنصر المادي.
- 45.....ب- العنصر المعنوي.
- 49.....هـ- معيار تحديد جسامه الخطأ.
- 54.....الباب الثالث : منهجية البحث.
- 54.....أ- مدخل البحث ومنهجه.
- 55.....ب- مصادر البيانات.
- 56.....ج- أدوات جمع البيانات.
- 57.....د- طرق تحليل البيانات.
- 59.....الباب الرابع: عرض البيانات وتحليلها.
- 59.....أ- عرض البيانات.
- 59.....1- موقف القانون الليبي والشريعة الإسلامية بمدى إرتباط مقدار التعويض بجسامه الخطأ.
- 59.....أ- موقف القانون الليبي.
- 74.....ب- موقف الشريعة الإسلامية.
- 99.....2- كيفية تقدير التعويض في القانون الليبي والشريعة الإسلامية وفقاً للمعيارين الموضوعي والشخصي.
- 99.....أ- المعيار الشخصي.
- 102.....ب- المعيار الموضوعي.
- 112.....ب- تحليل البيانات.

128.....	الباب الخامس: الخاتمة.
128.....	أ- النتائج.
129.....	ب- التوصيات.
131.....	المصادر والمراجع.



الباب الأول

الإطار العام والدراسات السابقة

أ - خلفية البحث

لم تعرف فكرة المسؤولية في العصور الأولى⁽¹⁾ التفرقة الحديثة بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية. ولذلك فقد كانت فكرة العقوبة تمثل جزاء المسؤولية الجنائية والمدنية معاً وكانت تهدف في ذات الوقت إلى تحقيق الردع الجنائي وتحقيق الأهداف المدنية على حد سواء.

على أن فكرة العقاب في العصور الأولى تختلف عن فكرة العقوبة بمعناها الحديث، فقد كان يترك أمر توقيع هذا العقاب للمجني عليه أو ذويه. فكلما تمثلت هذه العقوبة في مبلغ من النقود فكان هذا المبلغ يؤول إلى المجني عليه وليس إلى خزانة الدولة وعلى هذا النحو فقد ظهر نظام الدية⁽²⁾. ولذلك فقد كانت مثل هذه العقوبة تعرف بالعقوبة الخاصة، وكانت تستوعب فكرة التعويض ووظيفته⁽³⁾.

وقد حاول التعويض بمعناه الحديث أن يجد له تطبيقات محددة في بعض المسائل المدنية البحتة في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم، ولكن الغلبة كانت دائماً لنظام العقوبة الخاصة. ولم يجد التعويض بمعناه الحديث مكانه كجزء متميز إلا بالفصل بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية الذي ظهرت بوادره الأولى في الشريعة الإسلامية من ناحية، وفيما انتهى إليه فقه القانون الفرنسي القديم من ناحية أخرى، واستقر بصفة نهائية

1- الفترة التي امتدت من القرن الخامس حتى القرن الخامس عشر الميلادي. أنظر محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، (موسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية) ص 19.

2- المرجع نفسه، ص 23.

3- جبار صابر طه، أساس المسؤولية المدنية، (مصر، دار الكتب القانونية، 2010م)، ص 15.

بوضع التقنين المدني الفرنسي عام 1804م. وبذلك أصبحت الوظيفة الوحيدة للتعويض هي جبر الضرر وحسب، وتحددت أحكامه وعناصره بما يتلائم مع هذا الهدف وحده.

وهكذا فقد كان للمسؤولية المدنية وظيفة واحدة على مر العصور، تحولت من العقوبة الخاصة إلى جبر الضرر أو إصلاحه أي إعادة الحال كما هو عليه. على أن هذا الإطار الضيق لوظيفة التعويض المدني الذي يتمثل في فكرة جبر الضرر أدى إلى جمود هذا الجزء وقصوره عن ملاحقة تطورات نظام المسؤولية المدنية التي باتت تأخذ بعين الاعتبار ردع الأخطاء الجسيمة إلى جانب جبر الضرر. وقد أعادت هذه التطورات إلى الأذهان من جديد فكرة العقوبة الخاصة العتيقة. وعلى أثر ذلك قام في الفقه إتجاه ينقب عن وجود العقوبة الخاصة في نطاق نظرية الجزء المدني بأسرها. متجاوزا بذلك مجال جزء المسؤولية المدنية ويرد إليها كل ما لا يمكن رده في نظرية الجزء المدني إلى فكرة التعويض، فضلا عن إطلاقها في نطاق المسؤولية ذاتها لتشكيل التعويض وتعيين مقداره⁽⁴⁾.

وقد كان هذا الإتجاه فاتحه لجهود فقهية تهدف إلى إعادة البحث في أهداف المسؤولية المدنية في المجتمع وتطوير التعويض ليتمكن من تحقيق هذه الأهداف. ولذلك فإن الإتجاه المتطرف وإن لم يكتب له النجاح إلا مهد الطريق أمام إتجاهات أخرى أكثر اعتدالاً تحاول الجمع بين فكرة جبر الضرر وفكرة العقوبة الخاصة - بعد تهذيبها - في تقدير التعويض، أنبعثاً من بعض الظواهر التي عرفها القرن العشرين كظاهرة قيام المسؤولية الموضوعية غير المستندة إلى الخطأ بجانب المسؤولية الخطئية، وظاهرة قيام المسؤولية الجماعية إلى جانب المسؤولية الفردية وما صاحب ذلك من إنعكاس على وظيفة الخطأ ومدى التعويض.

4- محمد حسين على الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1990 م)، ص144.

وهناك إتجاه ملحوظ نحو التأثير بمدى جسامة الخطأ في تقدير التعويض، بحيث يتجاوز التعويض في حالة الغش والخطأ الجسيم ذلك التعويض المعتدل. فالمشرع في كل مرة يضع فيها وسيلة للتخفيف من عبء التعويض، يبطل اعمال هذه الوسيلة في حالة الغش أو الخطأ الجسيم ليصل بالتعويض إلى مرتبة التعويض الكامل. وهذا الإتجاه من المشرع يدعمه إتجاه آخر من القضاء نحو التأثير بمدى جسامة الخطأ عند تقدير التعويض أو عند توزيعه بين المسؤولين أو بين المسؤول والمضروب، وهذا الإتجاه الأخير يمثل حقيقة مؤكدة لم يتنازل عنها القضاء يوماً، وإن كانت سطوة الإتجاه الموضوعي ووظيفة جبر الضرر قد ألبأتها إلى عدم التصريح بها في كثير من الأحيان.

ومن هذا المنطلق أردت أن أتناول في بحثي هذا إمكانية تفعيل الوظيفة العقابية في القانون المدني لكي يكون التعويض وظيفته ردعية وليست جبر الضرر فقط وذلك في حالة جسامة الخطأ.

مثال توضيحي.. إذا أصيب شخص نتيجة دهس سيارة إثر إنزلاقها بسبب هطول المطر، فهنا المتسبب يلزم بتعويض الضرر نتيجة خطأ عادي.

بينما لو تضرر الشخص بنفس الضرر وكان نتيجة تهور السائق وسياقه بسرعة كبيرة داخل المدينة يعتبر خطئه جسيماً.. أو تعمد دهسه .. وهنا نتساءل .. هل سيكون التعويض متساوياً في الحالتين أم لابد من تشديد التعويض لردع من ارتكب الخطأ الجسيم أو العمدي؟

ومن هنا يعد موضوع جسامة الخطأ وأثرها على التعويض واحد من أبرز المواضيع المهمة والحيوية في الدراسات القانونية والتي تقتضي منا طرح المشكلة على النحو المتقدم .
مواجهة بين محورين: محور رأسي ومحور أفقي أو محور قانوني ومحور وضعي.

فأما المحور الرأسي أو القانوني فنواجه فيه تلك الجدلية الملحوظة بين وظيفة جبر الضرر ووظيفة الردع أو الوظيفة العقابية، حيث نستنبط هذا الجدل في القوانين المختلفة ومنها القانون المدني الليبي الذي لم يتناول في نصوص مواده (173، 217، 224، 225) على جسامه الخطأ بل ترك أمر تقدير الضرر مسألة تقديرية لقاضي الموضوع⁽⁵⁾.

وأما المحور الأفقي أو الوضعي فنواجه فيه تقدير التعويض في حالة جسامه الخطأ بين وظيفة جبر الضرر ووظيفة عقاب المسؤول، حيث نبدأ من المسلمات الحديثة للمسؤولية المدنية من حيث تحقيق وظيفة جبر الضرر عن طريق كفالة التعويض وعدالته وتحقيق الوظيفة العقابية عن طريق شخصية التعويض وفرديته في القانون⁽⁶⁾، وما يمكن أن تستتبعه هذه المسلمات من نتائج ومدى حظ هذه النتائج في التطبيق.

ب- أسئلة البحث :

- 1- ما مدى إرتباط مقدار التعويض بجسامه الخطأ في القانون الليبي والشريعة الإسلامية؟
- 2- كيف يقدر التعويض في القانون الليبي والشريعة الإسلامية وفقاً للمعيارين الموضوعي والشخصي؟

ج- أهداف البحث :

يستخلص الباحث أهداف البحث في ما يلي :

- 1- بيان ومعرفة مدى إرتباط مقدار التعويض بجسامه الخطأ في القانون الليبي والشريعة الإسلامية.

5- أنظر نصوص القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، بتاريخ 20 فبراير 1954م، ويعمل به بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

6- أنظر نصوص قانون المدني الليبي. نص المادة (166-167-173-224-225). (مرجع سابق). وأنظر محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، (ليبيا- طرابلس، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط 5، ج 1)، ص 302.

2- توضيح كيفية تقدير التعويض في القانون الليبي والشريعة الإسلامية وفقاً للإتجاهين الموضوعي والشخصي.

د- أهمية البحث :

إن أي شيء يقوم به الإنسان له أهميته التي دفعته للقيام بها، وأهمية موضوع حسامة الخطأ وأثرها على التعويض من المواضيع المهمة في هذا العصر، فهو من المواضيع التي ينبغي التطرق إليها بشكل قانوني دقيق لأنه يحاط بكثير من الغموض واللبس، ومن هنا فسوف نبين الأهمية النظرية والتطبيقية لهذا الموضوع.

1- الأهمية النظرية :

تكمن أهمية الدراسة في الغموض الذي يكتنف فكرة الخطأ الجسيم وتركها تارةً والعمل بها تارةً أخرى من قبل بعض التشريعات بما فيها التشريع الليبي الذي دفع بنا إلى خوض غمار هذا البحث لمعرفة مدى الأخذ بهذه الفكرة عند تقدير التعويض والمعايير التي يمكن الاعتماد عليها لتحديد مكانة الخطأ الجسيم. يضاف إلى ذلك أن عدم وجود دراسات وبحوث تناولت هذه الفكرة مسبقاً، الأمر الذي يجعل منها حقلاً جديداً يمكن أن يشكل الخوض فيه إضافة جديدة إلى الفكر القانوني ويمكن أن يستأنس بها المشرع ويستفيد منها القضاء، وتكمن أيضاً أهميته في كون الدراسة تتطرق لمسائل تتعلق بجانب حيوي من حياة الأشخاص اليومية فيما بينهم، وعلاقتهم بالقانون، حيث أن التعويض عن الفعل الضار يظهر جلياً في المحاكم، إذ إن العمل القضائي المدني دائب في مجال الحكم بالتعويض من جراء الفعل الضار وأن تقدير هذا التعويض هو من سلطة المحكمة التي تتمتع بقدر كبير من الحرية في هذا المجال.

إلا أن هذه العوامل وإن تباينت من عامل إلى آخر فإن القاضي وهو ينظر في الدعوى المرفوعة أمامه سوف يتأثر بها بصورة مباشرة أو غير مباشرة ومن هنا كان إختيارنا

لهذا الموضوع، لأن المحاكم المدنية يجب أن تقبل أي دعوى ترفع إليها وإلا عُد القاضي ممتعاً عن إحقاق الحق، ويجب على المحكمة التي تصدر الحكم بالتعويض أن تقدر هذا التعويض أخذة بنظر الإعتبار جسامة الخطأ بحيث يكون مبلغ التعويض كبير بإمكانه جبر الضرر ومعاقة المخطي به.

2- الأهمية التطبيقية :

إن نطاق دراستنا هو القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية لأنهما يعتبران أساس الموضوع، ومما هو ملاحظ أن المعاملات اليومية تجر ورائها حدوث أخطاء وكما قد تكون هذه الأخطاء بسيطة فأحياناً يقع منها الجسيم، وحيث أن المسؤولية التقصيرية المدنية تكون فيها عقوبة المخطي هي دفع التعويض لجبر الضرر إي لإعادة الحال كما هو عليه فقط، فهذا قد يكون مقبول في حالة ما إذا كان الخطأ بسيطاً أما في حالة أن الخطأ جسيم أو متعمد فإن من وجهة نظر الباحث يكون التعويض ردعي وليس جبر للضرر فقط، لكي يتخذ الناس عظة ويفكر الشخص ملياً قبل أن يفكر بإرتكاب الخطأ للآخرين بدون إكتراث ولا مبالاة، وما المانع من أخذ فكرة ردعية العقوبة من القانون الجنائي وتطبيقها في القانون المدني عندما يكون الغرض الصالح العام وليسود المجتمع الأمان والسلام، ومن هنا أوجز الباحث الأهمية التطبيقية في تطبيق ردعية التعويض في القانون المدني الليبي لردع الأشخاص الغير مسؤولين وحماية الطرف المضرور ليس فقط بإعادة الحال كما هو عليه بل فرض تعويض يفوق الضرر ليشفي غليل المضرور، وهنا في الحقيقة المصلحة تعم على كل الاشخاص لان المخطي اليوم قد يكون مضرور غداً، لدى في النهاية المصلحة تعود على المجتمع لان حماية الشخص هي من حماية المجتمع.

هـ- الدراسات السابقة :

- **الدراسة الأولى :** دراسة للباحثة مسعودة نعيمة إلياس بعنوان (التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة) رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون إلى جامعة أبي بكر بلقايد . تلمسان . كلية الحقوق والعلوم السياسية 2009م.

خلاصة الدراسة: احتوت هذه الدراسة على ثلاثة فصول بالإضافة إلى المراجع والملاحق.

ذكرت الباحثة في الفصل الأول عناصر المسؤولية القانونية في العدول عن الخطبة والتي كان من ضمنها الضرر في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة والعلاقة القانونية بين الخطأ والضرر، وتناولت الباحثة في هذا الفصل كيفية معالجة مسؤولية العدول عن الخطبة وعالجت من خلال المطلب الثاني إتجاهات أحكام القضاء.

أما الفصل الثاني فقد ناقشت الطلاق كمسألة موجبة للتعويض حيث تطرقت من خلال هذا الفصل للطلاق كظاهرة إجتماعية أولاً، كيف كان في المجتمعات القديمة وكيف نظمتها الشريعة الإسلامية، حيث تناولت في المبحث الأول معرفة هذا الحق وحدوده ومتى يكون الرجل متعسفاً في إستعمال هذا الحق كتصرفات موجبة للتعويض، أما في المبحث الثاني تناول سلطة القاضي في تقدير التعويض للطرف المتضرر.

أما الفصل الثالث تطرقت إلى العناصر التي يعتمد عليها القاضي في تقديره للتعويض في المسائل الخاصة بالزواج والطلاق والقيود التي تحكم هذا النوع من الدعاوي، وتناولت في المبحث الأول منه إلى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض في مسال الزواج والطلاق، وفي المبحث الثاني إلى الإجراءات القضائية الخاصة بدعاوي التعويض في مسائل الزواج والطلاق.

أما أسئلة الدراسة كانت كآآتي : ماهي الأضرار المعنوية والمادية التي يسببها الطلاق للزوجة؟ ماهو الفرق بين الأضرار الناجمة من مسائل الزواج والطلاق والأضرار الناجمة عن المسؤولية المدنية؟ ماهي سلطة القاضي في تقدير التعويض في قضايا الزواج والطلاق؟ كيفية التعويض عن الضرر المعنوي؟

أما أهداف الدراسة كانت : التعرف على الأضرار المعنوية المادية التي يسببها الطلاق للزوجة. التعرف على الفرق بين الأضرار الناجمة من مسائل الزواج والطلاق والأضرار الناجمة عن المسؤولية المدنية. التعرف على سلطة القاضي في تقدير التعويض في قضايا الزواج والطلاق. التعرف على كيفية التعويض عن الضرر المعنوي.

منهجية البحث :أأخذت الباحثة المنهج الوصفي التحليلي لدراسة بحثها.

نتائج الدراسة : ضرورة الحد من التعسف من إستعمال الحق الذي منحه الشرع للزوج وهو الطلاق لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالغير. إن ليس كل تصرف يقوم به الزوج إبتجاه زوجته للحد من حريتها يعتبر تعسف ويضر بها يستوجب تدخل القاضي لمنعه من هذا التصرف وإلزامه بالتعويض. خلو التشريع الجزائري من وضع معايير لضبط تقدير التعويض ولم يجعل لطول الحياة الزوجية، ولا لوجود الأطفال، ولا لمكانة الطرف المتضرر، أي إعتبار في تقدير هذا التعويض، وإنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.

الدراسة الثانية :

دراسة للدكتور محمد حسين علي الشامي بعنوان (ركن الخطأ في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمني والفقهاء الإسلاميين). دار النهضة العربية مصر. 1990م.

خلاصة الدراسة : تناول الكاتب الدراسة في محورين، محور تاريخي سرد فيه لمحة تاريخية موجزة عن تطور هذا الركن في القانون الروماني، وفي القانون الفرنسي القديم والقوانين المأخوذة عنه. وكذلك تناول فكرة الخطأ منذ انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية حتى أستقرت تمثل الركن الهام للمسؤولية المدنية في العصر الحديث.

أما المحور التطبيقي أو العملي فتعمد فيه الكاتب إلى بيان موضع الخطأ وأهميته وأصله القانوني في المسؤولية المدنية، وما نالته المسؤولية المدنية من عناية بأحكامها في القانون المدني المصري الجديد، والقانون المدني اليمني، والفقهاء الإسلامي.

وكذلك عالج فكرة الخطأ من حيث بيان صفته عمدي أو غير عمدي، إيجابي أو سلمي، ثم بينا الأخطاء ذات النطاق المحدود بالمشروعية، مع بيان المعيار الذي يقاس به كل نوع من هذه الأنواع.

وتوسع في ركن الخطأ وأهميته في نظام المسؤولية المدنية بطريقة تحليلية مثبتاً وجهة نظره المتمثلة في إمكان حصر فكرة الخطأ واجب الإثبات في نطاق المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، وتحديد العلاقة بين الخطأ ومضمون الالتزام من حيث عبء الإثبات.

وأيضاً تطرق الباحث إلى افتراض الخطأ عن فعل الغير وعن الأشياء وذلك بفكرة افتراض الخطأ قبل متولي الرقابة عنهم تحت رقابته، وكذلك بفكرة افتراض خطأ المتبوع عن التابع.

أسئلة الدراسة : كيفية معالجة ركن الخطأ في المسؤولية المدنية؟ كيفية إثبات الخطأ؟

هدف الدراسة : الدراسة التحليلية المجردة بغية الإسهام بإيداء تصور جديد لأساس المسؤولية المدنية خلال معالجة ركن الخطأ ذاته حصر فكرة الخطأ واجب الإثبات في نطاق

محدد، كل ذلك من خلال ما سيسفر عنه التحليل من المقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي والإستفادة من كل التطورات الحديثة التي لحقت بالمسؤولية المدنية.

منهجية الدراسة: اتخذت هذه الدراسة المنهج المكتبي عن طريق جمع المصادر من الكتب والرسائل العلمية.

نتائج وتوصيات الدراسة: أنهت الدراسة إلى أن أفعال عديم التمييز الضارة بالغير مضمونة بكامل التعويض لأن التعويض متعلق بالذمة المالية وليس عقوبة، ويجب الأداء على متولى الرقابة فإن لم يكن على عديم التمييز متولى للرقابة، فقد أوصت الدراسة: بأن كفيله عامة المسلمين، ويجب أداء التعويض للمضرور من خزانة الدولة. أنهت الدراسة إلى نقد القاعدة القائلة: بأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود، وتوصلت إلى أن الممتنع - امتناعاً مجرداً - عن إنقاذ نفس الغير أو ماله مع القدرة على ذلك يخالف المألوف، ثم أوصت الدراسة بأن الممتنع يجب أن لا ينجو من المسؤولية بما يراه القاضي مناسباً.

أنتهت الدراسة أيضاً. بعد بيان حالة الضرورة. إلى أن أذن الشرع أو القانون بإتلاف مال الغير للضرورة، يرفع العقوبة ولا يسقط الضمان، وأوصت الدراسة بأن على المضطر كامل التعويض، لأنه إنما أتلف مال غيره لمنفعة نفسه. وهذا هو المألوف في ضمان الأموال. أوجه الإتفاق والإختلاف بين الدراسة الحالية والدراسات السابقة:

- 1- تتفق الدراسة الحالية مع الدراسات السابقة في محل الدراسة حيث تناول المواضيع مسألة التعويض في القانون المدني ومدى تأثيره بالظروف الملازمة من وجهة الدراسة القانونية.
- 2- تختلف الدراسة الحالية من حيث مجتمع الدراسة مع الدراسات السابقة حيث تناولت الدراسة الأولى موضوع التعويض في الزواج والطلاق أي في الأحوال الشخصية الجزائري، أما

الدراسة الثانية فكان فحواها على ركن الخطأ في المسؤولية المدنية وكان مجتمع دراسته القانون المصري واليميني، أما دراستنا الحالية مجتمع دراسته القانون الليبي مقارنة بالشرعية.

أهم ما يميز الدراسة الحالية على الدراسات السابقة.

1- أن الدراسة الحالية هي الأولى في ليبيا التي تناولت موضوع ردعية التعويض، وإستنباط قاعدة مدنية من قواعد القانون الجنائي لتطبيقها في المدني، ومقارنة ذلك بالشرعية الإسلامية.

2- قدمت الدراسة صيغ وتوصيات لتطور القانون المدني في مسألة التعويض في حالة الخطأ الجسيم، وكيفية حفظ حق المضرور، وأيضاً ردع ذوي النفوس الضعيفة من الإستهتار بحقوق الغير، وذلك لمعرفة أن التعويض سيكون فقط لإرجاع الوضع كما هو عليه أي جبري وليس تعويض.

و - مصطلحات البحث :

1- **جسامة الخطأ**: هو الخطأ الذي لا يرتكبه إلا شخص مهمل قليل الفطنة والذكاء وعدم الإكتراث.⁽⁷⁾

2- **التعويض**: جاء في كتاب اللغة أن العوض هو البدل، والجمع أعواض، تقول: عضت فلاناً أو عوضته وأعضته: إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، والمصدر العوض، والأسم المعوضة.

ولم تذكر كتب الفقه القديمة لفظ التعويض بعينه. ولكنها أستعملت بدله لفظ الضمان.

وفيما يلي بعض التعاريف المختلفة للضمان:

- الضمان : هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق.

- هو إيجاب مثل التالف إن أمكن أو قيمته، نفياً للضرر بقدر الإمكان.

7- محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام، (مرجع سابق). ص302.

- هو عبارة عن غرامة التالف. (8)

3- القانون المدني الليبي: هو مجموعة من القواعد والأسس التي تعمل على تنظيم المجتمع في ليبيا، وذلك بتحديد حقوق أي شخص وإلتزاماته، حيث يضع الجزاء وكيفية تطبيقه من قبل الحكومة على كل من يخالف القواعد التي وضعت لذلك.

4- الشريعة الإسلامية: هي القواعد والأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى لعباده لتنظيم شؤون حياتهم الدينية والدينية من عبادات، معاملات وغيرها، وبذلك تتحقق لهم السعادة، والإستقرار والعدل. وأحكام هذه الشريعة الإسلامية تأتي من القرآن الكريم ومن سنة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم.

ز- هيكل البحث.

الباب الأول : الإطار العام.

والذي يحتوي علي خلفية البحث، مشكلة البحث، أسئلة البحث، أهداف البحث، أهمية البحث، حدود البحث، الدراسات السابقة، مصطلحات البحث، هيكل البحث.

الباب الثاني : الإطار النظري.

قسمت هذا الباب إلى ثلاثة مباحث، فتناول المبحث الأول بيان مضمون الخطأ وكيفية إثبات جسامته في القانون الليبي والشريعة الإسلامية، أما المبحث الثاني فبينت فيه تحديد جسامه الخطأ في القانون والشريعة، أما المبحث الثالث فكان على أثر جسامه الخطأ

8- محمد محروس سعدوني إبراهيم، الضمان في العقود الفاسدة دراسة فقهية مقارنة، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2010م)، ص

على التعويض في القانون والشريعة وأيضاً تناول هذا المبحث موقف القضاء من جسامه الخطأ وتأثيرها على التعويض.

الباب الثالث : منهجية البحث.

أي باحث يريد البحث عن حل لمشكلة ما، وجب عليه وضع منهجية معينة يسير عليها والتي تتمثل في مصادر البيانات، أدوات جمع البيانات، تحليل البيانات، من هذه الأهمية أختارنا أن يكون الباب الثالث حول بيان المنهجية التي يسير عليها البحث.

الباب الرابع : عرض البيانات وتحليلها.

فهذا الباب يحتوي على عرض البيانات التي قد جمعناها في الباب الثاني، ثم تحليلها بالمنهجية التي وضعناها، لأن أهمية تحليل البيانات مهمة في إستخلاص النتائج الصحيحة ووضع الحلول للمشكلة، إذاً فالتحليل هو بيان ماتم فهمه من البيانات التي تم جمعها. لذا فالباب الرابع سيكون حول عرض البيانات وتحليلها.

الباب الخامس :

الخاتمة، النتائج، والتوصيات، وهذا الباب مهم لوضع الخلاصة النهائية من البحث.

الباب الثاني

الإطار النظري

أ- تعريف الخطأ لغة وإصطلاحاً :

1- تعريف الخطأ لغة: ضد الصواب، قال تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ﴾⁽⁹⁾، وأخطأ الطريق، عدل عنه، وأخطأ الرامي الغرض لم يصبه. وقال الأموي: المخطئ: من أراد الصواب فصار إلى غيره، والخطأى: من تعمد ما لا ينبغي، والخطيئة الذنب على عمد.

2- تعريف الخطأ في الاصطلاح: هو أن يقصد بفعله شيئاً فيصاف فعله غير ما قصده، كما إذا رمى شخصاً ظنه صيداً أو حربياً فإذا هو مسلم.. وهناك تعريفات أخرى قريبة مما ذكر وحاصلها أن الخطأ في الإصطلاح: كل ما يصدر عن المكلف من قول أو فعل خال عن إرادته وغير مقترن بقصد منه وعُرف أيضاً: كل فعل أياً كان يقع من الإنسان ويسبب ضرراً بالغير.⁽¹⁰⁾

3- تعريف الخطأ قانوناً: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".⁽¹¹⁾

ب - تعريف الضرر لغة فقهاً :

1- تعريف الضرر لغة: الضّر والضّر لغتان: فإذا جمعت بين الضر والنفع فتحت الضاد، وإذا أفردت الضر ضمنت الضاد إذا لم تجعله مصدراً، كقولك: ضررت ضرّاً، فكل ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضر بالضم، وما كان ضد النفع فهو بفتح الضاد.

9- القرآن. سورة الأحزاب 33 : الآية 5.

8- أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011م)، ص 67.

9 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام، (دار إحياء التراث العربي بيروت- لبنان)، ص 775.

مثال الأول قوله تعالى : ﴿وَإِنْ يَمَسُّكَ اللَّهُ بِضُرٍّ فَلَا كَاشِفَ لَهُ﴾⁽¹²⁾ ومثال الثاني قوله تعالى : ﴿قُلْ أَتَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ مَا لَا يَمْلِكُ لَكُمْ ضَرًّا وَلَا نَفْعًا﴾⁽¹³⁾.

أ) تعريف الضرر عند الفقهاء المحدثين : المراد بالضرر كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أم عن نقص منافعها أو من زوال بعض أوصافها ونحو ذلك، مما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر.⁽¹⁴⁾

ب) تعريف الضرر عند المعاصرين من فقهاء الشريعة: فقهاء الشريعة المعاصرين لم يتفقوا أيضاً على تعريف الضرر: فقد عرفه بعضهم بأنه: " كل أذى يصيب الإنسان " ومنهم من قال " بأنه خلل " ومنهم من قال " بأن الضرر هو كل عمل غير قانوني نتج عنه ضرر للغير ".⁽¹⁵⁾

2- تعريف الضرر في القانون: فقد عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه: " إخلال بحق أو بمصلحة.⁽¹⁶⁾

وعرفه الدكتور سليمان مرقس بأنه: الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو شرفه أو باعتباره أو غير ذلك.⁽¹⁷⁾

12- القرآن. سورة الأنعام 6. الآية 17.

13- القرآن. سورة المائدة 5. الآية 75.

14 - محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، (دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع)، ص 26.

15- المرجع نفسه. ص 39.

16- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام. (مرجع سابق). ص 854.

17- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني المدخل للعلوم القانونية، (القاهرة، إيريبي للطباعة، ج 1، 1997م). ص 256.

ج - مفهوم الخطأ الجسيم وكيفية إثبات جسامته :

قبل البحث في موضوع تحديد جسامته الخطأ ومن ثم معرفة اثر هذه الجسامته في تقدير التعويض، لابد لنا من تناول موضوع جسامته الخطأ كمفهوم نتيجه من خلال تحديد معنى الخطأ الجسيم، ثم إثباته وتحديد وجوده في نطاق المسؤولية المدنية عموماً .

1- تعريف الخطأ الجسيم في القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية.

أ) في القانون المدني الليبي والقوانين الأخرى

ظهرت فكرة الخطأ الجسيم في أواخر عهد القانون الروماني، حيث كانت التعويضات في هذا القانون تدرج مع جسامته الجريمة وتفاهتها، فيحصل من أصابه ضرر تعويضاً بمقدارها وأهميتها، فقد عرفه الرومان بأنه الإخلال الفاحش بواجب قانوني، وكانوا يلحقونه بالغش وذلك لصعوبة إثبات الغش وللحيلولة دون تظاهر مرتكب الغش بالغباء تخلصاً من جزائه.⁽¹⁸⁾

وعرف الفقه الفرنسي الخطأ الجسيم بأنه (الخطأ الذي يكون ذات جسامته معينة يمكن للقاضي أن يستخلصها من توافر إرادة الاضرار). وهذا التعريف في الوقت الذي لا يوضح معنى الجسامته في مقدمته فإنه يعطي مدلول الخطأ العمد في نهايته.

ويعرفه الفقيه (بوتية) بأنه "عدم بذل العناية بشؤون الغير بصورة لا تصدر من أقل الناس حرصاً واشدهم غباء في شئونهم الخاصة، وهذا الخطأ يتعارض مع مبدأ حسن النية"⁽¹⁹⁾.

والشراح بدورهم أوردوا تعريفات كثيرة للخطأ الجسيم. فقد عُرف بأنه (الخطأ الذي لا يرتكبه أكثر الناس إهمالاً)، أو (القصور عن عناية أقل الناس كفاية وعدم توقع ما يتوقعه الكافة، وعليه فإن مرتكب الخطأ الجسيم لا يمكن أن يكون إلا قليل الفطنة والذكاء وعدم

18- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، (مرجع سابق)، ص 270 272.

19- المرجع نفسه، ص 369.

الإكثراث،⁽²⁰⁾ لأن بإمكان كل شخص توقع نتيجته غير المشروعة. ولذلك قيل بأنه لا يمكن أن يرتكبه إلا شخص غبي. فأختلافه عن الخطأ المعتاد يكون في مدى الأهمال الذي يكون عليه مرتكب الخطأ وهو أمر يقدره القضاء.

لذلك نرى الكثير من الفقه الجنائي يطلق مصطلح الخطأ الجسيم على ما يسمى بالخطأ الواعي بسبب الخلط بينه وبين القصد الإحتمالي نتيجة لما يحمله الفاعل من عدم إكثراث وتوقع لنتيجة الفعل، لهذا قيل بأن الخطأ الجسيم لا يتفق وحسن النية. والمقصود هنا إقترابه من سوء النية وليس توفرها، لأن بتوفرها يتحول الخطأ الجسيم إلى غش.⁽²¹⁾

وحقيقة الأمر أن فكرة الخطأ الجسيم ليست واحدة في التشريعات المدنية الحديثة، فقد يراد بها الخطأ الذي يبلغ حداً من الجسامة على نحو يسمح بافتراض سوء النية لدى الفاعل عند عدم توفر الدليل عليها، وقد يقصد به تارة أخرى الإهمال أو عدم التبصر الذي يبلغ حداً من الجسامة يجعل له أهمية خاصة، ويقصد به أيضاً الإخلال بواجب ثابت محقق لاشك فيه ولا جدل بشأنه، وهو ما يسميه كثير من التشريعات بأنه خطأ عادي لا يتميز عن غيره بشئ.

أما محكمة النقض المصرية فقد عرفت استدللاً بقانون أصابات العمل المصري بأنه (الخطأ الذي يقع من شخص قليل الذكاء والعناية لا يتصور وقوعه إلا من شخص غبي عديم الإكثراث).⁽²²⁾

كما أكدت ذات المحكمة على أن معنى الخطأ الجسيم والخطأ الفاحش واحد، وهو يتضمن وقوع الخطأ بدرجة كبيرة دون أرتقائه إلى مرتبة العمد.⁽²³⁾ ففي قرار لها تقول محكمة

20- محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام، (مرجع سابق)، ص 302.

21- عبد الحكيم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1996م)، ص 17.

22- نقض مدني مصري، موسوعة القانونية الشاملة لدولة مصر، (جلسة 1954/12/9م، رقم 265، لسنة 21ق).

23- قرارها المشار إليه في نفس المرجع السابق. نفس الموضوع حيث تقول محكمة النقض أنه: (لا يبين من المادة الرابعة من قانون إصابات العمل رقم 64 لسنة 1936 ولا من المذكرة التفسيرية أن الشارع عندما أجاز تطبيق قانون آخر خلاف قانون إصابات العمل

النقض بأن (الخطأ الجسيم في معنى المادة الرابعة من قانون إصابات العمل رقم 64 لسنة 1936 والتي تقابلها المادة 42 من القانون 63 لسنة 1964 وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض هو الذي يقع بدرجة غير يسيرة ولا يشترط أن يكون الخطأ متعمداً⁽²⁴⁾ فهو الخطأ غير اليسير⁽²⁵⁾ وجدير بالذكر أن فكرة الخطأ الجسيم قد أنتقلت من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم، وكان أول ظهور لنظرية تدرج الخطأ بخصوص الأخطاء العقدية العمدية، ولكن الفقه عموماً على الأخطاء التقصيرية فأصبحت سائدة منذ أن وجدت من يدعمها ويدعو إلى الأخذ بها لا سيما في الفقه الفرنسي، وعلى وجه الخصوص الفقيه (بوتيه) الذي عرف الخطأ الجسيم بأنه " عدم بذل عناية بشؤون الغير بصورة لا تصدر من أقل الناس حرصاً وأشدهم غباءً في شؤونهم الخاصة، وهذا الخطأ يتعارض مع حسن النية".⁽²⁶⁾

لقد نبذ القانون الفرنسي هذه الفكرة بإجماع الفقه الحديث. كما تركها الفقه والقضاء المعاصرين لكونها تعتمد معياراً شخصياً قابلاً للإجتهد والتأويل دون اعتمادها معياراً موضوعياً مستقراً. بل إن غموض هذه الفكرة يتأتى من خلال غياب المعيار الدقيق لجسامة الخطأ. لذلك اختلف الفقهاء في تحديد معنى الجسامة⁽²⁷⁾ كما أننا نرى من الشراح⁽²⁸⁾ من يذهب إلى القول بأنه لما كان الخطأ هو إخلال بواجب قانوني فإن استخدام إصطلاح الخطأ الجسيم والخطأ اليسير لم يكن دقيقاً، لأن التفاوت والتدرج ليس في الخطأ ذاته وإنما في الواجبات التي يتم الإخلال بها. فالإخلال بواجب جوهري يعني إخلالاً أكثر جسامة من

= قد ميز بين الخطأ الفاحش والخطأ الجسيم مما يدل على أن مؤداهما في هذا الخصوص واحد وإن معناهما يتضمن وقوع الخطأ بدرجة غير يسيرة ولا يشترط أن يكون هذا الخطأ متعمداً.

- 24- نقض مدني مصري، موسوعة القانونية الشاملة لدولة مصر، (رقم 808، لسنة 44ق).
 25- نقض مدني مصري، موسوعة القانونية الشاملة لدولة مصر، (جلسة 28 / 6 / 1988م، رقم 2230 و 2283، لسنة 51 ق).
 26- أنظر محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص 369-371.
 27- عبدالسلام التونسي، المسؤولية المدنية مسؤولية الطبيب في القانون المقارن، (بنغازي، الشركة العامة للنشر والتوزيع والإعلان)، ص 274.
 28- سليمان مرقس، الوافي الفعل الضار، (مرجع سابق)، ص 263-264.

الإخلال بواجب ثانوي، وبذلك فإن أهمية هذه الواجبات هو المعول عليه في بيان مدى هذا التفاوت، مما يعني أن العبرة بقيمة ما يحدثه هذا الإخلال من ضرر، لا سيما وأن من الممكن خطأً جسيماً أن لا يحدث أي ضرر أو يحدث ضرراً بسيطاً. لذا فإن ما يؤخذ بنظر الإعتبار هو قيمة الضرر الكامل.

ورغم كل ذلك فإن مصطلح الخطأ الجسيم عاد إلى الظهور في الكثير من التشريعات، وذلك بالنص عليه في بعض القوانين كقانون إصابات العمل وقانون الولاية على المال المصريين وكذلك قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات العراقي رقم 52 لسنة 1980م المعدل وقانون النقل العراقي رقم 80 لسنة 1983.

ويلاحظ بأن فكرة الخطأ الجسيم في القوانين المعاصرة ليست فكرة واحدة. فقد يقصد بها الخطأ الذي يبلغ حداً من الجسامة يسمح بافتراض سوء نية الفاعل حيث لا يتوفر الدليل عليها. وقد يقصد بها الأهمال وعدم التبصر الذي يبلغ حداً من الجسامة مما يجعل له أهمية خاصة⁽²⁹⁾. وهذه الأهمية تقترب بالخطأ الجسيم من الغش رغم إختلافها عن بعضها من حيث توفر الإرادة المتجهة بقصد إحداث الضرر في حالة الغش في حين لا نجد لها في حالة الخطأ الجسيم الذي يعد من الأخطاء غير العمدية ولكنه يتصدرها من حيث كونه أكثرها جسامة⁽³⁰⁾.

وفي الوقت الذي خلا فيه القانون المدني الفرنسي من قاعدة قانونية مباشرة تلحق أو تشبه الخطأ الجسيم بالغش حيث أدى ذلك إلى إثارة جدل في هذا الخصوص، فإن محكمة النقض الفرنسية أشارت في حكم لها بتاريخ 15/يونيو/1959م إلى أن (الغش وحده أو

29 - مصطفى العوجي، القانون المدني المسؤولة المدنية، (بيروت، بحسون للنشر والتوزيع، ج 2، ط 1، 1996م)، ص 272.

30- جبار عبد الخالق إبراهيم، فكرة الخطأ الجسيم وقانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات، (بحث منشور بمجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية، السنة 44، العدد 3-4، 1998م)، ص 299-300.

الخطأ الجسيم الذي إرتكبه الطرف الذي يتمسك في سبيل التنصل من التزامه بشرط المذكور⁽³¹⁾.

أما القانون المدني الليبي لم يفرد تعريف للخطأ الجسيم، حيث ذكر في المادة (173) منه إنه " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة...." هنا المشرع لم يفسر أو يوضح ماهي الظروف الملائمة وهل يدخل من ضمنها الخطأ الجسيم أم لا وأن يدخل فما هو الخطأ الجسيم في نظر المشرع الليبي؟. رغم أن ذكر الخطأ الجسيم في المادة (224 فقرة 2) من نفس القانون والتي فحواها " ومع ذلك إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد" إذا هنا يُفهم من نص المادة أن القانون الليبي أدرج الخطأ الجسيم من ضمن الأخطاء التي يستحق المتعاقد التعويض عنها في حالة توافرها، ولكن في نفس الوقت لم يحدد او يعرف ماهية الخطأ الجسيم لكي تعند به المحاكم .

من خلال ما عرضناه حول ظهور فكرة الخطأ الجسيم وبعض التعريفات المحددة لمفهومه فقد لاحظنا أن هذه التعريفات تركز في مضمونها على أن الخطأ الجسيم هو ما يقع من الشخص العيبي أو قليل الفطنة أو الذكاء، وهي تعريفات نعتقد أنها لا تعطي مدلول الحقيقي للخطأ الجسيم وبالتالي لا نصل إلى فهم واضح لفكرة جسامة الخطأ. فعلى رغم من عدم وضوح هذه الفكرة وصعوبة وضع ضوابط محددة لها، إلا إن واقع الأمر يفرض علينا أن ننظر إلى مدى الجسامة وأثرها في تحديد مدلول الخطأ الجسيم. فإذا ما أخذنا هذا الأمر بنظر الاعتبار فإن التعريفات المذكورة وما يصب في نطاقها لا يعطي المعنى الحقيقي لهذا الخطأ.

Abdel. Salam Muzughi. Le Declin Des D'exoneration de Responsabilite Sous - 31
Linfluence de L'ordre Public Nouveau Labrairie Generale de Droit et de Jurisprudence
Paris - 1981. No - 267 P. 80

فمن الممكن أن يصدر خطأ جسيم من شخص إعتيادي، بل وحتى ذكي. ففي الكثير من الحالات اليومية هناك من الناس من يتصفون ليس فقط بالذكاء والفتنة بل بالكياسة والوقار وتراهم يقعون في أخطاء جسيمة تجعل الأشخاص الآخرين يتساءلون عن كيفية حصولها من قبل مثل هؤلاء الناس. ولكنها تقع بالفعل، وهذا ما ينفي إفتراض حصر حصول الخطأ الجسيم بقليلى الفتنة والذكاء فقط. وعليه فإن التعرف الذي يمكن أن نضعه للخطأ الجسيم هو أنه (الخطأ الذي لا يتطلب إلا قدرًا قليلاً من الاحتياط لتلافيه لسهولة إدراكه أو لما يحدثه من نتيجة يمكن توقعها أو لكليهما معاً).

فالخطأ الجسيم، كما هو معروف، أحد أنواع الخطأ تدرجاً، ونظراً لما يجعله من وصف فإن على الأشخاص أن محتاطوا من إرتكابه لسهولة إدراكه وإمكانية توقع نتيجته ولما يتركه من آثار، أو كليهما معاً، أي توقع الحدوث وإمكانية تصور طبيعة النتيجة.

والمقصود بالأثر هنا ليس فقط الضرر، أي ما يتعلق بالمضور، بل بالنسبة للمسؤول أيضاً حيث تقوم مسؤوليته إتجاه المضور مما يعني أيضاً وجوب تقدير خطورة إرتكابه من قبل المسؤول أو أي شخص آخر. وهذا الأمر يرتبط بطبيعة الحال بأثبات صدور مثل هذا الخطأ أولاً حتى يمكن الحديث عما سببته من أثر

(ب) في الفقه الإسلامي.

وفي الفقه الإسلامي عرف جسامة الخطأ بالخطأ الفاحش وعُرف: " بأنه الخطأ الذي يقع عن إهمال كان يمكن الإحتياط منه أو الحذر من النتائج ولم يفعل"⁽³²⁾

ومثلوا له بخطأ الطبيب الذي يشق رأس فتاة شقاً غير معتاد ولا يجيزه مهرة الأطباء فنترتب على ذلك وفاة المريضة فإن الطبيب يضمن بخلاف ما إذا كان الشق بإذن، وكان معتاداً، ولم يكن فاحشاً خارج الرسم فإن الطبيب لا يضمن لأنه راعي ما يراعيه الحذاق من أهل المهنة.

32- محمد حسين على الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الإسلامي، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1410هـ-1990م)، ص101.

ويتخرج من هذا المثال أربع مسائل أساسية:

الأولى: مشروعية المعالجة المأخوذة من قول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم: (تَدَاوُوا فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ لَهُ دَوَاءً، غَيْرَ دَاءٍ وَاحِدٍ الْهَرَمُ)⁽³³⁾.

الثانية: أن يكون الطبيب من أهل الخبرة المجازين للمهنة من قبل الدولة فإن لم يكن كذلك وتطب دون علم كاف وجب عليه الضمان لقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم: (أَيُّمَا طَبِيبٍ تَطَبَّبَ عَلَى قَوْمٍ، لَا يُعْرِفُ لَهُ تَطَبُّبٌ قَبْلَ ذَلِكَ فَأَعْنَتَ فَهُوَ ضَامِنٌ)⁽³⁴⁾ ووجه الدلالة من الحديث، واجب العلم والدراية قبل ممارسة المهنة.

الثالثة: أن يكون من المأذون لهم بممارسة المهنة من قبل الدولة، ومن قبل المريض⁽³⁵⁾ فإن لم يكن كذلك وجب عليه الضمان، ومثال ذلك: لو فصد الفصد صبياً فمات فإن ديته على عاقلة الفصد، ولو فصد الفصد نائماً وتركه حتى مات بسيلا نه فإنه يقاد منه⁽³⁶⁾ ووجه الضمان على العاقلة في الحالة الأولى أن القتل خطأ، أما القود في الحالة الثانية فلوجود قصد القتل.

الرابعة: أن على الطبيب أن يعمل ما يعمل الخذاق في مثل مهنته بكل رفق وتبصر، وأصل هذا الواجب ما أخرجه أبو داود عن سليمان ابن عبدالرحمن بسنده إلى أم عطية الأنصارية: أن امرأة كانت تحتن بالمدينة فقال لها النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (إِذَا

33- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، (المحقق: محمد محيي

الدين عبد الحميد، باب: في الرجل يتداوى، بيروت، المكتبة العصرية، ج 4، حديث رقم (3855)، ص3.

34- المرجع نفسه، (باب: فمن تطب بغير علم فأعنت، ج 4، حديث رقم (4587)، ص195.

35- إلا في حالة ضرورة القضاء على الأمراض المعدية، فيجوز إرغام المريض على الحجر الصحي والمعالجة، لأن الضرورات تبيح المحظورات، قال الإمام ابن حزم: لا ضمان على من قطع أكلة، أو خلع ضرساً شديداً الألم بغير إذن صاحبه إذا كان لا يرجح البرئ إلا بالقطع، وكان الألم يقطع صاحبه عن الصلاة، ومصالح أمور، فهذا تعاون على البر والتقوى، أنظر: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، (بيروت، دار الفكر، ج10، مسألة رقم 2047)، ص444.

36- أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، (دار الفكر)، ص204.

خَتْنَتِ فَلَا تَنْهَكِي، فَإِنَّ ذَلِكَ أَحْظَى لِلْمَرْأَةِ، وَأَحَبُّ إِلَى الْبُعْلِ⁽³⁷⁾ ويبدو أن وجه الدلالة من الحديث هو: وجوب الرفق بإعتبار أن الطب نعمة فلا ينقلب إلى نقمة بالإفراط أو التفريط.

فإذا توافرت هذه الشروط ولم تتحقق النتيجة فإن الطبيب لا يضمن وتطبيقاً لذلك: لو قال المريض للكحال⁽³⁸⁾ داو بشرط أن لا يذهب البصر فذهب، لا يضمن - كذلك لو شرط الجراح على نفسه الضمان فقال: إن مات المريض من الجراحة فأنا ضامن، ومات المريض، فإن الجراح لا يضمن⁽³⁹⁾.

وفي تقديرنا أن مثل هذا الشرط لا يقول به طبيب عالم، وإنما أورده الفقهاء من قبيل التأكيد على أن الطبيب لا يضمن تحقق الشفاء وإن أشترط عليه لأن أعمال الطبيب لا تتقيد بشرط السلامة.

وتطبيقاً لذلك: فإن الفصاد والبزاع، والحجام، والختان لا يضمنون بسراية فعلهم إلى الهلاك إذا لم يجاوزوا الموضع المعتاد والمعهود المأذون فيه.. ولو شرط عليهم العمل السليم عن السراية بطل الشرط إذا ليس في وسعهم ذلك⁽⁴⁰⁾

وهذا ما يفسر إلتزام الطبيب بأنه إلتزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة وأنه لا يسأل إلا إذا أخطأ ومثال ذلك: (وَأَمَّا الطَّيِّبُ وَمَا أَشْبَهَهُ إِذَا أَخْطَأَ فِي فِعْلِهِ، وَكَانَ مِنْ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي النَّفْسِ، وَالِدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِيمَا فَوْقَ الثُّلُثِ وَفِي مَالِهِ فِيمَا دُونَ الثُّلُثِ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ فَعَلَيْهِ الضَّرْبُ، وَالسَّحْنُ، وَالِدِّيَّةُ، قِيلَ: فِي مَالِهِ، وَقِيلَ:

37- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، (المحقق: محمد عبد القادر عطا، باب: السلطان يكره على الاختان أو الصبي، لبنات، دار الكتب العلمية، ج 8، 1424 هـ - 2003 م، حديث رقم (17559))، ص561.

38- يعني طبيب العيون.

39- الطرابلسي الحنفي، معين الحكام، (مرجع سابق)، ص204.

40- أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي، مجمع الضمانات، (دار الكتاب الإسلامي)، ص47.

عَلَى الْعَاقِلَةِ⁽⁴¹⁾ ومفاد هذا القول أن الطبيب يضمن أيا كان الخطأ يسيراً أو فاحشاً وهو ما نميل إليه لأن الخطأ فعل غير معتاد لا يأتيه طبيب حاذق ببذل كامل العناية بشئون مرضاه.

2. إثبات جسامه الخطأ.

بعد أن تعرفنا على ماهية جسامه الخطأ ومفهوم الخطأ الجسيم لا بد لنا من أن نعرض على موضوع إثبات جسامه الخطأ من خلال تناول مسألة عبء الإثبات أولاً والسلطة التي تمتع بها القاضي في إثبات جسامه الخطأ ثانياً.

أ) عبء الإثبات.

لقد كانت جدور الخطأ الشخصي جذوراً دينية وأخلاقية عززت شعور الإنسان بمسؤوليته، فكان ضمير الإنسان هو الذي يحرك هذا الشعور قبل أن يعرف بموضوع الفصل بين المسئوليتين الجنائية والمدنية. بل كان الإنسان يحاسب عن كل فعل ضار لا تبيحه المبادئ والقيم الاخلاقية والدينية، فكان مبدأ الثواب والعقاب حاضراً حتى بدء الدعوة الإسلامية التي اكدت هذا الاتجاه. فقد جاء في الآية الكريمة ﴿مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ﴾⁽⁴²⁾ وقوله تعالى: ﴿أَلَا تَرَىٰ وَازِرَةً وَّرَرَ أُخْرَىٰ﴾⁽⁴³⁾.

وفي هذا الصدد يقول القرابي في الفروق أن (أَسْبَابُ الضَّمَانِ ثَلَاثَةٌ فَمَتَى وُجِدَ وَاحِدٌ مِنْهَا وَجِبَ الضَّمَانُ، وَمَتَى لَمْ يُوَجَدْ وَاحِدٌ مِنْهَا لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ)⁽⁴⁴⁾ وهذه الأسباب هي عقد، ويد، وإتلاف⁽⁴⁵⁾.

41- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (القاهرة، دار الحديث، ج 4، 1425هـ - 2004م)، ص18. أحمد فتحي بھني، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، (القاهرة، مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع، ط 2، 1389 هـ 1969م)، ص181.

42 - القرآن. سورة النساء 4 : الآية 123.

43 - القرآن. سورة النجم 53 : الآية 38.

44- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرابي، الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، (عالم الكتب، ج 4)، ص27.

45- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، (دمشق، دار الفكر، ط 2، 1998م)، ص63.

أما المعنى الخاص للإثبات عند الفقهاء فهو "إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة، تترتب عليها آثار شرعية".

ويفهم من هذا أن الإثبات أحكام شرعية فلا يجوز إقامة الحجة أمام القضاء على حق أو واقعة إلا بالوسائل التي بينها الشريعة الإسلامية بالنص أو بالإجماع أو بالإستنباط، أما ماعداها من الطرق الملتوية فلا يجوز إثبات الحقوق بها.

هذا ووسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية منها ما هو متفق عليه كالإقرار والشهادة واليمين، ومنها ما هو مختلف فيه كالقرائن والكتابة.⁽⁴⁶⁾

والإثبات رادع للإدعاءات الكاذبة أو الضعيفة أو المجردة، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم "لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ".⁽⁴⁷⁾

وأساساً فإن الفقه الإسلامي لا يأخذ بفكرة الخطأ في التصرفات الفعلية، كما أنه لا يستوجب أن يكون الضرر ناتجاً عن إعتداء، وهذا راجع إلى أن الشريعة الإسلامية إعتبرت الضرر علة وسبباً للتضمنين، فحيثما توجد العلة تترتب المعلول⁽⁴⁸⁾.

وبعد بروز إتجاهات فقهية جديدة أخذ الشراح يميزون بين نوعي الخطأ، ومنه الخطأ الموجب للتعويض الذي ظهرت منه درجات بسبب التمييز بين ما يعد خطأ عمدياً وآخر غير عمدي، فترسخت فكرة المسؤولية المبنية على الخطأ مما يجعل الأهتمام ينصب على كيفية إثباته حتي قيل بالقاعدة المعروفة في الإثبات البينة على من إدعي، والمقصود هنا من يدعي

46- محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات والاحوال الشخصية، (دمشق، مكتبة البيان، 1402هـ)، ص219. الموسوعة الفقهية الكويتية صادره عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (الكويت، دار السلاسل، ج6، 1404 - 1427 هـ)، ص171.

47- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، (المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: اليمين على المدعي عليه، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج3، حديث رقم 1-1711)، ص1336.

48 - محمد كاظم العطار، نحو قانون مدني عربي، (رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، منشورات وزارة الثقافة والفنون، دار الحرية للطباعة بغداد، 1978م)، ص679.

خلاف ذلك الظاهر⁽⁴⁹⁾. فالأصل أن طرفي الخصومة يتساويان بصورة مطلقة فيما يتعلق بعبء الإثبات في المسائل المدنية، ولا يكون هناك دور كبير للقاضي لإثبات الحقيقة إلا عندما يتعلق الأمر بالنظام العام، وهو أمر استثنائي⁽⁵⁰⁾ فيمكن أن يقع عبء الإثبات على أحد الخصمين سواء كان المدعي أو المدعي عليه. وحق المدعي بإثبات الخطأ هو حق إجرائي متفرع من مباشرة الدعوي القضائية التي ترفع أمام المحكمة للمطالبة بالتعويض. وهو حق في جانبه وواجب عليه أيضاً تفرضه النصوص القانونية. إذن، فالقاعدة المشار إليها أصبحت هي الأصل. فمن يدعي نشوء حق له يقع عليه عبء إثباته والمقصود هنا هو إثبات توافر أركان المسؤولية التقصيرية الثلاثة وإقامة الدليل بوجود ضرر أصابه من خلال إثبات واقعة أو عدة وقائع تشكل خروجاً من المسؤول، بسلوكه هذا عن سلوك الشخص المعتاد⁽⁵¹⁾. وان يثبت ان الضرر الواقع كان نتيجة مباشرة لهذا الخطأ.

ويمكن للمدعي إثبات أركان المسؤولية الثلاثة بكافة طرق الإثبات. دون استلزام أثباتها بالكتابة، لأنها ليست من التصرفات القانونية التي يوجب المشرع إثباتها بهذه طريقة حصراً.

وأستبعد القانون الليبي الأخذ بالمذهب القديم في الإثبات والذي يطلق عليه مذهب الإثبات المطلق، حيث يمنح هذا المذهب السلطة المطلقة للقاضي في تسيير الدعاوي وفقاً لتقديره وبما يراه مناسباً للوصول للحقيقة. والسبب هو أن هذا المذهب لا يوفر الإطمئنان للخصوم، بل يترك مصير الدعوى مرتبطاً بالسلطة التقديرية المطلقة للقاضي، وهذا لا يتفق مع متطلبات توفير الإطمئنان لدى الخصوم عند المثول امام القضاء⁽⁵²⁾.

49- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، (عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2، 1999م)، ص 66.

50- عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقهاء، (الإسكندرية، منشأة المعارف)، ص 40.

51- سليمان مرقس، الوافي الفعل الضار، (مرجع سابق)، ص 893.

52- عدنان طه الدوري، أحكام الإلتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، (ليبيا، طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، ط 1، 1991)، ص 243.

وقد أخذ بمذهب الإثبات المقيد. وبموجب هذا المذهب " يقتضي أن يعين القانون وسائل إثبات الوقائع القانونية تعييناً دقيقاً وان يحدد لكل منها قيمتها، فلا يجوز بعد ذلك للخصوم أن يثبتوا حقوقهم بغير هذه الوسائل ولا يملك القاضي أن يجعل لأيهما قيمة أكثر أو أقل مما حدده القانون لها. فهذا يسلب القاضي سلطة التقدير المطلقة، ويجعل موقفه من الدعاوي موقفاً سلبياً، تقتصر فيه مهمته على تقدير ما يتقدم به الخصوم من ادلة قانونية فيحكم بمقتضى ذلك" (53). بهذا لم يجعل القانون الليبي مهمة القاضي جمع الأدلة، بل أن مهمته في ذلك تقتصر على تلقي الأدلة كما يقدمها الخصوم، ويتولى هو تقدير هذه الأدلة مراعيّاً في ذلك قواعد القانون المعمول بها في إجراءات التقاضي.

وبما ان الانسان برىء الذمة أصلاً وانشغالها هو الاستثناء، لذا فمن يدعي بواقعة تخالف الأصل عليه عبء إثباتها. لأنها تخالف الظاهر، أي ما هو مألوف وموافق لطبيعة الأشياء، والمألوف بطبيعة الحال براءة ذمة الإنسان وهذا هو الأصل (54)، وهذا ما أشارت إليه المادة السادسة من قانون الإثبات العراقي. وحيث أن العبرة بما يطلبه المدعي فإن المحكمة تتقيد بطلبه الذي على ضوئه يتحدد إختصاصها. والمقصود هنا هو ما يطلبه وقت رفع الدعوى. وعليه فإن حكمها يجب ان يلزم حدود الطلب المقدم إليها فلا تقضي بأكثر من ذلك. كما لا يمكن لها أن تقيم المسؤولية على خطأ لم يدعه المدعى (55) وإذا لم يقدم الشخص دليل إثباته فليس للقاضي أن يقر بأحقية ادعائه (56).

وما دام الأمر كذلك فإن على المدعي أن يحدد الخطأ الذي كان وراء الضرر الذي أصابه متي كان الخطأ هو أساس المسؤولية، والشخص الذي يقف وراء حدوثه. وفي الوقت الذي لا تستطيع فيه المحكمة أن تنتحل ضرراً لم يقله المدعي فإن قوله به يعني إلزامه بأثباته.

53- محمد علي البدوي الأزهرى، مصادر الالتزام، (مرجع سابق)، ص303.

54- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، (عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 1999م)، ص201.

55- نقض مدني مصري، موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 479، لسنة 29ق، 1967/6/22م).

56- توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية. (بيروت، دار الجامعة، 1980م)، ص21.

فمن يدعي إصابة ذراعه بطلق ناري أذي إلى كسرها عليه إثبات حصول هذا الكسر من ذلك الفعل بجميع وسائل الإثبات، ومنها تقديم التقارير الطبية الخاصة بالحالة، وكذلك إثبات خطأ المدعي عليه الذي كان وراء حصول الإصابة ليتبين للمحكمة طبيعة الدعوى وأطرافها⁽⁵⁷⁾.

ففي حكم للمحكمة العليا الليبية جاء فيه (إن المسؤولية التقصيرية لا تترتب قانوناً إلا إذا كان الضرر نشأ عن خطأ. وقاضي الموضوع هو الذي يستخلص ثبوت هذا الخطأ من جميع عناصر الدعوى، ولا معقب عليه من محكمة النقض متى كان إستخلاصه سائغاً وله أصل ثابت بالأوراق)⁽⁵⁸⁾. فعلى المحكمة أن تتحقق من توافر أركان المسؤولية التقصيرية، فرغم أن المدعي يتقدم بدعواه محدداً الضرر والخطأ وكل ما هو مطلوب تقديمه، إلا إن تقدير الوقائع التي يطرحها المدعي وكذلك المدعي عليه وتقدير التعويض المناسب هو من مهمة قاضي الموضوع دون معقب عليه مادام أنه إستند في ذلك على ما تحتويه الدعوى من مستندات وما رافقها من ظروف⁽⁵⁹⁾.

وإلتزام القاضي بما يجعله الدعوى من مستندات وظروف لايلغي مايجب أن يكون عليه دوره الإيجابي في الإثبات، وهذا الدور مقيد باحترام حقوق الدفاع. فالسلطة التي تمنحها التشريعات للقاضي لتمكنه من استكمال الأدلة بحثاً عن الحقيقة إنما تضعه أمام جوهر عمله. وهو من أجل أداء هذا العمل يلجأ إلى كل السبل الممكنة من أجل الوصول إلى

57- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، (مرجع سابق)، ص 80-82.

58- طعن مدني ليبي، موجز المبادئ القانونية، (رقم 36/20ق، المجلد الثاني، جلسة 1990/12/3م). ص 794. وطعن مدني مصري، موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 859، لسنة 57، جلسة 1990/3/22م).

59- طعن مدني ليبي، مجلة المحكمة العليا، (رقم 38/71ق، السنة 22، العدد 3 و4، مايو/سبتمبر 1992م، جلسة 1992/3/13م)، ص 127. وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية (إن إستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع مادام هذا الإستخلاص سائغاً). نقض مصري، موسوعة القانونية الشاملة، رقم 183. لسنة 55ق، جلسة 1989/1/15م.

هدفه المتمثل في إصدار حكم عادل. فقد يقوم بتكليف أي شخص للمثول أمامه ولو دون طلب من الخصوم لغرض تأدية شهادته أو تقديم شيء ما كدليل في الإثبات⁽⁶⁰⁾.

فاذا ما قدم المدعي بينة قانونية لاثبات دعواه فيجب أن تكون هذه البينة معتبرة وإلا لا يصح الاستناد إليها في الحكم.

وأكثر ما تبدو الصعوبة عليه هو إثبات الخطأ العمدي الذي يعد أكثر الأخطاء جسامة، فلا يكفي تكيف الفعل بأنه خطأ بصورة مجردة، بل لابد من البحث في نفسية الفاعل⁽⁶¹⁾.

ومن هنا تظهر أهمية تحديد من يقع عليه عبء الإثبات من الناحية العملية بالنسبة للقاضي وكذلك الخصوم. فالقاضي لا يمكن أن يقر بأحقية شخص في إدعائه دون أن يقدم الدليل على ذلك، وهو أمر قد لا يكون سهلاً بالنسبة للمدعي. فهناك الكثير من المدعين من أصحاب الحقوق من يخسر دعواه بسبب عدم قدرته على تقديم الدليل المقنع للمحكمة، وربما رغم توافره لديه. وهو أمر تناولته الشريعة الإسلامية وأشار إليه الرسول الكريم (ﷺ) فقد روي عنه قوله : (إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَيُّكُمْ فَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَحِيهِ بِشَيْءٍ فَلَا يَأْخُذُ بِهِ؛ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ)⁽⁶²⁾.

ويشار في هذا الصدد إلى إن الكثير من الناس من يخسر دعواه لعدم سلوكه الطريق الذي رسمه القانون أو أنهم أخطئوا في ذلك. فالحق وعدمه سواء عندما لا يكون هناك دليل

60- سعيد خالد علي الشرعي، حق الدفاع أمام القضاء المدني، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس القاهرة، 1997م)، ص 273.

61- توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات، (مرجع سابق)، ص 24.

62- أبو بكر عبد الله بن الزبير بن عيسى بن عبيد الله القرشي الأسدي الحميدي المكي، مسند الحميدي، (تحقيق : حسن سليم أسد الدارزي)، باب : أحاديث أم سلمة زوجة النبي صلى الله عليه وسلم، سوريا، دار السقا، ج 1، 1996م، حديث رقم (298)، ص 308.

يثبته. والدليل من دون إجراءات يتبعها الخصم ويلتزم بها القاضي لا يعدو أن يكون إلا أمراً لا يحقق لصاحبه نفعاً أو فائدة.

وإذا كان إثبات عنصر الخطأ يقع على المدعي فإن أمر تقدير طريق الإثبات يعود لقاضي الموضوع الذي يرجع إليه كذلك أمر تقدير علاقة السببية بينه وبين الضرر دون معقب عليه طالما أن تقديره قد أستخلصه من ظروف الدعوى ومستنداتها. أى متى ما كان استخلاص المحكمة للخطأ وعلاقة السببية سائغاً⁽⁶³⁾. وفي ذلك تقول المحكمة العليا الليبية (من المسلم به أن تعيين طرق الإثبات، وبيان متى يجوز استعمال كل منها وتحديد كل طريق منها، من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض، غير أنه متى قبل القاضي طريق الإثبات الذي رسمه القانون وفي الوضع الذي اجازته فيه فإن تقدير مبلغ اقتناع القاضي بالدليل يعتبر من المسائل الموضوعية التي لا تعقيب لمحكمة النقض عليها متى كان ما استنبطه سائغاً ومقبولاً)⁽⁶⁴⁾.

ومع ذلك وفي ظل هذه السلطة الواسعة لمحكمة الموضوع فإن مسألة تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف يخضع لرقابة محكمة النقض⁽⁶⁵⁾. ففي قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه إن : (تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل التي يخضع قضاء محكمة

63- نقض مصري، موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 464 لسنة، 3، جلسة 21/21/1971م).

64- طعن مدني ليبي. (رقم 15/42 ق، 1969/1/25م). وطعن مدني ليبي، (رقم 183 لسنة 55 ق، 1989/1/15م). مشار إليهما عمر عمرو، المجموعه المفهرسة لكافة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا بالجمهورية الليبية المبادئ الجنائية، (طرابلس، دار مكتبة النور، ج 3، القسم الأول)، ص 266.

65- طعن مدني مصري، موسوعة القانونية الشاملة. (طعن رقم 1444، لسنة 60 ق، جلسة 27/12/1990م). ونقض مدني مصري، موسوعة القانونية الشامل، (طعن رقم 1632، لسنة 54 ق، جلسة 9/4/1987م).

الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض. أما استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع⁽⁶⁶⁾.

ولكن ومع أن تكييف موضوع الدعوى هو من حق المحكمة في ضوء الأدلة والوقائع المتحصلة والمادة القانونية المنطبقة. كذلك عدم إلزامها بالتكييف الذي يراه أطراف الدعوى⁽⁶⁷⁾ إلا أن واقعة الدعوى مسألة قانونية يجتهد فيها القاضي لتطبيق القانون، وخضوعه لمحكمة التمييز أو النقض أمر محتم. وهذا ما يطبق أيضاً على تقدير المحكمة للظروف المسببة لوقوع الحادث، حتى وأن ارتبطت هذه الظروف بالمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء.

وقد يتكون الخطأ من عدة وقائع مجتمعة متماسكة وعليه تؤخذ هذه الوقائع بجملتها دون التفريق فيما بينها لتفي وصف الخطأ⁽⁶⁸⁾، لأن المسؤولية المدنية تقوم حيث يوجد أي خطأ، دون التفريق بين خطأ الإهمال وخطأ العمد⁽⁶⁹⁾. وعليه فإن عبء إثبات الخطأ وجسامته أمر موكول إلى المدعي. فإذا ما كان إثبات الخطأ من واجب المدعي فإن عليه إثبات جسامته، إذ ليس من المعقول تكليف غيره بذلك، لا سيما وأن المدعي عليه يستطيع إثبات نفي الخطأ عنه بأثبات السبب الأجنبي، وفي عبء الإثبات ينتقل من طرف لآخر حسب رجحان قوة قرائنه⁽⁷⁰⁾ وكما يقول الأستاذ السنهوري: (يتقاذف الخصمان الكرة، كل

66- النقضان المديان المصريان، موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 3157، لسنة 59 ق و 2053، لسنة 56 ق، جلسة 1992/6/21م، جلسة 1992/5/28م). وطعن جنائي ليبي، مجلة المحكمة العليا. (رقم 26/168ق، السنة 23، العدد 5، جلسة 1979/10/16م)، ص 458.

67- أنظر طعن جنائي ليبي، المجموعه المفهرسة، مرجع سابق، (رقم 18/87 ق. 1971/11/16م)، ص 257. والنقضين المدينين المصريين، موسوعة القانونية الشاملة، (رقمي 60. 27 لسنة 56 ق، 2759 لسنة 59 ق، جلسة 1991/7/24م، و جلسة 1990/4/22م).

68- عادل حمزة شبيب منصور، مسؤولية الشخص الاعتباري التفسيرية في القانون الوضعي مقارنة بالشريعة الإسلامية، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1994م)، ص 257.

69- سليمان مرقس، الوافي الفعل الضار، (مرجع سابق)، ص 449. ومصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، (مرجع سابق)، ص 272-273.

70- نقض مدني مصري، موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 1889، لسنة 55 ق، جلسة 1991/4/1م).

منهما يدفعها إلي صاحبه، إلى أن يعجز أحدهما عن ردها، فتسقط من يده، ويسجل على نفسه الخسارة⁽⁷¹⁾.

ويتفق هذا القول مع ما قرره المحكمة العليا الليبية من أن القانون المدني الليبي المادة (376) يتفق والشريعة الإسلامية باعتبارها أن عبء الإثبات لا يرتبط بمعرفة من هو المدعي ومن هو المدعي عليه، بل بطبيعة مزاعم الخصوم في الدعوى⁽⁷²⁾.

ويشار هذا إلي أن المدعى عليه يستطيع ان لا ينتظر إثبات المدعي لدعواه، بل له ان يبادر إلى قطع الطريق عليه بنفي الخطأ قبل إثباته، مع ما يتمتع به عندما يكون هناك شك في ثبوت الخطأ فيأتي تفسير هذا الشك لمصلحة⁽⁷³⁾.

ومن الممكن ان يثبت المدعى خطأ المدعى عليه عن طريق الإقرار. ولو كان هذا الإقرار ضمناً⁽⁷⁴⁾. فإقرار المدعى عليه بخطئه يعني أنه قد أثبت وجود هذا الخطأ الأمر الذي سيؤدي إلى إعفاء خصمه من تقديم الدليل. خصوصاً أنه لا يستطيع الرجوع عن إقراره. والمقصود بالإقرار هو الإقرار المتوافرة أركانه والمحددة وفقاً للتشريعات النافذة. أي ان يكون هناك إقرار من قبل الخصم بواقعة قانونية مدعى بها أمام القضاء⁽⁷⁵⁾. تقول المحكمة العليا الليبية بهذا الخصوص أن (الإقرار كما عرفه الفقه والقضاء هو إقرار شخص في مجلس

71- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، آثار الإلتزام، (القاهرة، دار النهضة العربية، ج 2)، ص 84-85.

72- طعن مدني، مجلة المحكمة العليا، (رقم 18/84ق، جلسة 1972/6/6م). ص 74.

73- سليمان مرقس، الوافي الفعل الضار، (مرجع سابق)، ص 449.

74- عبد السلام المزوغي، المسؤولية التقصيرية، (بنغازي، الدر الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، 1993م)، ص 223.

75- عرفت المادة (396) من القانون المدني الليبي الإقرار بأنه (أعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك اثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة) ويطابقها نص المادة (103) من قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968م. أما الفقرة الأولى من المادة (1354) من القانون المدني الفرنسي فقد نصت على أنه (الإقرار القضائي هو أعتراف الخصم أمام القضاء بنفسه او بمن فوضه في ذلك تفويضاً خاصاً). والنص الفرنسي يعطي نفس مدلول التشريعات العربية إلا أنه أشتمل على جواز الإقرار من الشخص ذاته أو من يفوضه تفويضاً خاصاً وهو نص يشابه نص المادة (546) من المشرع التمهيدي للقانون المدني المصري التي أشارت إلى النيابة الخاصة قبل تعديلها لتكون كما هي عليه أعلاه. للمزيد من التفاصيل راجع د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط الإثبات آثار الإلتزام، (مرجع سابق، ج2)، ص 471-513.

القضاء بالحق المدعى به أو بواقعة مؤثرة فيه قاصداً بذلك إعفاء خصمه من إقامة الدليل عليه في صيغة تفيد ثبوت الحق المقربه على سبيل الجزم واليقين⁽⁷⁶⁾.

ومن الجدير بالذكر ان الشريعة الإسلامية أشارت إلى موضوع الإقرار، فقد جاء قوله تعالى : ﴿ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذٰلِكُمْ إِصْرِي ۗ قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَأَشْهِدُوا ۗ وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ ﴾⁽⁷⁷⁾، إضافة إلى ذلك ما جاءت به الكتب الفقهية والتشريعات التي استمدت نصوصها من الفقه الإسلامي وأحكامه، كما هو الحال بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية التي تضمنت نصوصها قواعد فقهية معروفة منها (الأصل براءة الذمة) و (اليقين لا يزال بالشك)⁽⁷⁸⁾.

وتأخذ مسألة اثبات جسامه الخطأ في بعض القوانين أهمية بالغة يتحدد على ضوءها تحديد المراكز القانونية لاطراف العلاقة. فالمادة (76) من قانون العمل المصري تعطي الحق لرب العمل بأنهاء العقد بإرادة المنفردة في حالة ارتكاب العامل خطأ جسيم وحرمانه من مكافأة مدة الخدمة دون حاجة للجوءه إلى القضاء⁽⁷⁹⁾.

ب) سلطة القاضي في مجال إثبات جسامه الخطأ :

لقد أشار وزير العمل الفرنسي في منشور الصادر في 1950/3/22م إلي وجوب ترك مسألة توافر الخطأ الجسيم إلي السلطة التقديرية لقضاة الموضوع⁽⁸⁰⁾، كما أكد القضاء أيضاً على استخلاص الخطأ وتكليفه بأنه خطأ جسيم أو نفي هذا الوصف عنه يدخل في

76- طعن مدني، (رقم 17/8ق)، مشار إليه عمرو. المجموعة المفهرسة. (ج 4، القسم الأول، جلسة 1971/4/20م)، مرجع سابق. ص18-19.

77- القرآن. سورة آل عمران 3 : الآية 81.

78- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، (صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، سوريا، دار القلم، ج 1، 1409هـ - 1989م)، ص105.

79- أحمد شوقي محمد محمد عبد الرحمن، الخطأ الجسيم للعامل وأثره على حقوقه الواردة في قانون العمل. (القاهرة، مؤسسة الخليج العربي، 1988م). ص 31-32.

80- عبد الباسط محمد محمد عبد المحسن، الإضراب في قانون العمل دراسة مقارنة. (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة)، ص 745.

حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع والتي تخضع بهذا الخصوص لرقابة محكمة النقض⁽⁸¹⁾.

وفي نطاق الإثبات عموماً فإن القاضي المدني المختص يتمتع بقدر معين من الحرية في الإثبات محددة بحدود فرضها المشرع، وهو إتجاه وسط يتيح للقاضي دوراً في مجال هذا المجال. فلا يكون دوره إيجابياً إلى الحد الذي يجعل من هذا الدور نشيطاً في توجيه خصوم واستكمال مانقص من الأدلة، كما هو الحال في المذهب الحر أو المطلق، ولا دور سلبياً كما هو الحال بالنسبة للمذهب القانوني المقيد، حيث يكون دور القاضي كمتلقي لأدلة الإثبات.

فالمشرع الفرنسي وكذلك المصري والعراقي والليبي سار كل منهم على هذا النهج، فمن واجبات القاضي إعطاء المدعى الحرية الكافية لتقديم أدلته وفقاً لما يحدده القانون، والسماح له بإثبات ما يمكن إثباته قانوناً، ومن ثم يأتي دوره لتقدير قيمة ما قدمه من أدلة، وإعطاء القاضي للمدعي هذا الحق، الذي يعد واجباً عليه يقابله ما يجب أن يعطى للخصم من حق إثبات العكس، على أن لا يعطي القاضي الفرصة لأي منهما أو للغير بتعطيل حق كل طرف بتعنت أو سوء نية⁽⁸²⁾.

وعلى ضوء ذلك يكون عبء إثبات الخطأ في المسؤولية التقصيرية على من يدعي، وقوعه لكي تقوم هذه المسؤولية، فالأصل فيها، بوجه عام، أن تناط بخطأ، وبذلك فإن عبء إثبات الخطأ، أياً كانت درجته، بما فيها الخطأ الجسيم، تقع على المضرور وهو الدائن، وفقاً للقاعدة العامة في الإثبات (البينة على من إدعي)⁽⁸³⁾.

81- أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة. (المرقمة 2230 و 2283 لسنة 51 ق و 1758 لسنة 50 ق و 68 لسنة 49 ق، جلسة 28-6-1982م، و جلسة 17.5.1984م، و جلسة 1984/2/7م).

82- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط الإثبات آثار الإلتزام، (مرجع سابق، ج 2)، ص 30-36.

83- وهبة بن مصطفى الزُّحَيْلِي، الفِئَةُ الإسلاميَّةُ وأدلتُّه، (سوريَّة، دار الفكر، ج 8)، ص 5986.

وإثبات الخطأ، كما اسلفنا، يكون بكافة طرق الإثبات بما فيها الكتابة وشهادة الشهود والقرائن. ففي حكم لمحكمة إستئناف بنغازي في ليبيا يتعلق بتطبيق المادتين (38 و 39) من لائحة معاشات الضمان الاجتماعي والذي يدور حول إثبات سوء السلوك الجسيم للمصاب تقول: (يستوجب أن يثبت بالتحقيقات التي تجري في شأن الحادث...) (84).

وقاضي الموضوع هو الذي يستخلص ثبوت الخطأ من جميع عناصر الدعوى. المقصود هنا إثبات الخطأ بعنصره المادي والمعنوي، وإذا كان خطأ المسؤول مفترضاً فما هو الحال بالنسبة لمسؤولية حارس الأشياء فإنه يكفي بافتراض الخطأ دون الحاجة لإثباته، ودون البحث عن كونه عمدياً أم غير عمدي، أو إنه يسير أو جسيم، إلا إذا كان هذا الاحتياط ملحوظاً أم لا، كما هو الحال بالنسبة لحارس الحيوان عند وضعه له في مكان أو بطريقة يغلب معها توقع الضرر (85).

ورغم أن بحث الدلائل والمستندات المقدمة إلى القاضي تقديماً صحيحاً وموازنة بعضها ببعض الأخر، وترجيح ما يُطمئن إليه واستخلاص واقعة الدعوى تقع ضمن اختصاص قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة العليا (86)، باعتبار أن المحكمة هي التي تمتلك سلطة تقدير الدليل، إلا أن تقدير جسامة الخطأ يجب أن يخضع فيها محكمة الموضوع لهذه الرقابة لما لتحديد هذه الجسامة من أثر في تحديد مدى المسؤولية المدنية التي تصل إلي أقصاها عند معاملة الخطأ الجسيم بالغش، وهو أمر نجده في الكثير من التشريعات (87). خصوصاً عندما تكون هذه الجسامة معياراً للخطأ كما في حالة تحديد خطأ

84- الدائرة المدنية الأولى. الإستئنافان المرقمان 99. 93 و 113 / 93 جلسة 1993/10/31، أشار إليهما عمر إبراهيم حسين،

إصابات العمل في القانون الليبي. (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة بيروت، 1998م)، ص 249.

85- سعيد عبد السلام، التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي والفقه الإسلامي والدول العربية، (الاسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، 1990م، ص 200. وأنظر كذلك طعن جنائي ليبي، مجلة المحكمة العليا، (رقم 168 / 23 ق، السنه 1، العدد 2، جلسة 1977/5/17م)، ص 194.

86- طعن مدني ليبي، قضاء المحكمة العليا الإتحادية، (رقم 11/30 ق، المجلد 3، جلسة 1966/12/17م)، ص 275.

87- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص 98.

القاضي المهني⁽⁸⁸⁾ ولا يلاحظ على هذا القول أي تناقض مع ما أستقر عليه قضاءً، من حيث أن إستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، يستند القاضي في ذلك إلي ما تقدم له من أدلة يستخلص منها الدليل الذي يطمئن إليه وجدانه⁽⁸⁹⁾.

ورغم أن محكمة النقض المصرية تؤكد أن (تقدير جسامة الخطأ يعتبر من المسائل الواقعية التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع)⁽⁹⁰⁾ إلا أن هذا الأمر لا يبدو مطلقاً، بل حدده من خلال إشتراطها أن يكون الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى⁽⁹¹⁾. وهذا يعني في نهاية المطاف خضوع محكمة الموضوع إلي رقابة المحكمة العليا فيما يتعلق بالاستخلاص، ومن باب أولى تأكيد هذا الخضوع إذا ما رافقه تحديد جسامة الخطأ. لأن القاضي إذا ما أدخل جسامة الخطأ في تقدير التعويض فإنه يكون قد أدخلها كعنصر من عناصر التعويض. وعليه فإن المحكمة الأعلى هي المختصة بالتدقيق⁽⁹²⁾، وملاحظة ما إذا كان القاضي قد أدخل في التعويض عناصر لا يجوز أن يشملها، أو أنه إستبعد عناصر كان يجب أن يشملها⁽⁹³⁾. وفي هذا الإطار يؤكد البعض⁽⁹⁴⁾ على ضرورة خضوع محكمة الموضوع لرقابة المحكمة العليا عند تكييفها للخطأ لأنه وصف قانوني من قاضي الموضوع

88- علي بطرس، سلطة محكمة الموضوع في وصف الخطأ المهني الجسيم، (مجلة إدارة قضايا الحكومة، القاهرة، السنة 1، العدد 2، 1957م)، ص 98.

89- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني. (القاهرة، دار النهضة العربية، ط2، 1981م)، ص 575.

90- النقضان المدنيان المصريان، موسوعة القانونية الشاملة. (الرقمان 1163 لسنة 51 ق، و1601 لسنة 51 ق، جلسة 5-3-1985م، وجلسة 23-4-1985م).

91- نقض مدني مصري، موسوعة القانونية الشاملة. (رقم 262، لسنة 42 ق، جلسة 29/6/1976م).

92- أحمد الخليلشي، المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، (المغرب، مكتبة المعارف، 1982م)، ص 357. وسعيد عبد السلام، التعويض عن ضرر، مرجع سابق، ص 198.

93- مقدم السعيد، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، (بيروت، دار الحداثة للطباعة والنشر، ط1، 1985م)، ص 253 254.

94- عبد المنعم عبد العظيم جيره، التنظيم القضائي في ليبيا، (بنغازي، منشورات جامعة قارونس، 1973م)، ص 114.

لوقائع معينة. وعلى القاضي أن يعرض في حكمه الوقائع التي أستند عليها في تقديره للخطأ ومدى جسامته.

أما في الشريعة الإسلامية فهنا سلطة القاضي في إثبات الخطأ منوطة بعلمه والمقصود بعلم القاضي هو علمه بوقائع الدعوى وأسباب ثبوتها⁽⁹⁵⁾ كما لو سمع القاضي رجلاً يعترف لآخر بأن له في ذمته مائة دينار أو سمع رجلاً يقول لزوجته أنت طالق ثلاثاً. وقد اختلف الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه حال ولايته للقضاء أو قبلها، حيث قال الحنفية والمتقدمون من الحنفية، للقاضي أن يحكم بعلمه في وقائع الدعوى وأسباب ثبوتها شريطة أن يكون هذا العلم قد حصل أثناء ولايته للقضاء.

أما قضاء القاضي بعلمه الذي اكتسبه قبل ولايته للقضاء فقد منع أبو حنيفة ومعه المتقدمون من الحنفية، وأجازوه الصاحبان من الحنفية والشافعية- في المشهور- عندهم وأحمد في رواية. وأستدل أبو حنيفة على الجواز بأدلة القائلين بالجواز مع تخصيصها بأدلة المنع في حال علمه قبل ولايته أو خارج مكان قضائه، قوله الله تعالى: (يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوْمِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ)⁽⁹⁶⁾ وقوله تعالى: (يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوْمِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ)⁽⁹⁷⁾.

د- تحديد جسامة الخطأ.

تتطلب مسألة تحديد جسامة الخطأ البحث في موضوعين يرتبط مع بعضها البعض لنصل من خلالها إلى الهدف المنشود.

أول هذه المواضيع هو ما يتعلق بعناصر الخطأ الجسيم أما الموضوع الآخر الذي سنبحثه فهو معيار تحديد جسامة الخطأ.

95- محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات، (مرجع سابق)، ص 580.

96- القرآن: سورة النساء: 4: الآية 125.

97- القرآن: سورة المائدة: 5: الآية 8.

1- عناصر الخطأ الجسيم :

لما كان الخطأ هو إخلال بالتزام قانوني⁽⁹⁸⁾ وإن الأصل هو قيام المسؤولية التقصيرية عندما يتوافر هذا الخطأ فإن الفاعل يُسأل عن خطئه متى كان يشكل إنحرافاً عن سلوك الشخص العادي⁽⁹⁹⁾، سواء كان هذا الإنحراف يسيراً أو جسيماً وقد وصل الأمر إلى إبقاء أثر المسؤولية في بعض الحالات حتى وإن كان الخطأ مما لا يمكن تفاديه من قبل الرجل العادي، خصوصاً في ظل أنظمة التعويض الحديثة، ومنها نظام التأمين من المسؤولية. لأن خطأ طفيفاً يمكن أن يؤدي إلى ضرر جسيم، والعكس صحيح، فما دام الإنحراف، من حيث وجوده، واحداً في كل من الخطأ اليسير والخطأ الجسيم، فإن المسؤولية المدنية تقوم بغض النظر عن موضوع الجسامة. ومادام أن كليهما لا يصدران من الشخص العادي فإن عناصرهما تبقى واحدة أيضاً، لأن عناصر الخطأ بشكل عام، هي عناصر أي خطأ وبأي درجة كان، كما إنها تبقى مطلوبة في جميع أنواع الخطأ بما فيها الخطأ العمد أيضاً.⁽¹⁰⁰⁾

أن الخطأ في المسؤولية العقدية يقترب في معناه من الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية. فمعناه في المسؤولية العقدية إخلال بالتزام عقدي، والالتزام هنا يعني أما التزم بتحقيق غاية أو بذل عناية.

أما في المسؤولية التقصيرية فالغالب أن الالتزام هو الالتزام ببذل عناية، ماعدا حالات ذات طبيعة خاصة.⁽¹⁰¹⁾ فعلى الشخص أن يلتزم اليقظة حتى لا يُسبب ضرراً للغير، فإذا ما انحرف في سلوكه عن السلوك الذي عليه أن يتخذه فإن ذلك يعد خطأ منه تقوم بسببه

98- منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، (عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج1، ط3، 1995م)، ص345.

99- محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام، (مرجع سابق)، ص 294.

100- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1992م)، ص494.

101- كالمسؤولية عن الأشياء والمسؤولية عن مضار الجوار. للمزيد من التفصيلات حول المسؤولية عن الأشياء راجع أياضاً عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقاتها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، 1979م-1980م).

مسؤوليته التقصيرية.⁽¹⁰²⁾ ووفقاً للمسؤولية المدنية فإن كل خطأ، مهما قل شأنه يعطى الحق لمن وقع عليه للمطالبة بتعويض الضرر الذي يسببه.⁽¹⁰³⁾ وعلى العموم ووفقاً للقواعد العامة فإن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقدير الوقائع التي تُنسب إلى المدعي عليه وهذا ما يتفق والقواعد العامة للمسؤولية المدنية، لكن مسألة تكييفه لهذه الوقائع واعتبارها خطأ وتحديد جسامة هذا الخطأ يخضع فيها لرقابة محكمة النقض، أياً كانت طبيعة هذا الخطأ عقدياً أم تقصيرياً.⁽¹⁰⁴⁾

وتبدو فكرة الخطأ الجسيم في نطاق المسؤولية العقدية أكثر وضوحاً منها في المسؤولية التقصيرية إذ أن الخطأ الجسيم انحراف شديد في السلوك مقروناً بتوقع الفاعل أو إمكانية توقعه احتمال حصول الضرر لو بذل من الحرص ما تستوجبه الظروف من الشخص العادي، حيث يؤدي هذا الانحراف الشديد في السلوك إلى زعزعة الرابطة العقدية حيث يعتبر من قبيل الأمور غير المتوقعة عند التعاقد، فالذي يتوقعه المتعاقدان هو تنفيذ الالتزامات بحسن نية في هذه المرحلة، فإذا اخل احدهما بالتزامه فإنما يخل بأمر توقعه عند التعاقد وهو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه أو تنفيذه على نحو معيب، أما إذا تجاوز المتعاقد سلوكه استهتاراً، ذلك فانه يكون قد أساء بسلوكه إلى درجة غير متوقعة بحيث يعد واضحاً مخالفاً بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.⁽¹⁰⁵⁾

أما فيما يخص المسؤولية التقصيرية فنجد أن القاضي أحياناً يأخذ بعين الاعتبار جسامة الخطأ عند تقدير التعويض هادفاً من ذلك بث روح الجزاء في التعويض وذلك لردع

102- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام. (لبنان، دار إحياء التراث العربي، المجلد الثاني). ص 1083.

103- حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، (القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1957م)، ص 59.

104- أحمد شوقي محمد محمد عبد الرحمن، الخطأ الجسيم للعامل، (مرجع سابق)، ص 76.

105- آياد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الأشياء، (مرجع سابق)، ص 76.

الفاعل إضافةً لجبر الضرر، وهو ما يمكن قوله أيضاً بحق المسؤولية العقدية خاصة في نطاق مسؤولية الناقل البحري والجوي.⁽¹⁰⁶⁾

وهكذا يتمثل اثر هذه الفكرة في نطاق المسؤولية المدنية في تجاوز الفكرة الأساسية التي تقوم عليها المسؤولية المدنية والمتمثلة بجبر الضرر إلى فكرة ردع مرتكب الضرر، وهو ما يطلق عليه اسم التعويض الجزائي في نطاق المسؤولية المدنية. وهذه الفكرة سوف تكون محور البحث في الباب الرابع من الرسالة إن شاء الله .

يمكننا تقسيم عناصر الخطأ الجسيم إلى عنصرين هما العنصر المادي وهو التعدي، والعنصر المعنوي أي الإدراك.
أ) العنصر المادي (التعدي).

حتى لو افترضنا أن الناس ميالون إلى احترام بعضهم البعض إنطلاقاً من رغبة الانسان في حماية حقه واحترامه لحق الغير، فإن تضاد المصالح والرغبة في الاستحواذ على أكبر قدر ممكن من المنافع أدى إلى لجوئه إلى طرق تخرجه عن الطريق المألوف في التعامل مما يعني إنحرافاً في سلوكه، وهذا الانحراف يؤدي بطبيعة الحال إلى وجود الخطأ⁽¹⁰⁷⁾.

ويأتي التعدي في الشريعة الإسلامية كتعبير عن الظلم وتجاوز حقوق الآخرين. وفقهاء المسلمون لم يشترطوا لضمان الضرر أن يكون هذا الضرر ناتجاً عن إعتداء بل أن المسؤول عنه ملزم بضمانه سواء وقع منه إعتداء أو لم يقع.⁽¹⁰⁸⁾ وأيضاً لا ينظرون من حيث المبدأ إلى شخص المتعدي مميزاً كان أو غير مميز، وإنما ينظرون إلى الفعل ذاته فإن كان مألوفاً فلا ضمان، وإن كان غير مألوف تعلق الضمان بالذمة المالية لمن أحدثه، وهذا النظر يعني

106- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط مصادر الالتزام، (مرجع سابق)، ص1084.

107- محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام، (مرجع سابق)، ص 293-294.

108- سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر عام 1975م، القاهرة، مكتبة المجلد العربي، ط 1985م)، ص 228-229.

القاضي في البحث والتنقيب في شخصية الباحث وإمكاناته الذهنية، ولذلك فإن التعدي يقاس بمعيار موضوعي مجرد عن كل ظرف شخصي والضابط هو المسلك المعتاد⁽¹⁰⁹⁾ وفي هذا المعنى حدثنا العز بن عبد السلام في قاعدة الجواب والزواج: (فِي الْجَوَابِ وَالزَّوْجِ الْجَوَابِ مَشْرُوعَةٌ لِجَلْبِ مَا فَاتَ مِنَ الْمَصَالِحِ، وَالزَّوْجُ مَشْرُوعَةٌ لِذَرِّ الْمَفَاسِدِ، وَالغَرَضُ مِنَ الْجَوَابِ جَبْرُ مَا فَاتَ مِنْ مَصَالِحِ حُقُوقِ اللَّهِ وَحُقُوقِ عِبَادِهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْجَبْرُ آثَمًا، وَكَذَلِكَ شَرَعَ الْجَبْرُ مَعَ الْخَطَأِ وَالْعَمْدِ وَالْجَهْلِ وَالْعِلْمِ وَالذِّكْرِ وَالنِّسْيَانِ، وَعَلَى الْمَجَانِينَ وَالصَّبِيَّانِ)⁽¹¹⁰⁾ وقالت المجلة " أَتَلَفَ صَبِيٌّ مَالَ غَيْرِهِ يَلْزَمُ الضَّمَانُ مِنْ مَالِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ يُتَنَطَّرُ إِلَى حَالِ يُسْرِ وَلَا يَضْمَنُ وَلِيَّهُ. " ⁽¹¹¹⁾

والسلوك المنحرف أما أن يأتي نتيجة لفعل وجب تركه أو ترك ما وجب فعله.⁽¹¹²⁾ فالإنحراف بالسلوك قد يأتي من فعل إيجابي كأصابة شخص برصاصة، كما قد يأتي نتيجة فعل سلبي مناطه الإمتناع عن القيام بأعمال معينة كما هو الحال في حالة الإمتناع عن إغاثة طفل يغرق في الوقت الذي يكون فيه الممتنع قادراً على إنقاذه.

لقد إستلزم هذا الأمر من المشرع تحديد بعض الواجبات التي يعد الإخلال بها خطأ والنص عليها في تشريعات كل دولة ليكون قيام المسؤولية المدنية نتيجة طبيعية لمخالفة هذه النصوص. كما هو الحال بالنسبة لعدم إحترام أنظمة المرور التي تلزم السائقين توفير مستلزمات السلامة والأمان في سيارتهم كأضاءتها ليلاً واستخدام الواقيات خلف الإطارات وعدم تجاوز السرعة المحددة. أو عند عدم إستحصال العاملين في المطاعم على الشهادات

109- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، (القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، ف 18، 1960م)، ص 19.
110- أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسطان العلماء، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد. (القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، ج 1، 1414 هـ - 1991م)، ص 178.
111- لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية. مجلة الأحكام العدلية. المحقق: نجيب هوويني. (أرام باغ كراتشي، نور محمد كارخانہ تجارت کتب، ج1، ص 177.
112- محمد الزين، المسؤولية التقصيرية، (محاضرات ملقاة على طلبة كلية الحقوق بالجامعات التونسية، 1999-2000م)، ص 8.

الصحية التي تعد من الشروط الواجب توافرها لغرض إجازة العمل في مثل هذه الأماكن. وكذلك في حالة البناء على أرض الغير أو إتلاف ماله.

ومع وجود مثل هذه النصوص فإن تحديد الواجبات القانونية ومحاولة حصرها لا يبدو أمراً ممكناً. وهذا يعني أن هناك الكثير من الواجبات القانونية التي لم يوردها المشرع في نصوصه بشكل مباشر إلا أن الإخلال بها يعتبر خطأً موجباً للمسؤولية في الظروف العادية. بينما يمكن أن تكون علي غير ذلك في ظروف أخرى غير عادية كاختلاف مدى هذه الإلتزامات نقصاً أو زيادة، كما هو الحال بالنسبة لتحديد سرعة السير في الظروف الإعتيادية التي لا تكون كذلك في حالة سقوط المطر أو إنخفاض الرؤيا، ولهذا فإن عدم إلتزام السائقين بهذه الواجبات يُعد إخلالاً بالتزام مفروض عليهم بموجب القانون.⁽¹¹³⁾

إن عدم وجود النص المحدد للواجبات القانونية يجعل من أمر تحديدها مُنطاً بالقاضي، فهو الذي يطلق الصفة غير المشروعة على الأفعال التي يقوم بها الإنسان إستناداً إلى طبيعة الحق المحمي قانوناً، وفيما إذا كانت هذه الأفعال تحدث ضرراً بالغير من عدمه، على إعتبار أن إستلزام وجود الضرر أمراً لازماً لقيام المسؤولية التقصيرية.⁽¹¹⁴⁾

فلا يكفي لقيامها أن يقع الخطأ، بل يجب أن يكون هناك ضرر قد نشأ عن هذا الخطأ.⁽¹¹⁵⁾

لقد حاول الكثير من الفقهاء تحديد الواجبات التي لا تحتاج إلى نصوص لإعتبار الإخلال بها موجباً. للمسؤولية مستنبتين ذلك من المبادئ العامة للقانون، كما فعل الفقيه الفرنسي (ييلانيول) الذي حدد الإلتزامات العامة بأربعة هي:⁽¹¹⁶⁾

113- سليمان مرقس، الواجب الفعل الضار، (مرجع سابق)، ص 189-190. والمزوجي آخرون، المسؤولية التقصيرية، (مرجع سابق)، ص 163-164.

114- مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، (مرجع سابق)، ص 263.

115- طعن مدني ليبي، مجلة المحكمة العليا. (رقم 20/73، العدد 7، جلسة 13/4/1975م)، ص 802.

- 1- الأمتناع عن إستعمال القوة نحو الأشياء والأشخاص.
 - 2- الإمتناع عن الغش.
 - 3- الإمتناع عن كل فعل يقتضي قدرة أو مهارة لا يملكها الشخص بالدرجة اللازمة.
 - 4- رقابة الشخص الكافية للأشياء الخطرة التي يحوزها أو التي في حراسته وكذلك الأشخاص الذين تقع عليه رقابتهم.
- أن المتسبب بذات الفعل أو الترك الضار تقع عليه المسؤولية التقصيرية سواء كان متعمداً أو مقصراً، حسن القصد أو سيئه. فيكفي مجرد وقوع التقصير أو الترك لقيام هذه المسؤولية⁽¹¹⁷⁾. وعليه فإن الفعل المسبب للضرر يمكن أن يكون قصدياً كما أن يكون غير قصدي.
- ويكون الفعل قصدياً عندما يأتي بإرادة محدثة التي تتجه لإحداث ضرر بالغير، أي أن المتسبب قد فكر بهذا العمل ونفذه قاصداً إحداث النتيجة الضارة كالتعدي على حق الغير في سلامة جسده أو إتلاف ماله.
- أما الفعل غير القصدي فإنه يُحدث ضرراً بالغير ولكن من دون إنصراف إرادة المتسبب لإحداث الضرر، كأن يأتي نتيجة عدم تبصر أو قلة احتراز أو إهمال.
- وكما بينا سابقاً، فمثلما يقع الإثبات على الدائن في المسؤولية العقدية حيث هو المسؤول عن إثبات اخلال المدين بالتزامه التعاقدية، فإنه في نطاق المسؤولية عن الأعمال الشخصية القائمة على خطأ واجب الإثبات يقع عبء الإثبات على المضرور، أي إثبات أن

= 116- مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، (مرجع سابق)، ص 263.

117- نقض مدني مصري، موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 15، لسنة 7 ق، جلسة 1937/12/16م).

الضرر قد وقع بسبب خطأ المسؤول.⁽¹¹⁸⁾ وكذلك إثبات جسامته بإعتبار أن الجسامة وصف تتبع الموصوف وهو الخطأ.

وإذا كان من مسلمات الأمور أن الفعل غير المشروع يوجب المسؤولية، فإن هذا الأمر قد يستبعد في بعض الحالات فيكون مجرد توافر الفعل المحدث للضرر سبباً لقيام المسؤولية. فقد قضت المحكمة العليا الليبية بأنه: (لما كانت الدعوى مقامة على أساس المسؤولية التقصيرية على اعتبار توافر أركان هذه المسؤولية من خطأ وضرر ورابطة بينهما فإنه ليس بلازم أن يكون الفعل الذي نجم عنه الضرر عملاً غير مشروع أو معاقباً عليه قانوناً ويكفي لتوفر الخطأ أن يقوم المسؤول تقصيراً بالفعل المؤدي للضرر مع معرفة نتائجه مسبقاً فيكون ما يقدم عليه خطأً مدنياً يرتب في ذمته التزاماً لتعويض المضرور عما ألحق به من ضرر فعلي طبقاً للمادة (166) من القانون المدني ولا يمكنه التخلص من هذه المسؤولية والأعفاء من التعويض إلا في الحالات التي نصت عليها المادة (168) منه من حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير...⁽¹¹⁹⁾

وهناك من الحالات التي ينتفي فيها وصف عدم المشروعية لإباحتها من قبل المشرع من خلال نصوص القانون المدني بعد ما كان قد أُبيحت من خلال نصوص القانون الجنائي.⁽¹²⁰⁾

ومن هذه الحالات حالة الدفاع الشرعي، التي تستلزم لكي يكون الشخص غير مسؤول عن الضرر الحاصل للغير أن يكون في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله أو

118- السنهوري، الوسيط مصادر الإلتزام، (المجلد الثاني، مرجع سابق)، ص 1093.

119- طعن مدني ليبي، مجلة المحكمة العليا. (رقم 31/28 ق، إبريل يوليو 1987م، السنة 23، العدد 3 و4، السنة 68، جلسة 1985/4/22م).

120- محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام، (مرجع سابق)، ص 295 وما بعدها. والسنهوري، الوسيط مصادر الإلتزام، (المجلد الثاني، مرجع سابق)، ص 1094. وسليمان مرقس، الواقي الفعل الضار، (مرجع سابق)، ص 282 وما بعدها.

عن نفس الغير أو ماله، على أن تتوافر الشروط التي تستدعي ذلك، وهي وجود خطر حال محقق، وإن الإعتداء المراد دفعه حال أو وشيك الحلول.⁽¹²¹⁾

ومن الحالات الأخرى التي ينتفي فيها وصف الفعل بعدم المشروعية هي حالة قيام الموظف بفعل غير مشروع أصلاً تنفيذاً لأمر صادر له من رئيسه، ففعله هذا مهما بلغ من الجسامه فإنه يعد مشروعاً بالنسبة له.

والحالة الأخرى هي حالة الضرورة، التي لا تنفي المسؤولية عن المتسبب في الضرر بشكل كامل⁽¹²²⁾.

ب) العنصر المعنوي (الإدراك).

إن معرفة الشخص لطبيعة فعله وتمييزه لما هو نافع وغير نافع أمر يحسمه مدى إدراكه أو تمييزه لأفعاله وتحديد ما يشكل منها انحرافاً من عدمه، إذ لا مسؤولية بدون تمييز. وهذه قاعدة استقرت التشريعات عليها معتبرة أنها تشكل الركن المعنوي للخطأ الموجب للمسؤولية.

فالتمييز ضروري، وفي الوقت ذاته يكفي، كما يقول الأستاذ السنهوري⁽¹²³⁾، لقيام مسؤولية الشخص التقصيرية دون حاجة لبلوغه سن الرشد، وضرورته تأتي لأن الشخص عندما لا يكون مميزاً لا يمكن مساءلته عن أعماله الضارة لعدم إدراكه، وعدم الإدراك يعني عدم وجود

121- أنظر الطعينين الجنائين الليبي. جلسة 1955/3/16م. وجلسة 1976/6/8م. مجلة المحكمة العليا. رقمي 2/2 ق و23/165 ق. ص 499. وتنص المادة (169) من القانون المدني الليبي بأن (من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله، كان غير مسؤول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة). وهو مايطابق نص المادة (166) من القانون المدني المصري ومقارب لنص الفقرة الثانية من المادة (212) من القانون المدني العراقي.

122- تنص المادة (170) من القانون المدني الليبي بأن (لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه، متى كانت طاعة هذا الأمر واجبة، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعي في عمله جانب الحيطة). ويتطابق هذا النص مع نص المادة (167) من القانون المدني المصري، ويقابلها نص الفقرة الثانية من المادة (215) من القانون المدني العراقي.

123- السنهوري، الوسيط مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 1115-1981.

الخطأ. فإذا ما كانت المسؤولية التقصيرية تقاس بمعيار موضوعي هو معيار الشخص العادي فهذا يعني بطبيعة الحال توفر التمييز لدى محدث الضرر لتحميله مسؤولية فعله، لا سيما وأن القاعدة القانونية ماهي إلا (خطاب موجه للناس بأمر أو نهي)⁽¹²⁴⁾ وعليه فإن فاقد الوعي وعدم التمييز لا يمكن لومه على فعله كما لا يمكن إعتباره منحرفاً في سلوكه لأن من يوصف بالإنحراف يجب أن يكون مدركاً. فمن لم يكن بالغاً سن السابعة من العمر أو كان مجنوناً أو في حالة سكر أو تنويم مغناطيسي فهو غير مسؤول عن فعله، وهنا نكون أمام تداخل فيما بين المعيارين الموضوعي والشخصي، لأن ضرورة التمييز تعني الدخول في الصفات الشخصية لمحدث الضرر.⁽¹²⁵⁾

لقد سار الفقه والقضاء الفرنسيان في إتجاه واحد بخصوص ضرورة توافر عنصري الخطأ لإقامة المسؤولية، إذ لا يمكن أن يُسأل عدم التمييز عن أفعاله الضارة على أساس عدم إمكانية ارتكابه أي خطأ. فالصبي غير المميز والمجنون والسكران والمعتوه ماداموا غير مدركين لأفعالهم الشخصية فإنه لا يمكن نسبة الخطأ إليهم.⁽¹²⁶⁾

لكن المشرع الفرنسي لم يستمر طويلاً في السير بهذا الإتجاه، إذ أنه تدخل بموجب القانون الصادر في 1968/1/3 عندما أضاف فقرة ثانية على المادة (489) من القانون المدني تجعل المسؤولية المدنية تقوم على الخطأ الموضوعي فأصبح بالإمكان تحميل المختل عقلياً المسؤولية المدنية بمجرد ارتكابه خطأ موضوعي⁽¹²⁷⁾ وهو ما دفع محكمة النقض الفرنسية لإعتماد مسؤولية عدم التمييز ودون البحث فيما إذا كان مدركاً وقت وقوع الخطأ أم لا.

124- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني المدخل للعلوم القانونية، ص 235.

125- المروغي وآخرون، المسؤولية التقصيرية، (مرجع سابق)، ص 245-246.

126- مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، (مرجع سابق)، ص 264-265. والمزوغني وآخرون، المسؤولية التقصيرية، (مرجع سابق)،

ص246. ومنذر الفضل، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص363.

وهذا ماجاء في قرارات خمسة⁽¹²⁸⁾ لهذه المحكمة صدرت في 9- 5-1984م مما يعني الإتجاه لقبول فكرة قيام المسؤولية المدنية بمجرد توافر الخطأ الموضوعي دون البحث في الركن المعنوي للخطأ.

وتظهر أهمية العنصر المعنوي عند البحث في موضوعي الخطأ العمد والخطأ الجسيم على اعتبار أن الإدراك لا بد وأن يكون أكثر وضوحاً كلما زادت جسامة الخطأ.

فالخطأ العمد يستلزم توافر قصد الإضرار بالغير، وقصد الاضرار يتطلب توافر عنصر التمييز إبتداءً. لذلك فالقول بصدور خطأ عمد من شخص عديم التمييز أمر مستبعد. وهنا تظهر أهمية العنصر النفسي للخطأ، ولهذا يذهب القضاء الفرنسي إلى القول بضرورة توافر العنصر النفسي أو شرط التمييز لقيام المسؤولية، يسانده في ذلك الكثير من الشراح⁽¹²⁹⁾ وهو ما يصح قوله عند البحث عن جسامة الخطأ. فقبل الخوض في موضوع توافر قصد الأضرار أو الجسامة لا بد من حسم موضوع وجود الخطأ. فبوجود الخطأ تقوم المسؤولية، وإلى جانب أهمية الضرر لقيام المسؤولية فإن وجود الخطأ أمر مهم أيضاً إذ لا يزال الخطأ يلعب دوراً كبيراً في قيامها. ومن المؤكد أن إزدیاد جسامة الخطأ تساهم في تأكيد قيام هذه المسؤولية، حتى يمكن القول إننا قد نصل إلى وصف هذا الخطأ ذا الجسامة الكبيرة بأنه غش أو خطأ عمد. ولهذا السبب نرى أغلب القوانين تُلحق الخطأ الجسيم بالغش والخطأ العمد في الكثير من الأحوال.⁽¹³⁰⁾ وقد جاءت هذه الخطوة تعزيراً لمسؤولية الفاعل نتيجة لجسامة خطئه، بسبب إهماله وعدم إكترائه⁽¹³¹⁾ بأحتمال حصول ضرر ما، وهو إحتمال كبير، وهنا تبدو أهمية درجة

128- مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، (مرجع سابق)، ص 266.

129- سليمان مرقس، الواجب الفاعل الضار، (مرجع سابق)، ص 233 وما بعدها.

130- أنظر المواد (2/220 و 2/224) من القانون المدني الليبي و (2/217 و 2/221) من القانون المدني المصري و (259) من القانون المدني العراقي.

131- محمد علي البدوي الأزهری، النظرية العامة للإلتزام، (مرجع سابق)، ص 302.

الخطأ في مثل هذه الحالة. فكلما كان أمر حصول الضرر أكثر احتمالاً كان خطأ محدثه أكثر جسامة. وإذا ما قل هذا الإحتمال قلت درجة جسامته⁽¹³²⁾.

ومن أسباب هذا الإلحاق أيضاً اعتبار أن من يقع منه خطأ جسيم ينصرف سبب ذلك إلى تقصير في سلوكه المتضمن روح العمد.⁽¹³³⁾

ومما تجدر ملاحظته أنه وعلى العكس من ذلك لانرى هذا الإلحاق من المشرع في حالات أخرى، منها حالة تغطية المخاطر المؤمن عليها بموجب عقد التأمين، حتى وأن حصلت بخطأ جسيم من المؤمن له، حيث أشارت المادتان (768) من القانون المدني المصري و(1000) من القانون المدني العراقي إلى أن المؤمن مسؤول عن الأضرار الناشئة عن الخطأ المؤمن له غير المتعمد بصورة مطلقة، في حين أعفته من مسؤوليته في حالة الغش أو الخطأ العمد، وهذا راجع إلى أن طبيعة الخطأ الجسيم غير العمدية لا تلغي الصفة الإحتمالية للخطر المؤمن منه، أي أن تحققه لا يتوقف على إرادة المؤمن له وحده⁽¹³⁴⁾ ومهما يكن من أمر فإن الإرادة التي يتركز عليها جوهر العنصر المعنوي لا تزال هي العنصر المهم في التفرقة بين الأخطاء. وشرطاً أساسياً لقيام الخطأ.⁽¹³⁵⁾

ولكن ماهو المعيار الذي يمكن من خلاله تحديد مدى إنصراف الإرادة، أو بالأحرى المعيار الذي يتم بواسطته تحديد جسامة الخطأ. هذا ما سنتناوله لاحقاً.

أما كما ذكر الفقهاء فإن الفقه لا ينظر إلى الشخص إذا كان مميزاً أو غير مميز وإنما ينظر إلى الفعل ذاته، كما نقل عن بعض الفقهاء في عدم الإعتداد بأي ظرف شخصي قولهم: "قَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي النَّوَازِلِ: صَبِيَّانِ يَرْمُونَ لَعِبًا فَأَصَابَ سَهْمٌ أَحَدَهُمْ عَيْنَ امْرَأَةٍ وَهُوَ

132- عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية، (مرجع سابق)، ص 160.

133- ثروت حبيب، المصادر الإرادية للإلتزام في القانون الليبي. (بنغازي، منشورات جامعة قاربونس، 1978م). ص 378.

134- أحمد شرف الدين، أحكام التأمين. (القاهرة، طبعة نادي القضاة، ط3، 1991م). ص 129.

135- محمد الزين، المسؤولية التقصيرية، (مرجع سابق)، ص 9.

ابنُ تِسْعِ سِنِينَ وَخَوَّهَا، وَفِي فَتَاوَى الْوَلَوَالِجِيَّةِ: وَالرَّامِي ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ فَالِدِيَّةُ فِي مَالِ الصَّبِيِّ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَبِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فَنظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ"⁽¹³⁶⁾ والسبب في عدم الإعتداد بأي ظرف شخصي: أن الفقه الإسلامي يجعل الضرر علة وسبباً للتضمين، فإذا وجدت العلة وجد المعلول والإلزام في ذلك إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف ولذا لزم الضمان من لا إدراك له في ماله...⁽¹³⁷⁾.

ه - معيار تحديد جسامة الخطأ :

أن وضع معيار للتعدي أمر فرضته الحاجة، حيث أن تحديد ما يعد من الأفعال تعدياً أمر صعب من غير تحديد معيار لهذا التعدي، لذلك إنصبت جهود الكثير من الفقهاء للبحث عن المعايير التي يمكن الإستعانة بها لتحديد جسامة الخطأ، وصولاً للمعيار الأكثر دقة في تحديد هذه الجسامة.

1) الحاجة إلى وضع معيار للخطأ الجسيم :

لم يكن موضوع تدرج الخطأ مطروحاً كنظرية لدى الفقهاء المسلمين، ولكنهم ميزوا بين الخطأ اليسير والخطأ الفاحش من خلال ما عرضه من صور تبين وضعهم حداً بين هذين الخطأين. يتمثل هذا الحد في أن الخطأ اليسير لا يفوت من المنفعة شيئاً، في حين أن الخطأ الفاحش يفوت جزءاً منها لا كلها.

وفي مسائل الإلتلاف والإفساد كانت هذه الفكرة حاضرة في حالات العناية المطلوبة في الحفظ، حيث ميز الفقهاء بين درجات هذه العناية التي يلحقها اختلاف في الضمان تبعاً لكل درجة.⁽¹³⁸⁾

136- الطرابلسي الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين، (مرجع سابق، ج1)، ص208.

137- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي الكفالة والديات، (القاهرة، دار الفكر العربي، القسم الثاني). ص68.

138- مصطفى التونجي، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، (مرجع سابق)، ص180-181.

ومثلما أن الرأي الراجح فقهاً يقول بوحدة الخطأين المدني والجنائي⁽¹³⁹⁾ لأن عناصرهما واحدة⁽¹⁴⁰⁾ فإن بحث معيار الخطأ المدني لا يختلف عن البحث في معيار الخطأ الجنائي⁽¹⁴¹⁾. وفي هذا الصدد يقول الفقيه الفرنسي سافانيه⁽¹⁴²⁾ (إن الخطأ الذي يجب أن يتحقق لقيام جريمة قتل بتفريط هو نفس الخطأ الذي يكفي للإلتزام الفاعل بتعويض الضحية مدنياً).

إن تحديد معيار للخطأ بصورة عامة مسألة مهمة ليس بالنسبة لتأثيرها على تقدير التعويض فقط، بل وقبل ذلك للمسؤولية عموماً. وإذا كان المشرع الجنائي قد اعتبر الإعتداء على الغير بالضرب أو سرقة ماله، وكذلك تجاوز السائق للحد الأعلى للسرعة جريمة لأنها تمثل تعدياً، فإن هذا الأمر لا يمكن أن نتصوره لتحديد عنصر التعدي في الخطأ، وبالتالي ضرورة وضع معيار محدد للخطأ لسببين رئيسيين،⁽¹⁴³⁾ أولهم أن الخطأ لا يتحدد من خلال تحديد الأعمال التي تمثل إخلالاً بالواجبات التي نص عليها القانون، لأن المشرع لم يحدد الأعمال التي تعد خطأ لعدم إمكانية حصرها، كما أن هناك من الواجبات القانونية التي تعد من قبيل الواجبات العامة التي تفرض على الشخص ليس فقط عدم الأضرار بالغير، بل إحترام حقوقهم أيضاً. لذلك صار من الواجب وضع معيار للسلوك يدركه الشخص ليعرف من خلاله أنه إنحرف عنه يكون قد إرتكب خطأ وقامت مسؤوليته المدنية.

139- محمد سامي البراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، (بنغازي، منشورات جامعة قارونس، ط 3، 1995)، ص203.

140- محمد رمضان باره، قانون العقوبات الليبي، جرائم الإعتداء على الأشخاص، القسم الخاص، (الخميس، ليبيا، منشورات جامعة ناصر، ج1، ط2، 1992)، ص130.

141- جوزيف داود، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، تأمين الأطباء من المسؤولية عن أخطائهم، (مطبعة الإنشاء، دمشق، ط1، 1987)، ص99.

142- نقلاً عن المرجع السابق، ص98.

143- عبد المنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 488-489. وكذلك مؤلفه مصادر الإلتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، (بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1979)، ص 541-542.

أما السبب الثاني فإنه يتعلق بما يمكن أن يصدر من الشخص من تصرفات يراعي فيهما الألتزامات القانونية المحددة إلا أن هذه المراعاة قد لا تؤدي إلى نفي الخطأ عنه، لأن المشرع في الغالب عند تحديده مدى هذه الإلتزامات يأخذ بنظر الإعتبار الظروف العامة أما إذا تغيرت هذه الظروف فإن تحديد مدى الإلتزامات يختلف بطبيعة الحال تبعاً للظروف المتغيرة. فالسرعة المسموح بها في وقت وظرف معين ليست نفسها في وقت وظرف آخر، مما يعني قصور النص في معالجة مثل هذه الحالة، خصوصاً وإن تحميل الفاعل المسؤولية ليس بسبب الإخلال المجرد بالالتزام القانوني وإنما الإخلال بهذا الإلتزام في الظروف التي وقع فيها الفعل الضار.⁽¹⁴⁴⁾ لذلك فنحن بحاجة إلى وضع معيار نستطيع على ضوءه تحديد خطأ الشخص من عدمه في مختلف الظروف، ما دامت الواجبات القانونية لا يمكن تصور وجودها في قوائم ثابتة.⁽¹⁴⁵⁾ وكذلك الإهتداء بواسطة هذا المعيار إلى كيفية تحديد جسامة الخطأ.

يرى البعض⁽¹⁴⁶⁾ إن معيار التعدي ينطبق على الأخطاء العمدية وغير العمدية، أي أخطاء الإهمال، لأن النية للإضرار المتوفرة في الخطأ العمد ماهي إلا ظرف شخصي لا يؤخذ بنظر الإعتبار عند التقدير.

ولكن هذا القول يتعلق بظرف واحد فقط. فعندما نريد أن نضع مقياساً لجسامة الخطأ فإننا نأخذ بعين الإعتبار ظروفاً أخرى ذات خصوصية، قد لا نعيها إهتماماً، أو لا يمكن أن نعيها نفس الإهتمام مادامنا بصدد وضع معيار عام للخطأ.

وفي الغالب يصار إلى وضع معيار للتعدي واعتباره معياراً للخطأ دون الإلتباه إلى الركن الثاني للخطأ وهو الإدراك أو التمييز.

144- عبدالمعمر فرج الصده، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق). ص 488 489.

145- إسماعيل غانم، في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، (القاهرة، مكتبة عبد الله وهبة، ج1)، ص 420.

146- عبد المعمر فرج الصده، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 493.

أن غياب وجود معيار محدد لجسامة الخطأ أدى إلى اختلاف المحاكم في تحديد مفهوم كل خطأ وتعسف البعض منها في هذا التحديد.⁽¹⁴⁷⁾ وإذا كان هذا التعسف أو الاختلاف سيكون متوقعاً بسبب إختلاف الهيئات القضائية وتوجهات القضاء في كل دولة، فإن الضرورة لوضع معيار محدد هي التي دفعت الفقه لتأكيد هذا الأمر، حيث سيكون بالإمكان تصور تطبيق أحكام المسؤولية على جميع الأشخاص، سواء كانوا داخل إقليم هذه الدولة أو تلك، وبغض النظر عن جنسياتهم، كما هو الحال بالنسبة لحوادث النقل بمختلف أنواعه، وعندها سنصل إلى وضع قواعد تنظيم المسؤولية ومداهها لا تختلف، من حيث الجوهر على الأقل من دولة لأخرى. ومع إن هذا الإختلاف قد يبدو طبيعياً فإن وجود معيار يمكن أن يدركه كل شخص لمعرفة ما يجوز وما لا يجوز فعله يضع جميع الناس على بينة من أمرهم، ويقودها إلى الإبتعاد عن إرتكاب أفعال قد يعتقدون وفقاً لرأيهم الشخصي، أنها لا تعد تعدياً.

ومما هو جدير بالذكر أن البحث عن معيار للخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية هو الذي يثير إشكالات كثيرة، أما في نطاق المسؤولية العقدية فإن الأمر مختلف، على أساس إن معيار الخطأ فيها هو عدم تحقيق النتيجة، أي عدم تنفيذ الإلتزام العقدي.⁽¹⁴⁸⁾

2) المعايير المتخذة لتحديد جسامة الخطأ :

لقد قيل الكثير حول المعايير التي وضعت للخطأ عموماً والتي غالباً ما يستعان بها في تحديد جسامته. إلا أن المعيارين الشخصي والموضوعي هما محور إهتمام فقهاء وشرح القانون

147- محمد سعيد بناني، أعداد تشريعات عقد العمل الفردي في الدول العربية، منظمة العمل العربية، (القاهرة، مكتب العمل العربي، 1993)، ص121.

148- حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، (رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية التربية جامعة الفاتح عام 1986م)، ص103.

المدني رغم ما قيل عن معايير أخرى معظمها يرتبط بطبيعة الخطأ ذاته، كما هو الحال بالنسبة لمعيار الخطأ الطبي⁽¹⁴⁹⁾.

ولغرض التعرف على هذا الموضوع سنتناول كلاً من المعيارين الشخصي والموضوعي فعلى الرغم من أن هذا المعيارين مخصصان لتحديد الخطأ العادي إن صح القول إلا أنهما يطبقان أيضاً في حالة الاختلاف في جسامة الأخطاء عند تعددها وخصوصاً عندما يكون لهذه الجسامة أثر في تحدد المسؤولية، إضافة إلى أن الخوض في تفصيلات تطبيق أي من المعيارين سيوصلنا إلى نتيجة مفادها أن كلا المعيارين سيطال مسألة الجسامة باعتبار أن فكرة تدرج الخطأ وإن اختلف الشراح بشأنها عند تقدير التعويض إلا أنها لم تستبعد كلية لا من قبل المشرعين ولا من القضاء. وهذا ما سنتناوله في الباب الرابع ان شاء الله.

149- للمزيد من التفصيلات حول معيار الخطأ الطبي راجع عبدالسلام التونجي، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، (مرجع سابق)، ص 260 وما بعدها. ومحمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، (دار الإسكندرية، مصر، ار الجامعة الجديدة للنشر)، ص 13 وما بعدها.

الباب الثالث

منهجية البحث

لكل بحث علمي لابد له من منهج معين يسير عليه، ونحن سوف نقوم بهذا البحث

على هذا المنهج :

أ- مدخل البحث ومنهجه :

1- المنهج الوصفي التحليلي.

أعتمد الباحث في هذه الدراسة على إتباع أسلوب المنهج الوصفي الذي هو طريقة من طرق التحليل والتفسير بشكل علمي منظم من أجل الوصول لأغراض محددة لمشكلة إجتماعية أو إنسانية، بإستخدام النوع الكيفي من خلال تحديد واختيار أدوات البحث وجمع البيانات والوصول إلى النتائج وتحليل النتائج.

2- النوعية: المكتبي الوثائقي.

أما فيما يخص نوعية هذه المنهجية فسوف تكون معتمدة على الكتب والمقالات التي نشرت حول هذه القضية، كذلك على الوثائق التاريخية وذلك من أجل بيان نشأة الخطأ والتعويض عنه وكيف جرى مع مرور الزمان⁽¹⁵⁰⁾.

150- منذر عبد الحميد الضامن، أساسيات البحث العلمي، (عمان، دار المسيرة للنشر والتوزيع، 2007م). ص 153.

ب- مصادر البيانات.

1- مصادر المعلومات الأولية:

هي المصادر التي تكون معلوماتها أقرب ما تكون إلى الصحة والدقة منها الكتب الفقهية والشرعية، يليه القانون المدني الليبي، الذي نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954م، يليه أحكام المحاكم الليبية.

ومن الكتب الفقهية والشرعية التي اعتمدها الباحثة في بحثها هي.

- 1- كتاب سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي).
- 2- كتاب شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، 1989م.
- 3- كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، (دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م).
- 4- كتاب التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد بن المدني بوساق الصادر في سنة 2007م.
- 5- كتاب وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات والاحوال الشخصية، محمد مصطفى الزحيلي، (دمشق، مكتبة البيان، 1402هـ).

2 - المصادر الثانوية

وهي مصادر تعتمد في معلوماتها ومادتها أساساً على المصادر الأولية، فهي إذاً تعتمد على معلومات تم تسجيلها سابقاً حيث يتم ترتيب هذه المعلومات وفقاً لخطط معينة لتحقيق أهداف علمية معينة مثل الكتب الدراسية والأبحاث العلمية المنشورة، والمقالات

المنشورة في الصحف، والتقارير على إختلاف أنواعها، والأطروحات الجامعية، وكذلك الكتب الإلكترونية المتوفرة في المكاتب الإلكترونية على شبكات الإنترنت.

ومن الكتب التي أعمدها الباحثة مصادر ثانوية تطال موضوع البحث في زاوية من زواياه:

1- كتاب النظرية العامة للإلتزام، للدكتور محمد علي البدوي الأزهرى الصادر سنة 2012م.

2- كتاب الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام، لعبد الرزاق أحمد السنهوري، لبنان، بيروت.

3- كتاب أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، للدكتور جبار صابر طه، الصادر سنة 2010م.

ج- أدوات جمع البيانات :

أساليب جمع المواد الشرعية والقانونية أو بيانات البحث التي يستخدمها الباحث مايلي:

أ- طريقة الدراسة المكتبية (Bibliographi Research)

وهي أخذ البيانات من الكتب لنيل المفاهيم والنظريات والآراء، ونتائج البحوث السابقة لها ذات علاقة بمسائل أساسية في هذه الدراسة، ويمكن من هذه الدراسة المكتبية أن يعرف وجود مفهوم جسامة الخطأ وأثرها على التعويض الذي تكون موضوعاً لهذا البحث العلمي.

ب- طريقة التوثيق.

طريقة التوثيق هي واحدة من الطرق المستخدمة غالباً في منهجية البحث الإجتماعي والحكم (الفقه والقانون) المتعلقة بتقنيات جمع البيانات منهنما على حد سواء، وكثرت الدراسات الوثائقية، في يومنا هذا، يستخدمها الباحث في مجال العلوم الإجتماعية والحكم، لأن معظم الحقائق والكثير من البيانات مخزونة في شكل المواد الوثائقية،

البيانات في البحث النوعي أكثرها تحصل من الموارد البشرية (human resources)، عن طريق المراقبة أو الملاحظة والمقابلات، وهذا لا يتعلق ببحثي، وهناك أيضاً مصدر غير الموارد البشرية مثل الصور الفوتوغرافيا والوثائق والمواد الإحصائية، والدراسة الوثائقية التي أجراها الباحثون نوعياً، يمكن ان ينظر مكانتها باعتبارها كالموارد البشرية.

والوثيقة هي سجلات الأحداث الماضية في شكل النصوص أو الصور أو الأعمال الأثرية لشخص ما، فالمراد من الوثيقة هي مجموعة من الملفات التي ينالها الباحث في البيانات على صورة السجلات والمحاضرات والكتب والصحف والمجلات، والنقوش، والتعليقات وجداول الأعمال وغيرها وكلها مرتبة محفوظة.

د- طريقة تحليل البيانات :

بعد أن يقوم الباحث بجمع البيانات وذلك من خلال الطرق السابق ذكرها في طريقة جمع البيانات، نجد أنفسنا أمام مرحلة تحليل البيانات التي سيعتمد فيها الباحث المناهج الآتية :

1- المنهج الإستباطي.

الاستنباط هو عملية استخلاص منطقي بمقتضاها ينتقل الباحث من العام إلى الخاص ومن الكل إلى الجزء. ويبدأ بوضع مقدمات عامة ينزل منها متدرجا إلى عناصر تدرج تحت هذه المقدمات.

ولهذا فالنتيجة التي يتوصل إليها الباحث تكون متضمنة في المقدمة، وبالتالي تعتبر نتائج الاستنباط أخص من مقدماته ويتلخص معيار صدق النتائج في مدى اتساق نتائجه منطقيا مع مقدماته ويقصد بالمنهج الاستنباطي بشكل مبسط تلك الطريقة من التفكير التي بموجبها يحكم العقل في قضية ما بناء على قانون سابق فهو عقل محكوم ومكبل دائماً بأصل يقيس عليه أو بنص ما فهو دائماً فرع لأصل، يدور في إطار سابق، وهو ينتقل من القاعدة السابقة إلى إثبات المشاهدة أو التجربة.

وفي هذا المنهج يلتزم الباحث بإجراء دراسة تحليلية متعمقة لكل جزئية من جزئيات البحث، فلا يكتفي بعرض ما هو كائن، بل يتوجب عليه أن يتناول كل جزئية بالتحليل، وإستنباط منها ما هو جديد متماشياً مع تغيرات العصر وهذه تتمثل في وجهة نظر الباحث الشخصية⁽¹⁵¹⁾.

2- المنهج العلمي المقارن.

كما أعتمدت هذه الدراسة على المنهج العلمي المقارن الذي يقوم على أساس المقارنة بين القانون المدني الليبي وما جاء في الشريعة الإسلامية، وذلك بيان أوجه الشبه والخلاف بينهم.

151- عفيفي حمودة محمد، البحث العلمي، (مطابع سجل العرب، 1983م)، ص 63.

الباب الرابع

عرض البيانات وتحليلها

أ- عرض البيانات :

1- موقف القانون الليبي والشريعة الإسلامية بمدى إرتباط مقدار التعويض بجسامة الخطأ.

أ- موقف القانون الليبي.

لمعرفة موقف المشرع الليبي لا بد لنا من البحث فيما ذهب إليه المشرع المصري، وذلك لان النصوص القانونية الليبية التي عاجلت هذه المسألة والمتمثلة في المواد (173 و 224 و 225) من القانون المدني تطابق المواد (170 و 221 و 222) من القانون المدني المصري⁽¹⁵²⁾.

وقبل الخوض في طبيعة النصوص القانونية لا بد من التذكير بأنه وان كان القضاء في مصر يميل إلي الاعتداء بجسامة الخطأ من دون ذكر ذلك في الأحكام الصادرة عنه، رغم

152- من الطبيعي أن تتطابق معظم نصوص القانون المدني الليبي مع نصوص القانون المدني المصري، لكون ان المرحوم الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري هو واضع نصوص القانون المدني الليبي، وله الدور الأساس في وضع نصوص القانون المدني العراقي، كذلك القانون المدني السوري الذي أصبح أول المتأثرين بالقانون المدني المصري، حيث كان سباقاً في تلقي مشروع القانون المدني المصري بعد إقراره في مجلس النواب المصري ليكون نافداً في 14-6-1948 أي قبل نفاذ القانون المصري، بل حتى قبل صدوره في مصر. وحول التطور التاريخي لهذه النصوص أنظر عبدالسلام الترميني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، (منشورات جامعة الكويت، ط2، 1982)، ص60. ويذكر أن مما ساهم في تقارب نصوص القوانين المذكورة هو التقارب الزمني في صدورها. فقد صدر القانون المدني المصري بموجب القانون رقم 131 لسنة 1948 المنشور بجريدة الوقائع المصرية في 29-7-1948 على أن يعمل به ابتداءً من 15-10-1949 وفقاً لما أشارت إليه المادة الثانية من القانون. اما القانون المدني الليبي فقد صدر بتاريخ 28-11-1953 ونشر في الجريدة الرسمية الليبية في 20-2-1954 بعد أن تأخر نشره عدة مرات، وقد أشار المشرع إلى أن تاريخ نفاذ القانون يبدأ بعد مرور خمسة عشر يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، أنظر علي منصور، مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، (بيروت، دار الفتح للطباعة والنشر، ط1، 1970)، ص241-242. أما القانون المدني العراقي فقد صدر بموجب القانون رقم 40 لسنة 1951 وقد نشر بجريدة الوقائع العراقية العدد 3015 في 8-9-1951 وأشارت المادة (1382) من القانون بأنه ينفذ بعد مرور سنتين من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، ويعد القانون المدني العراقي أول قانون حديث حاول التوفيق بين القواعد القانونية وقواعد الفقه الإسلامي. أنظر عبدالرزاق أحمد السنهوري، مقالات وأبحاث، (جمع وتقدم د. نادية عبدالرزاق السنهوري ود. توفيق محمد الشاوي، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ج1، 1992، ص26 وما بعدها.

إمكانية استناده إلى الإرادة الحقيقية للمشرع وهو ما اشارت إليه الأعمال التحضيرية للمادة (170) من القانون المدني المصري، كما ذكرنا، فإن القضاء في ليبيا يسترشد بالنصوص التشريعية كما وردت خالية من الإشارة إلى جسامه الخطأ. وكان للقضاء الذي إستمد منه القانون المدني الليبي نصوصه. حيث ان المذكرة الايضاحية للمواد المطابقة لها الواردة في القانون المدني المصري كانت قد اشارت إلى الاعتداد بجسامه الخطأ باعتباره ظرفاً من ظروف التشديد والتخفيف⁽¹⁵³⁾. وهو ما دفع القضاء الليبي بمختلف درجاته، في بعض الحالات، إلى الاعتداد بجسامه الخطأ كما سيأتي تفصيله لاحقاً.

وكانت المحكمة العليا الليبية قد أكدت تفسيرها الواسع للنصوص عندما أصدرت حكمها المؤرخ في 1955/12/7م والتي دعت المحاكم إلى الأخذ بما ورد في الأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية، بل للقانون المستمد منه، أي الأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية الخاصة بالقانون المدني المصري. لانه القانون الأصل، ولعدم وجود أعمال تحضيرية أو مذكرات تفسيرية خاصة بالقانون المدني الليبي.

جاء في الحكم المذكور: (للقاضي ان يستعين في تفسيره للقانون بكل ما للغة والمنطق والاعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية وبمقارنة النصوص بالنصوص التشريعية التي أستمدت منها ..).⁽¹⁵⁴⁾

وإذا كان هذا الحكم يحمل وضوحاً في المعنى، فإن فعله كبير جداً بالنسبة لموقف القضاء، لاسيما إذا عرفنا ان المبادئ القانونية التي تقرها المحكمة العليا الليبية ملزمة لكافة المحاكم بموجب قانون المحكمة العليا الليبية.⁽¹⁵⁵⁾ لذلك نرى الكثير من محاكم الموضوع لا

153- عبدالسلام علي المزوغي وآخرون، المسؤولية التقصيرية، (مرجع سابق)، ص515.

154- عمر مفتاح المصراحي، قضاء المحكمة العليا موجز المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا الليبية من تاريخ إنشائها، (طعن جنائي رقم 2/18ق، المجلد الثاني)، ص679.

155- جاء في المادة(31) من قانون المحكمة العليا رقم 6 لسنة 1982 مايلى: (تكون المبادئ القانونية التي تقرها المحكمة العليا ملزمة لجميع المحاكم وكافة الجهات الأخرى). وهذا النص موافق لنص المادة (28) من قانون المحكمة العليا لعام 1953، أي ان المبدأ المذكور كان ملزماً لجميع المحاكم وقت صدوره، ولم يغير صدور قانون المحكمة العليا الجديد من الأمر شيئاً بالنسبة لإلزامية هذه المبادئ، أنظر طعن

تتردد في الإستشهاد صراحة حتى بالمبادئ التي أرستها محكمة النقض المصرية.⁽¹⁵⁶⁾ في حين ان المبادئ التي تصدرها محكمة النقض المصرية ليس لها إلا الإلزام الأدبي، ان صح التعبير، على بقية المحاكم، إلا إذا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم محل التمييز قد اخطأت في تطبيق القانون، وان الحكم معروض عليها لغرض التدقيق ففي هذه الحالة على محكمة الموضوع إعادة النظر في القضية، لان حكمها محل النقض أو التمييز يصبح كان لم يكن.⁽¹⁵⁷⁾

وبالعودة إلى النص الأصلي والأساس الذي يشير إلى مسألة الظروف الملازمة، أي نص المادة (170) من القانون المدني المصري، وبعد مراجعة ما حملته أفكار واضعي هذا القانون، نجد أنها تشير صراحة إلى الإعتداد بجسامة الخطأ في تقدير التعويض. فقد كان المشروع التمهيدي ينص أصلاً في المادة (237) على أنه (يقرر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين (299 و 300) مراعيًا في ذلك الظروف وجسامة الخطأ). فحصلت موافقة مجلس النواب على هذا النص، إلا ان رئيس اللجنة إقتراح الاختصار على لفظ (الظروف الملازمة) لان جسامة الخطأ تدخل في عموم هذه الظروف التي يقدرها القاضي، فتمت الموافقة على هذا الاقتراح.⁽¹⁵⁸⁾

جنائي رقم 34/705 ق جلسة 26-5-1987 موجز المبادئ القانونية، المجلد الثاني، ص752 وفيه تقول المحكمة العليا ان مبادئ المحكمة العليا ملزمة لجميع المحاكم والجهات الأخرى. وانظر أيضاً د. الكوني علي أعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي المدخل إلى القانون، (ليبيا، طرابلس، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1999م)، ص238 للمزيد من التفصيلات حول إختصاصات المحكمة العليا راجع للمؤلف ذاته، قانون علم القضاء، النظام القضائي الليبي، (المركز القومي للبحوث والدراسات العليا، طرابلس، ج1، ط2، 1998)، ص117 ومابعدها. في حين تقول محكمة النقض المصرية (ان المقرر وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ان حكم النقض مهما أستقر فإنه لا يقيد المحاكم إلا في المسألة القانونية التي فصل فيها الحكم المطعون فيه). أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 1036 لسنة 60 ق، جلسة 27-2-1991).

156- أنظر حكم محكمة طرابلس الابتدائية (الدائرة المدنية الثالثة في 13-2-1992 بخصوص الدعوى المرقمة 1591 (غير منشور)).
157- يحيى رزق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة، 1995)، ص259.

158- تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عن مشروع القانون المدني، (مصر، المطبعة الأميرية، 1948)، ص12، وجاء في الاعمال التحضيرية الخاصة بالمادة (170) من القانون المدني: (استبدلت اللجنة عبارة " مراعيًا في ذلك الظروف الملازمة " بعبارة "

وتوضح المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذا الموضوع عند تناولها للمادة (170) حيث جاء فيها (ويكفي ان يشار في هذا المقام إلى ان التعويض يتناول ما أصاب الدائن من خسارة ومافاته من كسب، متى كان ذلك نتيجة مألوفة للفعل الضار. وينبغي ان يعتد في هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف. والواقع ان جسامة الخطأ لا يمكن التغاضي عنها في منطق المذهب الشخصي او الذاتي. ولذلك تجري التقنيات المدنية على إقرار هذا المبدأ وتطبيقه في أحوال شتى...⁽¹⁵⁹⁾).

وفي تقرير مجلس الشيوخ عن المشروع التمهيدي⁽¹⁶⁰⁾ جاء فيه (انه رسم في نصوص مفصلة حدود التعويض عن الضرر المادي، والضرر الأدبي، وقد ردها إلى فكرتين: أولاهما فكرة النتائج الطبيعية للعمل الضار، وقد إستعاض بها عن فكرة النتائج المباشرة التي كانت متبعة من قبل. والثانية فكرة الإرتباط الواجب بين مدى التعويض جسامة الخطأ...).

ان ما نخلص إليه بالنسبة للقانون الليبي ان المشرع عندما اخذ النص حرفياً من القانون المدني المصري، لا بد وانه كان يقصد تبني محتوى النص وخلفياته، الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في حكمها السابق المتعلق بأشارتها إلى إمكانية استعانة القاضي عند تفسيره للقانون بالأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية وبمقارنة النصوص المستمد منها.

ويعد لجوء المشرع الليبي إلى نظام الغرامة التهديدية دليلاً آخر على وجود فكرة جسامة الخطأ وعدم غيابها عن تفكيره، بل ضرورتها لتطبيق بعض اهداف المسؤولية المدنية.

مراعياً في ذلك الظروف الملازمة وجسامة الخطأ " لأن جسامة الخطأ تدخل في عموم اصطلاح الظروف). ويذكر ان الدكتور السنهوري كان موافقاً على هذا التعديل بإعتباره أحد أعضاء لجنة القانون المدني. انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، الالتزامات (القاهرة، مطبعة دار = الكتاب العربي، ج2، ص394. وجمال الدين العطيفي، التقنين المدني المصري، الباب التمهيدي، مصادر الالتزامات، (دار النشر للجامعات المصرية، ج1، 1949، ص164.

159- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، (ج2، مرجع سابق). ص 292-293.

160- تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، (مرجع سابق)، ص 38.

والغرامة التهديدية (مبلغ من المال يحكم القاضي بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو أية فترة معينة من الزمن يمتنع فيها المدين عن تنفيذ التزامه عيناً بعد صدور الحكم بإلزامه بهذا التنفيذ).⁽¹⁶¹⁾

والتهديد المالي نظام إبتدعه القضاء الفرنسي للخروج من القواعد التقليدية التي تنظر إلى الخطأ اليسير وسوء النية نظرة واحدة.⁽¹⁶²⁾ وهو وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني.⁽¹⁶³⁾ حيث أن القانون المدني يخلو من نصوص تعالج هذه المسألة كما هو حال القانون المدني المصري السابق.⁽¹⁶⁴⁾

والقانون المدني الليبي⁽¹⁶⁵⁾ تناول موضوع الغرامة التهديدية من خلال المادة (216) التي نصت على أنه (1- إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن ان يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك.

2- وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له ان يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة).

161- إسماعيل غانم، في النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام والإثبات، ج2، ص22. وينتقد الدكتور إسماعيل غانم تسمية الغرامة التهديدية مفضلاً لمصطلح التهديد المالي لأنه أكثر توضيحاً لما يعطيه من معنى، إضافة إلى ان مدلول الغرامة أكثر قرباً للقانون الجنائي منه للقانون المدني، وهو المصطلح الذي استخدمه الكثير من الشراح. انظر د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الإثبات/ آثار الإلتزام، (مرجع سابق ج2)، ص804 ومصطفى الجمال، أحكام الإلتزام، (بيروت، الدار الجامعية، 1989)، ص212.

162- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص479.

163- عبدالقادر الفار، أحكام الإلتزام/ آثار الحق في القانون المدني، (مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط3، 1996)، ص64.

164- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، الإثبات/ آثار الإلتزام، (مرجع سابق، ج2، هامش) ص805.

165- كذلك القانون المدني المصري حيث يتطابق النص المذكور مع نص المادة (213) منه. أما القانون المدني العراقي فقد جاء نص المادة (523) منه مطابقة للفقرة الأولى من المادة (217) من القانون المدني الليبي مع إستخدام المشرع العراقي كلمة (المحكمة) بدلاً من كلمة (القاضي) وهو تعبير نراه أشمل ولطالما أستخدمه في النصوص القانونية، علماً انه لا يوجد ما يمنع القاضي العراقي من زيادة الغرامة التهديدية متى كان هناك مبرراً لزيادتها. انظر عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، الإثبات/ آثار الإلتزام، (مرجع سابق)، هامش ص806.

وقد أكمل المشرع موضوع الغرامة التهديدية في المادة (217) التي تقول بأنه (إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي اصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين).⁽¹⁶⁶⁾

واللجوء إلى الغرامة التهديدية جائز في الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية، فيمكن تطبيق النص المذكور إذا كان الالتزام غير التعاقدية يتضمن تنفيذاً عينياً وليس نقدياً. فالتزام الجار بعدم استخدام أجهزة كهربائية تشوش على أجهزة الجيران، أو استخدام أجهزة أخرى تمنع هذا التشويش هو إلتزام مصدره القانون، حيث تمنع القوانين استعمال الشخص ملكه إستعمالاً غير مألوف يسبب ضرراً للآخرين.

ويذكر أن القضاء الفرنسي أخذ يلجأ إلى الغرامة التهديدية في الإلتزامات المالية وغير المالية، فقد استخدم التهديد المالي لتنفيذ الحكم بإلزام الزوجة بالعودة إلى بيت الزوجية، كما انه لجأ إليه لتنفيذ الحكم ضد أحد الأبوين بتسليم ابنه إلى الوالد الاخر صاحب الحق في حضائته.⁽¹⁶⁷⁾

وإذا ما توفرت شروط الحكم بالغرامة التهديدية⁽¹⁶⁸⁾ فإنها تكون وسيلة بيد المحكمة لالزام المدين بتنفيذ التزامه عينياً خلال مدة محددة. وإذا ما تأخر المدين عن هذا التنفيذ يصبح

166- تطابق نص المادة (214) من القانون المدني المصري. أما القانون المدني العراقي فإن النص الوارد في المادة (254) يطابق النصين المذكورين بإستثناء استخدام المشرع لكلمة (نمائياً) قبل كلمتي مقدار التعويض، وبعد ذلك زيادة في التوضيح من قبل المشرع. كما أستخدام المشرع العراقي كلمة (العنت) بدلاً من (العنت) التي استخدمها المشرعان الليبي والمصري.

167- عدنان طه الدوري، أحكام الإلتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، (ليبيا، طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، ط1، 1991)، ص21-22.

168- يشترط للحكم بالغرامة التهديدية وجود التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع ان تنفيذه العيني لا يزال ممكناً، وان يقتضي الأمر تدخل المدين شخصياً حتى يكون التنفيذ ممكناً أو ملائماً، كما يجب إيقاع الغرامة التهديدية بناء على طلب الدائن. ولا مجال للتوسع في بحث هذه الشروط، لان ما يهمنا في الغرامة التهديدية هو مدى إرتباطها بفكرة جسامه الخطأز للمزيد من التفصيلات حول هذا الموضوع راجع عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الإثبات، آثار الإلتزام، (مرجع سابق، ج2)، ص807. وعبد القادر الفار، آثار الحق في القانون المدني، (مرجع سابق)، ص58. وإسماعيل غانم، أحكام الإلتزام، (مرجع سابق)، ص25.

ملزماً بموجب هذه الغرامة بان يدفع مبلغاً عن كل يوم أو أسبوع أو أية وحدة زمنية، أو في كل مرة يخل فيها بالتزامه.

والغاية من إيقاع هذه الغرامة هي إجبار المدين على التنفيذ، ولذلك فللقاضي الحق في زيادتها كلما وجد ان ذلك يحقق القصد من إيقاعها، وهو التنفيذ العيني من قبل المدين.⁽¹⁶⁹⁾ وهنا تبدو أهمية وجود هذه الغرامة. فالمدين إذا ما كان يعرف حدود هذه الغرامة وارتباطها بمدى الضرر الذي يصيب الدائن قد لا يجعل تحقيق غرضها ممكناً، ولذلك اتجهت محكمة النقض الفرنسية مؤخراً إلى ترك امر تصفية هذه الغرامة إلى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع دون التقيد بمقدار ما أصاب الدائن من ضرر.⁽¹⁷⁰⁾ لأن هذه الغرامة ليست تعويضاً حتى تقاس وتتوقف على مقدار الضرر. إنما يجب أن تُصَفَّى استناداً إلى مقدار جسامته خطأ المدين المتعنت.⁽¹⁷¹⁾ ويقدر هذا التعنت من قبل القاضي تقديراً موضوعياً، وينظر إلى حسن نيته على تأخره في التنفيذ فقط⁽¹⁷²⁾. ورغم أن الغرامة التهديدية تشبه العقوبة، إلا أنها ليست كذلك، لأنه وكقاعدة عامة، لا يمكن توقيع عقوبة على المدين عند عدم تنفيذ التزامه، كما ان جزاء الالتزامات المدنية جزاء مدني،⁽¹⁷³⁾ ولا يمكن القول بأن الغرامة التهديدية عقوبة خاصة، فالعقوبة جزاء نهائي يجب ان تنفذ كما صدرت، في حين ان الغرامة وسيلة وقتية لا تنفذ في حقيقة الأمر هو التعويض النهائي.⁽¹⁷⁴⁾

169- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الأثبات/ آثار الالتزام، (مرجع سابق، ج2)، ص 807-808.

170- عبدالقادر الفار، آثار الحق في القانون المدني، (مرجع سابق)، ص 67. وكانت محكمة استئناف مصر اشارت في حكم لها إلى ان إيقاع الغرامة التهديدية لا يترتب عليه (الزام المحكوم عليه بالدفع إلا بمقدار ما لحق خصمه من الضرر المحقق). أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (حكمها المؤرخ في 6-3-1924).

171- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص 481-482.

172- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، (الإسكندرية، منشأة المعارف، ط 1986، 1)، ص 255.

173- إسماعيل غانم، أحكام الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 22.

174- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج2، الأثبات/ آثار الالتزام، (مرجع سابق)، ص 815-816. وقد فضت محكمة مصر الابتدائية بان (التهديد المالي لا يعتبر تعويضاً بالمعنى الصحيح لان التعويض يكون في نظير ما حصل من خسارة وما ضاع من الكسب. وأما التهديد فهو جزاء حقيقي يأمر به القاضي بقصد إجبار المدين على الوفاء عيناً بالطلبات المحكوم بها). أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (حكمها المؤرخ في 16-1-1936).

ان لجوء المحكمة إلى نظام التهديد المالي ماهو إلا وسيلة لمواجهة العنت الذي يصدر من المدين، اي جسامه الإخلال الصادر منه، فرفض المدين تنفيذ التزام واجب عليه يعني تعمده في هذا الفعل، ونحن نعلم بان التعمد هو الأكثر الأخطاء جسامه. فالغرامة عندما تتحول إلى تعويض تصبح وسيلة ردع للمدين بسبب جسامه خطئه، ولذلك نرى القضاء يتجه لمراعاة هذه الجسامه الناتجة عن أمتناع المدين فيميل القاضي إلى زيادة التعويض كلما كان تعنت المدين كبيراً. وقد لاحظ القضاء ان عدم التشديد في تقدير التعويض سيفقد نظام التهديد المالي قيمته العملية.⁽¹⁷⁵⁾ ومما ساعده على ذلك ان نظام التهديد المالي نظام تحكيمي تملك المحكمة أمر تقديره ولهذا السبب تراعي المركز المالي للمدين ودرجة تعنته، وغالباً ما تتجاوز الغرامة التهديدية مقدار الضرر الذي لحق بالدائن من جراء هذا التعنت.⁽¹⁷⁶⁾ وهذا ما أستقر عليه الفقه والقضاء الفرنسيان، حيث اعتبروا الغرامة التهديدية وسيلة مستقلة الغاية منها ردع المدين وليست لجبر الضرر.⁽¹⁷⁷⁾

إن ماذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسيان يتفق واتجاهات المشرع الليبي. ففي الوقت الذي جاء فيه الموقف الفرنسي معبراً عنه من قبل الفقه والقضاء لخلو القانون الفرنسي عند صدوره من النصوص المتعلقة بالغرامة التهديدية فإن هذا النظام يجد اساسه في النصوص القانونية التي احتواها القانون المدني الليبي.

فبالإضافة إلى ما نصت عليه المادة (216) التي أجازت الحكم بالغرامة التهديدية على المدين الممتنع، وكذلك إمكانية زيادتها كلما تطلب الأمر ذلك، فإن المادة (217) السابقة الذكر أشارت وبشكل واضح إلى هذا الأمر لاسيما ما يخص تأكيدها على ضرورة ان يكون التعويض مقابلاً للضرر والعنت معاً. فالتعويض هنا يتضمن إتهامين. الاتجاه الأول

175- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص480.

176- عبد القادر الفار، آثار الحق في القانون المدني، (مرجع سابق)، ص66.

177- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص482.

يذهب لمواجهة ما أصاب الدائن من ضرر. أما الاتجاه الثاني فإنه يضع الغرامة التهديدية لمواجهة العنت الصادر من المدين أي مقدار جسامة خطئه برفضه تنفيذ إلتزامه.

لذلك يمكن ان يكون مقدار الغرامة التهديدية مبلغاً مضافاً على المبلغ المقدر كتعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن. ولو كان المشرع يقصد من ذلك مجرد تشديد التعويض على المدين لكان من الممكن ان يشير إلى القاضي بالإستعانة بنص المادة (173) التي تُلزمه بضرورة مراعاة الظروف الملاعبة بما فيها جسامة الخطأ.⁽¹⁷⁸⁾ وهذا الأمر ينسحب أيضاً على القانونين المدنين المصري و العراقي.⁽¹⁷⁹⁾

وعلى العموم فإن تعويض الدائن عن العنت الصادر عن المدين يتحقق بصورة واضحة عندما يصر الأخير على عدم تنفيذ إلتزامه، حيث ان درجة جسامة خطئه تكون أكبر فيما لو أنه تباطأ عن هذا التنفيذ، عنه في حالة قيامه بالتنفيذ. وحتى في حالة التنفيذ بعد التباطؤ فإن المدين يستحق تعويضاً عن الضرر الأدبي الذي أصاب الدائن بسبب تعنته، إبتداءً، قبل تنفيذ إلتزامه بعد التباطؤ الحاصل.⁽¹⁸⁰⁾

ويأخذ التهديد المالي أثره عندما يتحول إلى تعويض نهائي، حيث ان الدائن يستطيع ان ينفذ على أموال المدين بموجب هذا الحق.

وإذا رأي القاضي عدم توفر الضرر وأن المدين لم يعن في تعنته فإنه قد لا يحكم بأي تعويض، بل بإمكانه أن يلغي الغرامة التهديدية دون أن يضع بدلها أي تعويض. وهذا تأكيد على ان الغرامة التهديدية يتحدد مقدارها ليس فقط وفقاً لمقدار الضرر، بل وفقاً لمقدار

178- بهذا المعنى انظر محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص 483.

179- أنظر نفس المرجع السابق ونفس الموضوع وعبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الإثبات، آثار الإلتزام، (مرجع سابق، ج2)، ص 821-822.

180- جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري (فإن كان المدين قد أوفي بالتزامه حط عنه الغرامة أزاء إستجابة لما أمر به، وألزمه بتعويض عن التأخير لا أكثر. وان أصر المدين على عناده نهائياً، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء، ولكن ينبغي ان يراعي في هذا التقدير ما يكون من امر ممانعة المدين تعنياً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر إحتساب التعويض. وفي هذا النطاق يتمثل في نظام الغرامات المالية ومعقل القوة فيها ...) مجموعة الأعمال التحضيرية ، (مرجع سابق، ج2)، ص 540.

العنت أيضاً. ولذلك فإن القاضي عندما يأخذ العنت بنظر الإعتبار، كعنصر من عناصر تقدير التعويض النهائي استناداً إلى نص القانون، فإنه يخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة النقض، التي ترى في عدم مراعاته إخلالاً منه بمسألة قانونية.⁽¹⁸¹⁾

إن الذي يمكن أن أستخلصه مما سبق هو ان المشرع عكس أفكاره المؤيدة للإعتداد بجسامة الخطأ من خلال لجوئه إلى نظام التهديد المالي، لذا فلا غرابة إذا ما اتجهت المحاكم نحو زيادة التعويض كلما كان الخطأ أكثر جسامة.⁽¹⁸²⁾

ويبدو لنا أن دور الغرامة التهديدية، ينسجم والوظيفة المزدوجة للمسؤولية المدنية، تلك الوظيفة التي لا يمكن القول انها في جانبها الردعي تأخذ دور المسؤولية الجنائية، ولكنها في بعض الحالات، لا سيما فيما يتعلق ببعض الأنشطة كما في حالة تنفيذ الإلتزام لا بد لها وان تلزم المدين الذي يخل بإلتزامه بتنفيذ هذا الإلتزام وبشكل ملائم، مما يقطع الطريق على من يحاول أن يستغل بعض المنافذ القانونية التي قد تضع بعض الناس ممن يحترمون القانون وكأنهم يكونون ضحية لمن لا يحترمه دون وجود أي رادع يمنعهم ويصحح سلوكهم الخاطئ المتمثل في عدم تنفيذ الإلتزامات، أو التعت في عدم تنفيذها وحتى التباطؤ في التنفيذ. لذلك ولمواجهة مثل هؤلاء الناس الذين يحاولون بسط نفوذهم وتنفيذ بعض مآربهم الرخيصة إتجاه الآخرين، لا بد من تفعيل الوسائل، ومنها الغرامة التهديدية لتهذيب بعض الانشطة، لاسيما في نطاق العلاقات القانونية الناشئة عن إلتزام المدين بتنفيذ إلتزامه، والذي بدونه يجعل هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم.⁽¹⁸³⁾

إن هذا التوجه الذي سلكه المشرع وطبقه القضاء يحقق للمسؤولية المدنية وظيفتها المزدوجة، أو على الاقل تأكيدها. أما القول بإمكانية الإسناد على القواعد العامة، وعلى

181- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الإثبات آثار الإلتزام، (مرجع سابق، ج2)، ص822.

182- عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص494.

183- محسن عبدالحميد إبراهيم البيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، (مصر، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، 1993)، ص108-109.

نص المادة (173) من القانون المدني⁽¹⁸⁴⁾ فهو قول لا يتفق والغرض من وجود الغرامة التهديدية، فالنص واضح وصريح لمواجهة التعنت الذي يسلكه المدين والذي يعد أكثر الأخطاء جسامة، ومما يؤكد ذلك أن القضاء الفرنسي رغم غياب النص القانوني فإنه أخذ يطبق ذات النظام.

وقد سبق لنا القول بأن المشرع الليبي قد تناول مسألة جسامة الخطأ في بعض القوانين الخاصة، منها قانون الضمان الاجتماعي، فبخصوص تأمين الإصابة فإنه في الوقت الذي لم يعط المشرع إهمال العامل في أداء عمله أي تأثير على وصف الإصابة التي يصاب بها بأنها إصابة عمل⁽¹⁸⁵⁾ فإنه حرّمه من أي تأمين ضد إصابته، متى جاءت هذه الإصابة نتيجة لسوء سلوكه الجسيم، أو كان هذا السلوك مقصوداً من جانب العامل المضمون ذاته،⁽¹⁸⁶⁾ فسوء السلوك الجسيم يعني خطأ العامل الجسيم. كما تعطى الفقرة (ذ) من المادة (73) من قانون العمل الليبي الحق لصاحب العمل في فسخ العقد من جانبه⁽¹⁸⁷⁾ (إذا وقع منه إعتداء جسيم على أحد رؤساء العمل أو احد زملائه أثناء العمل وبسببه). في حين أن المشرع لم يشترط هذه الجسامة فيما لو حصل الإعتداء على صاحب العمل او المدير المسؤول، وهو ما أشارت إليه الفقرة ذاتها.⁽¹⁸⁸⁾ وبالنسبة لقانون العمل المصري فقد أجازت المادة (62) لرب العمل إنهاء خدمة العامل كجزاء لما يرتكبه من أخطاء تعتبر جسيمة،

184- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص487.

185- فتحي المرصفاوي، التأمينات الاجتماعية والضمان الاجتماعي في القانون الليبي، (بنغازي، المكتبة الوطنية بنغازي، 1974) ص395.

186- علي الحوات، الضمان الاجتماعي ودوره الإقتصادي والاجتماعي، (بنغازي، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1990)، ص74- 75.

187- قانون العلاقات العمل الليبي ولائحته التنفيذية، (رقم 12 لسنة 2010م).

188- عبدالغني عمرو الرويمض، علاقات العمل الفردية، (مرجع سابق)، ص 320-321. وبخصوص تطبيق المادة 51 من قانون العمل الليبي رقم 58 لسنة 1970 أنظر الطعن الليبي، موسوعة المبادئ القانونية، (رقم 21/60 ق، جلسة 8-2-1976، ج 3، المجموعة الأولى،(مرجع سابق))، ص1080 - 1081. ونفس المرجع السابق، (23/32 ق، جلسة 29-5-1977)، ص970-971.

مستمدداً هذا الجزاء مما يتمتع به من سلطة تأديبية، أما المشرع العراقي فإنه جاء بنص عام في الفقرة السابعة من المادة (34) من قانون العمل النافذ، التي أصبح العامل بموجبها عرضة لانتهاء خدمته (إذا ارتكب العامل جريمة معاقباً عليها في قانون العقوبات أثناء العمل بحق ممثلي الإدارة أو صاحب العمل)، وهو نص منتقد من قبل الفقه لعمومية مضمونه.⁽¹⁸⁹⁾

ويرى البعض⁽¹⁹⁰⁾ ان القانون المدني المصري رغم تأثره بالقانون المدني الفرنسي، إلا ان أفكار واضعيه تشير صراحة إلى الإعتداد بجسامة الخطأ كعنصر من عناصر التعويض، وهذا يعني الإتجاه نحو المذهب الشخصي المعتدل، حيث لم تكن جسامة الخطأ هي العنصر الوحيد لتقدير التعويض، في حين ان نزعة واضعي القانون الفرنسي هي نزعة موضوعية مطلقة فيما يتعلق بنظرية التعويض التي تؤكد على ان التعويض واحد أياً كان نوع الخطأ مصدر المسؤولية. لذلك جاءت نصوص القانونين متقاربة في هذا الجانب، ولكن بروح ترى ضرورة التخفيف من إطلاق المذهب الموضوعي الذي ساد الفترة ما بين القانونين المصريين القديم والجديد، فالقانون المصري في الوقت الذي لا يهمل فيه مسألة جسامة الخطأ فإنه لا يغلبها كفكرة على مدى الضرر، مؤكداً في الوقت ذاته على وجوب ان تكون مهمة التعويض الأولى هي جبر الضرر لا عقاب المسؤول. أي ان مسألة الفصل بين المسؤوليتين الجنائية والمدنية لم تغب عن محتوى القانون المدني المصري، وهذا ما كان يؤكد المشرع الفرنسي أيضاً.

أنا نعتقد بأن هذا التصور بخصوص فكرة جسامة الخطأ في القانونين الفرنسي والمصري واقترابهما من حيث جوهر رؤيتهما بخصوص أولوية الوظيفة التعويضية للمسؤولية تصور يمكن قبوله، ولكن يجب التأكيد على ان المشرع المصري أثناء وضع نصوص القانون المدني كانت أفكاره لا تزال تعبر عن مزيج من التأثير بالمذهبين الشخصي والموضوعي، وهذا

189- عدنان العابد، يوسف عباس، *قانون العمل*، (بغداد، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ط1، 1980)، ص306.

190- محمد إبراهيم الدسوقي، *تقدير التعويض*، (مرجع سابق)، ص79-88.

ما دلت عليه الأعمال التحضيرية والمذكرة الإيضاحية التي غالباً ما تكون أكثر إفصاحاً عن حقيقة موقف المشرع.

فمن دراستنا لنص المادة (170) من القانون المدني المصري، وبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية⁽¹⁹¹⁾ والمناقشات التي سادت أثناء صياغتها والآراء التي كانت وراء خروجها بصورتها النهائية يمكننا ان نلمس أهمية جسامه الخطأ في هذا النص. فهذه المادة أشارت بصورة صريحة إلى ضرورة مراعاة القاضي للظروف الملازمة، وذلك وفقاً لما أنصرفت إليه إرادة المشرع وما تحمله من أفق واسع كما أن مدلولها يتعلق بالظروف الشخصية التي تتصل بحالة كل من المسؤول والمضروب وتدخل فيها جسامه الخطأ.⁽¹⁹²⁾

أن قراءة نص المادة (170) من دون ملاحظة ماسبقها من أعمال تحضيرية بما فيها مناقشات مجلس الشيوخ يمكن أن تعطي انطباعاً بان النزعة الموضوعية المطلقة التي سادت القانون الفرنسي بخصوص تقدير التعويض نجد لها صدى في القانون المصري. فوجود أي خطأ، سواء كان جسيماً أو يسيراً، بل وحتى تافهاً، تنهض بسببه المسؤولية المدنية، دون أن يكون لهذا الخطأ أية علاقة بتقدير التعويض. فقيمة الخطأ إنما تكمن في إسناد المسؤولية. فالتعويض، وفقاً لهذه القراءة، يجب ان يكون كاملاً، شاملاً ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، ويكون تقديره، كما يرى الأستاذ السنهوري⁽¹⁹³⁾ ذاتياً بالنسبة إلى المضروب،

191- تعد الأعمال التحضيرية من وسائل التفسير التي يعود إليها القاضي لتحديد معنى النص عند غموضه أو وجود لبس فيه. لا سيما إذا كانت الأعمال التحضيرية معبرة عن حقيقة النص واردة المشرع، أنظر يحيى رزق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير، (مرجع سابق)، ص259.

192- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، (مرجع سابق)، ص239. ورغم أن الأستاذ السنهوري أشار إلى ان المقصود بالظروف الملازمة وفقاً للمادة (170) من القانون المدني المصري هي الظروف التي تحيط بالمضروب فقط إلا انه مع ذلك يقول بان (القضاء يدخل عادة في اعتباره جسامه الخطأ في تقدير التعويض وهذا شعور طبيعي يستولي على القاضي، فما دام مقدار التعويض موكولاً إلى تقديره فهو يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيماً وإلى التخفيف فيه منه إذا كان الخطأ يسيراً، وعلى هذا يسير القضاء في مصر وفرنسا....) أنظر مؤلفه، الوسيط، المجلد الثاني، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق ط3، ج1، 1998)، ص1101.

193- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط مصادر الإلتزام، (مرجع سابق، المجلد الثاني، ج1، 1981)، ص1362-1366.

وموضوعاً بحتاً بالنسبة إلى المسؤول، فلا تُؤخذ بنظر الإعتبار جسامة خطئه ولا درجة فقره أو غناه.

إلا أن القراءة المتأنية للنصوص الواردة في القانون المدني المصري توضح لنا ان مسألة الإعتداد بجسامة الخطأ لم تكن مجرد فكرة متداولة أسهب في تناولها الفقه في مصر وفرنسا، ومن ثم الإقرار بوجودها العلمي، بل أنها تشكل مبدءاً قانونياً في القانون المدني، وليس في مشروع القانون فقط، لان إرادة المشرع انصرفت إلى الأخذ بها عندما جعلها من ضمن (الظروف الملازمة)، فلم يُقصد من وراء ذلك إبعاد هذه الفكرة من القانون المصري، بل التأكيد عليها باعتبارها جزءاً من كل. ولو كان يقصد غير ذلك لتناولته مداولات المشرع ومذكرته الإيضاحية على الأقل.

لذلك يمكننا أن نقول بأن القضاء في مصر يستطيع أن يستند إلى هذا المبدأ القانوني كما يمكنه أن يستقر على الأخذ به في احكامه إستناداً إلى إقرار المشرع المصري ذاته. وكذلك الإستدلال بالفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني والتي تنص على ان (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها).⁽¹⁹⁴⁾

ولم يقتصر تناول المشرع المصري لموضوع جسامة الخطأ في القانون المدني على النصوص التي سبق الإشارة إليها فقط، فهذه الفكرة نجدتها في نصوص أخرى، منها ما جاء في المادة (169)⁽¹⁹⁵⁾، التي عالج خلالها كيفية تقدير التعويض وحدود ما يتحملة كل شخص من المسؤولين عند تعددهم. تقول المادة المذكورة (إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض).

194- يطابقها نص المادة الأولى من القانونين الليبي والعراقي.

195- يطابقها نص المادة (172) من القانون المدني الليبي، ويقابلها نص المادة (217) من القانون العراقي.

والتضامن هنا قد جاء استناداً إلى نص القانون في نطاق المسؤولية التقصيرية، وهذا يعني أنه لا أثر لقضاء المحكمة به أو عدمه، ما دام ان واحداً من المسؤولين قد ساهم بخطئه في إحداث الضرر، فالشركاء مسؤولون مسؤولية تضامنية فيما بينهم، وذلك عندما يكون أي منهم قد أسهم في إحداث الضرر كله، أو لم يكن بالإمكان جعل أي خطأ هو السبب في حصول الضرر، أو لم يحدث كل منهم أضراراً متميزة عن بقية الأضرار، وكذلك في حالة عدم قدرة القاضي على تحديد جسامة خطأ كل واحد منهم. أما إذا كانت مسؤولية كل شريك تتميز عن الآخر ومستقلة لإنعدام الرابطة المعنوية الناشئة عن الإتفاق أو المادية الناشئة عن شيوع نسبة الضرر فيما بينهم، فإن التضامن ليس له محل لأن كلاً منهم سيكون مرتكباً فعلاً ضاراً عن الآخر. ولذلك فالقاضي سيهتدي إلى جسامة الخطأ لتحديد مسؤولية كل شريك تسنده في ذلك المادة (221) من القانون المدني.

ويذكر ان الأعمال التحضيرية المتعلقة بهذه المادة قد أفاضت شرحاً وتوضيحاً مدلولها القانوني.⁽¹⁹⁶⁾ والكلام عن نص المادة (169) من القانون المدني المصري يعني الكلام ذاته بالنسبة للمادة (172) من القانون المدني الليبي لتطابق النصين تطابقاً تاماً.

196- جاء في الأعمال التحضيرية: (لا يقتصر هذا النص على تقرير التضامن بين من يشتركون في إحداث ضرر معين عند رجوع المضرور عليهم، بل يتناول فوق ذلك تعيين كيفية رجوع المسؤولين فيما بينهم إذا قام أحدهم باداء التعويض بأكمله، ففيما يتعلق بارجوع المضرور على المسؤولين عن العمل الضار يكون هؤلاء متضامنين، دون حاجة للتفريق بين المحرض والفاعل الأصلي والشريك، ويلاحظ ان هذه المادة نفسها تنص أيضاً على ان مخفي الشيء المسروق لا يلتزم بالتعويض إلا إذا اصاب نصيباً من الربح أو أحدث ضرراً بمعاونته. ويؤدي هذا التفريق بين حالتين:

الأولى- حالة وقوع الفعل الضار من أشخاص متعددين، دون أن يكون في الوسع تعيين من احدث الضرر حقيقة من بينهم او تحديد بنسبة مساهمة كل منهم في إحداثه، وفي هذه الحالة لا يكون ثمة معدى عن تقرير التضامن بينهم جميعاً.

الثانية- حالة إمكان تعيين محدثي الضرر من بين من وقع منهم الفعل الضار رغم تعددهم، وإمكان تحديد نصيب كل منهم في إحداثه، وفي هذه الحالة لا يسأل كل منهم إلا عن الضرر الحادث بخطئه، ولا يسألون البتة على وجه التضامن.

أما فيما يتعلق بارجوع المسؤولين فيما بينهم عند التضامن فيحدد القاضي ما يؤدي كل منهم معتداً في ذلك بجسامة الخطأ الذي وقع منه ونصيب هذا الخطأ في إحداث الضرر. وكل طرف آخر من شأنه ان يكشف عن مدى مساهمة المسؤول في الضرر الحادث من هؤلاء المسؤولين جميعاً، فإذا استحال تحديد قسط كل منهم في المسؤولية، فتكون القسمة سوية بينهم، إذ المفروض ان الدليل لم يقم على تفاوت تبعاتهم). مجموعة الأعمال التحضيرية، (مرجع سابق، ج2)، ص384.

ب - موقف الشريعة الإسلامية.

أما فيما يتعلق بالشريعة الإسلامية فقد عاجلت موضوع الخطأ معالجة شملت المسئوليتين المدنية والجنائية، فقد إحتوت على نصوص شرعية وقواعد فقهية بقدر ما فيها من الإختصار فيها من العمق والدلالة أكبر مما إحتوته أكثر التشريعات حكمة من حيث الصياغة والمدلول. فقد إشمئلت القرآن الكريم على كثير من الآيات التي عاجلت موضوع الخطأ بصورة وافية، وكذا الأمر بالنسبة لأحاديث الرسول الكريم صلى الله عليه وعلى آله وسلم. كما كان للفقهاء المسلمين دور مهم في توضيح دلالات هذه النصوص وتلك الأحاديث بما يتوافق ومقاصد الشريعة، أو يفترض أن تكون كذلك.

ومن الآيات القرآنية التي وضعت تصوراً واضحاً لمسئولية الإنسان عما يأتيه من أعمال محاسب عليها، ما جاء في سورة النساء ﴿مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ﴾⁽¹⁹⁷⁾ و ﴿أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾⁽¹⁹⁸⁾.

وجاء حديث الرسول (صلى الله عليه وعلى آله وسلم) : (لَا ضِرْرَ وَلَا ضِرَارَ)⁽¹⁹⁹⁾ إختصاراً للمسئولية عموماً وللمسئولية المدنية على وجه الخصوص. فقد كانت جملة بليغة شاملة تحمل من الدلالات الكثير، لذلك كان لها أثرها في التشريعات الحديثة التي نجدها، في حقيقة الأمر، تردد ذات الأسس التي إعتدتها الشريعة الإسلامية لتعيد صبها في قالب آخر. بل أن هذا الحديث أصبح مادة قانونية في بعض القوانين كمجلة الأحكام العدلية⁽²⁰⁰⁾

197- القرآن، سورة النساء 4 : الآية 123.

198- القرآن، سورة النجم 53 : الآية 38.

199- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، سنن ابن ماجه، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء

الكتب العربية، باب : من بني في حقه ما يضر بجاره، ج 2، حديث رقم (2340))، ص 784.

200- المادة (19) من مجلة الأحكام العدلية، (ج 1) ص 27. أنظر عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون

الوضعي، (بيروت، دار الكاتب العربي، ج 1) ص 20.

فمدلول الضرر يعني منع كل إعتداء أو كل إضرار بالغير بدون حق. ولا ضرار تاكيد لما قبلها، وكذلك تأكيد على وجوب دفع الضرر قبل وقوعه⁽²⁰¹⁾.

وفي الشريعة الإسلامية أن الضرر الكبير يقابله تعويض كبير أيضاً. فكلما كان الضرر جسيماً كان التعويض متناسباً معه، وكلما كان خفيفاً كان التعويض كذلك، حيث أن القاعدة في الضمان (أنه بدل مال لا جزاء أفعال)⁽²⁰²⁾.

ولكن إذا كان الخطأ جسيماً فالبعض⁽²⁰³⁾ يرى بأن القاضي يستطيع أن يضيف إلى جانب الضمان التعزيز بالقول وبالحبس أو بالضرب، كما يمكن فرض الغرامة المالية على المتعدي، إذا كان قد صدر منه خطأ جسيم يتطلب زجراً تحقيقاً لمصلحة المجتمع، ولهذا السبب أحاز الفقهاء لجوء القاضي للعقاب إذا كان يرى في هذا العقاب ما يردع المبطلين والحصول على حق الناس منهم، حتى لو وصل الأمر إلى مضاعفة الغرم أو زيادته تحقيقاً لهذه الغاية ويمكن أن يظهر دور القاضي جلياً في نطاق تطبيق العقوبة الخاصة بالإعتداء على حق العبد، حيث يستطيع القاضي تقدير الظروف المخففة وما يتبع ذلك من تخفيف للعقوبة.⁽²⁰⁴⁾

أما بالنسبة للفقهاء القانوني فإنه لم يتفق على موقف موحد إتجاه موضوع جسامة الخطأ، مع أن الإتجاه الغالب يميل إلى عدم الإعتداد بالجسامة عند تقدير التعويض إلا في بعض المواضع التي أشار إليها المشرع. فالشراح غالباً ما يبدون آراءهم وفقاً لما يذهب إليه المشرع. فهم يشرحون النصوص القانونية، وقليل منهم من يحاول أن يضع له فكرة مستقلة. وهذا لا يلغي مسألة وجود رأي، سواء من الفقهاء أو الشراح لا سيما بخصوص موضوع الظروف الملازمة وذلك بسبب العمومية التي طبعت النص الخاص بها.

201- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، (بيروت، دار العلم للملايين، ج1، ج2، 1983م) ص167-168.

202- عبدالسلام التونجي، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، (مرجع سابق)، ص200.

203- المرجع نفسه، ص200.

204- عبدالقادر جوده، التشريع الجنائي الإسلامي، (مرجع سابق، ج1)، ص83.

ويستند غالبية الفقه القانوني في موقفه من الظروف المؤثرة في التعويض إلى مبدأ الموازنة بين التعويض والضرر⁽²⁰⁵⁾ ووضعه كأساس للتعويض، بل لقياس مدى تأثير أي ظرف من الظروف، ولذلك قالوا بضرورة ضبط التعويض على ضوء مقدار الضرر الحاصل فقط دون تجاوز، الأمر الذي أيدته محكمة النقض الفرنسية وعملت على تكريسه من خلال ما أصدرته من أحكام.

ويترتب على الأخذ بمبدأ الموازنة بين التعويض والضرر نتائج كثيرة ومهمة. وأهم هذه النتائج أن خطورة الخطأ، أي جسامته، ليس لها أي تأثير على قيمة التعويض. فتعويض المضرور يتم من خلال النظر إلى الأضرار الحاصلة، فالمهم هو تحقيق ما يجبر الضرر وليس معاقبة المسؤول، وهذا ما يتفق وهدف المضرور. لأن المضرور إذا ما أراد معاقبة المسؤول فإنه يستطيع ذلك من خلال عرض الأمر على القاضي الجنائي الذي يتحقق من مسألة مخالفة هذا الخطأ لنص عقابي. ولذلك فإن الذين يفسرون النص المتعلق بهذا الموضوع وفقاً لما جاءت به المادة (173) من القانون المدني الليبي يذهبون إلى عدم شموله لموضوع جسامة الخطأ، إنطلاقاً من أن التعويض وسيلة لجبر الضرر لا معاقبة المسؤول.

في حين أن البعض الآخر يستند إلى ما إحتوته محاضر القانون المدني المصري والمناقشات والمذكرات المتعلقة بهذا الجانب قائلين بأن الإرادة الحقيقية للمشرع أجهت إلى الإعتداد بجسامة الخطأ، وإبراز وظيفة التعويض الردعية،⁽²⁰⁶⁾ حتى أن هناك من الفقهاء⁽²⁰⁷⁾ من يرى بأن بعض الأفعال تحتاج لأن تدان أخلاقياً.

ولمعرفة موقف الفقه القانوني من مسألة جسامة الخطأ لابد من بحث أساس ووجود هذه المسألة في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية حتى يتسنى لنا من خلال ذلك فهم موقف هذا الفقه.

205- للمزيد من التفصيلات حول هذا الموضوع راجع Nour Eddine . op . Cit . No. 339. P. 187.

206- أنظر Boris starck et Henri Roland et Laurent Boyer . No . 277. P. 139.

207- وهذا ما يراه الفقه بويريس ستارك. (مرجع سابق، انظر مؤلفه سابق الذكر فقرة 268)، ص 134.

ففي نطاق المسؤولية العقدية كانت العقود تقسم إلى ثلاث درجات حسب طبيعة الخطأ الذي يُسأل عنه المدين، وهو ما كان سائداً عند الرومان.

فالعقود التي تبرم لمصلحة الدائن وحده، كالوديعة غير الماجورة، يُسأل فيها المدين عن خطئه الجسيم دون غيره من الأخطاء. أما في العقود التي تبرم لمصلحة الطرفين، أي العقود التبادلية، كعقد الإيجار، فالمدين يُسأل عن خطئه الجسيم واليسير. أما في العقود التي تبرم لمصلحة المدين وحده، كعقد العارية، فإنه يُسأل عن خطئه الجسيم واليسير والتافه.

والقانون المدني الفرنسي لم يعد يأخذ بهذه النظرية لعدم صحتها متحولاً ومعولاً على طبيعة الإلتزام فيما إذا كان يتعلق بتحقيق غاية أم بذل عناية.⁽²⁰⁸⁾

فالمدين يُلزم بتنفيذ إلتزامه التعاقدية شخصياً أو بواسطة غيره، لأن عدم التنفيذ يُعد خطأ، سواء كان فعله هذا عمدياً ومقصوداً أم غير عمدي، أي نتيجة إهماله وتقصيره.

وخطأ المدين بسبب عدم تنفيذه إلتزامه يختلف وفقاً لهذا الإلتزام، أي فيما كان التزاماً بتحقيق نتيجة أو غاية محددة أم كان إلتزامه بوسيلة أو بذل عناية.

ففي الحالة الأولى لا موجب لإثبات الخطأ أياً كانت درجته حتى تتحقق المسؤولية ما دامت النتيجة المطلوبة لم تتحقق، وعليه فإن خطأ المدين ثابت ولا يستطيع إبعاد المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي، فالخطأ يبقى موجوداً متمثلاً بعدم تحقق النتيجة المرجوة.

أما الإلتزام ببذل عناية فيعني التزام المدين ببذل جهده وبما في وسعه لتحقيق الإلتزام الذي عليه تنفيذه، فذمته تبرأ ما دام قد بذل العناية اللازمة، سواء تحققت النتيجة أم لم تتحقق. والعناية المقصودة هنا هي عناية الشخص المعتاد⁽²⁰⁹⁾ التي تبقى كذلك حين تنفيذ المدين لإلتزامه إلا إذا كان القانون أو نص الإلتفاق يقلل من هذه العناية لما دون عناية

208- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، (شركة التامس للطبع والنشر والمساهمة، بغداد، ج1، 1991)، ص60
 ومحي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، (دار النهضة العربية، القاهرة، ط 3، 1994م)، ص488.
 209- نفضل إستخدام مفهوم (الشخص المعتاد) بدلاً من (الرجل المعتاد) لانه يدل على الجنسين معاً.

الشخص المعتاد، ولربما يُصار إلى تشديدها نحو عناية الشخص الحريص. ومع ذلك يبقى إلتزامه ببذل عناية وليس تحقيق غاية.

ويمكن للمدين أن يشترط في العقد إعفائه من المسؤولية عن خطئه التافه أو اليسير،⁽²¹⁰⁾ ولكن لا يمكن إشتراطه الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن غشه أو خطئه الجسيم.⁽²¹¹⁾

لأننا لو جوزنا له أن يُعفي نفسه من إلتزامه في حالة غشه أو خطئه العمد سنجعل من إلتزامه معلقاً على شرط إرادي، إضافة إلى وجوب المحافظة على قوة العقد الملزمة وتأكيد إحساس الطرفين بالمسؤولية وبقواعد الأخلاق.⁽²¹²⁾ وهذا الأمر يشمل طبيعة الحال الخطأ الجسيم، حيث كثيراً ما يلحق بالغش في نطاق المسؤولية العقدية.

أما في نطاق المسؤولية التقصيرية فالأمر يختلف حيث أن قيامها لا يتطلب إلا توفر الخطأ أياً كانت درجته. فالمسؤولية هنا تتحقق بتحقيق أركانها ومنها وجود الفعل الضار، حتى أن البعض من الشراح يرى أن الغاية من البحث في موضوع تدرج الخطأ إنما لتخفيف المسؤولية عن بعض شرائح المجتمع ممن قد يقعون في أخطاء تُعد مقبولة نتيجة لممارستهم لمهنتهم أو فنهم كالأطباء، وهو أمر يستلزم البحث عن طبيعة هذه الأخطاء ودرجاتهم، وعدم مساءلتهم عن أقل الأخطاء درجة والتي يقعون فيها أثناء قيامهم بنشاطهم الذي يتطلب في

210- يرتبط اليسير أو البسيط بنقصان أو عدم كفاية التفكير في نتائجه. ويعرف الخطأ اليسير بأنه (الخطأ الذي لا يقترفه شخص معتاد في حرصه وغايته). ويتميز عن الخطأ الجسيم من حيث الجسامة أما الخطأ التافه فيعرف بأنه ذلك الخطأ (الذي يقع بالقدر الطفيف من الإهمال وعدم الإنتباه. أنظر عبدالحكيم فوده، مرجع سابق) ص17-18. ومحمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، (مطبعة جامعة القاهرة، ج2، 1990)، ص96 ومابعدها.

211- محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، (مرجع سابق)، ص466-469.

212- عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، (الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998)، ص35-36. ويذكر أن معظم التشريعات تجيز إشتراط المدين عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ إذا ما وقع من الأشخاص الذين يستخدمهم لأجل تنفيذ التزامه. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (220) من القانون المدني الليبي على إنه (يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه). ويطابق ذلك نص الفقرة الثانية من المادة (217) من القانون المدني المصري والفقرة الثانية من المادة (259) من القانون المدني العراقي.

الأصل قدرًا معيناً من المخاطر، وهذا ما يعطيهم فرصة أكبر لتطوير عملهم الطبي وعدم إيقاف مسعايم في هذا الإتجاه. (213)

هذه الفكرة لم تجد أفقها في المسؤولية التقصيرية لأنها، أي المسؤولية، تقوم نتيجة لأي فعل إيجابي أو سلبي لا يتلمس منه العناية والتبصر ويؤدي إلى الأضرار بالغير، وهو أمر يوجب على كل إنسان بذل العناية اللازمة أثناء عمله لضمان سلامته وسلامة الآخرين. والإتجاه نحو وحدة الخطأ هو ما يعول عليه دون النظر إلى جسامته، مع الإقرار بوجود هذه الفكرة في بعض القوانين التي تكون فيها محل بحث لأجل معالجة البنود النافية والمحددة للمسؤولية أو لبيان مدى تأثيرها على مقدار التعويض زيادة أو نقصاناً وهو الأمر الذي يهمننا في هذا المجال. (214)

لقد كانت الآراء تميل إلى ضرورة التشديد في مجال المسؤولية التقصيرية عنها بالنسبة للمسؤولية العقدية، وذلك بسبب نظرة الفقه التقليدي إليها باعتبار أن أساسها أخلاقي مما يوجب، وفقاً لذلك، عدم الأضرار بالغير، وهو ما نجده في إتجاه المشرع في مختلف البلدان نحو إبطال شروط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أيأ كانت درجة الخطأ الذي تنهض بسببه، بما فيه الخطأ اليسير. في حين أُجيزت هذه الشروط في نطاق المسؤولية العقدية.

ومع تطور المسؤولية المدنية تحول أساس قيامها من الفكرة الأخلاقية إلى الفكرة الإجتماعية. وقد صاحب هذا الإنتقال تشديد على عدم إمكانية القضاء على الخطأ اليسير من أجل الإبقاء على المسؤولية حماية للمضروبين. كما أن الإتجاه أخذ يسير نحو تخفيف هذه المسؤولية في نطاق المسؤولية التقصيرية حماية للمسؤولين من خلال التأكيد على الأخذ بنظر الإعتبار ما يساهم به فعل المضروب في وقع الضرر لإيجاد نوع من التوازن بين مصلحتين متناقضتين، تشكل مصلحة المسؤول إحداهما.

213- عبدالسلام التونجي، الخطأ الطبي، (مجلة دراسات قانونية، هيئة التدريس في كلية القانون بجامعة قاربونس، المجلد الحادي عشر، بنغازي)، ص 160.

214- مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، (مرجع سابق)، ص 272-273.

لقد جاء هذا التغير إنعكاساً للتطورات الحديثة في جميع الجوانب المتعلقة بحياة الإنسان، لاسيما الجانبين الإجتماعي والإقتصادي، وما رافق ذلك من تشابك المعاملات والمصالح، الأمر الذي إستلزم الأخذ بعدالة التعويض كقاعدة تشريعية عامة، إقراراً للواقع، فجاءت المعالجة أولاً من خلال حصر المسؤولية عن الخطأ اليسير عن الضرر المتوقع في نطاق المسؤولية العقدية وتخفيض التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية، وهي نظرة لا تخلو من إشارة إلى أهمية تدرج الخطأ، مما يعني ضرورة ملاحظة جسامة الخطأ عند إعمال مثل هذه القاعدة.⁽²¹⁵⁾

والفقه⁽²¹⁶⁾ يقر بعدم إتفاقه على إستبعاد جسامة الخطأ عند تقدير التعويض، بل أن البعض منه يذهب إلى التأكيد على الإعتداد بجسامة الخطأ وانقاص التعويض عدالة إذا كان خطأ المدين يسيراً وموارده محددة، أو زيادته إذا كان أساس مسؤوليته تدليسه أو خطأه الجسيم.⁽²¹⁷⁾

أن الإعتداد بجسامة الخطأ كظرف من الظروف الملازمة موقف يقول به قسم من الفقه الذي يذهب إلى إعتبار ذلك مسألة تمليها الضرورة عند تقدير التعويض.⁽²¹⁸⁾ وهو إتجاه يمكن القول بأنه يميل إلى التفسير الواسع لنص المادة (173) من القانون المدني الليبي.⁽²¹⁹⁾

215- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص324.

216- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، (مرجع سابق، ج1، ط3)، ص1101. وانور طلبة، الوسيط في القانون المدني، (رمضان وأولاده للطباعة والتجليد، القاهرة، ج1، 1993)، ص478.

217- محمد على عرفة، التقنين المدني الجديد، (القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، ط2، 1955)، ص120-121.

218- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، (مرجع سابق، ج1، ط3)، ص1101، 1098. وسليمان مرقس، الوافي الفعل الضار، (مرجع سابق، 2)، ص548-551. وحسين عامر وعبدالرحمن عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، (القاهرة، دار المعارف، ط2، 1979)، ص538-542. وعاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر، (بيروت، منشورات عويدات، 1983)، ص174.

219- المادة (170) من القانون المدني المصري، المادة (208) من القانون المدني العراقي.

ففي هذا الصدد وفي معرض تحليله لأتجاهات المشرع المصري بخصوص هذه المادة يقول الدكتور سليمان مرقس : (على انه يجوز مع ذلك في تقدير التعويض أن يقام وزن للظروف الملازمة، بما في ذلك جسامة الخطأ ... لهذا نرى ان قصد المشرع واضح في وجوب إقامة وزن في تقدير التعويض لجسامة خطأ المسؤول كما كانت تفعل المحاكم في ظل التقنين الملغي، وكذلك لكل ظرف ملابس للفعل الضار تقضي العدالة بوجوب مراعاته في تقدير التعويض ...).⁽²²⁰⁾

والتعليل في هذا التفسير الواسع هو القول بأن المادة (170) من القانون المدني المصري تناولت مسألة الظروف الملازمة بشكل مطلق بغير تخصيص للمضروب دون المسؤول، مما يعني الإعتداد بجسامة خطأ المسؤول،⁽²²¹⁾ ويُستدل على ذلك بالأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية للقانون المدني المصري. ويعلل آخرون⁽²²²⁾ هذا الموقف بأن المحاكم لا تنطلق من مبدأ التعويض الدقيق والكامل للضرر فحسب، بل تحاول أن تأخذ بنظر الإعتبار قواعد الأخلاق والإنصاف والعدالة الإجتماعية، إنسجاماً مع النزعة الأخلاقية للمسؤولية المدنية، وهذا ما يسير عليه القضاء الفرنسي والمصري،⁽²²³⁾ وقد ساندته في ذلك بعض الفقهاء ومنهم الفقيه (إيهنج) الذي نادى بمبدأ التوازن بين الذنب والتعويض. وكذلك (لوران) الذي يرى بأن التعويض ما هو إلا عقوبة مدنية يجب ان تتناسب مع جسامة الخطأ. في حين أن الفقيه (سورد)، ومعه كل من الفقيهين (ريبير) و (فوازينيه) كان قد دعا إلى إطلاق حرية القاضي في الملاءمة بين التعويض والخطأ.⁽²²⁴⁾ حيث عليه أن يفرق في المعاملة

220- سليمان مرقس، الوافي، الفعل الضار، (مرجع سابق، 2)، ص548-542. ويوافقه في الرأي د. عبدالمعمر فرج الصدة، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص565.

221- حسين وعبدالرحمن عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، (مرجع سابق)، ص538-542. وعبدالمعمر فرج الصدة، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص564-565.

222- سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، وزارة العدل، مركز البحوث القانونية، 1981، ص163.

223- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط مصادر الإلتزام، (مرجع سابق، ج1، ط3)، ص1101.

224- سعيد عبدالسلام، التعويض عن ضرر النفس، (مرجع سابق)، ص193.

بين الأنواع المختلفة من الأخطاء. فكلما كان الخطأ يسيراً ناتجاً عن عدم الحذر والرعوننة فإنه يجب أن يُصار إلى نوع من التسامح. وعلى العكس من ذلك يجب التشدد في الأخطاء حسب جسامتها.

فكلما كان الخطأ أكثر جسامة كان التشدد أكبر، حتى نصل إلى الأخطاء العمدية، وهذا ما يعزز من وجود الأخلاق الإجتماعية، لذا ينبغي، وفق ما يراه دعاة هذا التوجه،⁽²²⁵⁾ عدم الخلط بين الخطأ ومجرد الغلط، بل يجب أن تكون الدقة هي الأساس في التمييز فيما بينهما.

ويذهب بعض من الفقه، خاصة في فرنسا⁽²²⁶⁾ إلى القول بأن هناك من الحالات المعنية التي قد تحتاج إلى تدعيم الجزاء المدني لحماية المصلحة الفردية من دون اللجوء إلى الجزاء الجنائي الذي يهدف إلى حماية المصلحة الإجتماعية قبل المصلحة الفردية. على أن الرأي الراجح فقهاً يقول بأن الظروف الملازمة هي الظروف التي تلابس المضرور دون المسؤول⁽²²⁷⁾ لذا يجب عدم الإعتداد بجسامة الخطأ عند تقدير التعويض. فالتعويض كما يقول الدكتور حسن الذنون⁽²²⁸⁾ يدور مع الضرر ولا أثر لمقدار الخطأ عليه، وهو بذلك يتكافأ مع الضرر فلا يزيد عليه ولا ينقص منه. وهذا ما دعا البعض⁽²²⁹⁾ إلى القول بأنه رغم أن تقدير التعويض من حق قاضي الموضوع دون أن تكون هناك رقابة من محكمة النقض عليه، إلا أن عليه أيضاً أن لا يتأثر بدرجة خطأ المسؤول أو درجة غناه.

225- محسن عبدالحميد إبراهيم البيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، (مصر، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديد)، ص159.

226- للمزيد من التفاصيل راجع، محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص211. وما بعدها.

227- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق، ج1، ط3)، ص1098، وعبد المجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص558. وأنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، (مرجع سابق)، ص478.

228- عبد المجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، (بغداد، شركة الطبع والنشر الأهلية، ط3، 1969)، ص256.

229- أدوار غالي الذهبي، إحتصاص القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى المدنية، (القاهرة، مكتبة غريب، ط3، 1993)، ص79.

أن هذا الموقف يستند إلى الأساس القائل بأن القاعدة هي أن المسؤولية المدنية لا تتأثر بمدى جسامة الخطأ، فقد يتسبب خطأ بسيط بإلحاق ضرر كبير والعكس صحيح.⁽²³⁰⁾

فلا أهمية لدرجة الخطأ، ولا عبرة فيما إذا كان هذا الخطأ متعمداً أو غير متعمد، عن قصد حسن أو سئ.⁽²³¹⁾

وعلى ما يبدو أن فكرة جسامة الخطأ لا يمكن القول بأنها مستبعدة كلياً، بل إنها موجودة على أرض الواقع، مهما قيل بخصوص صحة هذا التوجه أو خطئه. فحتى الفقه الرافض للإعتداد بجسامة الخطأ يقر بوجود هذه الفكرة كواقع عملي غالباً ما يلجأ إليها القضاء عند تقدير التعويض⁽²³²⁾، وهو شعور طبيعي يستولي على القاضي ما دام امر تقدير التعويض موكولاً إليه بالذات، فيميل إلى زيادة التعويض كلما كان الخطأ جسيماً، وإلى تخفيفه إذا كان يسيراً.⁽²³³⁾ وهذا الأمر يؤكد توجه القضاء نحو تضخيم التعويض وفقاً لجسامة الخطأ لا سيما في نطاق التعويض عن الضرر المعنوي مما جعل الطابع النظري هو الذي يغلب على القاعدة القائلة بتناسب التعويض مع الضرر.⁽²³⁴⁾

أ) موقف القضاء من جسامة الخطأ وتأثيرها على التعويض

لما كانت ساحة القضاء هي المحك الحقيقي لفاعلية النصوص القانونية وفائدتها العملية، فإن البحث في أثر جسامة الخطأ وأهميته يكون من خلال ملاحظة هذا الأثر في هذه الساحة، لأنها المكان الذي نتلمس منه حقيقة جميع الآثار التي يمكن ان تتركها كل

230- محمد علي البدوي، النظرية العامة الإلتزام مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص301. وأنظر أيضاً عبد المجيد عامر، التعويض عن الأضرار البدنية الناشئة عن حوادث المرور. (ليبيا، الزاوية، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم الدراسات العليا بجامعة السابغ من إبريل، 1993/1994)، ص272.

231- أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 15 لسنة 7 ق).

232- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق، ج1، ط3)، ص1888-1101، ومحمد علي البدوي، النظرية العامة الإلتزام مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص344-345 ومصطفى الجمال، النظرية العامة للإلتزامات، بيروت، الدار الجامعية، 1989)، ص405.

233- عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط مصادر الإلتزام، (مرجع سابق، ج1)، ص1101.

Nour Eddine OP . cit . No. 339 . P. 187

234- أنظر

فكرة تحملها النصوص القانونية، لاسيما تلك النصوص التي يمكن أن يكون للقضاء قول فيها يفوق ما يقوله بخصوص نصوص أخرى، ونعني بذلك تلك النصوص التي يمكن أن تحمل أكثر من تفسير، أو يمكن أن يكون تفسيرها يختلف من محكمة لأخرى، أو من قضاء لآخر، لأسباب قد ترتبط بالإرادة الحقيقية غير الواضحة للمشرع والتي قد يختلف البعض في بيانها، ولربما بسبب طبيعة الموضوع الذي تعالجه، وهذا الأمر يمكن أن نراه فيما يتعلق بموقف القضاء من مسألة جسامة الخطأ.

يمكن أن نقول أن الفقه يتأرجح في موقفه من فكرة جسامة الخطأ بين الرفض والقبول وهذا ما يمكن قوله بخصوص القضاء أيضاً، فكما يمكن أن نلاحظ الموقف الراض صراحة فبإستطاعتنا أن نتبين أيضاً قبولاً صريحاً لأثر جسامة الخطأ. وفي بعض الأحيان نرى القضاء يتجه إلى الأخذ بنظر الإعتبار بتأثير هذه الجسامة لإعتبارات يراها عملية للوصول إلى حلول مقبولة للنزاعات التي تعرض عليه.

(ب) موقف المحاكم من مسألة الإعتداد بجسامة الخطأ:

تأخذ مسألة الإعتراض الصريح من المحاكم جانبين مختلفين، يتمثل أحدهما في موقف راض صراحة لأن يكون لجسامة الخطأ أي أثر على تقدير التعويض. في حين يجاهر الجانب الآخر في قبول تأثير جسامة الخطأ على تقدير التعويض. ولكل من الموقفين أسبابه ومداه.

1- رفض المحاكم الصريح الإعتداد بجسامة الخطأ عند تقدير التعويض:

رغم أن الأحكام القضائية التي توضح موقف القضاء الراض قليلة نوعاً ما، إلا أن المحاكم غالباً ما تميل إلى التفسير الضيق للنصوص القانونية المتعلقة بهذه النقطة، وعلى وجه الخصوص المادة (173) من القانون المدني الليبي⁽²³⁵⁾، لذلك فإننا عندما نقول أن القضاء يرفض الإعتداد بجسامة الخطأ كظرف من الظروف الملازمة لابد وأن يكون تفسيرنا لسكوته يحمل معنى الرفض ما دام القضاء يستبعد موضوع جسامة الخطأ عند تفسيره لمدلول الظروف

235- وهو ما يمكن أن يقال بخصوص المادتين (170 من القانون المدني المصري والمادة(208) من القانون المدني العراقي والأحكام القضائية الصادرة بهذا الشأن.

الملايسة وهذا الإستبعاد، كما يرى البعض هو نتاج تطبيق مبدأ التعويض الكامل الذي لا يبقى أي ضرورة للأخذ بجسامة تقصير الفاعل.

ومما ساعد على هذا الإستنتاج قلة الأحكام التي تشير إلى جسامة الخطأ أو الإعتداد بما كظرف ملابس، إضافة إلى وجود بعض الأحكام القضائية التي تقول صراحة بعدم الإعتداد بجسامة الخطأ.

ففي حكم للمحكمة العليا الليبية بتاريخ 16-11-1971 جاء فيه : (لا عبرة بجسامة الخطأ، لأن الخطأ مهما كان يسيراً تتحقق به المسؤولية سواء كانت جنائية أم مدنية).⁽²³⁶⁾ وفي حكم آخر لها⁽²³⁷⁾ في الوقت الذي أكدت فيه على ضرورة إعتداد القاضي بظروف القضية فإنها أشارت إلى بعض الأمثلة ومنها (فداحة الضرر الناجم عن الجريمة وحالة وسن المتضرر ..) مما يعني أنها لم تأخذ بجسامة الخطأ، كما أنها أعتبرت أن المقصود بالظروف الملايسة هي ظروف المضرور دون المسؤول.

وللقضاء المصري قول في هذا الموضوع. ففي حكم لها تقول محكمة النقض المصرية : (انه لما كان التعويض هو مقابل الضرر الذي يلحق المضرور من الفعل الضار ولا يصح أن يتأثر بدرجة خطأ المسؤول عنه أو درجة غناه، كان إدخال المحكمة جسامة الخطأ ويسار المسؤول عنه في العناصر التي راعتها عند تقدير التعويض عيباً يستوجب نقض الحكم إذ تقدير التعويض ولو أنه من سلطة محكمة الموضوع تقضي فيه بما تراه مناسباً وفقاً لما تنبئنه من مختلف ظروف الدعوى بحيث إذا ما أستقرت على مبلغ معين فلا تقبل المناقشة فيه، إلا إنه إذا ما أقيمت المحكمة في هذه الظروف ما لا شأن له بالتعويض بمقتضى القانون وأخلته في الحساب عند تقديره، فإن قضاءها يكون في هذه الحالة مخالفاً للقانون، ويكون

236- طعن جنائي ليبي، المجموعه المفهرسة، (مرجع سابق)، (رقم 18/87 ق. 16/11/1971م)، ص 257.

237- طعن جنائي، مجلة المحكمة العليا، (رقم 20/52، جلسة 12-6-1973). ص 95.

لمحكمة النقض أن تعمل على تصحيحه فتستبعد من التعويض المقضي به ما ترى أن محكمة الموضوع قد أدخلته في تقديره على ذلك الأساس الخاطيء).⁽²³⁸⁾

وفي حكم آخر لها أكدت محكمة النقض على أن الأخذ بدرجات مختلفة للخطأ من اليسير إلى الجسيم يعد من المآخذ التي يمكن ان تعيب الحكم لأن المادة (163) مدني التي تقرر أن كل من ارتكب خطأ ينشأ عنه ضرر للغير يُلزم بالتعويض لا تفرق بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم.⁽²³⁹⁾ ولذلك فإن الدفع بجسامة الخطأ بنظر الإعتبار دفع غير منتج.⁽²⁴⁰⁾

أن الصراحة الواضحة التي يبيدها القضاء في بعض أحكامه التي تعرض فيها لموضوع الإعتداد بجسامة الخطأ كظرف من الظروف الملازمة عند تقدير التعويض تدل على أن الرفض يشكل مبدءاً أساسياً يستند إلى إعتبارات كثيرة، يتعلق بعضها بما هو مستقر عليه قانوناً، خصوصاً مسألة التمييز بين المسؤوليتين المدنية والجنائية وعدم إتفاقيهما من حيث الجزاء الذي توقعه كل منهما، فالجزاء في المسؤولية الجنائية عقوبة، في حين أن التعويض هو جزاء المسؤولية المدنية⁽²⁴¹⁾، كما أن هذا الجزاء يرتبط أساساً بجسامة الخطأ وفداحة الضرر في المسؤولية الجنائية، لذا يكون لتدرج الخطأ أثره في نطاقها. بينما جزاء المسؤولية المدنية يرتبط بمقدار الضرر الحاصل دون ان يكون لجسامة الخطأ تأثير على مقدار التعويض، على اساس أن الأخذ بجسامة الخطأ في نطاق المسؤولية المدنية يحول التعويض إلى عقوبة، والعقوبة جزاء للمسؤولية الجنائية. وتؤكد محكمة النقض المصرية هذا الفصل بين المسؤوليتين وإختلافهما من حيث الجزاء وغايته. ففي حكم لها تقول: (إذا كانت المحكمة بعد أن قدرت التعويض الذي تحكم به على المتهم للمجني عليه قد أفهمت حكمها بقولها أنها ترى أخذ المتهمين بالشدة في توقيع العقوبة زجراً لهم وعظة لغيرهم، والحكم للمدعي المدني بجميع طلباته، فالنص على

238- أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 1611 لسنة 18ق، جلسة 20-12-1948)،

239- أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (رقم الحكم 77، السنة 12 ق، جلسة 1-6-1961).

240- نقض 31-12-1959، مشار إليه، محمد كمال عبدالعزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقهاء، (مكتبة القاهرة الحديثة، 1963)، ص172.

241- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط مصادر الإلتزام، (مرجع سابق، المجلد الثاني، ج1)، ص 1039.

هذا الحكم بأنه قد راعي الزجر في القضاء للمدعي المدني بجميع طلباته في حين أن التعويض يجب ألا يكون مؤسساً إلا على مالق المدعي من ضرر، وأن يكون متناسباً مع الضرر ذلك لا يكون له محل، إذ أن حديث الزجر لم يجرى إلا منصباً على تقدير العقوبة).⁽²⁴²⁾

وفي تأكيد آخر لها توضح محكمة النقض هذا الجانب بشكل دقيق عندما تقول (أن تعديل مبلغ التعويض بالزيادة فيه بناء على إستئناف المدعي بالحق المدني لا يتعارض مع تخفيف العقوبة المحكوم بها على المتهم من محكمة أول درجة إذ العبرة في تقدير التعويض هي بمقدار الضرر الذي وقع وهذا لا يحول دون إستعمال الرافة مع المتهم).⁽²⁴³⁾ ويمكن إستنتاج هذا الموقف من حكم لمحكمة التمييز العراقية تقول فيه: (أن التعويض الذي يحكم للمتضرر لا يصح إعتبره عقاباً على الخصم...)⁽²⁴⁴⁾.

ومما ساعد على إستبعاد فكرة جسامة الخطأ عند تقدير التعويض إستقرار القضاء في معظم البلدان يسانده معظم الفقه على إعتبرار التعويض وسيلة لجبر الضرر، لذا يجب أن يقدر بقدره دون زيادة أو نقصان⁽²⁴⁵⁾، إضافة إلى ما تذهب إليه المسؤولية الجنائية من حيث تحديد جسامة الخطأ لقياس مقدار الخطر الذي يهدد الجماعة وعلى ضوئه يتم إيقاع العقوبة بأسم المجتمع. وهذا التصور لا يزال هو الغالب في المجال القانوني فقهاً وتشريعاً وقضائياً رغم ظهور دعوات تهدف إلى التغيير لتتماشي مع هذا التطور.

أن السبب وراء عدم إعتداد القاضي بجسامة الخطأ قد يكون ذاتياً، أي متعلقاً بالقاضي ذاته ومدى تقديره لأهمية الخطأ الحاصل وما يمتلكه من خلفية تتعلق بشخصيته وبنائها الفكري.

-
- 242- أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (نقض جنائي رقم 1032 لسنة 20 ق، جلسة 21-10-1950).
- 243- أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (نقض جنائي رقم 877 لسنة 22 ق، جلسة 10-2-1953).
- 244- قرارها الرقم 1956/2/2086، مشار إليه في مؤلف، حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزامات، إثبات الإلتزام، (بغداد، الجامعة المستنصرية)، ص256.
- 245- أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (نقض مدني مصري رقم 53 لسنة 48 ق، جلسة 7-4-1982).

فقد يرى القاضي بان لا ضرورة للإعتداد بجسامة الخطأ، إذا كان الخطأ لا يتصف بالجسامة التي تستدعي أو تلفت إنتباهه لتجعله يتشدد عند تقديره للتعويض، فينظر لمقدار الضرر الحاصل دون التعويل على جسامة الخطأ لعدم أهميتها، وهو موقف يبدو طبيعياً ويمكن أن يتخذه قضاة كثيرون.

وقد لا يعتد القاضي بجسامة الخطأ بسبب خلفيته وقناعاته الفكرية أو القانونية. وهذا يعني عدم إعمال النص القانوني رغم الإشارة التي قد تبدو واضحة فيه، والتي يمكن ان تتأكد لمن يراجع الأعمال التحضيرية الموضحة للمراحل التي مر بها النص، والتي تشمل مشروع النص وجميع المناقشات التي دارت بخصوصه من قبل اللجان المختصة التي قامت بصياغته. وكذلك المجالس التشريعية التي أقرته، خاصة بالنسبة لنص القانون المدني المصري الذي يعد أساس القانونين المدنيين الليبي والعراقي. فأهمية الأعمال التحضيرية رغم القول بعدم إلزاميتها للقاضي، إلا إنها موضحة للنص وما يتضمنه من حكم.⁽²⁴⁶⁾ وهذا يفترض معرفة القاضي المسبقة بكل هذه الخلفيات وبكيفية تفسير النصوص القانونية، وإستخلاص الإرادة الحقيقية للمشرع بالقراءة المعمقة لها وتطبيقاتها القضائية السابقة.

أن عدم وجود النص المانع من إمكانية الإعتداد بجسامة الخطأ كظرف من الظروف الملازمة ووجود ما يشير إلى عكس ذلك في الأعمال التحضيرية، يعني ان قصد المشرع من الإقتصار على ذكر الظروف الملازمة ليس إستبعاد جسامة الخطأ كظرف ملابس، إنما هي صياغة قانونية مرنة تضع حكماً يتفق وسلطة من يتولى تطبيق النص وهو القاضي.⁽²⁴⁷⁾

وعلى ضوء ذلك يبدو موقف القضاء سلبياً من هذه النقطة، فالقاضي هنا يتعد عن المعنى الحقيقي للنص، وكذلك عدم تمتعه بما يمتلكه من سلطة تقديرية منحها له المشرع، وبذلك يكون القاضي في هذا الموقف كمن غادر طريقاً كان يمكن أن يسلكه ويتلمس من خلاله إبراز إمكاناته التي يفترض ان يوظفها لخدمة عمله القضائي وبما يحقق العدالة بين

246- محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، (جامعة بغداد، 1982)، ص285.

247- حول مفهوم الصياغة المرنة أنظر نفس المرجع السابق، ص106 وما بعدها.

الخصوم. فالتعويض هنا يقدر من قبل القضاء من خلال نظرته إلى الضرر دون الخطأ، أي من دون إعتبار لجسامة الخطأ. وبمعنى آخر دون إستخدام وظيفة الردع المستندة للأسس الأخلاقية للمسؤولية المدنية، على الرغم من ضرورتها في بعض الحالات، خصوصاً في ظل نصوص قانونية تسمح بذلك.

إن دور القاضي وهو يمارس مهنته لا يقتصر على تعويض المضرور وبيان ما يجب أن يتحملة المسؤول، وإنما محاولة إفهام المسؤول وأطراف الخصومة وكل من حضر المرافعة العلنية بل وكل من يعينهم الأمر، أن وظيفة القضاء ليست عملية ترميم لما يحصل من هدم في بنیان العلاقات الإنسانية الناشئة عنها علاقات قانونية يفترض أن تكون في الإتجاه الصحيح، فهذه الوظيفة ما هي إلا خطوة في عملية بناء مجتمع يسعى لأن تكون العلاقات بين أفرادها مبنية على أسس بعيدة عن الإستغلال غير المشروع عن طريق ردع المسؤول عن الخطأ، لا سيما إذا كان هذا الخطأ جسيماً، وكذلك توضيح ما على الجميع من واجبات قانونية وضعها المجتمع وأوجب عدم الإخلال بها، سواء كانت هذه الواجبات مفرغة في نصوص قانونية أو يمكن أن تشمل بهذه النصوص عندما تعتبر من وجهة نظر القانون مخالفة لما يجب ان يكون عليه سلوك الشخص المعتاد. وهناك من يرى⁽²⁴⁸⁾ أن على القاضي الإشارة في أسباب حكمه أنه قد راعي ليس مقدار الضرر الذي اصاب المضرور فقط، بل جسامة خطأ الفاعل أيضاً ليعطي للتعويض وظيفته الردعية. وإذا ما حصل ذلك فإن القاضي يكون قد اعتبر جسامة الخطأ من عناصر التعويض التي تتداخل مع غيرها من العناصر دون أن يكون لهذا العنصر الإستقلالية كما هو الحال بالنسبة للعناصر الأخرى كالحسارة الواقعة أو الكسب الفئات، حتى لا يتجاوز التعويض وظيفته التعويضية. وإذا كان توجه القاضي وفقاً لهذه الحدود فإنه لا يخضع لرقابة محكمة النقض، لأنه لا يكون قد تعدى سلطته التقديرية، فالتقدير، وفقاً لذلك يعد من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع

248- سعيد عبدالسلام، التعويض عن ضرر النفس، (مرجع سابق)، ص197. ومحمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص458. وفي هذا المعنى أنظر محسن عبدالحميد إبراهيم البيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية، (مرجع سابق)، ص71.

2- القبول الصريح من المحاكم بالإعتداد بجسامة الخطأ عند تقدير التعويض:
إن القول بأن المحاكم تميل غالباً إلى رفض الإعتداد بجسامة الخطأ عند تقدير التعويض لا يلغي وجود إتجاه لدى بعض المحاكم لأخذ هذه الفكرة بنظر الإعتبار عندما تكون بصدد الحكم بتعويض عن ضرر ما.

لقد جاء الإعلان عن هذا القبول من بعض المحاكم صريحاً. ويبدو أن السبب يعود إلى قناعة القاضي أو قضاة المحكمة بهذه الفكرة أو الحاجة لاعمالها لاعتبارات عملية أو أخلاقية، مما دعا، حسب تصورنا، هذه المحاكم إلى المجاهرة بهذا القبول، أو أن طبيعة النزاع المعروف يستوجب مثل هذا التوجه، خصوصاً إذا كانت جسامة الخطأ تقترب من العمد. والبعض من الفقه⁽²⁴⁹⁾ يرى بأن قضاء بعض المحاكم جرى على الخروج على القاعدة القائلة بأن كل خطأ مهما قلّ يصلح أساساً للمطالبة بالتعويض، كما في حالتي النقل بالجمان والخطأ الفني.

لقد حاول القضاء، خاصة القضاء الفرنسي، تحت تأثير الفقه تحويل مسلكه الواقعي بقبول جسامة الخطأ إلى مبدا قانوني، فصدرت بعض أحكامه التي تؤكد صراحة على وجوب وضع درجة جسامة الخطأ في الإعتبار عند تقدير التعويض.

ومن احكام القضاء حكم محكمة (نيم) الفرنسية في 20-4-1961 التي رفعت فيه مقدار التعويض عن الضرر الأدبي المحكوم به للوالدين من 14 ألف فرنك إلى 30 ألف فرنك بمراعاة جسامة خطأ المسؤول.⁽²⁵⁰⁾

ورغم أن محكمة النقض الفرنسية رفضت إقرار هذا المبدأ⁽²⁵¹⁾ حتى عند تناولها لمسؤولية الطبيب المدنية حيث أخذت الأحكام القضائية تتجه وبصورة تدريجية إلى عدم

249- حسن عكوش، المسؤولية المدنية، (مرجع سابق)، ص59.

250- الحكم المذكور مشار إليه في مؤلف، محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص 453.

251- مشار إليه في مؤلف، أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، (القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1، 1988)، ص72.

التمييز بين درجات الخطأ مقررة بأنه لا يلزم لقيام مسؤولية الطبيب أن يرتكب خطأ جسيماً إلا أن القضاء أصر على مسلكه بصورة ضمنية حتى أضحى إتهاماً قضائياً ثابتاً دون التصريح به في الأحكام الصادرة⁽²⁵²⁾. ويرى الأستاذ (ستارك) أن فكرة العقوبة الخاصة هي الفكرة الجديدة بتفسير هذا الاتجاه القضائي. ومع ذلك فالمحاكم قد تحولت، تفادياً للنقض، من التصريح علناً بالإعتداد بجسامة الخطأ إلى الإعتداد بها ضمناً حفاظاً على مثل هذا التوجه، والسبب في ذلك قد يعود إلى خلو القانون المدني الفرنسي من نصوص تتناول موضوع الظروف الملازمة ومنها جسامة الخطأ.

ويذكر أن مجلس الدولة الفرنسي يعتمد معيار في جسامة الخطأ لتوزيع المسؤولية في حالة إجتماع الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي⁽²⁵³⁾، وقد يكون هذا الموقف ناتجاً من أن القضاء يستند إلى النصوص القانونية التي تشير إلى هذا المعيار، حيث تضمنته معظم التشريعات.⁽²⁵⁴⁾

أما بالنسبة للقضاء الليبي فإنه، وعلى ما يبدو، لم يصرح بقبول جسامة الخطأ كظرف ملابس مكنتياً بالإشارة إلى ضرورة مراعاة الظروف الملازمة. فالكثير من أحكام هذا القضاء تشير إلى مراعاة بعض الظروف وتسميتها بالتحديد⁽²⁵⁵⁾ ومع ذلك وفي حكم حديث للمحكمة الليبية تبنت فيه فكرة جسامة الخطأ وأدخلتها كعنصر من عناصر التعويض.

252- سعيد عبدالسلام ، التعويض عن ضرر النفس، (مرجع سابق)، ص194.

253- أنظر حاتم علي لبيب جبر، نظرية الخطأ المرفقي، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام 1968)، ص332

254- لم يعرف المشرع العراقي بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، حيث اعطى الحق للإدارة بالرجوع على الموظف أياً خطأه، ولذا يكون المشرع العراقي أخذ بمعيار جسامة الخطأ عند البحث في مسؤولية الموظف والإدارة. أنظر إبراهيم طه فياض، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مطبعة عبده أحمد، القاهرة، في عام 1973)، ص314-317.

255- أنظر على سبيل المثال حكم المحكمة العليا الليبية، مجلة المحكمة العليا، (المرقم 25/4، جلسة 15-6-1980، السنة 17، العدد 2، يناير 1981)، ص 104 الذي يشير إلى ضرورة التقصي على حالة الطرفين، وحكمها المرقم 20/52 ق، سابق الإشارة، حيث يشير فيه إلى مراعاة حالة وسن المضرور.

ففي حكمها المؤرخ في 17- 10 - 1998⁽²⁵⁶⁾ كشفت فيه المحكمة العليا عن موقفها من هذه الفكرة بوضوح تام. وتتعلق القضية موضوع البحث بأحد ضباط شرطة المرور صدمته سيارة نقل عندما كان يؤدي واجبه على الطريق الساحلي مما أدى إلى تعرضه لعدة إصابات نجم عنها بتر ساقه وتمت إحالته على التقاعد بسببها، الأمر الذي دفعه لإقامة الدعوى والمطالبة بتعويض مقداره ثلاثمائة ألف دينار. وقد حكمت محكمة طرابلس الابتدائية للمدعي بمبلغ أربعين ألف دينار كتعويض عن الضررين المادي والأدبي. وبعد إستئناف الحكم من قبل طرفي الدعوى قضت محكمة إستئناف طرابلس بتعديل الحكم المستأنف وإلزام المدعي عليه بأن يدفع للمدعي مبلغ ثمانين ألف دينار رافضة الإستئناف المقدم من المدعي عليه.

وفي معرض تسيبها للحكم قالت محكمة الإستئناف : (... بالنظر للظروف الملابس من جسامه الخطأ أو خطورة الإصابات وقيمة الدخل الذي حرم منه الطالب وما كابده من الام نفسية وحزن وحسرة ومعاناة ستظل معه طوال حياته ... الأمر الذي يتعين معه الحكم بتعديل الحكم المستأنف على النحو بالمنطوق).

وبعد الطعن أمام المحكمة العليا تم رفض الطعن وتأييد الحكم الإستئنافي وجاء في حكم المحكمة العليا بهذا الخصوص ما يلي : (كان ما أورده الحكم بياناً لعناصر الضرر المعروض عنه كافياً لتبرير ما أنتهى إليه من تقدير للتعويض المقضي به دونما قصور أو فساد، ويضحى النعي عليه في هذا الوجه غير سديد).

يتبين لنا من هذا الحكم أن المحكمة العليا لم تهمل جسامه الخطأ كظرف من الظروف الملابس، بل تعتبره كذلك عندما تأتي على ذكر الظروف الملابس بشكل عام. أما أشارتها إلى الجسامه في بعض أحكامها فإننا نعتقد بأن ذلك يعود لما تشكله هذه الجسامه من أهمية من بين عناصر التعويض في بعض الدعاوي المطروحة أمام القضاء.

256- طعن مدني، حكم المحكمة العليا الليبية، رقم 41/64 ق، (غير منشور).

ومن الحالات التي يمكن للقاضي أن يستعين خلالها بفكرة جسامة الخطأ عند تقدير التعويض فهي حالة التعويض عن الضرر المعنوي، مستنداً في ذلك على ما يمتلكه من سلطة تقديرية بهذا الخصوص.⁽²⁵⁷⁾

ويعتقد أن السبب وراء هذه الإمكانية يعود إلى طبيعة الضرر ذاته فمن المستقر عليه فقهاً وقضاً أنه لا فرق بين الضرر المعنوي والضرر المادي من حيث وجوب التعويض عنهما⁽²⁵⁸⁾ فالتعويض وفقاً للمادتين (138 و182) من القانون المدني الفرنسي يشمل الأضرار المادية والمعنوية رغم عدم الإشارة إلى ذلك بصورة مباشرة، حتى أن ذلك أصبح مبداءً رئيسياً مطبقاً من قبل القضاء.⁽²⁵⁹⁾ يحاول من خلاله تعويض هذا الضرر.

رغم صعوبة الوصول به إلى ما يساويه، ولذلك ينظر إليه على أنه وسيلة للتخفيف مما قاساه المضرور من الآم. وقد يعود السبب إلى أن الضرر المعنوي ليست له قيمة ثابتة، حيث لا يمكن تقديره تقديراً دقيقاً، أو مواجهة صعوبة في هذا التقدير وهذا ما يعطي للقاضي مساحة من الحرية في هذا المجال مادام انه غير ملزم ببيان عناصر التعويض عند تقدير الضرر المعنوي.⁽²⁶⁰⁾ فكم هو تأثير بتر يد شاب في مستقبل العمر، وكم من المبالغ يمكن

257- Nour Eddine .OP . cit . No . 339 . P. 187.

258- مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي، (مرجع سابق)، ص 253.

259- Nour Eddine .OP . cit . No . 339 . P. 187.

وللمزيد من التفصيلات حول موقف القانون الفرنسي من التعويض عن الضرر الأدبي راجع، ياسين محمد يحيى، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، (القاهرة، دار النهضة العربية)، ص 46 وما بعدها.

260- ترى المحكمة العليا الليبية عدم لزوم بيان العناصر المكونة للضرر المعنوي ولا مقدار التعويض عنه إذا كان قد قدر بمبلغ إجمالي دون تخفيض بمقدار كل منهما على حدة، وهذا ما أكدته في أحكام صدرت لها، أنظر طعن مدني، (رقم 41/233، جلسة 16-12-1996، غير منشور)، وطعن جنائي (رقم 35/469، ق، جلسة 26-2-1991، موجز المبادئ القانونية، المجلد الأول، مرجع سابق)، ص 191. وهذا ما تراه محكمة النقض المصرية أيضاً. أنظر أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 334 لسنة 36 ق، جلسة 8-4-1972). أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 1609 لسنة 50 ق. جلسة 27-3-1984).

أن تكون مساوية لما يعانیه طول حياته؟ وهل نستطيع أن نضع تعويضاً حقيقياً لضرر مثل ثلم شرف فتاة شابة؟ أو فقد عزيز بسبب إعتداء وقع عليه؟⁽²⁶¹⁾ إنها أسئلة لا يمكن أن تكون إجابتها بالإيجاب عن طريق القول بإمكانية تعويض مثل هذه الأضرار، ولا القول بأن التعويض هو مقابل حقيقي لضرر يصعب تقويمه أصلاً.

فهناك الكثير من الأضرار المعنوية غير قابلة للتقدير النقدي بسبب طبيعتها، وهناك صعوبة بالغة للوصول إلى معيار دقيق لتقدير تعويض لها، كما هو الحال عند فقد البصر أو بتر أحد الأعضاء.⁽²⁶²⁾ وغالباً ما يقال أن تقدير القاضي سيكون تحكيمياً في حالة الضرر المعنوي. ويرد على هذا الرأي بالقول بأن هذا التقدير يستند إلى عنصر الواقع وأنه لا يمس مبادئ الأخلاق، كما أن مسألة التحكيمية هذه لا تقتصر على الضرر المعنوي فقط، بل الضرر المادي أيضاً في بعض الأحوال.⁽²⁶³⁾

ومن جانب آخر فإن هذا الضرر غالباً ما تكون جسامته مرتبطة بجسامة الخطأ الصادر من الغير. ففي أكثر الأحوال يكون الضرر الأدبي أكثر إيلاماً عندما يكون الخطأ أكثر جسامة.

وتبرز أهمية فكرة جسامة الخطأ في حالة تعدد المسؤولين وتظهر هذه الحالة مدى إتفاق الفقه والقضاء بخصوص فكرة جسامة الخطأ. والسبب الأساس لوجود هذا الإتفاق هو موافقة المشرع الصريحة التي توفر أساساً قانونياً للإعتداد بجسامة الخطأ. فالأصل أن توزيع المسؤولية وعبء التعويض يقومان على أساس مساهمة الخطأ في إحداث الضرر، وهو ما تحكم به القواعد العامة. فإذا كان هناك خطأ من المضرور أو غيره ساهم في إحداث الضرر فإن المسؤولية توزع على جميع من ساهم في وقوع الضرر كلاً حسب مساهمته هذه، وهذا هو

261- محمد علي البدوي الأزهرى ، النظرية العامة للإلتزام، (مرجع سابق)، ص 345. ومحسن عبدالحميد إبراهيم البيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية، (مرجع سابق)، ص 120.

262- ديفيد كيم ومرغريت كيم، دعاوي الضرر البدني في القانون الإنكليزي، (ترجمة هنري رياض وكرم شمبل، الخرطوم ، دار الجبل، ط 2، 1984، ص 14-17.

263- ياسين محمد يحيى، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1991)، ص 56-57.

المضمون الذي حملته المادة (172) من القانون المدني الليبي⁽²⁶⁴⁾ عندما قالت بتساوي المسؤولين في المسؤولية (إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض)، وهذا يعني النظر إلى المساهمة في إحداث الضرر، أي مدى جسامة الضرر الذي أحدثه كل مشترك. أما بخصوص جسامة الخطأ فإن القاضي يلجأ إليها عندما يكون هناك ضرر واحد مع وجود عدة مسؤولين يمكن أن يكون خطأ كل منهم سبباً في إحداث هذا الضرر. ففي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يلجأ إلى توزيع المسؤولية ومن ثم التعويض على المسؤولين كلاً حسب جسامة خطئه.⁽²⁶⁵⁾ وهذا يعني أن المحكمة لا بد لها من التمييز بين الخطأ العادي والخطأ الجسيم والخطأ العمد وأي خطأ آخر للوصول إلى بيان مدى هذه الجسامة. وتعتمد المحكمة في ذلك على ما تمتلكه من سلطة تقديرية⁽²⁶⁶⁾، ولكنها تخضع عند تحديدها لنوعية الخطأ لرقابة محكمة النقض.⁽²⁶⁷⁾

أما تقدير التعويض في حد ذاته فإنه من الأمور التي تستقل بها محكمة الموضوع حسبما تراه مناسباً لجبر الضرر مستهدية للوصول إلى ذلك بكافة الظروف والملابسات في الدعوى. فإذا ما وجدت المحكمة نفسها مضطرة لتوزيع المسؤولية حسب جسامة الخطأ فإنها لا بد وأن تلجأ إلى تحديد جسامة كل خطأ وفقاً لمعيار محدد.

ولفكرة جسامة الخطأ صدى في بعض القوانين الأخرى. ففي ظل قانون المرافعات لا يُسأل القضاة عن الخطاء التي يرتكبونها أثناء تأديتهم لعملهم القضائي إلا إذا كان ما وقع

264- نطاق نص المادة (169) من القانون المدني المصري ويقابلها نص المادة (217) من القانون العراقي.

265- إذا كانت وقائع الدعوى تساعده على تقدير للأخطاء- أنظر طعن مدني ليبي، موجز المبادئ القانونية، (المجلد الاول، رقم 26/97 ق، جلسة 17-5-1982)، ص192.

266- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، (مرجع سابق)، ص289.

267- عبدالحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، (مرجع سابق)، ص33.

منهم يُعد غشاً أو تدليساً أو خطأً جسيماً.⁽²⁶⁸⁾ فمن أسباب قبول مخاصمة القضاء هو وقوع خطأ مهني جسيم منهم.⁽²⁶⁹⁾

وفي نطاق قانون العمل فإن القضاء الفرنسي يذهب إلى القول بأن المقصود من الجسامة التي يجب توفرها في خطأ رب العمل غير المغتفر هي جسامة الفعل لا جسامة النتائج، وهو ما يكاد يتفق الفقه بشأنه أيضاً.⁽²⁷⁰⁾

وفيما يتعلق بإصابات العمل فإن القضاء الليبي كان يمكن أن يأخذ دوره بخصوص موضوع جسامة الخطأ، لاسيما في ظل نصوص قانونية غالبها التداخل المؤدي إلى الغموض. والمقصود هنا هو فيما يتعلق بالمادة (38) من لائحة المعاشات حيث جاء نص الفقرة الخامسة متداخلاً عندما أشار المشرع إلى الحرمان مما يقدمه الضمان الإجتماعي نتيجة عدم إعتبار الإصابة إصابة عمل.

فالفقرة الخامسة تنص على تعتبر الإصابة إصابة عمل على (ألا يكون الحادث قد وقع بسبب سوء سلوك جسيم أو مقصود [أو خطأ جسيم] من جانب المشترك). فالمشرع هنا أورد نصاً يتداخل فيه مفهوماً الخطأ الجسيم الذي أشار إليه بسوء السلوك، والخطأ العمد عندما جاء بحرف (أو) تبعه بكلمة (مقصود)، ومع ذلك عاد ليعطي المدلولين معنى الخطأ الجسيم عندما وضعه بين قوسين للإستدلال على ما يقصد ولكنه لم يكن موقفاً في ذلك.⁽²⁷¹⁾

268- المواد (720) من قانون المرافعات الليبي و(494) من قانون المرافعات المصري و(286) من قانون المرافعات العراقي. أنظر الكوني علي إعبودة، قانون علم القضاء (قانون المرافعات المدنية والتجارية) النظام القضائي الليبي، (طرابلس، المركز القومي للبحوث والدراسات العليا، 1998)، ص190 وما بعدها. وأحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون المرافعات، (الإسكندرية، منشأة المعارف، ط6، 1990)، ص1541.

269- أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 1163 لسنة 51 ق، جلسة 5-3-1985)، وحكم محكمة إستئناف القاهرة، موسوعة القانونية الشاملة، الدائرة الثالثة عشرة المدنية، في دعوى المخاصمة (المقيدة برقم 1058 لسنة 76 ق، جلسة 31-12-1959).

270- عمر إبراهيم حسين، إصابات العمل في القانون الليبي، (مراجع سابق)، ص264.

271- المرجع نفسه، ص246 وما بعدها.

ولم يكتف المشرع عند هذا الحد، بل عاد إلى تكرار نفس الأمر في المادة (39) من نفس اللائحة والتي أراد فيها توضيح مدلول سوء السلوك، إضافة إلى عودته للخلط بين سوء السلوك والتعمد في المادة (40) من اللائحة ذاتها.

أن هذا التداخل والخلط أدى إلى غموض موقف المشرع الليبي رغم محاولاته توضيح ما يقصده النص.

وعلى العموم فإن مسألة جسامة الخطأ لم تكن غائبة عن ذهن المشرع لدى محاولته معالجة بعض الحالات التي تتطلب الإستناد إلى هذه الفكرة. وكان بإمكان القضاء لعب دور أكبر عبر أحكامه التي يستطيع من خلالها فك التداخل الذي أوجده المشرع ورفع الغموض الذي نشأ عنه، وبيان المقصود من الجسامة التي أشير إليها في هذه النصوص والتي يمكن أن يستفاد منها في مواقف أخرى خصوصاً فيما يتعلق ببيان أهمية فكرة جسامة الخطأ أو أثرها عند البحث في مدى إستحقاق التعويض أو تقديره، كما فعلت محكمة النقض المصرية. ففي حكم لها أكدت محكمة النقض على أهمية هذه الفكرة في مجال إصابات العمل. وجاء في الحكم المذكور (تطبيق المادة 47 من القانون رقم 92 لسنة 1959 لإمكان رجوع العامل على صاحب العمل بالتعويض فيما يتعلق بإصابات العمل أن يكون خطؤه جسيماً. فقد وردت هذه العبارة في هذا النص بصيغة عامة مطلقة بما يجعلها شاملة لكل فعل خاطئ سواء أكان مكوناً لجريمة يعاقب عليها أم أنه لا يقع تحت طائلة العقاب طالما أنه خطأ جسيماً⁽²⁷²⁾)

3- التأثير الضمني لجسامة الخطأ لإعتبارات عملية.

ان البوح بالإعتداد بجسامة الخطأ ليس هو المسلك الغالب للقضاء عموماً، وهذا الموقف راجع لأسباب كثيرة أهمها عدم وضوح الموقف القانوني من هذه المسألة فقهاً وتشريعاً وقضاءً، أو لنقل عدم إستقرار هذا الموقف على أقل تقدير. والسبب الثاني يتعلق بالسبب

272- أحكام محكمة النقض المصرية، موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 486 لسنة 37 ق، جلسة 12-39-1973).

الأول أو نتيجة له، وهو أن القضاء ولاعتبارات عملية أملت الحاجة، لجأ إلى فكرة جسامة الخطأ، ولغرض الإبتعاد عن نقض الأحكام من المحاكم العليا أصبح تأثير هذه الفكرة في أحكامه تأثيراً ضمنيّاً.

وأكثر ما تبدو عليه حاجة القضاء إلى فكرة جسامة الخطأ عندما يكون مضطراً إلى التمييز بين الأخطاء، سواء كانت عمدية أو جسيمة أو يسيرة أو تافهة، لاسيما في نطاق المسؤولية التقصيرية، لما تلعبه هذه الفكرة من أهداف وأدوار⁽²⁷³⁾ خصوصاً أن مسألة وضع حدود فاصلة بين هذه الأخطاء، كتلك التي بين الخطأ اليسير والجسيم ليست سهلة، لأنها مسألة نسبية تتفاوت بتفاوت الظروف المختلفة.⁽²⁷⁴⁾

من الملاحظ أن الطريق الذي طالما يسلكه القضاء في هذا الجانب أنه يُدخل في إعتباره جسامة الخطأ مع أبتعاده عن ذكر موضوع الجسامة في الأحكام التي يصدرها حتى يتجنب تعرض أحكامه للطعن فيها من قبل أطراف النزاع الذين قد يرون بان إتجاه المحكمة هذا يجعل حكمها معيماً فتكون هناك فرصة لنقضه.⁽²⁷⁵⁾ لذا فمن وجهة النظر العملية فإن القضاة ميّالون إلى الأخذ بجسامة الخطأ وخطورة الضرر الذي لحق المضرور بنظر الإعتبار عند تحديدهم مبلغ التعويض مستندين في ذلك على ما يتمتعون به من سلطات كبيرة في تقدير التعويض، فلا غرابة إذا أستخلصنا من الواقع أنه كلما كان الخطأ أكثر جسامة كانت هناك توجهات في تشديد التزام المسؤول من أجل إصلاح الضرر.

273- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، (مرجع سابق)، ص 289.

274- سامي حامد سليمان، نظرية الخطأ الشخصي في مجال المسؤولية الإدارية، (القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، ط 1، 1988)، ص 205-206. ويذكر أن محكمة النقض لم تتردد بالإشارة إلى جسامة الخطأ وان كانت لم تقل بإتخاذها كمعيار لقيام المسؤولية. ففي حكم لها تقول (متى كان الحكم قد أسس قضاءه بالتعويض على أن خطأ تقصيرياً جسيماً قد وقع ... فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في القانون). نقض مدني رقم 8 لسنة 23 ق، جلسة 25-10-1956، مشار إليه عند، سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في التعويض، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1931 / 1997)، ص 42.

275- محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 345.

وفي ظل غياب النصوص القانونية الواضحة التي تخول القضاء تحديد التعويض بهذا الشكل ليحد فيها سنده القانوني فإن الأحكام القضائية تخلو من الإشارة الصريحة لهذا الأمر تجنباً، كما قلنا، للنقض من المحاكم العليا.

أن حالة كهذه نجد صداها فيما لو كان التعويض ناتجاً عن مسؤولية قائمة على الخطأ مع وجود قضاء أكثر ميلاً إلى المسؤولية الشخصية، لأنه كان أمام قضية تكون المسؤولية فيها موضوعية لا يجد القضاء حاجة تذكر إلى مسألة جسامته الخطأ.⁽²⁷⁶⁾ كما أن الحاجة إلى إعمال الوظيفة المزدوجة للتعويض وإبراز دوره في ردع المخطئين تتطلب اللجوء إلى جسامته الخطأ لمعرفة درجته ومحاسبة المسؤولين وفقاً لذلك.

2- كيفية تقدير التعويض في القانون الليبي والشريعة الإسلامية وفقاً للمعيارين الموضوعي والشخصي.

أ) المعيار الشخصي أو الذاتي.

وفق هذا المعيار يقدر الفعل من خلال تقدير شخصية الفاعل.⁽²⁷⁷⁾ ولذلك أصبح أساس هذا المعيار درجة يقظة الشخص ذاته فننظر إلى الشخص الذي أحدث الضرر ونتفحص سلوكه لتبين هل كان شخصاً عادياً فيحاسب وفق ذلك، أم إنه أكثر يقظة لنشدد في محاسبته، أو نتساهل في هذه المحاسبة إن كان دون الحالتين السابقتين.⁽²⁷⁸⁾ ولذلك قيل إن معيار ذاتي أو شخصي لأنه يخوض في ضمير ووجدان محدث الضرر للوصول إلى معرفة إن كان مهماً أو مقصراً، وعليه يجب الأخذ بنظر الإعتبار ظروفه الداخلية والخارجية ومدى احترازه ورشده وكفاءته والمواهب والقدرات التي يتمتع بها، وهذا يتطلب التقصي التفصيلي عن الفاعل لإستخلاص الصفات التي يمتلكها، بل ومحاولة إستقراء ضميره وما كان

Abdel , Salam Mazz . Sa these , No . 230

-276

277- عبد المجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 496.

278- المرجع نفسه، ص 496.

يفكر به لحظة وقوع الفعل الضار، وقياس ما يجب أن يكون عليه تصرفه أزاء هذا الفعل. لذلك فإن الفاعل لا يمكن أن ينسب إليه الخطأ ولا تترتب أية مسؤولية مادام إنه لم يستشعر الذنب في جانبه لأنه لم يكن، أو لم يستطع أن يتوقع أو يتدارك النتيجة الضارة لأن فعله كان طبيعياً قياساً لشخصه، فهذا المعيار يُعني بتحليل شخصية الفاعل لا الفعل ذاته.⁽²⁷⁹⁾ وعليه تصبح فكرة الخطأ فكرة شخصية بحتة.⁽²⁸⁰⁾

لقد دافع القليل من الفقهاء في فرنسا عن هذا المعيار مثل (ليجال) و(ستارك)⁽²⁸¹⁾ وهذا الدفاع كان بسبب ما يريانه من نتائج يمكن أن تتحقق بموجبه وصولاً للعدالة، أكبر من تلك النتائج التي يمكن أن يحققها المعيار الموضوعي بسبب النظرة وفق هذا المعيار الشخصي، إلى ظروف كل شخص وحالته لتتحدد مسؤوليته استناداً إلى فطنته الطبيعية ومدى إدراكه ويقظته وما يتمتع به من حرص ذاتي.⁽²⁸²⁾

واجه المعيار الشخصي الكثير من نقد الشراح، فهو لم يسلم من نقد الفقه الفرنسي الذي يستشهد برفض القانون له من خلال الرجوع إلى الأعمال التحضيرية مستخلصين تأكيده على اعتناق المعيار الموضوعي وفقاً للمادة (1137) المتعلقة بالمسؤولية العقدية.⁽²⁸³⁾

ورغم إقرار الشراح⁽²⁸⁴⁾ بعدالة المعيار الشخصي إلا أنهم يأخذون عليه مآخذ كثيرة، منها أنه وكما يقول الأستاذ السنهوري⁽²⁸⁵⁾ (يأخذ كل شخص بجريته)، رابطاً بين مفهوم

279- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 1085.

280- هناك قسم من الفقه الإسلامي يذهب إلى ضرورة الأخذ بمعيار الشخص الجاني وما كان يجب عليه معرفته وفقاً لمركزه الاجتماعي، وما يقوم به من أعمال، مع الأخذ بنظر الإعتبار ظروفه الشخصية كقصر النظر وضعف السمع، وهو معيار يختلف من شخص لآخر بطبيعة الحال. أنظر محمد رمضان بارة، القانون الجنائي الليبي جرائم الإعتداء على الأشخاص، القسم الخاص، (مرجع سابق)، ص 128.

281- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، (دار النهضة العربية، القاهرة، 1980)، ص 61.

282- المرجع نفسه، ص 60- 61.

283- المرجع نفسه، ص 63- 64.

284- عبدالمعمر فرج الصده، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 543.

285- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 1085.

الخطأ القانوني والخطأ الأدبي، عليه لا يمكن الركون إليه ولا يمكن اعتباره صالحاً ليكون مقياساً يفي بالغرض.⁽²⁸⁶⁾ ومن النقاط الجوهرية التي أثّرت على هذا المعيار أنه يلحق الظلم بالمضروب أو بالمسؤول عن الضرر. فيمكن ان يكون الخطأ قد تحقق بالنسبة لشخص ما، في حين أنه قد لا يكون كذلك بالنسبة لشخص آخر إذا ما سبرنا غور نفسية كل منهما، وهو أمر قد يُقضي إلى التلاعب بحقوق المضروب في الحصول على التعويض عما أصابه من ضرر، باعتبار أن هذا التعويض ماهو إلا جزاء مدني ينظر فيه إلى الضرر قبل النظر إلى شخصية من أحدثه، إضافة إلى الصعوبة التي يمكن أن تواجه القاضي في هذا المجال.⁽²⁸⁷⁾

فبالنسبة للمضروب قد لا تكون النتائج التي يفرزها تطبيق هذا المعيار عادلة، ولربما أن السبب في ذلك يعود إلى خلط هذا المعيار بين مفهوم التعويض و العقوبة، مما ينعكس أثره أيضاً على عدم حث الأفراد على اتخاذهم القدر الكافي من اليقظة والحيلة.⁽²⁸⁸⁾ رغم أن أكثر ما يهمننا بالنسبة للمعيار الشخصي هو مدى إمكانية تطبيقه لتحديد جسامة الخطأ.

ومما يلاحظ على هذا المعيار أنه ينظر إلى فاعل الخطأ ذاته. فكل إهتمام القائلين بهذا المعيار ينصب على معرفة نفسية كل شخص ومدى يقضته دون أن يكون لجسامة الخطأ في حقيقة الأمر شئ يذكر، وهذا يؤدي إلى أننا لا نستطيع من خلاله فقط تحديد جسامة الخطأ، فثمة خطأ يصدر من شخص ينسجم ويقضته وفطنته، لذا فإنه لا يعد مرتكباً خطأ ما دام لم يرتكب خطأ أدبياً. لذلك لا يمكن الركون إلى هذا المعيار لتحديد جسامة الخطأ، لأن ما يعد خطأ جسيماً بالنسبة لشخص ما قد لا يعتبر بالضرورة كذلك بالنسبة لشخص آخر، وهذا ما دعا الفقه للبحث عن معيار آخر لتحديد جسامة الخطأ ينطبق على جميع الأشخاص.

286- عبد المجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 497. وعبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 1085.

287- عبد المجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق). ص 497.

288- خليل أحمد الأرياح، المسؤولية التصديرية عن الأعمال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون، (رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية التربية بجامعة طرابلس (الفتاح سابقاً)، عام 1986، مصراته، دار رباح للنشر والتوزيع، ط 1، 1995)، ص 91.

ب) المعيار الموضوعي.

أبجده الفقهاء المسلمون وغالبية فقهاء القانون الوضعي إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي رغم الاختلاف في كيفية وأسلوب تطبيقه، حيث أن لكل وجهة نظره بهذا الخصوص.

1) المعيار الموضوعي في الفقه الإسلامي.

كانت نظرة الفقهاء المسلمين نظرة موضوعية⁽²⁸⁹⁾ فكان من نتاج هذه النظرة أن يكون معيار التعدي لديهم في الغالب مادياً موضوعياً، فالاعتداء لديهم واقعة مادية محضة ترتب المسؤولية التي تعني وجوب التعويض بغض النظر عن الأهلية التي يتمتع بها مسبب الضرر أو قصده. والفقهاء على ضوء ذلك لا يفرقون بين أن يكون الضرر قد حدث نتيجة فعل عمد أو مجرد خطأ.⁽²⁹⁰⁾

إن ما ينظر إليه الفقهاء المسلمون هو السلوك الخارجي للفاعل دون الإعتداد بما يكون عليه من حيث سنه أو جنسه أو حالته الصحية.

لقد استخدم الفقهاء المسلمون تعابير مختلفة لكل منها مدلولها الخاص المعبر عن جانب معين إستلزم وضع قواعد خاصة، إضافة إلى ما خرج به الفقه الإسلامي من قواعد كلية تغطي كل ما يمكن أن يحدث فينتج عنه ضرر.

ومن تعابير الفقه الإسلامي المستخدمة في نطاق المسؤولية، الغصب والإتلاف والجنايات والسرقة. كما تناول الفقهاء المسلمون لفظ التعدي كمدلول يُعني عن مفهوم الخطأ الذي إستخدموه عند تناولهم للقتل.⁽²⁹¹⁾

289- عبد السلام التونجي، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، (مرجع سابق)، ص 144، وتحليل أحمد الأرباح، المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية، (مرجع سابق)، ص 97. وجبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، (رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد عام 1979، العراق، منشورات جامعة صلاح الدين)، ص 183.

290- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، (مرجع سابق)، ص 18.

291- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بأبن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (القاهرة، دار الحديث، ج 2، 1425هـ- 2004م)، ص 595. ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، (بيروت، دار الفكر)، ج 10. وفي الفقه الإسلامي المحدث أنظر د.عبدالسلام التونجي، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، (مرجع سابق)، ص 139.

وجاء استخدام لفظ التعدي في الفقه الإسلامي كتعبير عن الظلم والعدوان ومجاوزة الحقوق.⁽²⁹²⁾ فهو (إحداث عمل لم يكن للشخص حق فعله)⁽²⁹³⁾.

وانطلاقاً من نظرتة الموضوعية فإن الفقه الإسلامي لا يعتد بالخطأ لقيام المسؤولية. والشريعة تجعل من الضرر علة وسبب للتضمنين. فلا يشترط في الضرر أن ياتي نتيجة إعتداد أو عمل غير مشروع.⁽²⁹⁴⁾ ومع ذلك فالفقه الإسلامي نظرتة الخاصة في هذا المجال، لا سيما بخصوص المباشرة والتسبب. فقد قيلت القاعدهُ الفقهية التي أوردها ابن نجيم (التاسعة عشرة: إِذَا اجْتَمَعَ الْمُبَاشِرُ وَالْمُتَسَبِّبُ أُضِيفَ الْحُكْمُ إِلَى الْمُبَاشِرِ)⁽²⁹⁵⁾ وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية،⁽²⁹⁶⁾ وهي محل اتفاق جمهور الفقهاء⁽²⁹⁷⁾ الذين فرقوا بين ما هو مباشر وما هو متسبب⁽²⁹⁸⁾. وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : (لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ فِي الْإِسْلَامِ)⁽²⁹⁹⁾ وَقَدْ تَعَدَّرَ نَفْيُ الضَّرْرِ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ، فَيَجِبُ نَفْيُهُ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى بِالضَّمَانِ لِيُقْوَمَ الضَّمَانُ مَقَامَ الْمُتَلَفِ فَيَنْتَفِي الضَّرْرُ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ، وَلِهَذَا وَجَبَ الضَّمَانُ بِالْغَضَبِ فَبِالْإِتْلَافِ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ فِي كَوْنِهِ اعْتِدَاءً وَإِضْرَارًا فَوْقَ الْغَضَبِ، فَلَمَّا وَجَبَ بِالْغَضَبِ فَلَأَنَّ يَجِبُ بِالْإِتْلَافِ أَوْلَى، سَوَاءً وَقَعَ إِتْلَافًا لَهُ صُورَةً وَمَعْنَى بِإِخْرَاجِهِ عَنِ كَوْنِهِ صَالِحًا لِلِإِتْلَافِ، أَوْ مَعْنَى بِإِحْدَاثِ

292- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، (مرجع سابق)، ص 18. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، (مرجع سابق)، ص 173.

293- سليمان محمد أحمد، ضمان المتلف، (مرجع سابق)، ص 228.

294- محمد كاظم العطار، نحو قانون مدني عربي، (مرجع سابق)، ص 679.

295- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الأئبيات والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، (وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419 هـ - 1999 م، ج 1، ص 135. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلف، (مرجع سابق)، ص 387. وإبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، (مرجع السابق)، ص 211.

296- مجلة الأحكام العدلية، المادة (90)، (مرجع سابق، ج 1)، ص 27.

297- للمزيد من التفصيلات راجع د. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، (مرجع سابق)، ص 180، وما بعدها.

وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، (مرجع سابق)، ص 26 وما بعدها. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلف، (مرجع سابق)، ص 387.

298- أنظر تفصيلات ذلك في مؤلف، محمد فوزي فيض، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، (الكويت، مكتبة التراث الإسلامي، 1983)، الفقرات 121، 123، مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، (دار العلم، 1988)، ص 112-114.

299- سبق تخریجة في رسالتنا، ص 74.

مَعْنَى فِيهِ يَمْتَعُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ مَعَ قِيَامِهِ فِي نَفْسِهِ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ اعْتِدَاءٌ وَإِضْرَارٌ سِوَاهُ كَانَ الْإِتْلَافُ مُبَاشَرَةً بِإِصْطِلَاحِ الْأَلَةِ بِمَحَلِّ التَّلْفِ، أَوْ تَسْبِيحًا بِالْفِعْلِ فِي مَحَلِّ يُفْضِي إِلَى تَلْفٍ غَيْرِهِ عَادَةً؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقَعُ اعْتِدَاءً وَإِضْرَارًا فَيُوجِبُ الضَّمَانَ⁽³⁰⁰⁾.

والمباشرة تعني (إيصال الآلة بمحل التلف)⁽³⁰¹⁾، أي أن الإتلاف يقع على الشيء ذاته وهو ما يعرف بالضرر المباشر⁽³⁰²⁾ فالفقهاء المسلمون يرون إن الضرر المباشر هو الذي يعتد به لقيام المسؤولية، ولا يسأل الشخص عن الأضرار غير المباشرة البعيدة، إلا إذا كانت متصلة بالشيء إتصلاً ظاهراً⁽³⁰³⁾. وهذا هو الضرر غير المباشر، وهو ما يعبر عنه بالتسبب. وفيه يشترط وجود التعدي.

وَالْإِتْلَافُ تَسْبِيحًا (هُوَ التَّسْبُبُ لِتَلْفِ شَيْءٍ يَعْنِي إِحْدَاثُ أَمْرٍ فِي شَيْءٍ يُفْضِي إِلَى تَلْفِ شَيْءٍ آخَرَ عَلَى جَرِي الْعَادَةِ)⁽³⁰⁴⁾. ويوجب التسبب عندما يكون الضرر ناتجاً عن علة أخرى، وليس عن السبب الأصلي مباشرة.⁽³⁰⁵⁾

وعدم اشتراط التعدي في المباشرة يعود لقوتها وضعف التسبب، وهو مرجع التفرقة في الحكم فيما بينهما. فالضرورة في التسبب يحتاج أن يكون الفعل الناتج عنه قد وقع تعدياً، في حين أن المباشرة علة مستقلة تكفي لوحدها أن تكون سبباً للأضرار.⁽³⁰⁶⁾

جاء في كتاب تبين الحقائق حول هذا الموضوع ما يلي (... لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّعَدِّي؛ لِأَنَّ الْمُبَاشَرَةَ عِلَّةٌ فَلَا يَبْطُلُ حُكْمُهَا بِعُدْرِ وَالتَّسْبُبُ لَيْسَ بِعِلَّةٍ فَلَا بُدَّ مِنْ

300- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م، ج 7، ص 165).

301- المرجع نفسه، ج 7، ص 165.

302- محمد كاظم العطار، نحو قانون مدني عربي، (مرجع سابق)، ص 683. ويذكر أن موضوع الضرر المباشر أشارت إليه المادة (887) من مجلة الأحكام العدلية. (مرجع سابق، ج 1، ص 171).

303- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، (مرجع سابق)، ص 182.

304- مجلة الأحكام العدلية. المادة (888)، (مرجع سابق، ج 1، ص 171).

305- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، (مرجع سابق)، ص 182.

306- سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات، (مرجع سابق)، ص 230. عبدالقادر الفار، مصادر الإلتزام، (1998)، ص 187.

التَّعَدِّي لِيَلْتَحِقَ بِالْعَلَّةِ، وَإِحْرَاقُ الْحِصَائِدِ فِي مِثْلِهِ مُبَاحٌ فَلَا يُضَافُ التَّلَفُ إِلَيْهِ. قَالَ شَمْسُ
 الْأَيْمَةِ السَّرْحَسِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - هَذَا إِذَا كَانَتْ الرِّيحُ هَادِيَةً حِينَ أَوْقَدَ النَّارَ، ثُمَّ تَحَرَّكَتْ لِأَنَّهُ
 لَا صُنْعَ لَهُ فِي تَحْرِيكِهَا، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الرِّيحُ مُضْطَّرِبَةً يَنْبَغِي أَنْ يَضْمَنَ؛ لِأَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهَا لَا
 تَسْتَقِرُّ فَلَا يُعْذَرُ فَيَضْمَنُ وَذَكَرَ فِي النَّهْيَةِ مَعْرَبًا إِلَى التُّمْرَتَاشِيِّ أَنَّهُ لَوْ وَضَعَ جَمْرَةً فِي الطَّرِيقِ
 فَأَحْرَقَتْ شَيْئًا ضَمِنَ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ بِالْوَضْعِ، وَلَوْ رَفَعْتَهُ الرِّيحُ إِلَى شَيْءٍ فَأَحْرَقْتَهُ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ
 الرِّيحَ نَسَخَتْ فِعْلَهُ، وَلَوْ أَخْرَجَ الْحَدَّادُ الْحَدِيدَ مِنَ الْكَبِيرِ فِي دُكَّانِهِ فَوَضَعَهُ عَلَى الْعَلَاةِ وَضَرَبَهُ
 بِمِطْرَقَةٍ وَخَرَجَ شَرَارُ النَّارِ إِلَى طَرِيقِ الْعَامَّةِ وَأَحْرَقَ شَيْئًا ضَمِنَ، وَلَوْ لَمْ يَضْرِبْهُ وَلَكِنْ أَخْرَجَ الرِّيحُ
 شَيْئًا فَأَحْرَقَ شَيْئًا لَمْ يَضْمَنَ، وَلَوْ سَقَى أَرْضَهُ سَقِيًا لَا تَحْتَمِلُهُ الْأَرْضُ فَتَعَدَّى إِلَى أَرْضِ جَارِهِ
 ضَمِنَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُتَنَفِعًا فِيمَا فَعَلَ بَلْ كَانَ مُتَعَدِّيًا).⁽³⁰⁷⁾

ولا يشترط في التعدي أن يكون نتيجة فعل إيجابي، بل يمكن أن يأتي بسبب فعل
 سلبي. فلممتنع عن أداء العمل، كالأجير، بدون عذر مقبول وسبب تلف المال يكون ملزماً
 بضمان المال عند تلفه أو بمثله. ويعد هذا الضمان عوضاً عن المال المتلف وليس جزاءً
 للإمتناع، فلو حصل الإمتناع دون أن يكون هناك ضرر مالي فلا ضمان عليه.⁽³⁰⁸⁾
 أن العبرة في وجود التعدي تكمن في أن الضرر لم يكن نتيجة مباشرة لسبب
 الأصلي، بل عن علة أخرى يتوقع حدوثها عن هذا السبب على جري العادة. فحيثما وجد
 التسبب كانت هناك علاقة بين الضرر والفعل، وبالتالي تقوم مسؤولية الفاعل.
 ومن الأمثلة التي تضرب في مجال التسبب حالة إسقاط المرأة لجنينها ميتاً بسبب الفزع
 الذي أصابها بعد أن بعث إليها السلطان لتحضر أمامه، الأمر الذي حصل مع الخليفة عمر

307- عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، (الحاشية: شهاب
 الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي، القاهرة، بولاق، المطبعة الكبرى الأميرية، 1313 هـ، ج 5)،
 ص 147.

308- أنظر علي الخفيف، المسؤولية المدنية في الميزان الفقهي الإسلامي، (القاهرة، مجلة معهد البحوث والدراسات العربية، العدد الثالث،
 آذار 1972)، ص 94-95.

حيث فرغت في الطريق وأجهضت فقال الأمام علي بن أبي طالب لعمر بن الخطاب (إن ديتة عليك، لأنك أنت أفزعتها وألقت جنينها في سبيلك)⁽³⁰⁹⁾.

2) المعيار الموضوعي في القانون الليبي.

أن معيار الخطأ في القانون الليبي هو معيار موضوعي.⁽³¹⁰⁾ ينظر إليه إلى شخص يمثل أواسط الناس لا يتمتع بذكاء خارق ولا مُبتل بغباء بالغ، وقد أطلق عليه رب الأسرة الحريص، فقياس سلوك محدث الضرر بسلوكه. فإذا خرج عن سلوك هذا الرجل المتوسط عُدد خروجه خطأً موجباً للمسؤولية بغض النظر عن درجة ذكائه أو غبائه، حرصه أو إهماله.⁽³¹¹⁾ فلا إعتداد بظروف المسؤول الشخصية وإنما هناك إعتداد بسلوك شخص مجرد يمثل عامة الناس ولذلك فإن على الشخص بذل عناية الشخص المعتاد. ومقارنة ذلك بما يمكن أن يقوم به الشخص العادي فيما لو وجد في نفس ظروف الفاعل، حتى يمكن تحديد طبيعة تصرف كل شخص.

ويتصف المعيار الموضوعي بأنه معيار ثابت لا يتغير ويطبق على كافة الناس، لذا كان مقبولاً من جمهور الفقه ومطبّقاً من قبل القضاء.⁽³¹²⁾ حيث أستمريت المحاكم في تطبيقه ومنها المحاكم الليبية.⁽³¹³⁾

309- للإطلاع على المزيد من الأمثلة على حالي المباشرة والتسبب راجع د. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، (مرجع سابق)، ص 183 وما بعدها.

310- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 1086. وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، (مرجع سابق). ص 64، 65. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1993)، ص 509. بهام محمد عطا الله، أساسيات نظرية الإلتزام في القانون المصري واللبناني، (بيروت، بالدار الجامعية، 1992)، ص 14.

311- عبدالمجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 494.

312- عبدالمنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، (مرجع سابق)، ص 543. وعبدالمنعم جيره. التنظيم القضائي في ليبيا، (مرجع سابق)، ص 114.

313- عمر عمرو، المجموعة المفهرسة، (ج 4، القسم الثاني)، ص 687 - 2267.

ففي هذا الصدد تقول المحكمة العليا الليبية في حكم لها بأن: (من المستقر عليه إن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الإنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي...) (314).

والمدافعون على هذا المعيار يرون بأنه مادام يعتمد القدر الغالب في كل مجتمع فهو يتمتع بمرونة تجعله يتكيف مع الظروف الإجتماعية، مما يجعل إمكانية تطبيقه في أي زمان ومكان أمراً وارداً (315). فالخطأ قبل أن يكون ظاهرة نفسية فهو كالإرادة، شئ إجتماعي (316) لذا ووفقاً لهذا المعيار فإن الخطأ يصبح أمراً إجتماعياً لا ظاهرة نفسية (317) وشخصية بحتة. فهذا المعيار لا يأخذ تصرف الشخص على ضوء المألوف من الناس فقط بل يبقى سائراً معهم عند تطورهم الطبيعي وما يجب أن تكون عليها علاقاتهم، وبذلك فإن الطابع الإجتماعي الذي أضفى على هذا المعيار جعله يحمل معه سند تبرير استمرار الأخذ به. (318) لذلك نرى من يقول بأنه معيار منضبط ويحقق العدالة (319).

وقبل الإشارة هنا إلى المزايا التي يتمتع بها هذا المعيار والنقد الذي وجه له لا بد لنا من التعرج على المقصود بالشخص المعتاد أولاً.

المقصود بالشخص المعتاد

إن الشخص المعتاد شخص إفتراضي، نحن نفترض وجوده في نفس الظروف الخارجية التي يتواجد فيها محدث الضرر لمعرفة ما يجب عليه سلوكه (320) فهذا الرجل إنما يفترض إفتراضاً، وهو رجل ذا صفات عادية ليس غير، فلا يفترض فيه العناية والحرص المثاليان، لأننا

-
- 314- طعن مدني رقم 15/9 ق، جلسة 1969/4/5، (نفس المرجع السابق)، ص 685-687.
- 315- عبدالحكيم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، (مرجع سابق)، ص 4039. وحسام الدين كامل الأهواني، مصادر الإلتزام / المصادر غير الإرادية، (بدون دار نشر، 1993/1994)، ص 71-72.
- 316- إسماعيل العمري، الحق ونظرية التعسف في إستعمال الحق في الشريعة والقانون، (الموصل، ط 1، منشورات مكتبة بسام، 1984)، ص 87-88.
- 317- عبدالمجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 497.
- 318- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية، (مرجع سابق)، ص 134-135.
- 319- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، (مرجع سابق)، ص 66.
- 320- المرجع نفسه، ص 66.

لو أخذنا بمعيار الرجل المتبصر الرشيد كما أخذ بذلك الأستاذان (هنري وليون مازو) وغيرهم فإن ذلك يعني إعتقادنا معياراً عالياً لتعيين إلتزامات كل شخص، الأمر الذي سيؤدي إلى غبن كبير يمكن ان يقع على متوسطي اليقظة مما يشكل مخالفة لما يصبو إليه المشرع، حيث يفرض أنه يضع القواعد القانونية وفق مقدرة أواسط الناس.⁽³²¹⁾

وهذه الفكرة تشبه إلى حد كبير الفكرة التي أخذ بها كل من القانون المصري والقانون الفرنسي وكذلك القانون الإنجليزي⁽³²²⁾. فالانحراف في السلوك يقاس بسلوك الشخص العادي⁽³²³⁾ الذي يفترض عدم توافر الخطأ في جانبه، وبعكسه يكون قد قصر عما يجب عليه بذله من العناية التي يفرضها القانون أو الإلتفاق، وعلى المحكمة وفق ذلك أن تأخذ الإنسان العادي كمرجع مثالي لها لقياس مدى الانحراف. وهذا يجب ان نجد محدث الضرر من ظروفه الشخصية.⁽³²⁴⁾

ومع ذلك فإن هذا الشخص المفترض معلوم فيه أيضاً تأثره بالظروف المحيطة به كما يتأثر الآخرون. وهذه الظروف هي ظروف داخلية وأخرى خارجية.⁽³²⁵⁾

والظروف الداخلية هي الظروف التي لا تختص بها طبقة دون طبقة كظروف السن والجنس والظروف الإجتماعية الأخرى⁽³²⁶⁾ كالمرض والحالة الثقافية، وهي ظروف يجب عدم الإعتداد بها، لأننا لو أعتدنا بها نكون قد تحولنا من المعيار الموضوعي إلى المعيار

321- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية القسم الأول الأحكام العامة، (القاهرة، معهد الدراسات والبحوث العربية، 1971م)، ص 208.

322- محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1978)، ص 258-259.

323- توفيق حسن فرج، النظرية العامة في الإلتزام في مصادر الإلتزام، (بيروت، الدار الجامعية، 1992)، ص 371.

324- عبدالودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للإلتزام القسم الأول مصادر الإلتزام، (القاهرة، دار النهضة العربية، ط3، 1994)، ص 233.

325- عبدالمجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 498.

326- عبدالمعزم فرج الصده، مصادر الإلتزام، بدراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، (مرجع سابق)، ص 545.

الشخصي.⁽³²⁷⁾ فالسائق المصاب بمرض عصبي يفقده أعصابه لأبسط الأمور لا يؤخذ ظرفه هذا بنظر الإعتبار، بل عليه أن يكون في سياقته كما يسوق الشخص الذي يفترض فيه سيطرته على أعصابه.⁽³²⁸⁾

أما الظروف الخارجية فهي الظروف المتعلقة بالزمان والمكان.⁽³²⁹⁾ فلا تكون خاصة بشخص الفاعل أو متعلقة به. فالسائق الذي يقود سيارته ليلاً في المدينة ويحدث خطأ فمعياره هو سائق عادي كأى من السائقين الذي يفترض فيه سياقته الجيدة والذي يأخذ بنظر إعتباره عنصري الزمان والمكان، أي أنه يضع في تقديره قيادته السيارة في وقت لا تتوفر فيه الرؤيا الطبيعية وفي مكان تزدهم فيه الشوارع بالمارة داخل المدينة.

وعندما نريد ان نطبق المعيار الموضوعي علينا ان ننظر إلى السائق قياساً بشخص آخر عادي يقود سيارته بمثل ظروفه ولا عبرة بالظروف الشخصية الخاصة للسائق كرعونته وتوتر أعصابه.⁽³³⁰⁾ فالشخص المعتاد الذي يصح أن يكون معياراً لسلوك الآخرين هو (الشخص الذي يكون سلوكه مطابقاً لسلوك الاجتماعي القويم الذي يتبعه جمهور الأفراد والذي يتسم بقدر معقول من اليقظة والحرص والتبصر).⁽³³¹⁾

وفي الوقت الذي قيل فيه بأن هذا المعيار يقوم على دعامة معنوية وفلسفة تُعطي حرية أكثر في التحكم بتحديد الخطأ فإن المعيار الموضوعي لم يسلم من النقد أيضاً. فقد وجهت له انتقادات عديدة أبرزها تسليمه تسليماً جزئياً بقيام المسؤولية على مبدأ تحمل

327- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، (مرجع سابق)، ص 69 وعبدالمعظم فرج الصده ، مصادر الإلتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، (مرجع سابق)، ص 544.

328- عبدالمجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 498.

329- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة، (مرجع سابق)، ص 137. وعبدالمجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 498.

330- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص 1090-1091.

331- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، (مرجع سابق)، ص 67.

التبعية.⁽³³²⁾ فالشخص قليل الفطنة والذكاء يتحمل نتيجة أفعاله رغم بذله ما في وسعه من جهد وحرص ويقتضة دون أن يتمكن من الوصول إلى مستوى الشخص المعتاد ليجد نفسه مسؤولاً عن خطأ قانوني وفقاً لهذا المعيار، في حين لا تقوم مسؤوليته وفقاً للمعيار الشخصي.

وهذا المعيار يدعو الناس لأن يبلغوا أواسطهم من الفطنة والذكاء فمن علا ذلك كان كما يقول الأستاذ السنهوري . علوه غنماً، ومن نزل كان نزوله غرمًا.⁽³³³⁾ وهو ما قد لا يستطيع الإنسان القيام به، فكيف نطلب منه ما لا يتناسب مع قدرته، وإذا ما طلبنا ذلك نكون قد وضعنا الخطأ كأساس للمسؤولية جانباً⁽³³⁴⁾ أي التحول إلى مبدأ تحمل التبعية.

أما مقياس التعدي في الفقه الإسلامي فهو كذلك يتم وفقاً للمسلك المؤلف فمن لا ينحرف عن السلوك المؤلف شرعاً أو عرفاً أو عادة⁽³³⁵⁾ لا يعتبر متعدياً، أما من انحرف عن السلوك المؤلف لزمه الضمان، ولذلك قال الإمام السيوطي: "إن ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف"⁽³³⁶⁾

ومن التطبيقات الفقهية لبيان المسلك المعتاد قولهم "إذا أوقد شخص في ملكه ناراً، فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها، أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها لم يضمن إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تفريط لأنه غير متعد.. وإن كان ذلك بتفريط منه بأن أجمج ناراً تسري في العادة لكثرتها، أو في ريح شديدة تحملها - أو فتح ماء كثيراً

332- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط المجلد الثاني، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص1088، عبدالمجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق)، ص497.

333- المرجع نفسه، ص 1088-1089.

334- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، (مرجع سابق)، ص61.

335- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي الكفالة والديات، (القاهرة، دار الفكر العربي، القسم الثاني)، ص149. ويقول "المراد بالتعدي مجاوزة الحق بحسب عرف الناس وعاداتهم مما يطلب الإقتصار عليه شرعاً فإذا لم تحدث مجاوزة فلا ضمان".

336- عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، (دار الكتب العلمية، 1411هـ-1990م، ج1)، ص98.

يتعدى، أو فتح الماء في أرض غيره، أو أوقد في دار غيره، ضمن ما تلف به⁽³³⁷⁾ كذلك قولهم "لوتعدى برشه ضمن وإلا فلا يضمن بأن رش هو كالعادة لدفع الغبار كذلك" لو سقى بستانه على الإقتصاد في مثله، فسرى إلى جاره فأفسد له شيئاً فلا ضمان عليه، ومثله في الحكم: إذا أوقد في داره ناراً على الإقتصاد المعتاد فطار منها شرر فأتلف شيئاً فإنه لا يضمن.

ويتبين من القواعد الفقهية، والأمثلة التطبيقية أن التعدي في الفقه الإسلامي يقاس بحسب المؤلف شرعاً أو عرفاً أو عادة، حيث ينظر إلى ذات الفعل إن كان مما جرت به العادة من غير تفريط فلا مسؤولية على الفاعل ولا ضمان، أما إن كان مخالفاً للمعتاد وجب الضمان، ولا يعتد مطلقاً بالظروف الذاتية لقياس التعدي، بل يقاس التعدي وفقاً لمعيار موضوعي مجرد عن كل ظرف شخصي هو المسلك المؤلف.

337- أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بأبن قدامة المقدسي، المغني لأبن قدامة، (مكتبة القاهرة 1388هـ- 1968م، جزء 5 ص 227.

ب- تحليل البيانات

من خلال ما تناوله الباحث في الجزء الخاص بعرض البيانات فإننا سوف نحلل هذه الإشكاليات كما يلي:

1- مدى إرتباط مقدار التعويض بجسامة الخطأ في القانون الليبي والشريعة الإسلامية.

بعد أن تناولنا موضوع جسامة الخطأ والسلطة التقديرية التي يتمتع بها قاضي الموضوع عند تقديره للتعويض والموقف القانوني منها، فقهاً وتشريعاً وقضاءً، أرى بأن ما نادي به الفقيه (إبرنج) ومن بعده الفقيه (إيجني) من ضرورة إعادة الفقه النظر بفكرة العقوبة الخاصة أمراً جديراً بالأهتمام في هذا الوقت بالذات، حيث أن التطور الحضاري الذي حصل للمجتمع الإنساني، لاسيما في أعقاب الثورة الصناعية يستوجب توفير الحماية اللازمة للناس وممتلكاتهم حتى يهنؤا بحياتهم ويكونوا أكثر عطاءً.

لأن النزعة الموضوعية المجردة في التعويض باتت لا تؤدي الوظيفة المرجوة من التعويض ذاته. ففي الوقت الذي يجب أن لا يثري المضرور على حساب المسؤول فإن المنطق السليم يتطلب الأخذ بنظر الإعتبار أمرين مهمين:.

الأمر الأول يتعلق بوظيفة الردع وخصوصاً لمن تسول له نفسه الإخلال بالتزاماته وعدم التفريط بما يفرضه عليه الواجب القانوني من إحترام لحقوق الغير. فلا ضير من أن يؤدي التعويض، في حدود معينة، جانب من وظائف المسؤولية الجنائية طالما أن ذلك سيؤدي إلى منفعة المجتمع.

أما التعويل على الجدل الفقهي المجرد فإنه لا يوصلنا إلى الغايات الحقيقية للتعويض. فإذا كان إعادة المضرور إلى حاله السابق هو إحدى الغايات الأساسية للتعويض، فإنه من باب أولى وجوب منع حصول الضرر، أو منع تكراره، خصوصاً ممن لا يتواني من الإستهانة بالآخرين.

أما الأمر الثاني فيرتبط بالوظيفة الأساسية للتعويض، أي جبر الضرر، فالقول بأن وظيفة التعويض جبر الضرر، أو جبر الضرر فقط، قول عليه الكثير من الملاحظات.

فالمضرور مهما بلغ مبلغ التعويض المقرر له فإنه لا يعيده إلى الحالة السابقة على وقوع الضرر حتى وان كان الضرر مالياً، فما بالك إذا كان جسمانياً أو معنوياً.

فمن تتضرر سيارته نتيجة خطأ سائق آخر فإن القضاء، في واقع الأمر، يلجأ إلى التعويض بما يراه مناسباً والضرر الذي يقدره، وهو تعويض اثبتت الوقائع أن المضرور لا بد وأن يخرج من هذه المعادلة خاسراً. فرغم أن القضاة قد يأخذ بنظر الإعتبار ما حصل للسيارة من هبوط في قيمتها إلا أنه لا يحتسب هذه الخسارة في معظم الحالات، إضافة إلى أنها - أي المحكمة - لا تأخذ بنظر الإعتبار الكثير من المسائل غير المحسوبة في التعويض، ومنها الوقت الذي صرفه المضرور للمطالبة بحقوقه والجهود التي بذلها في سبيل ذلك، مع ما تكبده من مصاريف لا تحسب في واقع الأمر كأجور السفر وإحضار الشهود ولربما تعويضهم عن أيام حضورهم إلى المحكمة، والمصاريف الإضافية لإصلاح السيارة التي لا تدخل ضمن التعويض رغم إنها خسارة متحققة، كمبيت السيارة في أحد الأماكن المخصصة لمبيت السيارات، أو وضع حارس شخصي لها ليوم أو يومين أو أكثر مع ما يحمله ذلك من تعطيل لأعمال المضرور نتيجة عدم إستغلال سيارته ولربما تفويت بعض الفرص عليه والتي قد لا يبدو حادث السيارة سبباً مؤثراً فيها.

كل ذلك يستدعى إعادة النظر في مفهوم جبر الضرر. ففي الوقت الذي نرى أنه من غير المناسب أن يثري المضرور على حساب المسؤول، فإنه ينبغي أن يكون جبر الضرر ذا فاعلية تحمل هذا المدلول، لا أن تكون وسيلة للحكم على المسؤول بالتعويض للضرر الذي تراه المحكمة أمامها، دون حساب ما أصاب المضرور فعلاً وهو غير مسؤول عنه أصلاً. فجبر الضرر يعني إصلاحه. وإصلاحه يعني إعادة الحال، أو محاولة إعادته فعلياً إلى ما كان عليه سابقاً، أي قبل حصول الضرر، وهو أمر من الصعوبة تحقيقه، لأن ما يعانیه المضرور في مثالنا السابق فقط، وهو مجرد مثال، لا يمكن تقييمه، ونحن قد سقنا هذا المثال المتعلق بضرر مادي قد يكون من الممكن حساب ما يقابله مالياً أو ما يقرب من ذلك فماذا لو كان الضرر مادياً وأدبياً كالإعتداء جنسياً على فتاة صغيرة أو تشويه وجهها؟

أن القول بأن جميع الآراء تتفق على أن التعويض يجب أن يضع المضرور في حالة مساوية لما كان عليه قبل حصول الضرر قول صحيح ولا غبار عليه، وهذا ما ندعو له فعلاً. لكن الواقع العملي لا يقول بذلك. إذ نرى أحكاماً قضائية كثيراً ما تنظر إلى المسؤول باعتباره خاسراً نتيجة للتعويض، على أساس أن المضرور قد حصل له الضرر وأنتهى الأمر دون النظر إليه كشخص لا ذنب له فيما حصل. إنها النظرة التي قد تضع المسؤول في موقف أفضل نوعاً ما، وهو موقف قد يحقق مخرجاً دون أن يضع حلاً ينصف الطرفين فعلاً، خاصة المضرور، الذي طالما يجري، كما في مثالنا السابق، للحصول على الأدوات الاحتياطية ومراجعة ورش التصليح وهي معاناة كبيرة.

إنني أتساءل، هل هناك شخص واحد بعد تعويضه وإستلامه مبلغ التعويض، الذي غالباً ما يكون متأخراً جداً، خرج راضياً بما عُوض به، أم أنه تراه يردد بينه وبين نفسه، وبعد حساب ما بذله من جهد وما تكبده من خسارة حقيقية، أنه قد خرج خاسراً رغم ما حُكم له من تعويض.

هذا من جانب، ومن جانب آخر فإنه ينبغي أن يكون هناك إدراك من الناس كافة بضرورة عدم الاضرار بالغير، باعتباره عملاً يرفضه القانون لأنه لا يقبله المجتمع، بسبب ما فيه من إهدار لحق الآخرين بالإحساس بالأمان على أنفسهم والتمتع بأموالهم، وعليه فإن الميؤول عن الضرر ينبغي أن يفهم مسبقاً ما يمكن أن يتحملة نتيجة فعله هذا. فالأحساس بالمسؤولية شعور يجب أن يكون هاجس الجميع، وليس فئة من الناس فقط تضع ضميرها ميزاناً والقانون رقيباً، فنتركها تتحمل أخطاء الآخرين، وخصوصاً الأخطاء التي لا تتم إلا عن عدم إحترام للمجتمع وإستخفاف بالقاعدة القانونية. إذأ علينا أن نميز بين الأخطاء حسب طبيعتها لنضع معالجة سليمة لها.

فبالنسبة للخطأ العادي والخطأ اليسير يمكن النظر إليهما بأعتبار كل منهما فعلاً غير مسبوق بتصميم على الإساءة والاضرار بالغير، وبالتالي عدم تهديده للأمن الإجتماعي، وعليه يجب أن يكون التعويض جابراً للضرر بصورة ترضي الطرف الآخر، وهذا الرضاء نابع

من قيمة التعويض التعويض الكامل وما يتركه من إحساس الفاعل بطبيعة خطئه وتوعيته بما يمثله هذا الخطأ من إخلال، يكون هو أولى بتحمل نتائجه.

أما بالنسبة للخطأ الجسيم والخطأ العمد فينبغي أن يأخذ القضاء دوراً أكبر في هذا المجال.

ففي الوقت الذي وضعت النصوص العقابية الخاصة بالجرائم التي تقع على الأشخاص، وكذلك على الأموال، عقوبات على مرتكبيها تصل إلى حد الإعدام، فإن هناك الكثير من الأعمال الخاطئة ذات الأهمية تخضع لقواعد القانون المدني دون وضع أي رادع للغير عند إتيانها. فمن حيث النتيجة كثيراً ما تكون هناك أخطاء مدنية، قد تكون جسيمة فتحدث أضراراً أكبر مما قد تسببها بعض الأخطاء الجنائية ولكن مع ذلك يُهمل الجانب الأخلاقي وتعالج من خلال تعويض بوظيفة واحدة هي وظيفة جبر الضرر.

فلو لاحظنا الكثير من حوادث المرور لوجدناها تقع نتيجة أخطاء توصف بأنها غير عمدية، في حين أن إرتكابها يدل على أن الفاعل يدرك مسبقاً نتائجها أو أنه يتوقع هذه النتائج دون أن يأبه لذلك.

أننا لا ندعو لأن يتحول التعويض إلى مجرد عقوبة توقع على الفاعل، بل أن لهذه الدعوة أسبابها. فإختلاط التعويض مع العقوبة من حيث السبب والتلاقي من حيث الهدف الأبعد، ألا وهو المجتمع، يجعلنا نؤكد على ضرورة إعطاء التعويض وظيفته المزدوجة.

ومن ناحية أخرى دعونا نتساءل لماذا لا نجعل من جسامه الخطأ وتشديد التعويض وسيلة لردع المسؤول وترضية المضرور في آن واحد؟ أي تعويضه عما أصابه من ضرر معنوي حقيقي إلى جانب الضرر المادي، فتنعكس على نفس المسؤول فتردعه، وتهدئ من روع المضرور فترضيه. وهذا التوجه يتلاقى وما تقول به نظرية الترضية⁽³³⁸⁾. فحسارة الوقت

338- لاقت نظرية الترضية رواجاً في ألمانيا، كما تبناها قسم من الفقهاء الفرنسيين تحت أسم المبادئ. وتقوم هذه النظرية على فكرة أساسية تنبذ فكرة الإنتقام وتؤكد على أن الهدف من التعويض، أيما كان الضرر الحاصل، مادياً أم معنوياً، يجب أن يكون من أجل ترضية =

والنقود والطاقة، وقبلها تعرض الإنسان لضرر جسدي هي، من الناحية الواقعية، عناصر يجب أن تكون ضمن ما ينظر إليه بجدية عند تقدير التعويض.

أن ما يجب أن ينتبه إليه رجال القانون، مشرعين وقضاة وفقهاء، هو كيفية الوصول إلى ما يمنع حصول الضرر قبل وقوعه، وليس جبره فقط بعد ذلك، ليكون إيقاعه ردعاً للمسؤول وحماية للمضروب. وهذه المهمة لا ينهض بها رجال القانون فقط، إنما هي مهمة شرائح أخرى من المجتمع، أن لم نقل مهمة المجتمع بأكمله.

إننا لا نطالب بأن تحل فكرة جسامه الخطأ محل الضرر فنحول وظيفة التعويض بإتجاه إيقاع العقوبة. أن ما ندعو له هو أن يكون لهذه الفكرة حضور إستثنائياً واضحاً تمليه إعتبارات عملية وأخلاقية تتطلبها مصلحة المجتمع ككل، ما دام أن المضروبين سوف لن يبقوا كذلك، على طول الخط، فقد يكونون مسؤولين في موقف آخر والوضع يمكن أن يتغير حتى بالنسبة للمسؤولين، لذا فإن الفائدة سيتبادلها الجميع، وهذا يعني أنها ستشمل كل من يحمل صفة المضروب، وبهذا سيحقق التعويض وظيفته المرجوة من خلال رضاء المضروب بما حكم له به من تعويض يتناسب تناسباً فعلياً مع الضرر فيجبره، أو يقترب من ذلك، إضافة إلى تهدئته من خلال ردع المسؤول. والفائدة هنا لا تقتصر على المضروبين فقط كما يتهدى للبعض. فالمسؤول لا بد وأن يجني نفس الفائدة عندما يصبح في الموقع الآخر، أي عندما يحصل له ضرر ما نتيجة خطأ جسيم يصدر من شخص آخر.

2- كيف يقدر التعويض في القانون الليبي والشريعة الإسلامية وفقاً للمعيارين الموضوعي والشخصي.

أما فيما يتعلق بالمعيار الذي يقدر عليه التعويض فإن الفقهاء المسلمين لم يضعوا معياراً ضابطاً لهذا التعدي، ولكن ذلك لا يعني أنهم لم يملكو تصوراً حول هذا الموضوع،

= المضروب وبما يتلاءم والضرر الحاصل له، وليس وسيلة لمعاقبة المسؤول. للمزيد من التفصيلات حول هذه النظرية راجع د. مقدم السعيد، المرجع السابق، ص 127 وما بعدها.

عندما تركوا تقديره إلى عرف الناس وعاداتهم، حيث حكموا العرف.⁽³³⁹⁾ فلمعرفة التعدي يمكن الرجوع إلى ما يعده الناس تجاوزاً ومن ثم تعدياً سواء كان هذا العرف خاصاً أو عاماً. فإذا ماتعلق الأمر بشأن فني خاص يكون معياره عرف ذوي الاختصاص في المهنة ذاتها. أي أن الضابط هو ما يراه الناس أو ذوو الاختصاص مجاوزة للحد، أي حد كان يرون وجوب عدم تجاوزه.

فالمعيار في الشريعة الإسلامية كما ذكرنا أنفاً معيار موضوعي مرادف لعنصر واحد من عناصر الخطأ ألا وهو التعدي، دون استلزام وجود العنصر الأخر وهو الإدراك، ولذلك ذهب ابن عابدين إلى ضمان ابن اليوم الواحد بسبب إنقلابه وكسره لقارورة إنسان آخر⁽³⁴⁰⁾ لذا فمن الطبيعي أن لا نرى إهتماماً كبيراً من الفقهاء لوضع معيار لتحديد جسامة الخطأ لعدم الحاجة له بوجود التعدي، أيأ كانت درجته أولاً، ومن ثم تركهم أمر وجود التعدي إلى عرف الناس الذين من الممكن أن يستعينوا بجسامة الخطأ لاقرار وجوده.

أما بالنسبة للفقهاء القانوني فإن التمحص في مضمون كل من المعيارين الشخصي والموضوعي والنتائج التي يتوصلان إليها، رغم اختلافهما في هذه النتائج، فإن كلاهما منفرداً، حسبما نرى، لا يصلح معياراً لتحديد جسامة الخطأ.

فكلاهما يذهب إلى تحديد اللحظة التي يكون فيها الفاعل قد تجاوز في تصرفه ما هو مسموح به ليشكل هذا التصرف انحرافاً تتحقق بسببه مسؤولية الفاعل المدنية. المعياران يسيران في اتجاه واحد من حيث أنهما يحددان الكيفية التي بموجبها تميز بين ما يعد انحرافاً وما لا يعد كذلك، بغض النظر عن درجة هذا الانحراف.

وعليه يفترض أن تكون جميع الأخطاء مشمولة بتحديد جسامتها وفق هذين المعيارين. ولكن في حقيقة الأمر إنهما يحددان ما إذا كان هناك انحراف أم لا دون أن يستمر

339- عبد السلام التونجي، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، (مرجع سابق)، ص 197.

340- ابن عابدين محمد امير بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المختار على الدر المختار، (بيروت، دار الفكر،

1412هـ - 1992م، ج5، ص 140.

تطبيق أي من المعيارين مع أي من الأخطاء ذات الجسامة لتحديد مداها، وبالتالي يكون قصورها واضحاً في هذا المجال رغم ما يحققه من نتائج إيجابية في تحديد الخطأ عموماً، خاصة المعيار الموضوعي.

إن البحث عن معيار محدد لجسامة الخطأ في الوقت الذي يلقي قبولاً فإنه لا يخلو من صعوبة لا سيما في ظل الفقه الذي درج على تأييد هذا المعيار أو ذاك. والصعوبة الأكبر تكمن في كيفية نقل مثل هذه الأفكار إلى المشرع ليصبها في نص قانوني محدد قابل للتطبيق بشكل متوازن من قبل القضاء لتحديد طبيعة وجسامة كل خطأ وصولاً إلى تحديد مسؤولية مرتكبه وتقدير التعويض المناسب للضرر الذي أحدثه.

البعض من الشراح راح يضع معياراً محدداً بالنسبة لطائفة معينة من الأخطاء تكون لشخصية الفاعل وارتباطها بالخطأ محلاً للإعتبار، كما هو الحال بالنسبة للمعيار المتخذ في تحديد الخطأ الطبي وجسامته، حيث يُصار ليس إلى معيار الشخص العادي بل إلى المعيار المهني العادي⁽³⁴¹⁾ أي اللجوء إلى أصحاب المهنة الواحدة مع ما يتطلبه هذا الأمر من الخوض في المستويات المتعددة لهذه المهنة، وكذلك مراعاة أصولها وقواعدها الثابتة، إضافة إلى العادات المهنية المتبعة في ممارستها.⁽³⁴²⁾ فأخطاء المهنة تتحقق عندما تكون هناك مخالفة لهذه القواعد والعادات.⁽³⁴³⁾

فالنسبة للطبيب غالباً ما يصر إلى استخلاص معيار عام يعرف بمعيار الانحراف عن السلوك المألوف العادي والفني لطبيب من ذات الوسط ومن نفس المستوى المهني وبذات

341- منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالته، (الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1989)، ص 106.

342- محمد هاشم القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، (مجلة دراسات قانونية، المجلد الحادي عشر، كلية القانون، جامعة قاريونس، بنغازي، 1986، 1986)، ص 262-264.

343- مفتاح محمد قريظ، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون، (مركز دراسات العالم الإسلامي، مالطا، ط1، 1995، ص 234.

الظروف الخارجية⁽³⁴⁴⁾. ومسألة تحديد وصف الفعل بالخطأ وكذلك تقدير جسامته أمر يخضع لسلطة محكمة الموضوع.⁽³⁴⁵⁾

وبخصوص معيار تحديد خطأ الأبوين ومسؤوليتهما فإنه يتم اللجوء إلى معيار السلطة الأبوية التي يمتلكها الأبوان على أولادهم مع ملاحظة ما يفرضه القانون عليهم من واجب الرقابة.⁽³⁴⁶⁾

لقد اختلفت المعايير في تحديدها لجسامة الخطأ. وأكثر ما نجد هذا الاختلاف في تحديد ما يعد من الأخطاء خطأً جسيماً، لأنه من الخطأ التي يجد الشراح صعوبة أكثر في تحديدها بسبب طبيعتها.

لقد أستعانت بعض المحاكم ومنها المحاكم الفرنسية بفكرة الخطأ المكسب. فوفق هذه الفكرة لا يصار إلى قياس مقدار الضرر الذي أصاب المضرور واقتصار تقدير التعويض على ضوئه فحسب، بل يزداد هذا التعويض وفقاً للفائدة التي يمكن أن يكون قد جناها الفاعل من خطئه، لذلك يمكن وصف هذا الخطأ بالخطأ المفيد، وهو ما دعا البعض للمناداة بضرورة الأعتداد بمدى هذه الفائدة حتى لا تُعطى فرصة للأخرين لإرتكاب الفعل الضار. فقد يكون الفاعل قد توخى هذه الفائدة أساساً من إرتكاب الخطأ كرهبته في تحقيق ربح أكبر أو اقتصاد في النفقات على حساب مصلحة الآخرين، كما هو الحال في تغيير الناقل للجهة المنقولة إليها البضاعة أو تغيير خط سيرها لغرض إختصاره، مع ما يمكن أن تتعرض له هذه البضاعة من مخاطر.

ورغم أن الخطأ أو الفائدة فكرتان مستقلتان أساساً⁽³⁴⁷⁾، إلا أن الركون إلى هذا المعيار يعني التسليم بانصراف نية المسؤول نحو إحداث الضرر بالغير، مما يتعارض وفكرة

344- نقض مدني مصري، موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 381، لسنة 31 ق، جلسة 1966/3/22). وحول معيار الخطأ الطبي راجع، محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية في ظل القواعد القانونية التقليدية، (المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، 1993)، ص 135.

345- نقض مدني مصري، موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 544، لسنة 39 ق، جلسة 1981/12/10).

346- للمزيد من التفصيلات حول معيار السلطة الأبوية، أحمد الخليلي، المسؤولية المدنية، (مرجع سابق)، ص 95 وما بعدها.

الخطأ الجسيم واختلافه عن الخطأ العمد من حيث عدم قصد الأضرار بالغير في الأول وتوافره في الثاني، الأمر الذي يقودنا إلى التساؤل عن مدى إمكانية الركون إلى النية، التي يخضع أمر تقديرها لسلطة محكمة الموضوع⁽³⁴⁸⁾.

فإذا ما كان حسن النية لا يزيل عن الفعل الضار وصف الخطأ وفي ذات الوقت لا يرفع مسؤولية الفاعل إلا في حالات قليلة⁽³⁴⁹⁾ فإن اللجوء إلى حسن النية كميّار لا نعتقده مجدداً لأننا إذا ما توصلنا إلى حسن نية المسؤول، أي عدم إنصراف قصده للأضرار بالغير فإننا نكون بصدد خطأ الإهمال وهو ما يشمل الأخطاء غير العمدية سواء كانت يسيرة أو جسيمة.

وإذا ما توصلنا إلى سوء نية المسؤول فإننا نكون بصدد خطأ عمد، ولكن إذا ما نظرنا إلى مدى اقتراب نية المسؤول من قصد الأضرار بالغير أو ما يفترض فيه ذلك إفتراضاً دون أن يكون مؤكداً فإننا يمكن أن نعتبر معيار حسن النية أحد المعايير المتبعة في تحديد جسامة الخطأ، دون أن يكون المعيار الحاسم لأن ذلك يستدعي الخوض في نفسية المسؤول بعمق وهو أمر صعب. ومما يزيد ذلك صعوبة هو كيفية معرفة الحدود الفاصلة بين حسن النية وسوءها.

وقد تقاس جسامة الخطأ من خلال قيمة الضرر ومدى توقع حصوله. وهنا تبرز أهمية المال الذي أصابه الضرر، وأكثر بروز لهذا المعيار عندما يكون الضرر مادياً قابلاً للتقييم لا سيما إذا كان ناشئاً عن خطأ غير عمدي. فتطبيق القانون الجنائي قد يتطلب تقييم سبباً في

=347- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص387.

348- نقض مدني لبي رقم 21/23 ق جلسة 1975/6/15، موسوعة المبادئ القانونية، المجموعة الأولى، ج3، ص683.

349- بالنسبة لشراء المال المسروق فالشراء في حد ذاته لا يعد خطأ وأن ما يجعله كذلك هو علم المشتري بأن المبيع مسروق وعليه تتحقق مسؤوليته المدنية، وهذا ما قضت به المحاكم المختلطة الفرنسية. أنظر إستئناف مختلط 24-12-1927م، مشار إليه في مؤلف سليمان مرقس، الوافي 2 الفعل الضار، (مرجع سابق)، ص270.

تشديد العقوبة⁽³⁵⁰⁾ فقد يلجأ القاضي إلى الضرر الناتج ومداه لمعرفة جسامة الخطأ. وعليه فإحداث الشخص عاهة مستديمة بالمصاب، يكون فعله هذا إخلالاً جسيماً، خصوصاً عندما يتعلق الأمر بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته،⁽³⁵¹⁾ وهذا ما نجد في نص الفقرة (ث) من المادة (73) من قانون العمل الليبي⁽³⁵²⁾ التي وضعت معيار جسامة الضرر لتحديد مدى خطأ العامل وبالتالي إعطاء الحق لصاحب العمل في فسخ عقد العمل من جانبه⁽³⁵³⁾.

والإشارة إلى موضوع الضرر وفداحته عند تقدير التعويض نراها في الكثير من أحكام المحكمة العليا الليبية، ففي حكم لها تقول فيه : (يترك التقدير... تقصد تقدير التعويض . للقاضي بما يراه محققاً للعدالة مسترشداً في ذلك بظروف القضية وفداحة الضرر...)⁽³⁵⁴⁾. كما لجأ القضاء الفرنسي لهذا المعيار وله أمثلة كثيرة في هذا المجال، حتى إننا نجد من يرى بأن القاضي يستطيع أن يستدل على جسامة الخطأ من خلال نظرتة الواقعية مستهدياً ببعض العوامل الخاصة بالمضور، كجسامة نتائج الخطأ الذي إرتكبه المسؤول⁽³⁵⁵⁾. ففي مجال النقل البحري أعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن التأخير العادي في نقل البضائع يعد خطأ

350- عبدالمعزم محمد إبراهيم رضوان، موضع الضرر في البيان القانوني للجريمة دراسة تحليلية تأصيلية، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام 1993م، مطابع الطوبجي التجارية)، ص481.

351- فاروق عبدالرؤوف عبدالعزيز حموه، الحماية الجنائية لسلامة الجسم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة)، ص170.

352- قانون العلاقات العمل الليبي ولائحته التنفيذية، (رقم 12 لسنة 2010م).

353- عبدالغني عمرو الرويمض، علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، (الخمسة، ليبيا، مطابع عصر الجماهير، 2000)، ص355.

354- المبادي الجنائية، طعن جنائي، المجموعة المفهرسة، (طرابلس، دار مكتبة النور، رقم 20/22، جلسة 12. 6. 1973، ج3، القسم الأول)، ص375.

355- حاتم علي لبيب جبر، نظرية الخطأ المرفقي، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة، مطابع أخبار اليوم، 1968)، ص226.

يسيراً، إلا إنه يساهم في إبراز صفة الخطأ الجسيم إذا كان قد أدى إلى تلف البضائع المنقولة.⁽³⁵⁶⁾

وإن الضرر إذا ما لحق بجسم الإنسان مهما كانت بساطته أو يسره يعد خطأ جسيماً، مما يعني استعانة محكمة النقض الفرنسية بمدى الضرر لقياس جسامة الخطأ.⁽³⁵⁷⁾ ومع ذلك نرى نفس المحكمة تشير في حكم آخر لها وفي نفس الفترة التي صدرت فيها الأحكام أعلاه إلى تحقق الخطأ الجسيم من خلال الإهمال أو عدم التبصر الذي يبلغ حداً خاصاً من الجسامة⁽³⁵⁸⁾ دون أن توضح كيفية الوصول إلى الحد الذي يفصل بين درجات الخطأ من حيث جسامتها.

والتضاء في مصر أصدر عدداً من الأحكام في هذا الاتجاه. فقد قررت محكمة إستئناف القاهرة بتاريخ 1963/6/25 بأن الخطأ الجسيم هو ذلك الانحراف في السلوك المقرون بتوقع الضرر.⁽³⁵⁹⁾ بل إنها في حكم آخر بتاريخ 1964/3/24 لم تكتف بإعتبار قعود الخفيين الحكوميين عن استخدام سلاحهما لمنع التعدي على القتيل ولو مجرد الإرهاب إنحرافاً عن السلوك يتوقع من ورائه حدوث الضرر مما جعلها تعتبره إهمالاً جسيماً يرقى لمرتبة العمد.⁽³⁶⁰⁾ وهو خطأ مقارب للغش ولا فارق بينهما إلا الفارق الذهني.⁽³⁶¹⁾ وهذا مانراه

356- نقض فرنسي في 12. 4. 1923، جازيت دي باليه، 712.1923، فلور 1923. 1. 143 مشار إليه في مؤلف د. محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (هامش 1)، مرجع سابق، ص 382.

357- جوسران: تعليق في دالوز 1932. 1. 50 مشار إليه في نفس المرجع السابق ونفس الموضوع.

358- حكمها المؤرخين في 11-1-1932 وفي 24-10-1932 مشار إليهما في مؤلف حسين عامر، المسؤولية المدنية التصديرية والعقدية، (مطبعة مصر، ط 1، 1956)، ص 187.

359- مجلة المحاماة، (الإستئنافان رقما 778، 1165 لسنة 78 ف، س 44، ع 4 و 5 ديسمبر 1963/يناير 1964، قاعدة رقم 375)، ص 375-467-460. وفي هذا الحكم قضت محكمة النقض بأنه: (إذا كان المضرور لم يثبت الخطأ الجسيم من جانب شركة

الطيران فإن هذه الشركة لم تستطع أن تثبت إنها اتخذت كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر، مما يقتضي الحكم بالتعويض المناسب...).

360- مجلة المحاماة، س 45، ع 1 و 2 سبتمبر/ أكتوبر، 1964، قاعدة رقم 93، ص 114-120. وفي هذا الحكم تقول محكمة الإستئناف بخصوص الإهمال الجسيم بأن: (حكمه كحكمه [أي كحكم الخطأ العمد] عند تقدير المسؤولية).

361- قضت محكمة إستئناف مصر بتاريخ 1950/11/28 بأن: (الفارق بين الخطأ الفاحش وبين الغش فارق ذهني في معظم الأحوال، فغالباً ما يستدل على الغش بجسامة المخالفة وكثيراً ما يدعوا الحرج إلى درء نسبة الغش عن يثهم به بنسبة الخطأ الفاحش =

أيضاً في نطاق المسؤولية الجنائية حيث تشدد مسؤولية الجاني لأنه في فعله إنما يعبر عن عدم إكترائه عند تنفيذ فعله، وتوقعه لخطورة هذا الفعل، ولذلك فإن هذا الفعل يدخل في مجال العمد (362).

أما في مجال الجريمة الخطئية فإنه لا أهمية لعنصر التوقع بل العبرة بقصد الفاعل بغض النظر عما إذا كان يتوقع الحادث أم لا. (363)

إن ما يؤخذ على معيار الضرر إنه لم يكن معياراً للخطأ، بل معيار للضرر (364) كما أن مسألة توقع حدوث الضرر تختلف عن الضرر ذاته. (365) هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن هذا التوقع، رغم إنه يقاس بمقدار الضرر وطبيعته، إلا إنه ينظر إليه بوقت سابق على لحظة الخطأ أولاً، وعلى لحظة الضرر ثانياً.

إن مسألة إثبات مدى جسامته الخطأ يتطلب وفق المعنى أعلاه سلوك جميع السبل. فيمكن الاستعانة بالمعيار الذاتي دون أن يكون المعيار الوحيد، بإعتبار أن فكرة الخطأ الجسمي تقترب أساساً من فكرة الخطأ الأخلاقي لأنها تتعلق بمدى إدراك الشخص لإحتمال وقوع الضرر، مما يعني اللجوء إلى فكرة الشخص المعتاد وبالتالي تطبيق المعيار الموضوعي أيضاً. (366)

فالفعل السلبي لإرادة المصنع بعدم شراء سيارة إسعاف لنقل الحالات الخطرة بحجة عدم توفر الميزانية يتضمن فكرة الترك المقترن بتوقع حدوث ضرر، ولذلك يقاس بمقياس

=عليه... وتستمر المحكمة في تأكيدها على مسألة جسامته الخطأ المتعلق بالخطأ المهني الجسمي بأن هذا الأخير (كما يراه الشارع المصري هو الخطأ المقارب للغش الذي لا يفرق عنه في معظم الأحوال إلا فارق ذهني). أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (استئناف رقم 651 لسنة 67 ق)، ص223.

362- عبدالمعتم محمد إبراهيم رضوان، موضع الضرر في البنين القانوني، (مرجع سابق)، ص482.

363- محمد رمضان بارة، قانون العقوبات الليبي، (مرجع سابق)، ص127.

364- محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، (مرجع سابق)، ص470.

365- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص382.

366- المرجع نفسه، ص398-399. وأنظر أحكام محكمة النقض المصرية. موسوعة القانونية الشاملة، (رقم 8 لسنة 23 ق، جلسة 1956/10/25).

الشخص العادي المعتاد، وهو بطبيعة الحال معيار رب العمل الحريص الذي عليه واجب توقي ومواجهة الحالات الطارئة بما تفرضه عليه اللوائح والنظم والأعراف.⁽³⁶⁷⁾

يتضح لي من خلال ما عرضته حول معيار الضرر أنه قد يصح كمعيار لقيام المسؤولية وليس كمعيار لتحديد جسامة الخطأ، وأنه ينسجم ونظرية تحمل التبعة.

ومن المعايير الأخرى أيضاً معيار المصلحة غير المشروعة، وهو معيار موضوعي يتداخل مع المعيار الذاتي، إذ يفترض البحث أيضاً عن نية المسؤول وفيما إذا كان قد سعى إلى إستعمال حقه لتحقيق مصالح غير مشروعة من عدمه.

وأكثر ما يشار إلى إستخدام هذا المعيار مع معيار الهدف الإجتماعي⁽³⁶⁸⁾ في نطاق صورة من صور الخطأ وهي التعسف في إستعمال الحق. إلا إن معيار المصلحة غير المشروعة في نطاق التعسف في إستعمال الحق والتي تقابل الخطأ غير الجسيم. هو معيار واحد من معايير التعسف الثلاثة.⁽³⁶⁹⁾

بعد طرح الأفكار المتعلقة بتحديد جسامة الخطأ يبدو أن إستخدام أي من هذه المعايير لا يوصلنا إلى نتيجة بهذا الخصوص. وعليه نرى أن مسألة اللجوء إلى المعيارين الموضوعي والذاتي معاً مسألة جديرة بالإهتمام.

367- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص 426-427.

368- يتلخص معيار الهدف الإجتماعي في معرفة ما إذا كان أصحاب الحقوق قد استخدموا حقوقهم لتحقيق أهداف إجتماعية أم غير ذلك، فالقانون يقر بحقوق الغير ولكن لغرض التصرف بهذه الحقوق لتحقيق أهداف إجتماعية، فإذا ما تعسف أصحاب هذه الحقوق وأنحرفوا عن هذه الأهداف قامت مسؤوليتهم المدنية. أنظر عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ، مصادر الإلتزام، (مرجع سابق، المجلد الثاني)، ص 1184-1186.

369- للتعسف ثلاثة معايير وفقاً لما جاءت به القوانين المدنية ومنها القانونان المدنيان الليبي والمصري. وهذه المعايير هي أولاً نية الأضرار وهي المقابلة للخطأ العمدي والمعيار الثاني هو رجحان الضرر وهو ما يقابل الخطأ الجسيم وأخيراً معيار المصلحة غير المشروعة والتي تقابل الخطأ غير الجسيم أنظر المرجع نفسه، ص 1189. ويذكر أن جدلاً فقهيّاً أُثير حول إمكانية اعتبار الشخص قد ارتكب خطأ عند ممارسته لحقه من عدمه. ومهما يكن من أمر هذا الإختلاف فإن اللجوء إلى المعيار يمكن أن يكون لتحديد قيام المسؤولية أيضاً. حول هذا الجدال أنظر د. محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام، (مرجع سابق)، ص 303.

فرغم أن المعيار الموضوعي يمكن أن يوصلنا إلى تحديد كون الفعل أو الترك خطأ أم لا، وبمكنا أن نصل إلى أن هذا الخطأ لم يكن عادياً إلا أننا لا نستطيع من خلال هذا المعيار تحديد جسامة الأخطاء جميعاً، وتحديد الفاصل فيما بينها من حيث مدى هذه الجسامة، لأن هذا التحديد يتطلب المعرفة الدقيقة لمفهوم جسامة الخطأ، وأيضاً مفهوم الخطأ الجسيم بإعتباره أكثر الأخطاء حاجة إلى التوضيح. فالخطأ الجسيم ليس مجرد إنحراف عن السلوك، كما إنه ليس مقروناً بتوقع حدوث الضرر، كما يذهب الدكتور محمد إبراهيم الدسوقي⁽³⁷⁰⁾، فلو ذهبنا إلى ذلك لجعلنا هذا الخطأ خطأ عمدياً يقترب من الخطأ الجسيم وليس العكس. لأن مسألة توقع الضرر يجب أن تُفترض إفتراضاً من قبل القضاء، وهذا الإفتراض بسبب جسامة الخطأ، فكلما كان الخطأ أكثر جسامة كلما كان إفتراض توقع حصول الضرر أكثر وجوداً مما قد يصل الأمر إلى وجوده فعلاً، ويكون المسؤول مدركاً مقصده بإيقاع الضرر وعندها يكون خطأ الفاعل هذا خطأ عمدياً، وفي نفس الوقت قد يتعد أمر توقع حصول الضرر كثيراً ليكون خطؤه يسيراً، أو ما دون ذلك.

إن اللجوء إلى المعيارين لتحديد جسامة الخطأ دون الإقتصار على تطبيق أحدهما هو الذي يوصلنا إلى تحقيق ما نبغي إليه من هدف. فعندما نحلل الخطأ الجسيم يكون أمر تطبيق المعيار الموضوعي ضرورياً بإعتباره إنحرافاً، وهذا الإنحراف يجب أن يقاس بمقياس الشخص المعتاد ولا صعوبة في ذلك، وهذه هي المرحلة الأولى من التحديد. أما المرحلة الثانية فهي مرحلة إفتراض توقع الضرر من قبل المسؤول، وهذا ينبغي اللجوء إلى المعيار الذاتي ولكن ليس بشكل مستقل، فالمرحلتان تتداخلان والمعياران يطبقان في نفس الوقت وعلى كل حالة.

والمعيار الذاتي هنا يطبق بالإستناد على المعيار الموضوعي، والعكس صحيح أيضاً. فلو طبقنا المعيار الموضوعي لذاته نكون قد نظرنا إلى المسؤول قياساً بالشخص المعتاد فقط، أي إننا نظرنا إليه بشكله المجرد دون الأخذ بنظر الإعتبار الظروف الخاصة به كإنسان يعيش

370- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض، (مرجع سابق)، ص 397.

مؤثراً ومتأثراً بالظروف المحيطة به. ورغم الإقرار ببسر هذا المعيار إلا أنه يقودنا لإهدار فرصة الوصول إلى الهدف بصورة كاملة. أما إذا أخذنا بالمعيار الذاتي فقط فإننا نكون قد طبقنا هذا المعيار على الحالة بأكملها مما يتطلب مجهوداً ودخولاً أكبر في نفسية الفاعل تكون أكثر صعوبة، إضافة إلى إهمال الحد الأدنى للضابط الموضوعي.

إن النظر إلى الإنحراف وفقاً لشخصية الفاعل سيكون أكثر نفعاً وتحقيقاً لغرض تحديد جسامة الخطأ. ورغم إن هذا الطريق ليس سهلاً، إلا إنه يبقى أمراً ممكناً. ففي الوقت الذي نطبق المعيار الموضوعي وننظر إلى الفاعل بمقياس الشخص المعتاد فإننا لا نجرده من ظروفه، لأننا لا نطبق المعيار منفرداً وإنما نستعين بالمعيار الذي سوف لن يقودنا إلى الإستغراق في ظروف الفاعل، لأن تطبيق هذا المعيار سوف لن يكون على الخطأ الجسيم وجسامته بصورة كاملة، بل بحدود ما يشكل إنحرافاً عند الإستعانة بالمعيار الموضوعي لنصل إلى تحديد أدق لجسامة الخطأ.

أن القول بأن العودة إلى المعيار الذاتي سيقود بالضرورة إلى الغوص في نفسية الفاعل أمر صحيح، إلا إنه ليس الغوص ذاته عندما يكون تطبيق هذا المعيار بمعزل عن المعيار الآخر. إضافة إلى أن هذا التطبيق سوف لا يشمل الحالة بكاملها، أي ما يتعلق بكل الإنحراف وجسامته مرة واحدة.

إن تطبيق المعيار المزدوج يتطلب أن يكون هناك قضاة يتمتعون بكفاءة وخبرة في ميدان العمل القضائي ومعرفة بالعلوم الإجتماعية وبطبيعة المجتمع وسلوك أفراده، لا ليكونوا محللين نفسانيين ولا ليكونوا بقدرة المحللين النفسانيين لأنه أمر لا يحتاجه القاضي في نطاق عمله القضائي، إنما وعلى الأقل معرفة حدود ما يسمح وما لا يسمح به المجتمع من تصرفات للأفراد، ليس بسبب وجود النصوص القانونية المانعة، وإنما بما يرفضه المجتمع من تصرفات تشكل إنحرافاً عن السلوك، لا سيما وإن النصوص القانونية عاجزة عن تحديد الحالات التي تشكل إنحرافاً كما ذكرنا.

وفي الوقت الذي نقر فيه ببعض الصعوبة في ذلك إلا إنها الصعوبة التي يمكن التغلب عليها ببذل جهد أكبر من الهيئات القضائية لتكون أكثر قرباً من العدالة، ولا يهم بعد ذلك الاغراق في الجدل الفقهي حول أي من المعيارين أصح، بل يجب، حتى بوجود هذا الجدل الفقهي، أن يكون هدفنا خدمة العدالة وبما يعطي للمسؤولية وجهاً أخلاقياً، وهو أمر يستحق من الجميع بذل مثل هذه الجهود ما دامت تصب في هذا الاتجاه.



الباب الخامس

الخاتمة

أ) النتائج :

- 1- أن المعيار التي سلكته الشريعة الإسلامية والقانون الليبي في كيفية تقدير التعويض هو المعيار أو الإتجاه الموضوعي، رغم الإختلاف في كيفية وأسلوب تطبيقه والذي تتمثل في:
 - أ) إن الفقه الإسلامي لا يعدد بالخطأ لقيام المسؤولية لأن الشريعة تجعل من الضرر علة وسبب للتضمنين. فلا يشترط في الضرر أن يأتي نتيجة إعتداد أو عمل غير مشروع.
 - ب) إن ما ينظر إليه الفقهاء المسلمون هو السلوك الخارجي للفاعل دون الإعتداد بما يكون عليه من حيث سنه أو جنسه أو حالته الصحية. في حين أن القانون الليبي يأخذ بعين الإعتبار الظروف العامة.
 - ج) كيفية تطبيق الإتجاه الموضوعي في القانون الليبي والشريعة الإسلامية بالقياس على الرجل المعتاد مع مراعاة الظروف العامة التي يمر بها الشخص المعتاد.
- 2- أن الشريعة الإسلامية والقانون الليبي لم يرتبط مقدار التعويض لديهما بجسامة الخطأ (أي لم يعددو بجسامة الخطأ) وذلك كالاتي:
 - أ) أن الشريعة الإسلامية أعتبرت أن مجرد الخطأ يلزم الضمان فلا فرق أن يكون الخطأ بسيط أو جسيم، عمدى أو غير عمدى، المهم أنه أحدث ضرر للغير.
 - ب) أن القانون المدني الليبي أخذ بمبدأ أن التعويض وظيفته جبرية فقط.

ب - التوصيات :

بعد أن عرضنا أهم النتائج التي توصل إليها الباحث من خلال عرض موضوع جسامة الخطأ وأثرها على التعويض، توصل الباحث إلى عدة توصيات قد تساهم في تطور القانون والسعي للأفضل لكي ينعم الفرد والمجتمع بحياة أمن وأريح.

1- حث المشرع الليبي على النص على جسامة الخطأ في نصوص القانون المدني وعدم تركها مبهمة ومشمولة بالظروف الملازمة وذلك حتى يُسهل على القضاء عملهم أثناء إصدار أحكامهم إستنادهم إلى سند قانوني ونص مادة تجنباً للنقض من المحكمة العليا.

2- اللجوء إلى المعيارين الشخصي والموضوعي لتحديد جسامة الخطأ دون الإقتصار على تطبيق أحدهما فهذا الذي يوصلنا إلى تحقيق ما نبغي إليه من هدف.

3- تطبيق وظيفة ردعية التعويض لردع من تسول له نفسه الإخلال بالتزاماته وعدم التفريط بما يفرضه عليه الواجب القانوني من إحترام لحقوق الغير. فلا ضير من أن يؤدي التعويض، في حدود معينة، جانب من وظائف المسؤولية الجنائية طالما أن ذلك سيؤدي إلى منفعة المجتمع.

4- يجب أن يأخذ القضاء دوراً كبيراً في مجال جسامة الخطأ. ففي الوقت الذي وضعت النصوص العقابية الخاصة بالجرائم التي تقع على الأشخاص، وكذلك على الأموال، عقوبات على مرتكبيها تصل إلى حد الإعدام، فإن هناك الكثير من الأعمال الخاطئة ذات الأهمية تخضع لقواعد القانون المدني دون وضع أي رادع للغير عند إتيانها. فمن حيث النتيجة كثيراً ما تكون هناك أخطاء مدنية، قد تكون جسيمة فتحدث أضراراً أكبر مما قد تسببها بعض الأخطاء الجنائية ولكن مع ذلك يُهمل الجانب الأخلاقي وتعالج من خلال تعويض بوظيفة واحدة هي وظيفة جبر الضرر.

5- يجب أن ينتبه رجال القانون في ليبيا، مشرعين وقضاة وفقهاء، إلى كيفية الوصول إلى ما يمنع حصول الضرر قبل وقوعه، وليس جبره فقط بعد ذلك، ليكون إيقاعه ردعاً للمسؤول وحماية للمضرور. وهذه المهمة لا ينهض بها رجال القانون فقط، إنما هي مهمة شرائح أخرى من المجتمع، أن لم نقل مهمة المجتمع بأكمله.

وأخيراً... أن الغاية من البحث القانوني هي تحقيق أفضل السبل وأيسرها للوصول إلى صياغة نصوص قانونية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، لا أن يكون الهدف هو الجدل الفقهي المجرد. علينا أن نسعى لا لتبني هذه النظرية أو القبول بذلك الإتجاه، بل دراسة كل النظريات والإتجاهات للوصول إلى قاعدة قانونية تحقق النفع للمجتمع، وهذه هي الغاية الأسمى لدراستنا هذه.

المراجع والمصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

إبراهيم، إبراهيم عبد الرحمن، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، (عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 1999م).

إبراهيم، جبار عبد الخالق، فكرة الخطأ الجسيم وقانون التأمين الالزامي من حوادث السيارات، (بحث منشور بمجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية، السنة 44، العدد 3-4، 1998م).

إبراهيم، محمد محروس سعدوني، الضمان في العقود الفاسدة دراسة فقهية مقارنة، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2010م).

ابن إسحاق، أبوداود سليمان بن الأشعث بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، (المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، ج 4).

ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (القاهرة، دار الحديث، ج 4، 1425هـ - 2004م).

أبن عابدين، محمد امير بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المختار على الدر المختار، (بيروت، دار الفكر، 1412هـ - 1992م، ج 5).

ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسليمان العلماء، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، (راجعته وعلق

عليه: طه عبد الرؤوف سعد، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، ج 1، 1414 هـ -
1991م).

ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، سنن ابن ماجه،
(تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية).

أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين
الخصمين من الأحكام، دار الفكر).

أبوبكر البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، السنن
الكبرى، (المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ج 8، 1424 هـ -
2003م).

أبوالليل، إبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، (دار النهضة العربية،
القاهرة، 1980م).

أحمد، سليمان محمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية
الشريعة والقانون بجامعة الأزهر عام 1975م، القاهرة، مكتبة المجلد العربي، ط
1985م).

أحمد، محمد شريف، نظرية تفسير النصوص المدنية، (جامعة بغداد، 1982).

الأرياح، خليل أحمد، المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية بين الشريعة الإسلامية
والقانون، (رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية التربية بجامعة طرابلس (الفتاح سابقاً)، عام
1986، مصراته، دار رباح للنشر والتوزيع، ط 1، 1995).

الأزهري، محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، (ليبيا- طرابلس، المركز
القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط 5، ج 1)،.

الزبلي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، (الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي، القاهرة، بولاق، المطبعة الكبرى الأميرية، 1313 هـ، ج 5).

بار، محمد رمضان، قانون العقوبات الليبي، جرائم الإعتداء على الأشخاص، القسم الخاص، (الخمسة، ليبيا، منشورات جامعة ناصر، ج 1، ط 2، 1992).

البراوي، محمد سامي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، (بنغازي، منشورات جامعة قاريونس، ط 3، 1995).

بطرس، علي، سلطة محكمة الموضوع في وصف الخطأ المهني الجسيم، (مجلة إدارة قضايا الحكومة، القاهرة، السنة 1، العدد 2، 1957م).

البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد الحنفي، مجمع الضمانات، (دار الكتاب الإسلامي).

بن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بأبن قدامة المقدسي، المغني لأبن قدامة، (مكتبة القاهرة 1388 هـ - 1968 م، ج 5).

بناني، محمد سعيد، أعداد تشريعات عقد العمل الفردي في الدول العربية، منظمة العمل العربية، (القاهرة، مكتب العمل العربي، 1993).

بهنّي، أحمد فتحي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، (القاهرة، مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع، ط 2، 1389 هـ 1969 م).

بوساق، محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، (دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع).

البيه، محسن عبدالحميد إبراهيم، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، (مصر، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، 1993).

البيه، محسن عبدالحميد، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية في ظل القواعد القانونية التقليدية، (المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، 1993).

التلي، محمود، النظرية العامة للإلتزام بضمان السلامة للأشخاص، (بدون دار نشر، 1989).

التونجي، عبدالسلام، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، (طرابلس، ليبيا، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، 1995).

التونجي، عبدالسلام، الخطأ الطبي، (مجلة دراسات قانونية، هيئة التدريس في كلية القانون بجامعة قاربونس، المجلد الحادي عشر، بنغازي).

التونجي، عبدالسلام، المسؤولية المدنية مسؤولية الطبيب في القانون المقارن، (بنغازي، الشركة العامة للنشر والتوزيع والإعلان).

جبر، حاتم علي لبيب، نظرية الخطأ المرفقي، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة، مطابع أخبار اليوم، 1968).

الجميلي، أسعد عبيد، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011م).

جيره، عبدالمنعم عبدالعظيم، التنظيم القضائي في ليبيا، (بنغازي، منشورات جامعة قاربونس، 1973م).

حبيب، ثروت، المصادر الإرادية للإلتزام في القانون الليبي. (بنغازي، منشورات جامعة قاريونس، 1978م).

الحسناوي، حسن حنتوش، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، (رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية التربية جامعة الفاتح عام 1986م).

حسي، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني. القسم العام. (بيروت، دار النهضة العربية، ط3، 1984).

الحكيم، عبد المجيد، مصادر الإلتزام، (بغداد، شركة الطبع والنشر الأهلية، ط3، 1969).

حموه، فاروق عبدالرؤوف عبدالعزيز، الحماية الجنائية لسلامة الجسم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة).

حنا، منير رياض، المسؤولية الجنائية للاطباء والصيدالدة، (الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1989).

الحنفي، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م، ج 7).

الحوات، علي، الضمان الإجتماعي ودوره الإقتصادي والإجتماعي، (بنغازي، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1990).

الحنيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي الكفالة والديات، (القاهرة، دار الفكر العربي، القسم الثاني).

الحنيف، علي، المسؤولية المدنية في الميزان الفقهي الإسلامي، (القاهرة، مجلة معهد البحوث والدراسات العربية، العدد الثالث، آذار 1972).

الخمليشي، أحمد، المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، (المغرب، مكتبة المعارف، 1982م).

داود، جوزيف، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، تأمين الأطباء من المسؤولية عن أخطائهم، (مطبعة الإنشاء، دمشق، ط1، 1987).

الدسوقي، محمد إبراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، (موسسة الثقافة الجامعية للطبع).

الدوري، عدنان طه، أحكام الإلتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، (ليبيا، طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، ط1، 1991).

الذهبي، أدوار غالي، إختصاص القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى المدنية، (القاهرة، مكتبة غريب، ط3، 1993).

رضوان، عبدالمع محمد إبراهيم، موضع الضرر في البنيان القانوني للجريمة دراسة تحليلية تأصيلية، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة عام 1993م، مطابع الطوبجي التجارية).

رفاعي، محمد نصر، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1978).

الرويمض، عبدالغني عمرو، علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، (الخمسة، ليبيا، مطابع عصر الجماهير، 2000).

الزحيلي، محمد مصطفى، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات والاحوال الشخصية، (دمشق، مكتبة البيان، 1402هـ).

- الرُّحَيْلِيُّ، وَهْبَةُ بن مصطفى، الفِئَةُ الإسلاميَّةُ وأدلَّتُهُ، (سوريَّة، دار الفكر، ج 8).
- الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، (دمشق، دار الفكر، ط 2، 1998م).
- الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، (صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، سوريا، دار القلم، ج 1، 1409هـ - 1989م)
- الزرقا، مصطفى أحمد، الفعل الضار والضمان فيه، (دار العلم، 1988).
- الزين، محمد، المسؤولية التقصيرية، (محاضرات ملقاة على طلبة كلية الحقوق بالجامعات التونسية، 1999م-2000م).
- سعد، أحمد محمود، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، (القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1، 1988).
- السعيد، مقدم، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، (بيروت، دار الحداثة للطباعة والنشر، ط 1، 1985م).
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، آثار الإلتزام، (القاهرة، دار النهضة العربية، ج 2).
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام المصادر الإلتزام. (لبنان، دار إحياء التراث العربي، المجلد الثاني).
- سوار، وحيد الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، (القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، 1960م).

السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر، جلال الدين، الأشباه والنظائر، (دار الكتب العلمية، 1411هـ-1990م، ج1).

الشامي، محمد حسين علي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1990 م).

الشامي، محمد حسين علي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) بين القانون المدني المصري واليميني والفقهاء الإسلاميين، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1410هـ-1990م).

الشرعي، سعيد خالد علي، حق الدفاع أمام القضاء المدني، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس القاهرة، 1997م).

شرف الدين، أحمد، أحكام التأمين. (القاهرة، طبعة نادي القضاة، ط3، 1991م).

الشرقاوي، جميل، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1993).

الشواربي، عبد الحميد، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقهاء، (الإسكندرية، منشأة المعارف).

الشواربي، عبد الحميد، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، (الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998م).

الصدقة، عبد المنعم فرج، مصادر الإلتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، (بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1979).

الصدقة، عبد المنعم فرج، مصادر الإلتزام، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1992م).

الصرمي، يحيى رزق، سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة، 1995).

الضامن، منذر عبد الحميد، أساسيات البحث العلمي، (عمان، دار المسيرة للنشر والتوزيع، 2007م).

طه، جبار صابر، أساس المسؤولية المدنية، (مصر، دار الكتب القانونية، 2010م).

العابد، عباس، عدنان، يوسف، قانون العمل، (بغداد، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ط1، 1980).

عامر، عبد المجيد، التعويض عن الأضرار البدنية الناشئة عن حوادث المرور. (ليبيا، الزاوية، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم الدراسات العليا بجامعة السابع من إبريل، 1994/1993).

عبدالرحمن، أحمد شوقي محمد محمد، الخطأ الجسيم للعامل وأثره على حقوقه الواردة في قانون العمل. (القاهرة، مؤسسة الخليج العربي، 1988م).

عبدالسلام، سعيد، التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي والدول العربية، (الاسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، 1990م).

عبدالمحسن، عبد الباسط محمد محمد، الإضراب في قانون العمل دراسة مقارنة. (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة).

عبد الوهاب، عبدالرزاق، تعويض الضرر الأدبي في القانون السويسري والقانون العراقي، (مجلة القضاء نقابة المحامين العراقية، السنة 24، العدد 2، بغداد، 1969).

العبودي، عباس، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، (عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2، 1999م).

عطا الله، برهام محمد، أساسيات نظرية الإلتزام في القانون المصري واللبناني، (بيروت، بالدار الجامعية، 1992).

العتار، محمد كاظم، نحو قانون مدني عربي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، منشورات وزارة الثقافة والفنون، دار الحرية للطباعة بغداد، 1978م.

عكوش، حسن، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، (القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1957م).

علم الدين، محي الدين إسماعيل، نظرية العقد، (دار النهضة العربية، القاهرة، ط 3، 1994).

عمر، نبيل إسماعيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، (الإسكندرية، منشأة المعارف، ط 1، 1986).

العمرى، إسماعيل، الحق ونظرية التعسف في إستعمال الحق في الشريعة والقانون، (الموصل، ط 1، منشورات مكتبة بسام، 1984).

العوجي، مصطفى، القانون المدني المسؤولية المدنية، (بيروت، بحسون للنشر والتوزيع، ج 2، ط 1، 1996م).

غانم، إسماعيل، في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، (القاهرة، مكتبة عبد الله وهبة، ج 1).

الفار، عبدالقادر، أحكام الإلتزام/ آثار الحق في القانون المدني، (مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط3، 1996).

فرج، توفيق حسن، النظرية العامة في الإلتزام في مصادر الإلتزام، (بيروت، الدار الجامعية، 1992).

فرج، توفيق حسن، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية. (بيروت، دار الجامعة، 1980م).

الفضل، منذر، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، (مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدرها كلية القانون بجامعة بغداد، المجلد السادس، العدد 1، العدد 2، 1987).

الفضل، منذر، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، (عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج1، ط3، 1995م).

فودة، عبد الحكيم، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1996م).

فيض، محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، (الكويت، مكتبة التراث الإسلامي، 1983).

القاسم، محمد هاشم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، (مجلة دراسات قانونية، المجلد الحادي عشر، كلية القانون، جامعة قاربونس، بنغازي، 1986).

قانون العلاقات العمل الليبي ولائحته التنفيذية، (رقم 12 لسنة 2010م).

قانون المدني الليبي، (نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954م، ويعمل به بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية).

- القراقي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الفروق أنوار البروق في أنواع الفروق، (عالم الكتب، ج 4).
- القرطبي، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، المحلى بالآثار، (بيروت، دارالفكر، ج 10).
- قريط، مفتاح محمد، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون، (مركز دراسات العالم الإسلامي، مالطا، ط 1، 1995).
- كمب، ديفيد ومرغريت كمب، دعاوي الضرر البدني في القانون الإنكليزي، (ترجمة هنري رياض وكرم شمبل، الخرطوم، دار الجبل، ط 2، 1984).
- اللحمي، محمد، التعويض عن الضرر البدني، (ج 1).
- مجلة المحكمة العليا، (تصدرها المحكمة العليا الليبية، طرابلس، أعداد مختلفة).
- محمد، عفيفي حمودة، البحث العلمي، (مطابع سجل العرب، 1983م).
- محمصاني، صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود، (بيروت، دار العلم للملايين، ج 1، ج 2، 1983م).
- المرصفاوي، فتحي، التأمينات الاجتماعية والضمان الاجتماعي في القانون الليبي، (بنغازي، المكتبة الوطنية بنغازي، 1974).
- مرقس، سليمان، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية القسم الأول الأحكام العامة، (القاهرة، معهد الدراسات والبحوث العربية، 1971م).
- مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني المدخل للعلوم القانونية، (القاهرة، إيريبي للطباعة، ج 1، 1997م).

المزوغى، عبد السلام، المسؤولية التقصيرية، (بنغازي، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، 1993م).

المصراي، عمر مفتاح، قضاء المحكمة العليا موجز المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا الليبية من تاريخ إنشائها.

ملوكي، آياد عبدالجبار، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقاتها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص دراسة مقارنة، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1980/1979).

منصور، عادل حمزة شبيب، مسؤولية الشخص الاعتباري التقصيرية في القانون الوضعي مقارنة بالشرعية الإسلامية، (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1994م).

منصور، محمد حسين، المسؤولية الطبية، (الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1989).

موسوعة القانونية الشاملة لدولة مصر، (الإصدار الأول، الزقازيق، المجمع العربي القانوني).

النجيب، عاطف، النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر، (بيروت، منشورات عويدات، 1983).

والي، فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني. (القاهرة، دار النهضة العربية، ط2، 1981م).

يحيى، عبدالودود، الموجز في النظرية العامة للالتزام القسم الأول مصادر الإلتزام، (القاهرة، دار النهضة العربية، ط 3، 1994).

يجي، ياسين محمد، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، (القاهرة، دار النهضة العربية،
1991).

Abdel. Salam Muzughi. Le Declin Des D`exoneration

Responsabilite Sous Linfluence de L`ordre Public Nouveau
Labrairie Generale de Droit et de Jurisprudence Paris – 1981.

Boris starck et Henri Roland et Laurent Boyer .

Nour Eddine Terki op.

