المباشرة والتسبب في الشريعة والقانون

م. م مدحت صالح غايب

مقدمة

بادئ ذي بدء لابد من الاشارة إلى أن المسؤولية التقصيرية في القانون والضمان في الفقه الاسلامي الذي يأخذ نفس المعنى هما الآلية التي يتم بموجبها الزام مسبب الضرر للغير بصورة غير مشروعة بإصلاح ذلك الضرر ومن صورة تقديم التعويض للمتضرر. فهو بذلك يؤدي وظيفة اجتماعية ذات أهمية كبيرة لأن تعويض الأضرار غير المشروعة هو من المقتضيات الأكثر حيوية في مجتمع يبحث فيه الانسان عن الأمن والرخاء.

وجدير بالذكر ان الفقه الإسلامي قد نهج نهجاً انفرد به عند معالجته لموضوع الضمان، أي ضمان الأضرار التي سببها الشخص للغير حيث نظر إليه من خلال منظاري المباشرة والتسبب وبذلك يكون قد ربط بين التعدي والعلاقة السببية التي تربطه بالضرر معطياً لهذه العلاقة أهمية بالغة في نهوض الضمان.

ونتيجة لذلك اخترنا هذا الموضوع (المباشرة والتسبب في الشريعة والقانون) والذي له مكانة مهمة بين الموضوعات التي تهتم بدراستها الشريعة الإسلامية والقانون المدني على حدٍ سواء، لما فيه من إصلاح وجبر للضرر الحاصل للغير من خلال الحصول على تعويض عادل للمتضرر وذلك من خلال تحقق الأركان الثلاثة للمسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينها في هذا القانون. أما الفقه الإسلامي فقد أقام المسؤولية على أساس التعدي والتعمد، أي مباشرة الفعل لإحداث الضرر او أن الضرر قد حدث تسبباً وليس فعلاً مباشراً من الشخص مرتكب الفعل الخاطئ، لذلك تم بحث هذا الموضوع من خلال خطة موضوعة له كالآتي:

المبحث الأول: التعريف بالمباشرة والتسبب.

المبحث الثاني: أثر المباشرة والتسبب في وجود التعدي.

المبحث الثالث: موقف القانون المدني العراقي.
المبحث الرابع: موقف القضاء العراقي.
الخاتمة.

المبحث الأول

التعريف بالمباشرة والتسبب

للمباشرة والتسبب تعاريف عدَّه في الفقه الإسلامي اضافة إلى التعاريف التي قال بها فقهاء القانون. وكلا الطرفين يذهبان إلى قوة الارتباط بين الفعل المحظور بالنتيجة الضارة. وبمعنى آخر تعبر عن العلاقة السببية بين التعدي والضرر. وقبل أن نورد هذه التعاريف لابد لنا من إعطاء تعريف لغوي لمعنى المباشرة والتسبب فالأولى عند ابن منظور تعني: باشر الأَمْرَ وليُّهُ بنفسهِ، وهو مثلٌ بذلك لأنهُ لا بَشَرةَ للأمر إذ ليسَ بعينٍ، ومباشرة الأمر: أنْ تحضرهُ بنفسك وتليه بنفسك[١].

أما التسبب فهو كلُ شيء يتوصل به إلى غيره وفي نسخةٍ: كلُ شيءٍ يتوصل به إلى شيءٍ غيره، وقد تسبب إليه، والجمع أسباب وكلُ شيءٍ يتوصل به إلى الشيء فهو سبب[٢].

أما في الفقه الإسلامي فقد عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية كالآتي:

عرف بعض فقهاء المذهب الحنفي المباشرة والتسبب بقولهم (الإتلاف مباشرة بإيصال الآله بمحل التلف وتسبباً بالفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة)[٣].

أما فقهاء الشافعية فقد قال بعضهم في المباشرة بأنها (ما يؤثر في الهلاك ويحصله) والتسبب هو (ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله)[٤].

ويقول بعض الإمامية (ان المباشر هو موجد علَّة التلف كالأكل والإحراق والقتل والإتلاف، والمسبب هو فاعل ملزوم العلة كحافر البئر)[٥].

ويذهب بعض فقهاء المالكية في تعريفهم للمباشرة والتسبب بقولهم (وحد السبب ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط، والتسبب ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة، فالإتلاف مباشرة كإحراق الثوب وقتل الحيوان وأكل الطعام ونحو ذلك والتسبب للإتلاف كحفر البئر في موضع لم

يؤذن فيه ووضع السموم في الأطعمة، ووقود النار بقرب الزرع ونحو ذلك مما شابه في العادة أن يفضي غالباً إلى الإتلاف)[٦].

ويعرف ابن رجب من الفقه الحنبلي المباشرة والتسبب بقوله: (الإتلاف المراد به أن يباشر الإتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والإحراق أو ينصب سبباً عدوانياً فيحصل به الإتلاف بأن يحفر بئراً في غير ملكه عدواناً)[٧].

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الاتلاف مباشرةً في المادة (٨٨٧) منها بقولها (هو اتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر أي الإتلاف الذي لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال فعل آخر) وعرفت المادة (٨٨٨) منها الاتلاف تسبباً بقولها (هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث امر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب). وبعد أن أوردنا هذه التعاريف التي قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية نستطيع القول بأن جميعها متقاربة أن لم تكن متطابقة في أن المقصود بالمباشرة هو اتلاف الشيء دون توسط سبب آخر فالعلاقة بين الفعل والنتيجة واضحة لوجود ارتباط مباشر بينهما.

في حين ان التسبب هو احداث امر في شيء يؤدي إلى تلف شيء آخر على وجه العادة أي يكون من شأن السبب أن يفضي إلى النتيجة في العادة،ولكن في كلتا الحالتين أي في المباشرة والتسبب يجب أن يكون هناك علاقة ما بين الفعل والنتيجة أي لابد أن يكون الضرر قد وقع نتيجة لوقوع الفعل، وهذا ما يحصل في المباشرة والتسبب وحيثما وجدت المباشرة او وجد التسبب توجد العلاقة المتصلة بين الضرر والفعل ويوجد بعدها الضمان. وبالعكس ينتفي الضمان عند انتفاء هذه الرابطة او العلاقة أي عندما يكون الضرر ناتج عن فعل آخر غير الفعل الذي أحدث الضرر مباشرة.

أما في التشريعات المعاصرة فالمباشرة والتسبب لا تختلف من حيث الطبيعة عنها في الفقه الاسلامي، فكلا الاتجاهين يوجبان ارتباط الفعل بالنتيجة ويراد بهذا الربط أن توجد علاقة بين الفعل والخطأ والضرر الذي أصاب الغير وان هذا الارتباط هو أساس المسؤولية التقصيرية في القوانين المعاصرة والضمان في الفقه الإسلامي.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فيجب عدم الخلط بين الخطأ والعلاقة السببية فكل منهما ركن مستقل من أركان المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ والضرر والعلاقة السببية فيما بينهما. وعلامة استقلال كل منهما أن العلاقة السببية قد توجد ولا يوجد الخطأ كما لو أحدث الشخص ضرراً بفعل صدر عنه لا يعتبر خطأ، فالسببية هنا موجودة وهي الارتباط بين الفعل المسبب للضرر والضرر نفسه ولكن الخطأ غير موجود وقد يوجد الخطأ ولا توجد العلاقة السببية ويسلّم الفقه الحديث بأن هذا الاستقلال لا يظهر بجلاء عندما يكون الخطأ واجب الاثبات ذلك أن المضرور عندما يكلف بإثبات الخطأ يلجأ في العادة إلى أثبات خطأ يكون هو المسبب في إحداث الضرر ومن ثم يكون إثبات الخطأ في الغالب إثباتاً للعلاقة السببية وإنما يتضح استقلالها في الأحوال التي تقوم فيها المسؤولية عن الخطأ المفترض(٨).

إن دور العلاقة السببية في التشريعات المعاصرة يقتصر على تأكيد العلاقة بين الخطأ والضرر ومتى ما تأكدت هذه العلاقة تساوت بالنتيجة من حيث نهوض المسؤولية مع أي علاقة أخرى تتأكد من حيث الطبيعة والشروط مع مراعاة احتمالية أن ينشأ الضرر عن أسباب متعددة، ففي هذه الحالة يرجح السبب الذي يستغرق بقية الأسباب أو يكون على الأقل هو السبب المنتج في حالة تساوي هذه الأسباب ويقصد بالسبب المنتج السبب المألوف الذي يحدث الضرر في العادة مع إهمال السبب العارض غير المألوف الذي لا يحدث عادة الضرر المتحقق ولكن أحدثه عرضاً(٩).

هذه هي طبيعة العلاقة السببية في التشريعات المعاصرة، وكذا الحال في الفقه الإسلامي فإن مباشرة الضرر أو التسبب فيه هما وسيلتان تدلان على قرب الفعل وبعده عن الضرر الذي تخلف عنهُ، أي هي العلاقة التي تربط الفعل المحذور الذي يشكل التعدي بالنتيجة الضارة وهو الضرر الناتج عن هذا الفعل(١٠).

فالمباشرة اقوى من التسبب وأكثر دلالة على ارتباط الفعل بالنتيجة وبهذا الصدد يقول الاستاذ على الخفيف (ان مبنى هذه التفرقة فيما يظهر أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل بالضرر دون النظر إلى فاعله وقصده فوجب الزامه بما يدفع هذا الضرر لانتسابه إليه وإحداثه إياه، أما عند التسبب فلا يكون لسببية الفعل هذا الظهور

لوجود فعل آخر مفض إلى الضرر فاصل بينه وبين الضرر مع تراخ للضرر عن الفعل المسبب فإذا انتفت نسبته إليه خفيت سببيته وضعفت وعند ذلك لا يصلح أساساً لإلزام صاحبهِ بالضمان)[١١].

المبحث الثاني

(أثر المباشرة والتسبب في وجود التعدي)

للخوض في هذا المبحث والذي يحمل عنوان أثر المباشرة والتسبب في وجود التعدي لابد من طرح سؤال مفاده... ما هي القاعدة التي تمثل نزعة الفقه الإسلامي في نهوض الضمان ؟ هل نجدها في حالات التسبب التي توجب توفر الاعتداء كأساس للضمان أم في حالات المباشرة الذي يبدو من ظاهر بعض القواعد الفقهية ان الضمان ينهض بما دون النظر إلى الصفة العدوانية للفعل ؟

وللإجابة على هذه الأسئلة نستطيع القول بأن هناك توجه عام للمهتمين بهذا الموضوع يذهب إلى القول أن الفقه الإسلامي يهتم بالضرر ويقيم المسؤولية عليه في حالات المباشرة ويقيمها على فكرة التعدي او التعمد في حالات التسبب أي ان التعويض او الضمان في المباشرة قائم لا محال حتى وان لم يكن هناك تعدٍ او قصد بالأضرار. بعكس التسبب فإن التعويض أو الضمان يدور وجوداً وعدماً مع التعدي او التعمد. ويستندون في هذا الرأي على بعض القواعد التي أوردتها الكتب الفقهية بهذا الموضوع ومن أهم هذه الآراء:

١- رأي الدكتور عبدالرزاق السنهوري

يذهب الدكتور عبدالرزاق السنهوري إلى القول (ان حكومة العدل تكاد تضع مبدأ عاماً في الفقه الإسلامي يقضي بأن العمل غير المشروع الذي يصيب الجسم يوجب التعويض بمقدار متروك تقديره للقاضي وهذا المبدأ الجوهري المتعلق بالعمل غير المشروع الذي يصيب الجسم يكمل مبدأ جوهرياً أخر متعلق بالعمل غير المشروع الذي يصيب المال وهو الضمان وبخاصة في الإتلاف والغصب ومجموع هذين المبدأين

الجوهريين يمثل المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي فتخلص لنا قاعدة تكاد تكون عامة هي ان أكثر الأعمال غير المشروعة التي تصيب الجسم او المال تستوجب التعويض فهي إذن مصدر الالتزام)[١٢].

ثم يضيف في موضع آخر ان (القاعدة في الإتلاف ان المباشر ضامن وان لم يتعد والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً أو متعدياً فإذا انقلب النائم على متاع وكسره وجب الضمان ولو ان طفلاً يوم ولد انقلب على مال انسان فأتلفه ضمن ما أتلف كل هؤلاء باشروا الإتلاف فيضمنون ولو دون تعمد او تعد ولا يصح القول بأن هذا المبدأ يصلح أساساً في الفقه الإسلامي لمسؤولية غير المميز وللمسؤولية القائمة على تحمل التبعة لأن المسؤولية هنا قائمة على فكرة مباشرة الإتلاف دون واسطة، ولو كان الاتلاف سبباً لما ضمن الطفل ولا المجنون لانتفاء التعدي)[١٣].

٢- رأي الدكتور سليمان مرقس

يذهب الدكتور سليمان مرقس إلى القول بأن الفقهاء اتفقوا (على ان من أتلف مالاً أو نفساً أو عضواً من نفس أو فوت جمالاً في عضو بغير حق شرعي فعليه ضمان ما أتلف ولكنهم فرقوا بين نوعين من الإتلاف هما الإتلاف مباشرة والإتلاف تسبباً وجعلوا لكل منهما حكمه من حيث الضمان... وحكم المباشر أنه ضامن سواء كان متعمداً أو متعدياً او لم يكن.. أما المتسبب فلا يضمن إلا إذا تعمد أو تعدى.. وفرعوا على ذلك أم المباشر يضمن ولو كان صغيراً أو مجنوناً أما المتسبب منهما فلا يضمن)[١٤].

ويضيف ان (فقهاء الشريعة الإسلامية لم يشترطوا لإيجاب الضمان خطأ الفاعل بالمعنى المعروف في القانون الحديث الذي يقصد به الإخلال بواجب قانوني مع قصد الاضرار او على الأقل مع امكان توقع حدوث الضرر منه بل اكتفوا بمباشرة الفعل الضار وهي ذاتها عمل غير مشروع او بالتعدي في حالة التسبب وهو في نظرهم مجرد ارتكاب الفعل الضار دون حق بقطع النظر عن الحالة النفسية للمتسبب وعن وقوع إهمال منه أو عدم وقوع شيء من ذلك غير ان فكرة التعدي ما لبثت ان تطورت في الفقه الإسلامي واقتربت من فكرة الخطأ التي جعلتها القوانين الوضعية اساساً للمسؤولية)[١٥].

٣- رأي الاستاذ علي الخفيف

يجمع الاستاذ علي الخفيف عدداً من أساب الضمان في الفقه الإسلامي منها الاعتداء والغصب والتفويت والتعييب والتغير والحيلولة ووضع اليد دون حق تحت عنوان شامل يطلق عليه الفعل الضار[١٦].

ثم يقول (إن الفعل الضار ليس بالفعل المشروع كما يدل عليه قوله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)[١٧] وعلى هذا لا يكون الضرر مشروعاً ولا ما يسببه من الأفعال مشروعاً ومن ثم لا يكون حقاً لفاعله يأتيه دون معارضه وممانعة وإنما يأتيه اعتداء حين يفعله إذا كان مكلفاً لأنه امر محظور منهي عنهُ وفعل المحظور إذا أتاه المكلف عد اعتداء)[١٨].

ثم يضيف (ان الفقه الإسلامي لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض ان يكون ناشئاً عن اعتداء او مخالفة بل يجب الضمان فيه مطلقاً سواء كان ناشئاً عن اعتداء ام لا، فإذا اتلف صغير لا يعقل او مجنون مالاً لزمهما الضمان في مالهما، وإذا انقلب نائم على مال فأتلفه لزمه الضمان في ماله لا فرق في ذلك بين ضرر ينشأ عن فعل صدر تعدياً عن قصد او عمد وضرر صدر عنه فعل من غير قصد التعدي كأن صدر نسياناً او صدر من فاعله على ظن انه يحدثه في ماله او صدر خطأ منه على ظن أنه مال لمن أمره بذلك الفعل فإذا هو مال لغيره أو صدر منه ناسياً او غافلاً)[١٩].

ويخلص الأستاذ علي الخفيف القول إلى أنه (إذا كان الضرر نتيجة مباشرة لفعل لزم من احدثه الضمان اتفاقاً سواء كان من أحدثه متعدياً فيه أو غير معتد وذلك محل اتفاق... وإذا كان الضرر قد نشأ بطريق السبب فلا ضمان على من أحدث الفعل المتسبب وهو الفعل الأول الذي لم يترتب عليه الضرر مباشرة إذا لم يكن معتدياً فيه اتفاقاً)[٢٠].

٤- رأي الدكتور حسن علي الذنون

يذهب الدكتور حسن علي الذنون إلى القول أن فقهاء الشريعة (فرقوا بالنسبة لإتلاف المال بين المباشرة والتسبب. فألزموا المباشر بالضمان ولو لم يتعمد او يقصد، ومعنى هذا أنهم اخذوا في هذه الحالة بفكرة تحمل التبعة او المسؤولية المادية)[٢١].

ويسند رأيه هذا بما قاله الفقيه (ابن قيم الجوزية) من ان (الشريعة الإسلامية جمعت بين المختلفات، كما جمعت بين الخطأ والعمد في ضمان الأموال فغير منكر في العقول والشرائع والعادات اشتراك المختلفات في حكم واحد باعتبار اشتراكها في سبب ذلك الحكم فإنه لا مانع من اشتراكها في أمر يكون علة لحكم من الأحكام. بل هذا هو الواقع وعلى هذا فالخطأ والعمد اشتركا في الإتلاف الذي هو علة للضمان وان افترقا في علة الإثم)[٢٢].

٥- رأي الدكتور صبحي محمصاني

يرى الدكتور (صبحي محمصاني) ان (الاستعمال السائد لكلمة التعدي في الفقه هو معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحقوق كما ان كلمة التعدي استعملت أحياناً بمعنى التعمد وعدم التحرز كما نلاحظ في بعض الكتب الفقهية ولكن هذا الاستعمال مغلوط يجب الانتباه إليه)[٢٣].

ثم يضيف (ليس كل عمل ضار محرماً وممنوعاً بل لابد للمنع والتحريم من أن يحصل هذا العمل تعدياً أي بدون حق أو جواز شرعي فالقاعدة العامة في هذه المسألة هي أن الجواز الشرعي ينافي الضمان لذا فالضرر الناتج عن عمل مباح او عن استعمال حق لا يوجب التعويض والعمل الضار يكون مباشرة او تسبب ولكن في كل حال يجب أن يحصل تعدياً وهو العمل بدون حق ولا جواز شرعي وان اشتراط التعدي لوجوب الضمان يستتبع انتفاء الضمان وذلك عملاً بقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان)[٢٤].

ويقول (ان نظرية الشرع الإسلامي بالجملة تشترط وجود التعمد (الخطأ) في الاضرار تسبباً فقط ولا تشترط في المباشرة ونعتقد ان سبب ذلك هو أن المباشرة متصلة بالفعل بدون فاصل ولا شبهة فهي قوية الجهد كافية وحدها للضمان اما التسبب فهو بعكس المباشرة بعيد عن الفعل ضعيف الجهد لذا احتاج إلى التعمد لتقويته)[٢٥].

وبعد أن استعرضنا أهم الآراء الفقهية التي قال بها فقهاء القانون نقلاً عن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية والتي لا تخلو من الانتقادات التي وجهت على هذا الرأي أو ذاك وفي مجملها انهم يقيمون الضمان على أساس التعدي في حالات التسبب وعن عدمه في حالات المباشرة أي ان المباشر ضامن وإن لم يتعدَ والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدٍ، ونستطيع القول ان الفقه الإسلامي مجمع كقاعدة عامة على إقامة المسؤولية على التعدي وهو أساس الضمان ويستبعد القصد او العمد مطلقاً وان هذا الأساس او القاعدة هي واحدة سواء في حالات المباشرة او التسبب، إلا ان الفقه الإسلامي وبسبب قوة المباشرة وارتباط الفعل فيها بالضرر افترض التعدي فيها افتراضاً قابلاً لإثبات العكس.

ولا يوجد أي أساس شرعي للضمان غير تلك النصوص المتعلقة بتحريم العدوان وتتحدد هذه النصوص بقوله سبحانه وتعالى **﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾** (٢٦).

وقوله تعالى **﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾** (٢٧)، وقوله تعالى **﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾** (٢٨).

ومن السنة النبوية الشريفة قوله ﷺ (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)(٢٩) وما رواه أنس بن مالك قال (أهدت بعض أزواج النبي ﷺ طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال النبي ﷺ : طعامٌ بطعام وإناء بإناء)(٣٠).

وما رواه سمرة بن جندب قال (قال رسول الله ﷺ : على اليد ما أخذت حتى تؤديه)(٣١).

وعن أنس مالك أن النبي محمد ﷺ قال: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه)(٣٢).

وعن أبي بكر ﷺ قال في خطبته يوم النحر (ان دماءكم وأموالك عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا)(٣٣).

يتبين من هذه النصوص إن أساس الضمان هو العدوان سواء في المباشرة أو في التسبب.

كما ان الوقائع العملية في الفقه الإسلامي توجب توفر التعدي في حالات المباشرة صراحة كانت أو ضمناً كوجوب توفره في حالات التسبب. فالمالكية يطلقون لفظ التعدي على الأفعال المحذورة على النفوس والأبدان والأموال ويقسمون التعدي الواقع على الأموال إلى أربعة أقسام إذ جاء في **القوانين الفقهية لابن جزيء** (التعدي هو أعم من الغصب لأن التعدي يكون في الأموال والفروج والنفوس والأبدان وان التعدي في الأموال على أربعة أنواع، الأول أخذ الرقبة وهو الغصب.. والثاني اخذ المنفعة دون الرقبة وهو ضرب من الغصب ويجب في الكراء مطلقاً.. والثالث الاستهلاك بإتلاف الشيء كقتل الحيوان أو تمزيق الثوب كله أو تخريقه وقطع الشجر وكسر الفخار واتلاف الطعام والدنانير والدراهم وشبه ذلك.. ويجري مجراه التسبب في التلف كمن فتح حانوتاً لرجل فتركه مفتوحاً فسُرق او فتح قفص طائر فطار وحل دابة فهربت فمن فعل شيء من ذلك فهو ضامن لما استهلكه او اتلفه أو تسبب في إتلافه سواء فعل ذلك عمداً أو خطأً)[٣٤].

وجاء في الفروق للقرافي (ان أسباب الضمان في الشريعة ثلاث لا رابع لها، أحدهما العدوان كالقتل والاحراق وهدم الدور واكل الأطعمة وغير ذلك من اسباب اتلاف المتحولات فمن تعدى في شيء من ذلك وجب عليه الضمان)[٣٥].

وفي الفقه الحنبلي فقد جاء في **القواعد لابن رجب** الآتي: (أما الإتلاف فالمراد به ان يباشر الإتلاف سبب يقتضيه كالقتل والاحراق أو ينصب سبباً عدوانياً فيحصل به الإتلاف) فظاهر هذا النص يشير إلى ان التسبب في الاتلاف يشترط فيه التعدي بقوله (ينصب سبباً عدوانياً فيحصل الاتلاف)في حين لم يذكر هذا الشرط في المباشرة بقوله (أن يباشر الاتلاف بسبب يقتضيه)[٣٦].

أما الفقه الحنفي فقد جاء في **بدائع الصنائع للكاساني** الآتي: (ولو أخذ يد رجل فمد ذلك الرجل يده فشُلَّت فلو أخذ للتحية بريء لا لو للعض لأنه مضطر في مد يده)[٣٧]. في هذا النص يتبين ان المباشر لا يضمن إلا بالتعدي حيث ان أخذ اليد وهو المباشر لم يضمن إذا كان قد أخذ اليد للتصافح لعدم تعديه في حين يكون ضامناً إذا كان أخذ اليد للعض لتعديه، فدلَّ ذلك ان المباشر لا يضمن إلا بالتعدي وكذلك التسبب.

وجاء نفس الحكم في الروضة البهية للعاملي الآتي: (والصادم لغيره يضمن في ماله دية المصدوم لاستناد التلف إليه مع قصده الفعل ولو مات الصادم فهدر لموته بفعل نفسه ان كان المصدوم في ملكه أو مباح أو طريق واسع ولو وقف المصدوم في موضع ليس له الوقوف فيه فمات الصادم بصدمه ضمن المصدوم الصادم لتعديه بالوقوف فيما ليس له الوقوف فيه إذا لم يكن له أي للصادم فرصة في العدول عنه كالطريق الضيق)[٣٨]. فهذا النص يشير إلى ان الصادم وهو المباشر يضمن في ماله دية المصدوم وإذا لم يكن المصدوم متعدياً كأن يكون في طريق عام أو في ملكه أما إذا كان المصدوم متعدياً بالوقوف فيما ليس له الوقوف فيه ضمن المصدوم فدلَّ ذلك على تقديم المتسبب وهو المصدوم على المباشر وهو الصادم لصدور التعدي من الأول دون الثاني وبذلك أضيف الضمان إلى المتعدي من المباشر او المتسبب.

المبحث الثالث

موقف القانون المدني من المباشرة والتسبب

حدد القانون المدني العراقي أساس المسؤولية التقصيرية في المادة (١٨٦) بقوله (١- إذا أتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى. ٢- وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدي منهما فلو ضمنا معاً كان متكافلين في الضمان).

ووفقاً لهذا النص الذي يعتبر القاعدة العامة في ضمان الأعمال غير المشروعة التي تقع على المال فإن القانون المدني العراقي يكون قد جعل من التعمد او التعدي أساساً للضمان سواء في حالات المباشرة أو التسبب كما أنه أضاف الضمان إلى المتعدي منهما في حالة اجتماعهما.

وانسجاماً مع موقفه هذا يجعل التعمد والمتعدي أساساً للضمان حمل عديم التمييز ومن في حكمه مسؤولية فعله الصادر منه تعدياً بقوله في المادة (١/١٩١) (إذا أتلف صبي مميز او غير مميز او من في حكمها مال غيره لزمه الضمان من ماله) كما

اعتبر التوهم في إتلاف المال تعدياً يوجب الضمان وهذا ما جاء في المادة (١/١٩٠) على أنه (إذا أتلف احد مال غيره على زعم انه ماله ضمن ما أتلف).

وان الفعل الضار الواقع على النفس وما دونها يكون في الغالب بصورة مباشرة وحيث ان حالات المباشرة التي تقع على النفس وما دونها يكون فيها التعدي اكثر وضوحاً فيها من تلك التي تقع على المال، اعتبر الفقه الإسلامي التعدي مفترضاً بها. عليه لم نجد المشرع العراقي ينص صراحة على التعدي في المادة (٢٠٢) الخاصة بالأعمال غير المشروعة التي تقع على النفس حيث نصت على انه (كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح او ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر).

وموقف القانون المدني العراقي هذا لا يعني ان لا يشترط التعدي في الأفعال غير المشروعة الواقعة على النفس وما دونها بل انه سلك مسلك الفقه الإسلامي بافتراضه التعدي فيها لأنها أفعال محذورة بذاتها.كذلك أكد القانون المدني العراقي وفي مادة أخرى في قسم الأحكام المشتركة للأعمال غير المشروعة وبكل وضوح على موقفه هذا من ان التعدي هو الأساس للضمان وذلك في المادة (٢٠٤) منه التي نصت على انه (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض).

وبعد استعراض مواد القانون المدني الخاصة بالمسؤولية التقصيرية يتبين لنا ان موقف القانون المدني العراقي سليم ومنسجم كلياً مع الفقه الإسلامي للأسباب التالية:

١- كلاهما يقيما الضمان على أساس التعدي سواء في المباشرة او التسبب ففي المباشرة افترض وجود التعدي فيها افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، أما في التسبب فأوجب إثبات التعدي لا لضعف الصلة بين الفعل والمحذور والنتيجة الضارة بل لعدم وضوحها.

٢- ان القانون المدني العراقي واضح وصريح في اعتماده المذهب الموضوعي الذي اعتمده الفقه الإسلامي المعتمد في الضمان وعدم اعتداده بالعوامل الشخصية، إذ لابد بعد الضمان في الفقه الإسلامي من الزواجر أي من العقوبات بل من الجوابر أي تعويض المضرور..

المبحث الرابع

موقف القضاء العراقي من المباشرة والتسبب

لم يتطرق القانون العراقي إلى التفاصيل التي تناولها الفقه ولكن هذا لا يمنع من الوقوف على بعض القرارات التي تشير إلى أهم توجهات هذا القضاء في موضوع الخطأ.

ابتداءً نقول ان هذا القضاء لم يفرق في أحكامه بين التعدي والخطأ ويستخدم لفظ التعدي للدلالة على الخطأ ويفهم الخطأ بمفهومه الذي أخذت به التشريعات التي ترى أنه يتكون من عنصري التعدي والإدراك وهذا توجه غير سليم ويفقد القانون المدني من ميّزة من أهم ميزاته، وهي عدم اعتداده بالإدراك.

وسنورد بعض قرارات محكمة التمييز التي تبين ذلك:

حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز (ان المسؤولية المدنية تتوقف على أركان ثلاثة : هي الخطأ والضرر ورابطة السببية بين الخطأ والضرر، فالخطأ هو شرط ضروري للمسؤولية المدنية بل هو الأساس الذي تقوم عليه ولذا نصت المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي على ان كل تعد يصيب الغير بأي ضرر يوجب التعويض والمراد بالتعمد أنه يتعمد الفاعل الضرر والمراد بالتعدي أن لا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر وعلى هذا فإذا استعمل الشخص حقاً له ونشأ عن ذلك ضرر للغير فإنه لا يسأل إلا إذا تعسف في استعمال الحق)[٣٩].

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز (لدى التدقيق والمداولة تبن ان الحكم المميز صحيح وذلك لأن اركان المسؤولية التقصيرية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما غير متوافرة في القضية موضوعة الدعوى، وذلك لأنه لم يثبت ان المميز عليه (المدعى عليه) ارتكب أي خطأ لأنه قام بهدم الدار العائدة له كما هو وارد في الحكم البدائي الصادر في الدعوى المكتسبة الدرجة القطعية ولم يظهر فيه أنه تجاوز على الجدار العائد للميزة. لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الاعتراضات التمييزية)[٤٠].

وجاء في قرار آخر للمحكمة ذاتها (أن تثبت عما إذا كان انفجار أنبوب الموقف القدمي (البريك) للسيارة التي كان يقودها المميز عليه (المدعى عليه) بتعمد او خطأ منه

أم قضاءً وقدراً وهل ان الانبوب كان قديماً لا يصلح للاستعمال بحيث انفجر بمجرد الضغط على الموقف القدمي ولها الاستعانة بخبير لتحديد ذلك)[٤١].

كذلك عالج القضاء العراقي موضوع مسؤولية الصغير غير المميز وفقاً لأحكام المادة (٢١٨) من القانون المدني بتحميل من كان الصغير في رعايته مسؤولية أفعال التعدي الصادرة من هذا الصغير بدلاً من تحميل الأخير مسؤولية أفعاله عملاً بأحكام المادة (١٩١) من القانون ذاته.

حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز (لدى التدقيق والمداولة تبين ان الحكم المميز غير صحيح وذلك لأن المحكمة قررت رد الدعوى عل أساس أن المسؤولية المدنية لا توجه إلى الصغير دون أن تلاحظ المحكمة ان الدعوى أقيمت على الأب وليس على الصغير وان الأب مسؤول مدنياً عن الضرر الذي يحدثه الصغير وفقاً لأحكام المادة (٢١٨) من القانون المدني فكان على المحكمة أن تسير في نظر الدعوى وفقاً لحكم هذه المادة وحيث أنها قضت بخلاف ذلك قُرر نقض الحكم)[٤٢].

وجاء في قرار آخر للمحكمة ذاتها (ان ابن المميز قد رمى ابنة المميز عليه بحجر فأصابها في عينها فسبب حصول ضرر فيها وحيث ان من أحدث الضرر ملزم بالتعويض عن فعله الضار بالنفس بأي نوع من أنواع الإيذاء وذلك استناداً للمادة (٢٠٢) من القانون المدني وحيث ان الفاعل صغير فإن الأب وهو المميز ملزم بتعويض الضرر الذي يحدثه ولده الصغير استناداً للفقرة (١) من المادة (٢١٨) من القانون المدني... وعليه يكون الحكم المميز موافقاً للقانون)[٤٣].

كذلك تبنى القضاء العراقي فكرة عدم الإضرار بالغير مضموناً للالتزام القانوني الذي يشكل خرقه تعدياً ويقاس التعدي بمعيار الرجل المعتاد.

حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز (ان المالك وان كان له ان يتصرف في ملكه ولكن ذلك مقيد بعدم الاضرار بالجار ضرراً فاحشاً والضرر يزال وذلك استناداً للمادة (١٠٥١) من القانون المدني فإذا تصرف المالك في ملكه تصرفاً أضر بجاره ضرراً فاحشاً فإنه يضمن الضرر اللاحق بجاره أما القول بأن تصرف المالك بملكه مشروع ولو الحق هذا التصرف بجاره ضرراً فاحشاً فهو غير وارد إذا ان هناك واجباً قانونياً عاماً

يفرض على الناس الحذر واليقظة في تصرفاتهم حيال الغير وعدم الإضرار بهم فكل اخلال بهذا الالتزام هو قصور عن تلك اليقظة عن درجة العناية المطلوبة ويشكل من تركه الخطأ. فكل قصور عن مستوى العناية المعتادة لرجل يقظ يمكن اعتباره أساساً لمسؤولية الشخص عن الضرر المترتب على هذا القصور ويتحقق ركن الخطأ)[٤٤].

الخاتمة

هذا بعد أن استعرضنا هذا الموضوع (المباشرة والتسبب في الشريعة والقانون) بما يحمله من تفرعات من تعريف للمباشرة والتسبب وأثرها في وجود التعدي ومن موقف للقانون المدني العراقي والقضاء العراقي توصلن إلى عدت نتائج أهمها:

أولاً: ان الأساس الشرعي للضمان في الشريعة الإسلامية يدل على وجوب توفر التعدي لان الشريعة الإسلامية قررت الضمان قمعاً للعدوان وزجراً للمعتدين مما يدل على وجوب توافر العدوان في حالات الضمان كافة سواء تلك الناتجة عن مباشرة الضرر او عن حالات التسبب فيه، إلا انه في التسبب يفترض هذا التعدي افتراضاً قابلاً لاثبات العكس في حين ان التعمد صورة من صور التعدي يقصد به اتيان الفعل بقصد الحصول على النتيجة فإذا عرفنا ذلك علمنا ان اشتراط التعمد لا أهمية له على الاطلاق في ظل فقه موضوعي يقيم الضمان على أساس مادي غير شخصي فالضمان في هذا الفقه ينهض بالتعدي سواء سواء كان مرتكب الفعل عامداً أم مقصراً.

ثانياً: ان موقف القانون المدني العراقي لم يكن موفقاً في اشتراط التعمد في المادة (١٨٦) فذلك لان اشتراط التعمد لا معنى له في اشتراط التعدي وذلك لأن التعدي يستوعب التعمد ويغني عن وجوده فالتعمد صورة من صور التعدي فإذا لم يتحقق لا يعني انتفاء التعدي.

ثالثاً: إذا كان موقف القانون المدني سليماً ومنسجماً مع الفقه الإسلامي فذلك لا يعني ان هذا القانون خال من العيوب فقد تضمن أحكاماً كثيرة لم يكن لها مسوغ وجاءت تطبيقاً للقواعد العامة التي تبناها هذا القانون في مجال العمل غير المشروع جرياً وراء اسلوب التقنين الذي اتبعته مجلة الأحكام العدلية خلافاً لأسلوب التقنين الحديث الذي اتبعته التشريعات المعاصرة، ومما لا شك فيه ان كثرة النصوص تجلب الارباك في التشريع

وكان على المشرع ان يتجنب ذلك ويكتفي بالنص على قاعدة عامة تتضمن احكام المسؤولية وأساسها القانوني ويترك التطبيق للقضاء.

الهوامش

(١) لسان العرب/ ابن منظور/ المجلد الأول/ حرف الباء/ طبع دار الحديث/ القاهرة/ ص٤٢٥.

(٢) لسان العرب/ ابن منظور/ المجلد الرابع/ حرف السين/ طبع دار الحديث/ القاهرة/ ص٤٦٠.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – الشيخ أبو بكر علاء الدين ابن مسعود الكاساني – الجزء السابع – توفي ٥٨٧هـ دار الكتاب العربي – بيروت ١٩٨٥ – ص١٦٥.

(٤) المغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج – محمد الخطيب الشربيني – ج٤– مصر– ١٩٥٥ – ص٦.

(٥) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية – السيد سعيد زين الدين علي العاملي – توفي ٦٦٥ – الجزء الثاني – مطبعة جامعة النجف، ص٢٣٢.

(٦) الفروق والقواعد النسبية – الشيخ شهاب الدين أبو العباس احمد بن ادريس القرافي – متوفي ٦٨٤هـ، – الجزء الرابع – دار المعرفة – بيروت – ص٢٧.

(٧) القواعد في الفقه الإسلامي/ ابن رجب/ بيروت/ ص٢١٨.

(٨) عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الأول – مصادر الالتزام – الطبعة الثانية – دار النهضة العربية ١٩٦٤ – ص٩٩٠.

(٩) عبدالرزاق السنهوري – الوسيط – المصدر السابق – ص١٠٢٤.

(١٠) عبد المجيد الحكيم – عبدالباقي البكري – الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي – الجزء الأول – مصادر الالتزام ١٩٨٠ – ص٢٣٤.

(١١) علي الخفيف – الضمان في الفقه الإسلامي – معهد الدراسات الإسلامية – القاهرة ١٩٧٠ – ص٨٣.

(١٢) عبدالرزاق السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي – الجزء الأول دار مصر لطباعة ١٩٥٤ – ص٥٠.

(١٣) عبدالرزاق السنهوري – مصادر المصدر السابق – ص٥٤ – ٥٥.

(١٤) سليمان مرقس – المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية – مطبعة الجيلاوي – معهد البحوث والدراسات العربية – ١٩٧٠ – ص١٠٣ – ١٠٥.

(١٥) سليمان مرقس – المسؤولية المدنية – مصدر سابق – ص١٠٥ – ١٠٦.

(١٦) علي الخفيف – الضمان في الفقه الإسلام – مصدر سابق – ص١٠.

(١٧) أصلها حديث شريف أخرجه مالك في الموطأ عن عمر بن يحيى عن ابيه مرسلاً وأخرجه الحاكم في المستدرك والبيهقي والدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت

(١٨) علي الخفيف – المصدر السابق – ص٤٣.

(١٩) علي الخفيف – المصدر السابق – ص ٦٨.

(٢٠) علي الخفيف – الضمان في الفقه الإسلامي – مصدر سابق – ص٧٥.

(٢١) حسن علي الذنون – المبسوط في المسؤولية المدنية – الجزء الأول – الضرر – شركة التايمس للطبع والنشر – ١٩٩١ – بغداد – ص٤٧.

(٢٢) حسن علي الذنون – المبسوط – المصدر السابق – ص٤٧.

(٢٣) صبحي محمصاني – النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية – ج١ – ص١٧٣.

(٢٤) صبحي محمصاني – النظرية العامة – مصدر سابق – ص١٧٥.

(٢٥) صبحي المحمصاني – النظرية العامة – المصدر السابق – ص١٩٨.

(١) البقرة، الآية ١٩٤.

(٢٧) الشورى، الآية ٤٠.

(٢٨) النحل، الآية ١٢٦.

(٢٩) رواه البخاري ومسلم/ راجع المحلى – لابن حزم/ ج٨/ منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت – بلا سنة طبع، ص١٣٥.

(٣٠) رواه الترمذي وصححه/ راجع نيل الأوطار شرح ملتقى الأخبار/ محمد بن علي بن محمد الشوكاني – دار الكتب العلمية بيروت – بلا سنة طبع – ص٣٢٢.

(٣١) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة، وصححه الحاكم/ راجع سبل السلام للصنعاني/ ص٩٠٣.

(٣٢) رواه الدار قطني/ راجع نيل الأوطار/ للشوكاني/ مصدر سابق – ص٣١٦.
(٣٣) رواه البخاري ومسلم/ راجع سبل السلام للصنعاني – مصدر سابق – ص٩٠٨.
(٣٤) ابن جزيء/ القوانين الفقهية/ مطبعة النهضة/ تونس/ ١٩٢٦/ ص٣١٨.
(٣٥) الفروق/ للقرافي/ ج٤/ مصدر سابق/ ٢٠٦.
(٣٦) القواعد في الفقه الإسلامي/ ابن رجب/ مصدر سابق/ ص٢١٨.
(٣٧) جامع الفصولين/ الشيخ محمود بن اسماعيل الشهير بأبن قاضي سماوة – المطبعة الأميرية – ١٣٠٠هـ – ص٨٩.
(٣٨) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية/ للجعبي العاملي/ الجزء الثاني/ مصدر سابق – ص٤٢٠.
(٣٩) القرار رقم (١٢٥٨) مدنية ثالثة/ ١٩٧٢ في ١٩٧٣/٥/٢٠ – المنور في مجلة القضاء – العدد الرابع – السنة ١٩٧٣/٢٨ – ص١٥٩.
(٤٠) القرار رقم (١٤٩)/ مدنية رابعة/ ١٩٧٩ في ١٩٧٩/٤/١٦.
(٤١) القرار رقم (٢٠٤/ موسعة اولى/ ١٩٩٢ في ١٩٩٢/٩/١٦ المنشر في الموسوعة العدلية/ العدد ١٣/ ١٩٩٣/ ص٤).
(٤٢) القرار رقم (١٢٢٠/ حقوقية/ ٦٨ في ١٩٦٨/٢٦١٢ – المنشور في قضاء محكمة تمييز العراق/ المجلد الخامس/ ١٩٧١/ ص٣٨٠).
(٤٣) القرار رقم (٦٩/٦/٧٨٧ في ١١/١٢/ ١٩٦٩) المنشور في مجلة القضاء/ العدد ٤، السنة ٢٤/ ١٩٦٩/ ص١٨٧.
(٤٤) القرار رقم (١٠٧٥/ حقوقية ٧٠ في ١٩٧٠/١١/٧) المنشور في مجلة القضاء/ العدد الأول/ السنة ١٩٧١/٢٦/ ص١٣٠.

مصادر البحث

القرآن الكريم

أولاً: مصادر اللغة العربية

١- ابن منظور/ لسان العرب/ المجلد الأول/ حرف الباء/ طبع دار الحديث/ القاهرة.
٢- ابن منظور/ لسان العرب/ المجلد الرابع/ حرف السين/ طبع دار الحديث/ القاهرة

ثانياً: مصادر الفقه الإسلامي

١. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الشيخ أبو بكر علاء الدين ابن مسعود الكاساني/ توفي ٥٨٧ – الطبعة الثانية.
٢. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج/ محمد الخطيب الشربيني/ الجزء الرابع/ مصر/ ١٩٥٥.
٣. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية/ السيد سعيد زيمن الدين بن علي العاملي – توفي ٦٦٥/ الجزء الثاني/ مطبعة جامعة النجف.
٤. الفروق والقواعد السنية/ الشيخ شهاب الدين ابو العباس أحمد بن ادريس القرافي المتوفي سنة ٦٨٤/ الجزء الرابع/ دار المعرفة، بيروت.
٥. القواعد في الفقه الإسلامي/ ابن رجب/ بيروت/ بلا سنة طبع.
٦. جامع الفصولين/ الشيخ محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوة/ المطبعة الأميرية/ ١٣٠٠هـ.
٧. القوانين الفقهية/ ابن جزي/ مطبعة النهضة/ تونس/ ١٩٢٦م.

ثالثاً:المصادر القانونية

١- حسن علي الذنون/ المبسوط في المسؤولية المدنية/ الجزء الأول/ الضرر/ شركة التايمس للطبع والنشر/ بغداد – ١٩٩١.
٢- سليمان مرقس/ المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية/ مطبعة الجيلاوي/ معهد البحوث والدراسات العربية/ ١٩٧٠.
٣- صبحي محمصاني/ النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية – الجزء الأول/ دار العلم للملايين/ بيروت ١٩٧٢.
٤- عبدالرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني/ الجزء الأول/ مصادر الالتزام/ الطبعة الثانية/ دار النهضة العربية/ ١٩٦٤.
٥- عبدالرزاق السنهوري/ مصادر الحق في الفقه الإسلامي/ الجزء الأول/ دار مصر للطباعة/ ١٩٥٤.

٦- عبدالمجيد الحكيم – عبدالباقي البكري/ الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي/ الجزء الأول/ مصادر الالتزام/ ١٩٨٠.
٧- علي الخفيف/ الضمان في الفقه الإسلامي/ معهد الدراسات الإسلامية/ القاهرة/ ١٩٧٠

رابعاً: دوريات القضاء

١- مجلة القضاء/ العدد الأول/ السنة ١٩٧١/٢٦.
٢- قضاء محكمة التمييز/ المجلد الخامس/ ١٩٧١.
٣- مجلة القضاء/ العدد الرابع/ السنة ١٩٦٩/٢٤.
٤- مجلة القضاء/ العدد الرابع/ السنة ١٩٧٣/٢٨
٥- الموسوعة العدلية/ العدد ١٩٩٣/١٣.