



جامعة مؤتة

عمادة الدراسات العليا

## الفعل الضار ( الخطأ السلبي ) في المسؤولية التقصيرية

إعداد الطالب

محمد كامل مسلم الشوابكه

إشراف

الأستاذ الدكتور جعفر المغربي

رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا

استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون قسم القانون الخاص

جامعة مؤتة 2014

الآراء الواردة في الرسالة الجامعية لا تُعبر  
بالضرورة عن وجهة نظر جامعة مؤتة

## الإهداء

إلى من علمني العطاء دوماً دون إنتظار ... إلى من لا أستطيع له وصفاً أو  
أوفيه حقاً ... إلى من أحمل إسمه بكل فخر وإعتزاز ... إلى المغفور له  
بإذن الله تبارك وتعالى .

"والدي الحبيب "

طيب الله ثراه وجعل الجنة مثواه

إلى ملاكي في الحياة الدنيا ... إلى معنى الحب والعطف والحنان ... إلى  
زهرة الحياة وسر الكون ... إلى من كان دعاؤها سراً من أسرار النجاح ... إلى  
سر السعادة في الدنيا والآخرة ... إلى من رضاها أضاء لي النور ... إلى أجمل  
وأغلى من رأيت عيناى ... إلى بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب .

"والدتي الحبيبه الحنون أطال الله في عمرها "

إلى رفيقة دربي ... إلى صاحبة القلب الطيب ... إلى من أرى التفاؤل بعينها  
... إلى من أرى السعادة في ضحكتها ... إلى من رافقتني وشاركتني همومي ...  
إلى من كانت لي العون وأنستني في دراستي .

"زوجتي الحبيبة الغالية "

إلى سر السعادة والفرح والسرور وزينة الحياة الدنيا أبنائي

"عمر وكرم وبيلسان "

حفظهم الله ورعاهم

إلى الأعمام والأخوات والأشقاء أخواني وأخواتي الذين كانوا لي نعم المعين في  
الصالحات وطلب العلم أسأل الله ربي رب العرش الكريم أن يحفظهم ويرفعهم  
ويطيل في أعمارهم على طاعته .

إلى هؤلاء جميعاً أهدي هذه الرسالة راجياً من الله تبارك وتعالى القبول  
والتوفيق .

محمد كامل مسلم الشوابكة

## الشكر والتقدير

الحمد لله تبارك وتعالى - حمداً كما يحب ويرضى، وأشكره كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، فهو سبحانه جل جلاله ولي كل نعمة، وبنعمته تتم الصالحات، اللهم لك الحمد على فضلك ومنك حتى أتممت هذه الرسالة، وأصلي وأسلم على نبينا محمد عليه أفضل الصلاة والتسليم .

وإمتثالاً لتوجيه نبينا الكريم عليه الصلاة والسلام كما جاء في الحديث النبوي الشريف: " من لا يشكرُ الناس لا يشكرُ الله "، فإنني أرى أن من الواجب علي الإقرار بالفضل بعد أن أتممت كتابة هذه الرسالة، أن أتقدم بجزيل الشكر وفائق التقدير والعرفان والثناء إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور / جعفر المغربي حفظه الله ؛ الذي تفضل علي بقبول الإشراف على هذه الرسالة . فقد وجدت من صفاء مودته، وصدق تشجيعه، وسعة صدره، وأراءه الحكيمه، وتوجيهاته المستمرة، ونصائحه السديدة، والتي إمتازت ببساطة الأسلوب وغازرة المعنى، فلا أنسى له هذا التواضع، وتلك الرعاية التي حظيت بها منه، والذي بفضل توجيهاته القيمة، والأناة التي أبداهها، إستطعت إنجاز هذه الرسالة لتكون على خير ما يرام .

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لأستاذي الكريمين الدكتور : باسل محمود النوايسه والدكتور: أسيد حسن الذنبيات لتفضلهم وتكرمهم بقبول مناقشة هذه الرسالة، وإبداء ما فيها من المآخذ والعيوب مما لا يسلم منه البشر، مما يدل على رغبه صادقه في جعل هذه الرسالة أبعد عن النقد، وأكثر إشراقاً، وأعظم فائدة .

وأتقدم بجزيل الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور : جهاد محمد الجراح . لتلطفه بقراءة هذه الرسالة وتقديم الملاحظات القيمة التي أسهمت بكل تأكيد في إثراء هذه الرسالة .

كما يدعوني الواجب أن أتقدم بالشكر والإمتنان والتقدير لجامعة مؤتته، وأعضاء هيئة التدريس في كلية الحقوق، وبخاصة قسم القانون الخاص، فجزاهم الله عني خير الجزاء، ورزقهم الله طول العمر وحسن العمل والتوفيق لما يحبه ويرضاه.

محمد كامل مسلم الشوابكه

## فهرس المحتويات

| الصفحة | المحتوى  |
|--------|--|
| أ      | الإهداء  |
| ب      | الشكر والتقدير   |
| ج      | فهرس المحتويات   |
| ز      | الملخص باللغة العربية  |
| ح      | الملخص باللغة الإنجليزية   |
| 1      | المقدمة  |
|        | <b>الفصل الأول : مفهوم الخطأ (الفعل الضار) وكيفية تطوره في الأنظمة القانونية</b> |
| 6      | 1.1 تطور فكرة الخطأ في العصور القديمة  |
| 6      | 1.1.1 مراحل تطور الخطأ في العصور القديمة   |
| 6      | 2.1.1 مرحلتنا الإنتقام غير القانونية (الثأر) والطررد                             |
| 8      | 3.1.1 مرحلتنا القصاص والتحكيم  |
| 9      | 4.1.1 مرحلة الدية  |
| 9      | 5.1.1 الدية الإختيارية   |
| 10     | 6.1.1 الدية الإجبارية  |
| 11     | 2.1 مفهوم الخطأ في القانون الروماني  |
| 12     | 1.2.1 تقسيم الجرائم إلى عامة وخاصة   |
| 12     | 2.2.1 الجرائم العامه   |
| 13     | 3.2.1 الجرائم الخاصة   |
| 14     | 4.2.1 تقييم فكرة الخطأ في القانون الروماني                                       |
| 15     | 3.1 فكرة الخطأ في التقنين الفرنسي القديم   |
| 16     | 1.3.1 التمييز بين الجرائم  |
| 16     | 2.3.1 الجرائم التي تقع على الأشخاص   |

|    |  |
|----|--|
| 17 | 3.3.1 الجرائم التي تقع على الأموال   |
| 17 | 4.3.1 إستقلال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية                                |
| 18 | 5.3.1 المسؤولية المدنية  |
| 20 | 6.3.1 المسؤولية الجنائية   |
| 20 | 4.1 الفعل الضار في الفقه الإسلامي و القانون المدني الأردني                           |
| 23 | 1.4.1 موقف التشريع الإسلامي من الجرائم التي تقع على النفس                            |
| 24 | 2.4.1 القصاص والدية  |
| 25 | 3.4.1 الجرائم العامه والجرائم الخاصة   |
|    | 4.4.1 موقف التشريع الإسلامي والقانون المدني الأردني                                  |
| 26 | فيما يتعلق بالجرائم التي تقع على المال   |
| 26 | 5.4.1 الغصب والإتلاف الواقع على مال الغير  |
| 28 | 6.4.1 الضمان (التعويض) في القانون المدني الأردني                                     |
| 33 | <b>الفصل الثاني : تحديد ما هية الفعل الضار (الخطأ السلبي)</b>                        |
| 34 | 1.2 ما هية الفعل الضار (الخطأ السلبي)  |
|    | 1.1.2 مفهوم الفعل الضار (الخطأ السلبي) وكيفية تمييزه                                 |
| 35 | عن الفعل الإيجابي  |
| 35 | 2.1.2 تعريف الفعل الضار (الخطأ السلبي)   |
| 42 | 3.1.2 تمييز الفعل الضار (الخطأ السلبي) عن الفعل الإيجابي                             |
| 51 | 4.1.2 مدى خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ                    |
| 51 | 5.1.2 موقف الفقه الإسلامي من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ |
| 54 | 6.1.2 موقف الفقه القانوني من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ |
|    | 7.1.2 موقف القضاء من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ         |
| 56 | للقواعد العامة في الخطأ  |

- 61 8.1.2 خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامه في الخطأ
- 64 2.2 الطبيعة القانونية للفعل الضار (الخطأ السلبي)
- 64 1.2.2 الفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك لا يرتب أثر قانوني
- 65 2.2.2 الأساس القانوني للفعل الضار (الخطأ السلبي) عديم الأثر القانوني
- 68 3.2.2 الأساس الفلسفي للفعل الضار (الخطأ السلبي) عديم الأثر القانوني
- 72 4.2.2 الفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك يرتب أثر قانوني
- 72 5.2.2 الأساس القانوني للفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك يرتب أثر قانوني
- 75 6.2.2 الأساس الفلسفي للفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك يرتب أثر قانوني
- 78 **الفصل الثالث : الأحكام العملية للفعل الضار (الخطأ السلبي)**
- 78 1.3 صور الفعل الضار (الخطأ السلبي)
- 79 1.1.3 صورة الفعل الضار (الخطأ السلبي) المسبوق بواجب قانوني
- 79 2.1.3 تحديد مفهوم الفعل الضار (الخطأ السلبي) المسبوق بواجب قانوني
- 83 3.1.3 موقف الفقه الإسلامي من الفعل الضار (الخطأ السلبي) المسبوق بواجب قانوني
- 84 4.1.3 صورة الفعل الضار (الخطأ السلبي) المجرد من الإلتزام القانوني
- 84 5.1.3 مفهوم الفعل الضار (الخطأ السلبي) المجرد من الإلتزام القانوني
- 89 6.1.3 موقف الفقه الإسلامي من الفعل الضار (الخطأ السلبي) المجرد من الإلتزام القانوني
- 91 2.3 تطبيقات الفعل الضار (الخطأ السلبي)

|     |  |          |
|-----|--|----------|
| 91  | 1.2.3 مسؤولية الممتنع عن الأعمال القانونية والتعاقدية                  |          |
| 91  | 2.2.3 مسؤولية الممتنع عن الأعمال القانونية                             |          |
| 101 | 3.2.3 مسؤولية الممتنع عن الأعمال التعاقدية                             |          |
| 105 | 4.2.3 مسؤولية الممتنع عن الأعمال المادية وعن أعمال المساعدة<br>للآخرين |          |
| 105 | 5.2.3 مسؤولية الممتنع عن الأعمال المادية                               |          |
| 110 | 6.2.3 مسؤولية الممتنع عن أعمال المساعدة للآخرين                        |          |
| 113 |  | الخاتمة  |
| 116 |  | التوصيات |
| 117 |  | المراجع  |



## المخلص

### الفعل الضار ( الخطأ السلبي ) في المسؤولية التصويرية

محمد كامل مسلم الشوابكه

جامعة مؤتة 2014

تبحث هذه الرسالة في الفعل الضار (الخطأ السلبي) في المسؤولية التصويرية ، وهو من المواضيع التي لم تحظى بالقدر الكافي من البحث والدراسة ، لذا فقد تم في هذه الرسالة توضيح واستعراض المراحل التاريخية التي مر بها الفعل الضار (الخطأ السلبي) ، كذلك توضيح مدى إمكانية أن يُعد الفعل الضار (الخطأ السلبي) سبباً لقيام المسؤولية المدنية ، حيث اتبعت هذه الدراسة المنهج التحليلي . وقد جاءت هذه الرسالة في ثلاثة فصول وخاتمه . أما الفصل الأول فيتحدث عن مفهوم الخطأ (الفعل الضار) وكيفية تطوره في الأنظمة القانونية وينقسم إلى أربعة أقسام يتناول الأول تطور فكرة الخطأ في العصور القديمة ، ويتناول الثاني مفهوم الخطأ في القانون الروماني ، كما يتناول الثالث فكرة الخطأ في التقنين الفرنسي القديم ، ويتناول الرابع الفعل الضار في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ، أما الفصل الثاني فيتناول تحديد ماهية الفعل الضار (الخطأ السلبي) من خلال قسمين ، الأول يتناول توضيح ما هية الفعل الضار (الخطأ السلبي) ، فيما يتناول الثاني الطبيعة القانونية للفعل الضار (الخطأ السلبي) ، أما الفصل الثالث فيتناول الأحكام العملية للفعل الضار (الخطأ السلبي) من خلال قسمين ، بين الأول صور الفعل الضار (الخطأ السلبي) ، فيما يوضح الثاني تطبيقات الفعل الضار (الخطأ السلبي) .

**Abstract**  
**Detrimental Act (Negative Error) in Tort**

**Mohammed Kamel Meslem Al-Shawabkeh**

**Mutah University 2014**

This paper explores the detrimental act (negative error) in tort, a subject that has not been sufficiently addressed by research and study; therefore, in this paper we have explained and demonstrated the historical stages which the detrimental act (negative error) has undergone, in addition to illustrating the possibility for holding the detrimental act (negative error) as grounds for substantiation of civil liability, as this paper has followed an analytic approach .

The present paper is composed of two chapters and a conclusion preceded by an introductory chapter. The introductory chapter tackles the concept of error (detrimental act) and the manner of evolution thereof in legal systems; it is divided into four topics, the first of which addresses the evolution of the notion of error in ancient eras, while the second topic deals with the concept of error in the Roman law. The third topic tackles the notion of error in ancient French codification, and the fourth topic deals with the detrimental act in Islamic jurisprudence and in Jordanian Civil Code. Chapter one addresses the issue of defining the detrimental act (negative error) through two topics, the first of which deals with explanation of the nature of detrimental act (negative error), while the second topic addresses the legal nature of detrimental act (negative error). And finally, Chapter Two addresses the practical provisions on detrimental act (negative error) through two topics; the first topic demonstrates the forms of detrimental act (negative error), while the second topic illustrates the applications of detrimental act (negative error) .

## المقدمة :

لقد كانت وما زالت وستستمر المسؤولية المدنية على قمة المسائل والموضوعات القانونية الجديرة بالبحث ، لما لها من أهمية كبيرة في عصرنا الحاضر .. ولا غرابة في ذلك ، ولأن موضوعاتها هي ترجمة لواقع الحياة لما فيها من منازعات وخصومات يومية بين أفراد المجتمع ، فإن أحكام المسؤولية المدنية تُمثل الحلول القانونية لتلك المنازعات والخصومات التي تقع بين الأفراد ، لذا فقد فرضت نفسها وأرست قواعدها ووجودها بين جميع دول العالم ، الذي سيظل وجودها حيا دائما ومستمر ، دوام الحياة في المجتمع ، فقد أثارت هذه المسؤولية الكثير من المناقشات التي أدت الى جذب إنتباه الفقهاء في مجال القانون الخاص ، وذلك نظراً للأثار الاجتماعية والاقتصادية المترتبة عليه ، والقضايا التي عُرضت وستعرض على الفقهاء بشأنها ، وعلى الرغم من كثرة المراجع الفقهية التي كُتبت في هذا المجال ، إلا أن الفقهاء لم ينقطعوا عن الكتابة فيها. لأن المسؤولية المدنية تقوم على شقين أساسيين هما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، فالمسؤولية المدنية بشقيها ترتب إلتزامات على من يتحملها ، ومن هنا فإن المسؤولية تقوم على ثلاثة أركان هي ركن الفعل الضار ، والضرر ، والعلاقة السببية فيما بين الفعل الضار والضرر الحاصل .

وما يعنينا في هذا البحث هو الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية والذي يُعرّف بأنه الإضرار أو " مجاوزة الحد " الواجب الوقوف عنده أو " التقصير عن الحد " الواجب الوصول إليه في الفعل أو الإمتناع مما يترتب عليه الضرر (1) ، وبمقتضى هذا التعريف ، يوجد هنا إلتزام على كل شخص بعدم الإضرار بالغير. فالإلتزام الذي يؤدي الإخلال به الى تحقق المسؤولية التقصيرية هو إلتزام ببذل عناية الرجل الحريص . والعناية المطلوبه في هذا المقام هي إتخاذ الحيطة واليقظة والحرص والحذر في سلوكه حتى لا يضر بالغير . فقد أقام الفقه الإسلامي

---

(1) نقابة المحامين ، 1985 ، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، الجزء الأول ،

الطبعة الثانية ، مطبعة التوفيق ، عمان ، ص 277 .

المسؤولية على الإضرار ولم يأبه بالخطأ ، فالمسؤولية تقوم اذا كان هناك إضرار ، سواء أكان الفعل خاطئاً أم لا ، خلافاً للفقهاء الفرنسي الذي أقام المسؤولية على الخطأ . ومن هنا فإن الفقه الإسلامي يرى أنه عندما يتحقق الضرر يجب جبره والتعويض عنه ، على خلاف الفقه الفرنسي الذي أقام المسؤولية على ركن الخطأ ، واشترط الإدراك ، حتى يعتد بالخطأ الموجب للمسؤولية .

والمشرع الأردني متأثراً بالفقه الإسلامي أقام المسؤولية في المادة 256 على الفعل الضار ، فنصت على أن " كل إضرار بالغير يُلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " . وقد يكون الفعل إيجابياً وقد يكون سلبياً . فالفعل الإيجابي هو الذي يلحق ضرراً بالغير بسبب هذا الفعل ، كالشتم أو الضرب أو المنافسة الغير مشروعته . أما الفعل السلبي فيكون بالإمتناع عن القيام بعمل أو إتخاذ موقف سلبي كالشخص الذي يرى طفلاً يسير على الطريق بإتجاه حفرة عميقة ولم يقم هذا الشخص بالإسراع لإبعاده عنها فيقع الطفل فيها ويصيبه ضرر نتيجة وقوعه في هذه الحفرة . وهنا لا تتورأ أية إشكالية حول مسؤولية الشخص الذي يُلحق ضرراً بغيره بسبب ما قام به من الفعل الإيجابي ، ولكن تتورأ الإشكالية حول مسؤولية الشخص الذي يتخذ موقفاً سلبياً من حادثة ما حدثت أمامه ترتب عليها ضرراً بالآخرين ، نتيجة لموقفه السلبي من هذه الحادثة ، والسؤال الذي يطرح نفسه ، هل يمكن أن يُعد عدم القيام بعمل فعلاً يُحاسب عليه الفاعل ؟ أم هل يمكن مساءلته عن تعويض الضرر الذي لحق بالآخرين من جراء عدم القيام بالعمل ؟

أهمية الدراسة :

تكمن أهمية البحث في موضوع الفعل الضار(الخطأ السلبي) في المسؤولية التقصيرية ، من خلال تركيزه على تحليل مفهومه وطبيعته القانونية وأحكامه العملية وصوره وتمييزه عن الفعل الإيجابي ، كونه من الموضوعات التي اختلفت وتضاربت فيه الآراء الفقهية حتى وصل بهم الأمر الى حد عدم الاعتراف بقيام المسؤولية الناتجة عن الفعل السلبي ، مما يجعل البحث في أسباب قيام هذه المسؤولية ومقوماتها والسمات العامة لها وتحديد ملامح قيام المسؤولية نتيجة الفعل السلبي أو الإمتناع عن القيام بعمل امراً ليس باليسير .

## مشكلة الدراسة :

إن من أهم المشاكل التي واجهت الباحث في موضوع البحث هو عدم وجود تنظيم تشريعي دقيق وواضح يحكم المسؤولية المدنية الناتجة عن الفعل السلبي ، ليُبين شروط وأثار وأحكام هذه المسؤولية ، ناهيك عن الخلافات الفقهية والمتعارضة بهذا الخصوص ، بالإضافة الى قلة المراجع التي أشارت الى هذا الموضوع ، والتي وإن أشارت اليه ، فإنها تحدثت عنه بشكل موجز غير كاف ، ولا يُلبي حاجة الباحث أو المتخصص في هذا المجال ، أما بالنسبة إلى المراجع المتخصصة في هذا الموضوع فإنها شبه قليلة .

## أسئلة الدراسة :

مما سبق ، فإن الفعل الضار (الخطأ السلبي) في المسؤولية المدنية تُثير التساؤلات التالية :

1. هل يمكن أن يُعد عدم القيام بعمل في حالة وقوع حادث وحصول ضرر نتيجة هذا الحادث أن يُعد الإمتناع فعل يُحاسب عليه الفاعل (الممتنع) ؟
2. هل تترتب مسؤولية على الشخص الذي يمتنع عن القيام بعمل ، غير منصوص عليه من قبل القانون ، وأعقب هذا الإمتناع الى نتائج أدت الى إضرار بالآخرين ؟
3. هل يمكن القول بنفي المسؤولية عن إمتنع عن العمل ، بحجة أن النتيجة التي حصلت (الضرر) يرجع الى الشخص الأول الذي سبب في حدوثها دون أن يكون للإمتناع دخل فيها ؟
4. هل يعتبر الإمتناع سبباً لقيام المسؤولية ، اذا كان من إمتنع عن القيام بعمل قد أراد بموقفه السلبي (إمتناعه) أن يقع الضرر بالضحية التي عناها ؟
5. هل يمكن القول بأن كل فعل يُحدث ضرراً للغير يوجب المسؤولية ؟
6. هل هناك شروط معينة يجب توافرها لكي تتحقق المسؤولية التقصيرية ؟
7. هل يُشترط أن يكون الفعل على درجة معينة من الجسامه لكي يُعتبر موجباً لتحقق المسؤولية التقصيرية ؟
8. ما هو المعيار الذي يمكن الركون اليه لتحديد الفعل السلبي الذي يُرتب قيام المسؤولية التقصيرية ؟

## نطاق الدراسة :

تنصب هذه الدراسة بشكل أساسي حول الفعل الضار (الخطأ السلبي) في المسؤولية المدنية ، وسيتم العمل على تحقيق الأهداف المرجوة من البحث في ظل القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري ، وأيضا القانون المدني الفرنسي ، وسأعمل على الإجابة على هذه التساؤلات من خلال القوانين المذكورة . وفي هذا الصدد يدور نطاق الدراسة حول الفعل السلبي وما ينتج عنه من أضرار للآخرين ، وهل يمكن أن يُعد الإمتناع عن العمل أو إتخاذ موقف سلبي فعلاً يحاسب عليه الفاعل ، ويستحق المتضرر من جراء هذا العمل تعويضا .

## منهجية الدراسة :

إتبع الباحث في هذا البحث المنهج التحليلي عبر دراسة وتحليل للنصوص القانونية المتعلقة بموضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) في المسؤولية المدنية . والواردة في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي وموقف الفقه الإسلامي والقضاء منها ، وذلك من أجل الإحاطة بهذا الموضوع من جميع جوانبه ، وبيان أهم وأبرز سماته وملامحه .

## الدراسات السابقة :

لقد وجدت دراسات عدة تطرقت لموضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) في المسؤولية المدنية ، لذلك يجدر الإشارة إلى أن هذا الموضوع كان له الحظ الضئيل في هذه الدراسات ، بل كان ذلك بشكل موجز ودونما تعمق ، وإنما ركزت هذه الدراسات على ركن الفعل الضار (الخطأ السلبي) بصفته أحد أهم أركان المسؤولية المدنية ، ولعل أهم هذه الدراسات هي :

دراسة (مرقص ، 1988) وعنوانها (الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات)

المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، وقد تناولت هذه الدراسة ركن الخطأ بمجمله .

دراسة (النقيب ، 1983) وعنوانها (المسؤولية المدنية عن الفعل الشخصي) .

دراسة (أبو صد ، 2011) وعنوانها (مسؤولية المباشر والمتسبب ، دراسة  
مقارنه) .

دراسة الزرقا ، 1988) بعنوان (الفعل الضار والضمان فيه) .  
دراسة (الملكوي والعمري ، 2006) بعنوان (مصادر الإلتزام ، الفعل الضار) .  
دراسة (الذنون ، 2006) وعنوانها (المبسوط في شرح القانون المدني) الجزء  
الثاني ، الخطأ.

## الفصل الأول

### مفهوم الخطأ (الفعل الضار) وكيفية تطوره في الأنظمة القانونية

ان فكرة الخطأ في الأنظمة القانونية مرت بمراحل عدة ، وسوف نتناول هذه الفكرة في العصور القديمة ، ثم في القانون الروماني ، وكذلك القانون الفرنسي القديم ، ثم بالفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني وذلك من خلال ما يلي :-

#### 1.1 تطور فكرة الخطأ في العصور القديمة

لقد كان التطور الحاصل في المجتمع والذي واكب تطور فكرة الخطأ في العصور القديمة ، وقد كان لهذا التطور أثره الكبير أن أدى بفكرة الخطأ أن تمر بعدة مراحل وهي مرحلة الإنتقام غير القانونية (الثأر) والطرْد ، والتي تلت هذه المرحلة مرحلتا التحكيم والقصاص ، أما المرحلة الأخيرة ألا وهي مرحلة الدية والتي كانت فيها الدية إختيارية ثم أصبحت فيما بعد إجبارية . وسوف نتعرض لهذه المراحل من خلال ما يأتي .

#### 1.1.1 مراحل تطور الخطأ في العصور القديمة

إن ما يميز هذه المراحل التي مرت بها فكرة الخطأ في هذا العصر ، هو إقتران الخطأ بالضرر ، ولهذا فإن جسامة الخطأ من عدمه تقدر بالضرر الحاصل . ولذا فقد مر الخطأ في المجتمعات القديمة بمراحل عدة والتي كان من أبرزها وأهمها هي مرحلة الإنتقام غير القانونية (الثأر) ، ومرحلة الطرد ، فقد أدى التطور الحاصل في هذه المجتمعات ، أن تخلت عن هاتين المرحلتين واستبدلتها بمرحلة القصاص ومرحلة التحكيم وسوف نتعرض لهاتين المرحلتين :

#### 2.1.1 مرحلتا الإنتقام غير القانونية (الثأر) والطرْد

##### أولاً : مرحلة الإنتقام غير القانونية (الثأر)

لقد كان الفعل الضار في المجتمعات الأولية يستتبع رد فعل مماثل له ، لذا كان من حق الشخص الذي لحق به الضرر(المضرور) أن يثأر لنفسه بأية وسيلة يراها



مناسبة لكي يُلحق الضرر أو الأذى بمن أضر به وسبب له الضرر ، وهو ما يسمى  
أذاك بالثأر ، إلا أن هذا الحق (حق الثأر) الذي كان سائداً في المجتمعات القديمة لم  
يكن له حدود معينة يقف عندها . إلا أنه في هذه المرحلة لم تكن هناك أية جهة تقوم  
بتحديد أو بتنظيم النتائج المترتبة على إستعمال هذا الحق ، بل كان حق الثأر هو  
النظام السائد من أجل المحافظة على الأمن والنظام لهذه القبائل . فكان المضرور  
يندفع بإستعمال هذا الحق الذي يعتبر حقاً مشروعاً حسبما تمليه عليه غريزته أو  
عشيرته التي ينتمي إليها (1) . وقد كان لهذا الإندفاع أثره السلبي على عشيرة  
الجاني ، الأمر الذي يُثير حفيضة عشيرة الجاني فيتبادل الطرفان (الجاني والمجني  
عليه) إلحاق الأذى ببعضهما البعض ردحا من الزمان ، بل ربما يستمر ليشمل  
أجيالاً وأجيالاً (2) .

#### ثانياً : مرحلة الطرد

فقد تميزت هذه المرحلة بطرد الجاني من القبيلة وإخراجه من حمايتها خوفاً من  
قيام قبيلة المجني عليه بالإنتقام أو مطالبتها بتسليمه لها أو تعرضها للإغارة عليها  
في حالة الرفض ، وقد كان ذلك من أجل تفادي وقوع الكوارث وتلافي خطر  
المصائب على قبيلة الجاني والتي قد تؤدي في النهاية إلى حروب بين القبيلتين ، وقد  
شاع نظام طرد الجاني من القبيلة في عصر الرعي والزراعة الراقية ، حيث كان  
نظام الطرد معروفاً في أعراف شعوب كثيرة ، وقد كان يعرف عند بعض الشعوب  
بنظام " خلع الجاني " أي طرد الجاني من القبيلة ، وقد كان هذا النظام سائداً عند  
عرب الجاهلية في ذلك الزمان (3) .

---

(1) طه ، جبار صابر ، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر  
، رسالة ماجستير ، منشورات جامعة صلاح الدين ، أربيل ، ص 31 .

(2) مرقس ، سليمان ، 1956، الفعل الضار، ط2، دارالنشر للجامعات المصرية، القاهرة، ص 25 .

(3) الأسيوطي ، ثروت ، 1974 ، مبادئ القانون ، الحق ، دون طبعه ، دار النهضة العربية ،  
القاهرة ، ص 165 .

### 3.1.1 مرحلتا القصاص والتحكيم

إن التطور الذي شهدته هذه المجتمعات وما انبثق عن هذا التطور من وجود حالة من الإستقرار والثبات والطمأنينة ، مما جعل أفرادها يتخلون عن مرحلتي الإنتقام غير القانونية ومرحلة الطرد ، وما نتج عنهما من آثار سلبية ونتائج تؤدي إلى إضطراب الأمن وفقدان الطمأنينة وعدم الإستقرار ، ولكي تحد من هذه المرحلة لجأت تلك المجتمعات إلى ما يسمى بالقصاص والتحكيم .

#### أولاً : مرحلة القصاص

وقد بدأت هذه المرحلة عندما ظهرت السلطة المركزية واشتد ساعدها رأت ضرورة تحديد حق الثأر منعاً من الإسراف فيه ، وما يؤدي هذا الإسراف بطبيعة الحال إلى وجود حالة من عدم الإستقرار والفوضى وإضطراب الأمن وفقدان الطمأنينة لدى المجتمع وإثارة الحفائظ وإستحكام العداة ، فنضمت القصاص LE TALION وأجازت للمضروب بأن يحدث بمن أضره مثل الأذى الذي أصابه ، كأن يتم قطع عضو من جسم الجاني ، كالذراع أو الساق أو فقاً عين ، وألزمته أن يراعي هذا الحد وألا يجاوزه (السن بالسن والعين بالعين) ، وهذه القاعدة التي وضعها وقتنها قانون هامورابي قبل آلاف السنين (1).

#### ثانياً : مرحلة التحكيم

فقد جاءت هذه المرحلة للفصل في النزاعات القائمة فيما بين قبيلة الجاني (محدث الضرر) وقبيلة المجني عليه (المتضرر) . وقد كان الهدف من هذه المرحلة هو الحد من هذه الجرائم التي تسبب الضرر لهذه القبائل ، وتحديد قيمة التعويض للمتضرر وكيفية قبضه . فقد كان التحكيم يتم عن طريق تدخل طرف ثالث محايد كأحد القبائل أو الأشخاص الذين يتمتعون بنفوذ قوي أو سمعه كبيرة بين القبائل لحل الخلافات التي حصلت بين الطرفين المتنازعين ، ويتوقف هذا الأمر بعد تدخل الطرف الثالث المحايد ، إما بفرض الحكم على الطرفين المتخاصمين أو بتوسط

(1) أبو الليل ، إبراهيم الدسوقي ، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق ، دون طبعه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 14 .

الشخص ذو النفوذ القوي للصلح بينهما . وقد كان السحرة في بادئ الأمر هم الذين يملكون مثل هذا النفوذ ، ثم قام بعض الملوك بمشاركة السحرة في هذا النفوذ (1) .

#### 4.1.1 مرحلة الدية

إن ما يميز هذه المرحلة عن المراحل السابقة في تلك المجتمعات ، أن تحول المجتمع من إستعمال القوة الجسدية والبدنية ، لجبر الضرر الحاصل للشخص المضروب إلى طريقة أخرى تختلف عن سابقتها من المراحل والتي قد تكون أقرب إلى العدل ألا وهي طريقة التعويض أو ما كان متعارف عليه في تلك الفترة أو ما أطلق عليه تسمية الدية في هذه المجتمعات .

ولقد مرت هذه المرحلة (الدية) بمرحلتين ، المرحلة الأولى هي مرحلة الدية الإختيارية والتي كان لها دور كبير وفعال في حل الخلافات بين الأطراف المتنازعه ، مما أدى بها أن أصبحت هذه المجتمعات أكثر استقراراً وطمأنينة ، فتحوّلت الدية من إختيارية إلى إجبارية .

#### 5.1.1 الدية الإختيارية

بعد أن تضاءلت مرحلتي القصاص والتحكيم وفكرة الأخذ بالثأر ، فقد حلت محلها مرحلة الدية الإختيارية ، وقد بدأت تظهر في هذه المرحلة الجذور الأولى للمال ، ومنذ أن كان الإنسان البدائي يمارس الصيد والعمل بالزراعة ، حيث بدأ يتوفر لديه بعض المال الزائد عن حاجته ، ومن هنا ظهرت مرحلة الدية الإختيارية ، ولما كان المال قليلاً في هذه المرحلة ، مما جعل هذا البديل يكون ضعيفاً غير قادر في جميع الأحوال إلى إرضاء أهل المصاب ، وإسدال ستار النسيان لما لحق بهم من جراح وألام وأضرار ، لذا كانت الدية إختيارية فلم يكن بمقدور الشخص الذي أحدث الضرر أن يفرض على المضروب قبول الدية ، وإن قبل بها عُد ذلك بمثابة الصفح عن محدث الضرر . وصار الجزاء المترتب على إلحاق الضرر

---

(1) مرقس ، سليمان ، 1988 ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات ،المجلد الثاني

- في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ط5 ، دون دار نشر ، ص88 .

بالغير هو دفع قدر معين من المال ، حيث كانت الجريمة والخطيئة والفعل الضار شيئاً واحداً يؤدي إلى القصاص والتكفير والتعويض (1) . إلا أن الدية الإختيارية لم تطبق على جميع الجرائم ، لذا بقي البعض من هذه الجرائم خاضعاً لنظام الثأر ، وهذا يفسر بدوره إستمرار العمل بالمبارزة حتى في بعض المراحل الحديثة والمتطورة لتطور القانون ، ومن هذه الجرائم جرائم الأعتداء على الشرف (2) .

### 6.1.1 الدية الإجبارية

لقد بدأت هذه المرحلة عندما تبين للسلطة المركزية أنه قد يتعذر على الطرفين المتخاصمين الإتفاق على تحديد مقدار الدية ، فقد قامت السلطة المركزية بأن عرضت على المضرور أن يقبل الدية بالقدر الذي تحدده السلطة المختصة آنذاك . ومن هنا صارت الدية التي بدأت إختيارية أصبحت إجبارية ، وكانت قيمة الدية تحدد قيمتها في كل حالة سلفاً بحكم العرف أو القوانين السائدة (3) .

ولهذا يتضح لنا أن السلطة المركزية في هذه الحالة عندما يتعذر على أطراف النزاع الوصول إلى حل لتحديد مقدار الدية ، فإنها تعرض على المضرور القبول بالدية من أجل حل الخلافات بينهم لكي لا تتطور وتزداد صعوبه .

وقد رأت السلطة المركزية أن بعض الجرائم لا يقتصر أثرها وضررها على الأفراد بل يتجاوزها ليصيب المجتمع ، وقد رأت الدولة أن من واجبها التدخل في حل المنازعات بين الأطراف المتنازعة عن طريق فرض الدية على الجاني لمصلحة المجني عليه (المتضرر) ، واعتبرت نفسها صاحبة الحق والولاية في معاقبة من يرتكب جُرمًا من الجرائم التي تضر بالفرد أو المجتمع ، وهنا نشأ حق الدولة في توقيع العقوبة على الجاني في بعض الأحوال بإسم المجتمع كله ، وقد كان ذلك

---

(1) ثروت ، مبادئ القانون ، الحق ، ص166-167 .

(2) رفاعي ، محمد نصر ، 1978 ، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر ، دون طبعه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص18 .

(3) سلطان ، أنور ، 1988 ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني ، ط1 ، منشورات

الجامعة الأردنية ، عمان ، ص29 .

مقتصرًا في بادئ الأمر على الجرائم التي يقع فيها إعتداء بشكل مباشر على كيان الدولة أو نظامها أو يهدد أمنها (1) .

وقد رأت السلطة المركزية بأن مدت حقها في العقاب على الجرائم التي تقع على الأفراد مباشرة واقتصر ذلك في بادئ الأمر على الجرائم ذات الخطورة الأكثر كجرائم القتل والسرقه ، ثم توسعت الدولة في فرض العقوبة تدريجياً لتشمل جميع الجرائم ، وقد نتج عن هذا التوسع أن أصبحت الجرائم الضارة بالمجتمع نوعين هما الجرائم الخاصة والجرائم العامة ، أما الجرائم الخاصة وفيها يقتصر دور الدولة على تحديد مبلغ الدية وفرضه على الجاني بإعتباره ترضية وتعويضاً للمضروب أكثر منه عقاباً للمتسبب في إحداث الضرر ، وذلك حسماً للمنازعات . أما الجرائم العامة فهي الجرائم التي تملك الدولة فيها سلطة توقيع العقوبة بإسم المجتمع . وبهذا نشأ حق التعويض على حساب إنخفاض حق الثأر ، وهكذا نشأت المسؤولية المدنية وانفصلت عن المسؤولية الجنائية ، فلا عجب في أن المسؤولية المدنية قد نشأت في أحضان المسؤولية الجنائية وانطبعت بطابعها وتأثرت بأحكامها (2) .

## 2.1 مفهوم الخطأ في القانون الروماني

لم يعرف القانون الروماني المسؤولية التقصيرية كقاعدة عامة بحيث يترتب التعويض عن كل خطأ يقع وينتج عنه ضرر للآخرين ، إلا ان القانون الروماني كان يُرتب المسؤولية على أفعال معينة ، وأن الجزاء عن هذه الأفعال لم يكن يتمثل في التعويض المدني المحض ، بل كان يتوافر فيه معنى العقوبة ، ولهذا فقد كانت فكرة المسؤولية المدنية تختلط بفكرة المسؤولية الجنائية إلا أنه لم تتميز هاتان

---

(1) مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات ، المجلد الثاني - في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ص 89 .

(2) اللصاصمه ، عبدالعزيز ، 2002 ، المسؤولية المدنية التقصيرية - الفعل الضار - أساسها وشروطها ، ط1 ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص 18 - 19 .

الفكرتان عن بعضهما البعض في عهد القانون الروماني (1) . لقد مرت المسؤولية في القانون الروماني بنفس المراحل التي مرت بها في العصور القديمة ، وبالتالي فإنه يمكن القول بأن القانون الروماني لم يصل إلى وضع مبدأ عام يجعل كل فعل خاطئ يصدر من أي شخص يكون موجباً لتعويض ما ينشأ عنه من ضرر ، لذا فقد كانت هناك أعمال معينة تحددها النصوص القانونية هي وحدها التي ترتب المسؤولية (2) . إلا أن القانون الروماني طورها وقام بتقسيمها إلى جرائم عامة وجرائم خاصة . وسوف نتعرض لهذه الجرائم وتقييم لهذه المرحلة .

### 1.2.1 تقسيم الجرائم إلى عامة وخاصة

لم يكن القانون الروماني بمعزل عن التطور الذي مرت به المسؤولية والمميزات التي ظهرت في الشرائع القديمة الأولية فتتوعدت الجرائم وانقسمت إلى نوعين جرائم عامه وجرائم خاصة . وقد ميز القانون الروماني منذ أوائل عهده بين الجرائم العامه والجرائم الخاصة ، والتي حددها قانون الألواح الإثني عشر وسوف نتعرض لهذه الجرائم فيما يأتي :

#### 2.2.1 الجرائم العامه

لقد نص قانون الألواح الإثني عشر على عد بعض الجرائم التي تقع على الأفراد جرائم عامه نظراً لما تحدثه بسبب خطورتها من إخلال بالأمن والنظام العام في الدولة والتي كان من أبرزها جرائم القتل ، مما جعل الدولة تتولى فرض العقوبة على الجاني ، إلى جانب حق المجني عليه في المطالبة بالتعويض . ومنذ ذلك الوقت أخذت دائرة الجرائم العامه تتسع تدريجياً ، وترتب على ذلك التوسع حق الدولة في

---

(1) فرج ، توفيق حسن ، 1992 ، النظرية العامة للإلتزام في مصادر الإلتزام ، ط3 ، الدار الجامعية ، بيروت ، ص367.

(2) أيت الحاج ، مرزوق ، 2005 ، المسؤولية المدنية ، دراسة تحليلية على ضوء الفقه والقضاء ، ط2 ، دون دار نشر ، ص70 .

العقاب الى جانب حق المجني عليه في الثأر أو الدية ، ثم جاء قانون "إكيليا" Aquilia ليؤكد على ذلك الحق (1) .

### 3.2.1 الجرائم الخاصة

لقد نص قانون الألواح الإثني عشر أن الجرائم الخاصة هي تلك الجرائم التي لا أثر لها على الأمن والنظام في الدولة ، ولا يصل أثرها إلى المجتمع ، وهي الأعمال غير المشروعة وأهم هذه الجرائم جريمة السرقة والإضرار بالغير والتي يرجع أمر ملاحظتها وقمعها من قبل الأشخاص المتضررين منها ، حيث كان للمتضرر في الجرائم الخاصة بموجب هذا القانون حق القبض على المجرم وسوقه إلى المحكمة ، حيث تقوم المحكمة في حالة عدم التوصل إلى حل يرضي المتضرر بأن تسلم المجرم إلى المعتدى عليه ويبقى المجرم تحت يده ما لم يتم تسوية إختيارية بينهما تنتهي برضا الشخص المعتدى عليه (2) . الأمر الذي جعل السلطة المركزية يقتصر دورها في هذه الجرائم على تحديد مقدار الدية لحل الخلافات بين الأطراف المتنازعة ، ثم نص بعد ذلك قانون "إكيليا" Aquilia على هذه الجرائم ومن أهم هذه الجرائم ، جريمة قتل الرقيق أو قتل الماشية ، وتلتها جرائم أخرى مثل جرائم جرح الرقيق أو الماشية ، ثم نص قانون " إكيليا " على حالات أخرى من الجرائم وهي حالات هلاك أو إتلاف الأشياء المادية الأخرى . وجعل جزاء هذه الجرائم غرامة خاصة يتقاضاها المجني عليه وتقدر بأعلى قيمة بلغها الرقيق أو الماشية التي أهلكت ، وقد تتضاعف هذه القيمة إذا أنكر الجاني إرتكابه للجريمة إذا ثبتت عليه ، وإن هذه الغرامة كانت لها صفة العقوبة الخاصة ، والغرامة تقدر بقدر أعلى قيمة بلغها المال التالف ، ولا تقدر بقدر الضرر الحقيقي . وقد كان للمتضرر حق إقامة دعوى خاصة للمطالبة بهذه الغرامة في حالة الإنكار حسب ما نص عليه هذا القانون (3) .

(1) أيت الحاج ، المسؤولية المدنية ، ص 84-85 .

(2) الدواليبي ، محمد معروف ، 1963 ، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها ، الجزء

الثاني، ط5 ، مطبعة ومكتبة الشرق ، حلب ، ص 401-402 .

(3) مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات - في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ص 91 .

## 4.2.1 تقييم فكرة الخطأ في القانون الروماني

إن القانون الروماني لم يفرد مبادئ عامة للمسؤولية ، إلا أنه عرف حلولاً جزئية لمسائل معينة زاد تعدادها مع الزمن ، ولكن لم ينظمها على أساس التعدي المادي وما ينشأ عنه من ضرر ولم يكن يشترط في قيامها إرتكاب الجاني أي خطأ . لأن دعوى المسؤولية حلت محل الحق في الثأر . كما أن فكرة الخطأ عندهم لم تُعرف إلا مؤخراً واكتفوا في ذلك بأدنى خطأ يقع من الجاني ، غير أن فكرة الخطأ لم تُحدد ولم يُعرف مفهومها (1) .

ولم يكن في القانون الروماني قاعده عامه تقرر مسؤولية من يحدث ضرراً للغير يقوم بتعويض هذا الضرر ، بل كانت هناك أعمال معينة يحددها قانون اكيليا هي وحدها ترتب المسؤولية ، لذلك لم تكن فكرة المسؤولية التقصيرية في القانون الروماني تقوم على فكرة الخطأ . بل تقوم على أن كل من إرتكب أحد الأفعال التي ينص عليها قانون اكيليا يلزم بتعويض الضرر خاطئاً كان أم لم يكن ، وأيضاً يجب أن يكون الجاني مميزاً حتى تترتب المسؤولية التقصيرية بل كانت المسؤولية تقوم على أساس التعدي المادي وما ينتج عنه من ضرر (2) .

وقد تميزت المسؤولية التقصيرية في القانون الروماني بخصائص ثلاث :

**الخاصية الأولى :** لم تكن هناك قاعدة عامة في القانون الروماني تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض ، بل كانت أعمال معينة تحدها النصوص القانونية بموجب هذه النصوص تحدد هذه الأعمال التي تُرتب المسؤولية . لأن المسؤولية التقصيرية كانت في القديم متروكة إلى الأخذ بالثأر ، ولكن الرومان لم يصلوا في أي وقت ما إلى قاعدة عامة تجعل كل خطأ يحدث ضرراً يوجب التعويض (3) .

---

(1) اللصاصمه ، المسؤولية المدنية التقصيرية - الفعل الضار - أساسها وشروطها ، ص 21.

(2) رفاعي ، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر ، ص 21 .

(3) حمزة ، محمود جلال ، 1985 ، العمل غير المشروع بإعتباره مصدراً للإلتزام ، دون

طبعه ، دون دار نشر ، ص 42 .



**الخاصية الثانية :** لم يكن جزاء هذه الأعمال المحددة التي تُرتب المسؤولية تتضمن تعويضاً مدنياً ، بل أن فكرة العقوبة الجنائية بقيت تتخلل فكرة التعويض المدني كأثر من آثار الماضي وقت الأخذ بالثأر ودفن الدية (1) .

**الخاصية الثالثة :** ظهرت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية تدريجياً ، لذا كان الضرر هو الشرط البارز في المسؤولية ، ولم يكن الخطأ في بادئ الأمر هو الشرط البارز لقيام المسؤولية . إلا أن فكرة الخطأ بدأت تظهر شيئاً فشيئاً ، حيث ظهرت بشكل واضح في الأعمال التدليسية وخاصة الغش حتى أن فكرة الخطأ إستغرقت فكرة الضرر (2) .

غير أن القانون الروماني مع كل ما بُذل فيه من جهود لتوسيع دائرة المسؤولية ، لم يبلغ الحد الذي يجعل من المسؤولية قاعدة عامه تنطبق على كل فعل ضار ، بل ظل حتى آخر أدواره يحصر الأفعال التي تستوجب مسؤولية فاعليها .

والظاهر أنه لم يرد أي نص في قانون الألواح الأثني عشر ولا في قانون اكيليا يجعل الخطأ شرطاً في الإلتزام بالتعويض ، وأن الفقهاء لم يشترطوا هذا الشرط إلا في أواخر عهد الجمهورية . ويمكن القول بصورة عامه أن القانون الروماني لم يصل حتى في آخر مراحل تطوره إلى وضع قاعدة عامه تجعل كل خطأ يُحدث ضرراً يوجب التعويض (3) .

### 3.1 فكرة الخطأ في التقنين الفرنسي القديم

لم يكن القانون الفرنسي القديم يميز ما بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية ، لذا كانت المسؤولية المدنية متحدة مع المسؤولية الجنائية التي كانت

---

(1) السنهوري ، عبدالرزاق ، 1952 ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام ، دون طبعه ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ص 763 .

(2) حمزة ، العمل غير المشروع بإعتباره مصدراً للإلتزام ، ص 43 .

(3) مرقس ، الفعل الضار ، ص 26- 27 .

الأصل فأعطت صفتها لمسؤولية الفاعل . فكان للمجني عليه أن يُطالب الجاني بالغرامه المحدده سواء كان الفعل الضار من الجرائم العامة أو من الجرائم الخاصه .  
ومنذ أوائل القرن الثالث عشر بدأ القانون الفرنسي يميز بين الجرائم التي تقع على الأشخاص ، و الجرائم التي تقع على الأموال ، واعتبر حق المجني عليه في الجرائم التي تقع على الأموال حقاً مدنياً يُخول المجني عليه المطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر . كما تم خلال تلك الفترة فصل القانون الجنائي عن القانون المدني (1) . وهذا ما سوف نتعرض له فيما يأتي .

### 1.3.1 التمييز بين الجرائم

لقد ميز القانون المدني الفرنسي القديم ما بين الجرائم التي تقع على الأشخاص والجرائم التي تقع على الأموال . وسوف نتناول في الفرع الأول من هذا المطلب الجرائم التي تقع على الأشخاص ، أما الفرع الثاني فقد خصصناه للجرائم التي تقع على الأموال .

### 2.3.1 الجرائم التي تقع على الأشخاص

لقد أُعتبر حق المجني عليه في الجرائم التي تقع على الأشخاص حقاً ذا صبغة جنائية ، وكان المقصود به هو توقيع عقوبة على الجاني أو إلزامه بالتكفير عن ذنبه تكفيراً مدنياً . حيث كانت قواعد التكفير المدني في القانون الفرنسي تدل على الصبغة الجنائية ، وقد كان حق المطالبه به ينتقل من المجني عليه ليس إلى ورثته فحسب بل ينتقل إلى أولياء الدم الذين تربطهم به رابطة متينه . وقد كان ذلك بداية لتمييز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية ، وقد ساعد هذا التمييز فقه القانون

---

(1) النقيب ، عاطف ، 1983 ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي -

الخطأ والضرر ، ط1 ، منشورات عويدات ، بيروت ، ص62 .

الفرنسي القديم على الفصل ما بين الجرائم التي تستتبع جزاءً جنائياً وجزاءاً مدنياً معاً ، وبين الجرائم التي لا تستتبع إلا جزاءاً مدنياً هو تعويض الضرر (1) .

### 3.3.1 الجرائم التي تقع على الأموال

لقد كان حق المجني عليه في الجرائم التي تقع على الأموال حقاً مدنياً ، يُخول المجني عليه حق المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر . وقد ساعد هذا التمييز فقه القانون الفرنسي القديم على الكشف عن أساس مشترك بين جرائم هذا النوع حقاً مدنياً يخول المجني عليه المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر ، فظهرت بذلك فكرة الخطأ بإعتبارها أساساً للمسؤولية المدنية في الأفعال الضارة بالأموال (2) ، حيث تمخض جزاء المسؤولية تعويضاً مدنياً لا تتخلله فكرة العقوبة الجنائية ، وخاصة فيما يتعلق بالضرر الذي يقع على المال (3) ، ولذا فقد سار القانون الفرنسي القديم ، على غرار ما سار عليه القانون الروماني ، من حيث الأضرار التي تقع على الأموال حيث يتم التعويض عنها عن طريق إقامة دعوى ، حيث تقتصر هذه الدعوى على المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي حدث أو وقع على المال للمتضرر (4) .

### 4.3.1 إستقلال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية

لقد كان لفقهاء القانون الفرنسي القديم من أمثال دوما أثر كبير في إستقلال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية ، وأصبح لكل منهما كيان خاص ، حيث أصبحت قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " مقصورة على المسؤولية الجنائية .

---

(1) أشار إلى ذلك ، مرقس ، سليمان ، 1971 ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الأول - الأحكام العامة ، ط2 ، معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، ص79 .

(2) رفاعي ، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر ، ص34 .

(3) السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الإلتزام ، ص764 .

(4) عامر ، حسين ، 1956 ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، ط1 ، مطبعة مصر ،

القاهرة ، ص148 - 149 .

أما المسؤولية المدنية فقد أصبحت القاعدة بشأنها أنه " لامتسؤولية دون خطأ " (1) . وسوف يتم التعرض للمسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية فيما يأتي .

### 5.3.1 المسؤولية المدنية

لقد برز في القرن السابع عشر أول بداية لفكرة إستقلال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية على يد الفقيه الفرنسي الكبير " دوما " في مؤلفه المشهور " القوانين المدنية " ، حيث أسس هذه الأستقلالية بوجه عام على فكرة الخطأ المسؤول . حيث أفرد في مؤلفه فصلاً خاصاً جعل عنوانه " الأضرار التي تنشأ من أفعال لا تكون جنائية أو جنحة " . وظاهر من هذا العنوان أن الفقيه دوماً إستولى على فكرة الخطأ التي كانت قد ظهرت من قبله بإعتبارها أساساً للمسؤولية في الأفعال الضارة بالأموال ، فعممها وصاغ منها قاعدة عامة توجب على كل من سبب بخطئه ضرراً للغير أن يعرض هذا الضرر ، وقد لخص الفقيه دوما في كتابه المعروف "القوانين المدنية" رأيه عن الخطأ في مبدأ عام مؤداه " أن الخسائر والأضرار التي تحدث بفعل أي شخص سواء كان هذا الفعل نتيجة عدم تبصر أو طيش أو جهل بما ينبغي العلم به أو أي خطأ مماثل مهما كان الخطأ بسيطاً ، ففي هذه الحالة يلزم الفاعل بتعويض هذه الأضرار لأنه تسبب في حدوثها بعدم تبصره . ومن هنا ظهرت فكرة الخطأ بإعتبارها أساساً للمسؤولية المدنية (2) .

لقد ميز الفقيه دوما الخطأ الذي من شأنه أن يحدث ضرراً للغير بين ثلاثة أنواع :-

1. الخطأ الذي تترتب عليه جنائية أو جنحه .
2. الخطأ الذي يرتكبه الشخص مخلا بالتزاماته التعاقدية .
3. الخطأ الذي لا علاقة له بالعقود ولا تترتب عليه جنائية أو جنحه ، كالإهمال في حراسة حيوان ما أحدث ضرراً للغير وكانت حراسته غير محكمة ، أو كمن يُلقي

(1) أشار إلى ذلك ، مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ، ص 80 .

(2) مشار إليه لدى ، رفاعي ، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر ،

شيئاً من نافذه عن رعونه فيسبب ضرراً لأحد المارة ، وهو ما يسمى بالخطأ التقصيري (1) .

وقد جاء الفقيه الفرنسي بوتيه ، ففرق ما بين الجرح المدنية وأشباه الجرح بإعتبارها مصادر للإلتزامات ، ثم تعرض للمسؤولية المدنية عن فعل الغير في كتاب " الوكالة بمناسبة الإلتزامات المتبوعين والسادة والأباء " . حيث تم في أواخر عهد القانون الفرنسي القديم إستقلال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية ، وأصبح لكل منهما كيان خاص به ، وأصبحت قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " مقصورة على المسؤولية الجنائية . أما بالنسبة للمسؤولية المدنية فصار يكفي لتحقق هذه المسؤولية هو إرتكاب أي خطأ يسبب ضرراً للغير وبالتالي فقد أصبحت القاعدة العامه بشأنها أنه " لا مسؤولية دون خطأ " ، أي بمعنى أنه لا تتحقق المسؤولية إلا إذا وجد الخطأ وسبب هذا الخطأ ضرر للغير ، وفي هذا الصدد يقول الفقيه الفرنسي دوما أنه " إذا نشأ أي ضرر غير متوقع عن فعل بريء ، لا يمكن نسبة أي خطأ إلى فاعله ، فلا يكون الفاعل مسؤولاً عنه " . ولذا يمكن القول بأن المسؤولية المدنية كانت في أواخر القرن الثامن عشر قد حققت إستقلالها التام عن المسؤولية الجنائية ، وصارت غير محددة بنصوص أو أحوال خاصة ، بل تقرر بشأنها قاعدة عامه وهي " لا مسؤولية دون خطأ " ، وبالتالي فقد أعتبر الخطأ أساساً للمسؤولية المدنية لا تقوم بدونه ، كما تقرر إلى جانب هذه القاعدة أنه يمكن أن يُسأل المرء عن فعل غيره في أحوال معينه ، ويمكن أيضاً مساءلته عن الأضرار التي تقع بفعل حيواناته، أو تلك التي تنشأ عن سقوط عماراته (2) .

وبالتالي فإن القاعده العامه في المسؤولية التقصيرية ، تقضي بأن كل فعل خاطيء يوجب تعويض الضرر الذي نشأ عنه . فنقررت هذه القاعدة وأصبح الجزاء تعويضاً مدنياً لا يختلط بفكرة العقوبه ، وظهرت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية

---

(1) مشار إليه لدى ، النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر ، ص 63 .

(2) مشار إليه لدى ، حمزة ، العمل غير المشروع بإعتباره مصدراً للإلتزام ، ص 50 .

التقصيرية ، حيث أصبحت المسؤولية المدنية مستقلة إستقلالاً تاماً عن المسؤولية الجنائية ، فصار لكل منهما كيان خاص به .

### 6.3.1 المسؤولية الجنائية

إن المسؤولية الجنائية تقوم في حالة أن أرتكب خطأ جنائي وكان هذا الخطأ يسبب ضرراً بالمجتمع ، وإن لم يلزم الجريمة ضرر ينتج عنها، مالم تكن الجريمة تشترط لتكامل عناصرها أن يكون الضرر من هذه العناصر . فالمسؤولية الجنائية تنتج عن خطأ جنائي ، وتكون الجرائم فيها ماسه بالمجتمع وتتضمن عقوبة جزائية تبعاً لجسامة الجرم وخطورة الفعل ، وعقوبة مدنية تتمثل في التعويض عن الضرر (1) .

وإن العقوبتين تكونا متلازمتين ببعضهما البعض ، بحيث لا يكون للمجني عليه حق المطالبة بالتعويض إلا إذا ثبت أن هناك خطأ جنائي صدر من الجاني . فقد أشرنا بشيء من الأيجاز إلى الخطأ الجنائي كونه ليس هو موضوع الدراسة . وبالتالي سوف نكتفي بهذه الإشارة الموجزة عن المسؤولية الجنائية .

### 4.1 الفعل الضار في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني

عاش العرب قبل الإسلام على شكل قبائل متفرقة لا تجمعهم سلطة ، ولا يؤثر فيهم نفوذ ، وقد كان رئيس القبيلة يستمد قوته من العصبيية القبلية التي تفرض عليهم التضامن ضد الإعتداء الخارجي . وقد كان هذا التضامن يُملي على الأفراد حمل السلاح لرد أي عدوان خارجي على القبيلة ، والأخذ بالثأر . لذا كان حق الثأر مطلقاً لا تحدّه حدود ، وليس له قاعده . ولما كانت العصبيية القبلية هي العامل الرئيسي الذي يجمع بين أفراد كل قبيلة ، مما يجعلهم متضامنين في مواجهة أي أخطار خارجية تقع على القبيلة من قبل أفراد القبائل الأخرى . فما كان يمكن أن

---

(1) حجازي ، عبدالحى ، 1953 ، النظرية العامة للإلتزام - الجزء الثاني - مصادر الإلتزام

، دون طبعه ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ص 362- 363 .

يقع إعتداء مقصود بين أفراد القبيلة الواحدة ، وإذا وقع إعتداء غير مقصود فإن قوة الشعور بالتضامن تملّي على المعتدى عليه التسامح وتأبى عليه أخذ العوض . وقد كان الحق في الثأر مطلقاً ليس له قاعدة أو حدود . وكان ذلك يسمح بالكثير من المغالاة ، فيستحكم العداء بين القبائل إلى درجة تصل أحياناً إلى نشوب حروب بين القبائل قد تستمر أجيالاً وأجيالاً . رؤى أن إيقاع الأذى بقبيلة الجاني ، ولو أنه يشفي غيظ المجني عليه وقبيلته لا يفيد شياً ، وإنه ربما كان خيراً له ولها بل وللجاني وقبيلته ، فاستبدل الثأر بدية يأخذها المجني عليه فيكون فيه شفاء لغيظه ، ولكن أمر الدية بقي حتى ظهور الإسلام أختيارياً ، فلم يبلغ العرب في الجاهلية المرحلة التي تجعل الدية إجبارية شأنهم شأن الرومان قبيل وضع قانون الألواح الأثني عشر . ومن هنا فرقت الشريعة الإسلامية بين الجرائم التي تقع على النفس ، والجرائم التي تقع على المال ، وهي تفرقة قريبة من التفرقة التي كانت موجودة في القانون الفرنسي القديم (1) .

فكل إعتداء على ما يعتقد الشخص حقاً له يعتبر إهانته لحقت به ، ومن ثم وجب غسلها بالقوة ، سواء كنا بصدد إعتداء وقع على جسم الإنسان أو على عرضه أو على ماله أم كنا بصدد نزاع قام على ملكية بئر للمياه أو مكان يُكثر فيه الكلاً أو إمتناع عن تنفيذ إتفاق تم بين جماعتين (2) .

والفعل الضار هو كل فعل حسي ترتب عليه ضرر سواء ترتب بطريق المباشرة ، أو بطريق التسبب ، ويكون بطريق المباشرة إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر أي فعل آخر ، كأن يعتمد شخص ما إلى إناء لغيره فيكسره أو يسبب لهذا الإناء أضرار ، ويكون بطريق التسبب إذا فصل بين الفعل والضرر فعل آخر أدى إلي ضرر دون أن يمنع نسبة الضرر إليه ، ومثاله إذا حفر إنسان حفرة في الطريق العام وسار في هذا الطريق حيوان فوقع في تلك الحفرة فمات أو أصيب بضرر . أما إذا لم يكن الفعل حسياً بأن كان فعلاً نفسياً كالإمتناع عن القيام بفعل ما

---

(1) الفكهاني ، حسن ، 1979 ، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني - الجزء الثاني -

دون طبعه ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، ص 1225- 1226 .

(2) رفاعي ، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر ، ص 25 .

فيسبب عنه تلف مال لآخر فلا ضمان بسببه ، ومثاله إذا رأى إنسان مالا يعود لغيره وكان هذا المال معرضاً للتلف بنار مثلاً وكان في قدرته إنقاذه ولم يفعل فهلك هذا المال فلا ضمان عليه لعدم المباشرة . ذلك لأن المباشرة إنما تتحقق إذا كان هناك علاقة بين الفعل الضار ومحل الضرر كما في إتصال آلة الإلتلاف بالمال المتلف . فلا ضمان عليه ، لعدم التسبب ، لأن التسبب إنما يتحقق إذا كان التلف نتيجة هذا الفعل وقد أدى إليه فعل سابق عليه هياً له وجوده وترتب الضرر عليه مع بقاء نسبته إليه . وبالتالي فالإمتناع الذي وقع هنا لم يؤدي إلى فعل كان من نتيجته التلف ، وبالتالي فإن التلف في هذه الحالة كان نتيجة أمر لا علاقة له بالإمتناع ، والسبب هو وجود النار واقترابها منه ، وإن حدوث الضرر كان نتيجة لإقتراب النار والإمتناع عن الإنقاذ ، وإن الإمتناع عن الإنقاذ يعد هو السبب في حصول الضرر وبالتالي فإنه يستوجب الضمان (1) .

ومن خلال ذلك يتضح لنا أن الفعل الضار في حالة وقوعه فإنه يؤدي إلى ضرر لذا فإذا وقع الضرر تحقق الضمان على الفاعل الذي سبب هذا الضرر للغير سواء وقع الضرر بالمباشرة أو بالتسبب والضمان يكون هو التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور من جراء هذا الفعل الضار .

حيث تقسم أركان الضمان إلى ثلاثة أقسام : الفعل الضار (الخطأ) أو الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر . ولهذا فقد قسم الفقه الإسلامي الفعل الضار (التعدي) بالنظر إلى نية الفاعل سواء أكان قصده عمدياً خطأً تقصيراً ترجع إلى الإهمال . حيث قسم الفقه الأخطاء غير العمدية إلى نوعين : أولهما الخطأ والثاني ما جرى مجراه . والتفرقة بينهما أن الفعل في الخطأ مقصود أراده الفاعل وإن لم يكن يقصد النتيجة التي قد نتجت عن هذا الفعل ، وأن كلا من الفعل ونتيجته غير مقصودين للفاعل فيما جرى مجرى الخطأ . ولذا فإن التقسيم الذي اتبعه الفقه الإسلامي لموجبات الضمان وأفعاله " أحدها " العدوان بالمباشرة ومثاله القتل أو الإحراق أو أكل الأطمعه . " وثانيها " التسبب للإتلاف ، ومثاله من يحفر حفرة في

---

(1) الخفيف ، علي ، 1971 ، الضمان في الفقه الإسلامي ، دون طبعه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، القاهرة ، ص 40-41 .



الطريق الذي يسير فيه الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر ، أو في أرضه ، لكن حفرها لهذا الغرض ، أو تقطيع الوثيقة التي تتضمن معلومات تثبت الحق لشخص ما والشهادة بها فيضيع الحق بسبب تقطيعها فيضمن عند مالك ذلك الحق لتسببه فيه ، " وثالثها " وضع اليد التي ليست بمؤتمنة . وهنا لا بد من النظر إلى طبيعة الأفعال الموجبه للضمان لكي تستخلص السمات المميزة لها ، والمعاني التي تدل عليها . ويتبين من النظر إلى هذه الأفعال أنها أفعال غير مشروعته تخالف ما أذن الشرع به ، إما بترك واجب أو إرتكاب فعل محرم أو بالتقصير في النظر إلى ما أمر به الشرع في فعل المباحات . ومع ذلك فإن التعمد وقصد الإضرار من الأسباب التي قد توجب المسؤولية (1) .

وسوف نتناول موقف التشريع الإسلامي فيما يتعلق بالجرائم التي تقع على النفس ، وسنتكلم عن موقف التشريع الإسلامي والقانون المدني الأردني فيما يتعلق بالجرائم التي تقع على المال .

#### 1.4.1 موقف التشريع الإسلامي من الجرائم التي تقع على النفس

جاء الإسلام بتعاليمه السمحة فوحد بين القبائل العربية المتنافرة وجمعهم في أمة واحدة تخضع لتشريع واحد ألا وهو التشريع الإسلامي . فلم يكن الإسلام ديناً فحسب بل كان ديناً ودولة أتى بتنظيم جديد للمجتمع ، فأحدث إنقلاباً شاملاً في حياة ، القبائل العربية في جميع نواحي الحياة الأخلاقية والاجتماعية والقانونية ، ومع التغيير الجذري الذي جاء به الإسلام في تنظيم هذه المجتمعات ، فقد أبقى الإسلام على بعض العادات والتقاليد التي كانت سائدة في الجاهلية ، والتي لا تتعارض مع مبادئ الدين الإسلامي ، كما عدل في البعض الآخر منها بما يتناسب ويتلائم مع حاجات المجتمع ، والتي كان من أهمها نظام القصاص والدية ، كما جاء في قوله تعالى : "ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون " (2) .

(1) سراج ، محمد أحمد ، 1990 ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، دون طبعه ، دار

الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ص128-133 .

(2) سورة البقرة ، الجزء الثاني ، الآية 179 .

وقوله تعالى " ومن قتل مؤمناً خطأً فتحريرُ رقبة مؤمنةً وديةٌ مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا " (1) .

إلا أن الإسلام جعل المسؤولية على الجاني لا على القبيلة كما كان عليه الأمر في الجاهلية . وقد تقرر هذا المبدأ بالآية الكريمة " ولا تزر وازرة وزر أخرى " (2) . وبهذا عالج التشريع الإسلامي الجرائم التي تقع على النفس بالتدريج وتحديدًا للثأر بادئ في القصاص الذي أُستبدل بالدية ، وقد فرق الإسلام شأنه شأن الشرائع القديمة بين الجرائم العامة ، والجرائم الخاصة . وسوف نتعرض للقصاص والدية والجرائم العامة والجرائم الخاصة .

#### 2.4.1 القصاص والدية

لقد جاء الإسلام وعالج الجرائم التي تقع على النفس بأن وضع تشريع القصاص وذلك حدًا للثأر ، وقام بإبدال الدية به وجوباً في كثير من الحالات ، وبتخفيف التضامن القبلي في العقوبة ، من أجل تعزيز نفوذ السلطة المركزية وتخويلها حق الإقتصاص من الجناة وتوقيع العقوبة عليهم . واستبدل الإسلام بحق الثأر المطلق نظام القصاص المقيد ، فقصر حق المجني عليه أو ولي دمه على مكنة إيقاع أذى بالجاني معادل تماماً لما أصاب المجني عليه من أذى ، كما جاء في قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى " (3) . فقد أشارت الآية الكريمة إلى أن القصاص جاء تشريعاً وتنفيذاً لحياة الأفراد من أجل أن تحفظ أرواحهم وإلى الحد من سفك الدماء ، وأيضاً لكي تطمئن النفوس ويستقر الأمن والنظام في الدولة ، وقد جاء هذا التشريع في أن يُنفذ على الوجه الذي شرعه الله عز وجل ، بأن يُقتل القاتل وحده دونما إصراف فيه وأن يكون تنفيذه في حدود ضيقه لكي تتم المحافظة على القبائل من الفناء ، ومنعاً من الرجوع إلى الأخذ بالثأر والانتقام الذي كان سائداً في الجاهلية " . قتل حر بحر ،

(1) سورة النساء ، الجزء الخامس ، الآية 92 .

(2) سورة فاطر ، الجزء الثاني والعشرون ، الآية 18 .

(3) سورة البقرة ، الجزء الثاني ، الآية 178 .

ورقيق برقيق ، وقلع سن بسن ، وعين بعين " . فإذا كان إلتزام التعادل ممكناً ، حق القصاص وجاز إبدال الدية به إختيارياً ، فإذا لم يكن القصاص متعادلاً ، إمتنع القصاص وصارت الدية واجبه بدلاً منه (1) .

لذا كان التوسع في فكرة الدية أن أدى بها أن أصبحت إلزامية في معظم الحالات . ثم تم قصر القصاص على جرائم العمد ، وفرضت الدية وجوباً فيما عداها ، بل أنه إشتراط في تطبيق القصاص في جرائم العمد أن يكون الفعل المكون للجريمة مباشرة لا تسبباً ، ومعنى ذلك أن يكون الفعل هو ذاته ماساً بحق المجني عليه فلا يتخلل بينه وبين ذلك المساس أي فعل آخر . فإذا كانت الجريمة قتلاً عمداً مثلاً ، إشتراطوا للقصاص أن تكون مباشرتها بأداة من شأنها إحداث القتل ، وإلا كانت الدية هي الواجبة لا القصاص ، أي أن الدية كانت تجب دون القصاص في جميع الجرائم غيرالعمد ، وفي جرائم القتل أو الجرح العمد تسبباً ، ورغبة في الحد من القصاص فقد قرر فقهاء الشريعة الإسلامية عدم قابلية القصاص للتجزئه حتى عند توافر شروطه ، بحيث يمتنع تطبيقه وتصبح الدية وجوبية بدلاً منه إذا تعدد الجناة ، وكان القصاص ممتنعاً بالنسبة لأحدهم لفقده التمييز أو بغير ذلك من الأسباب التي تدفع المسؤولية كحالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة (2) .

### 3.4.1 الجرائم العامة والجرائم الخاصة

فرقت الشريعة الإسلامية شأنها شأن الشرائع الأخرى والتي سبق وأن أشرنا إليها بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة ، فقد ميزت بين الجرائم التي تقع على حق الله ، أي حق المجتمع ، حيث يكون للدولة حق معاقبة الجاني ، وحصرت العقوبات العامة في " الحدود ، والتعزير ، والكفارة ، والحرمان من حق الإرث " .

(1) شلتوت ، محمود ، 1983 ، الإسلام عقيدته وشريعته ، ط6 ، دار الشروق ، بيروت ، ص 394- 395 .

(2) مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات - في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ص 97- 98 .

ومن خصائص هذه العقوبات أنها لا يرد عليها النزول ، ولا الصلح ولا تنتقل إلى الورثة . أما الجرائم الخاصة التي تقع على حق العبد ، فجزاؤها عقوبات خاصة يجتمع فيها معنى العقوبة ومعنى التعويض في آن واحد ، وهذه العقوبات خمس هي القصاص في الحالات وبالقيود التي تقدم ذكرها ، والتعزير والدية والإرش وحكومة العدل . ولأن جزاء الأعتداء على حق العبد لا على حق الله خلافاً للعقوبات العامه ، فإنها يرد عليها النزول والصلح وتنتقل إلى الورثة (1) .

#### 4.4.1 موقف التشريع الإسلامي والقانون المدني الأردني فيما يتعلق بالجرائم التي

##### تقع على المال

لم يكن لهذا النوع من الجرائم في الجاهلية شأن يذكر ، فلم ينشأ بشأنها عرف يستحق الذكر ، ولم يرد في الشريعة الإسلامية نص خاص فيها ، ولم ترد عنها نصوص خاصة في القرآن الكريم . لذلك لم يكن أمام فقهاء الشريعة الإسلامية في مجال التشريع إلا الإجتهد ، لذا عمل الفقهاء على إبتداع أحدث النظريات في هذا الشأن ، كما هو شأن نظريتهم في إساءة إستعمال الحق . فتعرضوا لأهم جرائم المال وهي (الغصب والإتلاف) ، وسوف نتعرض لهذه النظريات وعن الضمان (التعويض) في القانون المدني الأردني من خلال ما يأتي :

#### 5.4.1 الغصب والإتلاف الواقع على مال الغير

##### أولاً : الغصب

الغصب : هو أخذ مال الغير ظلماً أو قهراً جهاراً بغير إذن مالكة (2) .  
أو هو الإستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق (3) ، فهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع ، لقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن

(1) الفكهاني ، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني ، ص 1227 - 1228 .

(2) الزحيلي ، وهبه ، 2006 ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء السادس ، دون طبعه ، دار الفكر ، دمشق ، ص 4787 .

(3) المقدسي ، شمس الدين بن قدامه ، 2004 ، المغني ، الجزء السابع ، دون طبعه ، دار الحديث ، القاهرة ، ص 29 .

تكون تجارة عن تراض منكم) (1). فقد إنصب إجماع التشريع الإسلامي على أن من أسباب الضمان أن يغصب الإنسان شيئاً مملوكاً للغير ، ويهلك ذلك الشيء تحت يده ، لذا فقد أوجبت الشريعة الإسلامية على الغاصب أن يرد الشيء المغصوب عيناً . وإذا تلف المغصوب ولو بغير خطأ من الغاصب كان هذا (الغاصب) ضامناً . كما طبق ذلك في حالي السرقة وقطع الطريق ومن الأمثلة على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم " من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين " (2). حيث اخبر النبي عليه السلام أنه يغصب ويظلم فيه ، ولأن ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمقول ، ولأنه يمكن الإستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه ، مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها ، فأشبهه ما لو أخذ الدابة والمتاع وأما إذا حال بينه وبين متاعه فما إستولى على ماله فنظيره أن يحبس المالك ولا يستولى على داره ، وأما ما تلف من الأرض بفعله أو سبب فعله تلف أي شيء مقام على هذه الأرض فيضمنه (3) .

فإذا أُلّف المال المغصوب في يد الغاصب فعليه ضمانه ، سواء كان سبب الإلتلاف يعود إلى الغاصب أو يعود إلى المال المغصوب أو إلى سبب غير ذلك (4).  
**ثانياً : الإلتلاف .**

الإلتلاف : لقد عرفت الشريعة الإسلامية الإلتلاف بأنه إخراج المال من أن يكون منتفأً به منفعة مطلوبة منه عادةً ، وأن من أُلّف مالاً أو نفساً أو عضواً من نفس أو فوت جمالاً في عضو بغير حق شرعي فعليه ضمان ما أُلّف ، وبالتالي فهو موجب للضمان لأنه إعتداء وإضرار بأموال الغير (5) .

(1) سورة النساء ، الجزء الخامس ، آية 29 .

(2) صحيح البخاري ، بدء الخلق ، باب : ما جاء في سبع أرضين ، حديث رقم : 3026 .

(3) المقدسي ، المعنى ، ص 33-34 .

(4) الخن ، مصطفى ، وآخرون ، 2006 ، الفقه المنهجي ، المجلد الثالث ، ط 5 ، دار القلم ، دمشق ، ص 362 .

(5) الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ص 4825 .

إلا أن الفقه فرق بين نوعين من الإلتلاف هما الإلتلاف مباشرة والإلتلاف تسبباً ، وجعل لكل منها حكمه من حيث الضمان .

**أولاً : الإلتلاف مباشرة .** إن الإلتلاف مباشرة هو إلتلاف الشيء بالذات دون أن يتخلل بين فعل الفاعل وبين التلف فعل آخر (1) .

**ثانياً : الإلتلاف تسبباً .** وهو إلتلاف الشيء بإحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على ما جرت عليه العادة . بمعنى أن الإلتلاف تسبباً يكون إذا تخلل بين الفعل والتلف أمر آخر يفضي إليه ، ويكون هو السبب في حدوث التلف (2) .

#### 6.4.1 الضمان (التعويض) في القانون المدني الأردني

والضمان هو التعويض المدني المحض ، والضمان نوعان هما ضمان العقد وهو ما يسمى بالمسؤولية العقدية ، وضمان الفعل وهو ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية في خصوص المال . أي بمعنى أن ضمان الفعل لا يكون إلا في الجرائم التي تقع على المال (3) .

لقد نصت المادة (256) من القانون المدني الأردني على أن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " . ومن خلال هذه المادة يقرر المشرع الأردني قاعدة عامة مفادها أن كل فعل يحدث ضرر بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر ولو كان فاعله غير مميز . لذا فإن هذه القاعدة تكون من خلال نص المادة المذكورة قد إستندت على ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من أنه " لا ضرر ولا ضرار " وأيضاً " الضرر يزال " حيث جاءت هذه المادة بعبارات موجزة صريحة وواضحة لحكم المسؤولية عن الفعل الضار في عناصره الثلاث ، وهي أن الإضرار لا بد أن يكون له سبب وهو الفعل أو عدم الفعل سواء كان هذا

(1) شلتوت ، الإسلام عقيدته وشريعته ، ص 423 .

(2) الزحيلي ، وهبه ، 1982 ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي ، ط 1 ، دار الفكر ، دمشق ، ص 28 .

(3) الدناصوري ، عز الدين ، الشواربي ، عبدالحמיד ، 1992 ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، ط 2 ، دون دار نشر ، ص 54 .

الفعل قد حصل نتيجة القيام بفعل إيجابي أو فعل سلبي ثم الضرر ، ثم العلاقة السببية ما بين الفعل والضرر ، مما يؤدي إلى أن يترتب على ذلك ، الإلتزام بالتعويض (الضمان) عن الضرر الذي أصاب الغير (1) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن لفظ " الإضرار " في هذا المقام تغني عن سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعض في معرض التعبير ، كإصطلاح " العمل غير المشروع " أو العمل المخالف للقانون " أو " الفعل الذي يجرمه القانون " . وقد تعني أيضاً كلمة الإضرار هنا " مجاوزة الحد " الواجب الوقوف عنده " أو " التقصير عن الحد " الواجب الوصول إليه في الفعل أو الإمتناع عن الفعل ، مما يترتب على ذلك الضرر للغير ، إذن فهو قصد من الإضرار هو الفعل الإيجابي والفعل السلبي ، حيث تتصرف دلالاته على الفعل سواء كان الفعل عمد أم كان فعلاً مجرد من التعمد " الإهمال " على حد سواء ، أي بمعنى إذا كان الفعل الصادر من الشخص بالتعمد أم كان هذا الفعل بسبب الإهمال أو التقصير أو قلة الإحتراز أو أنه غير متعمد ، فالنتيجة أنه حصل الفعل وسبب هذا الفعل ضرر للغير، مما يستوجب على ذلك مسؤولية على الفاعل بالإلتزام بالتعويض ( الضمان ) عن هذا الضرر .

وأن محدث الضرر ملزم بضمان الضرر الذي سببه للغير من جراء الفعل الذي قام به ، وأن المادة (256) من القانون المدني الأردني لم تشترط أن يكون الفعل الصادر من الفاعل خطأ ، لذا مهما كان الفعل خاطئاً أم لم يكن فإن محدثه يُلزم بتعويض المتضرر من جراء هذا الفعل ما دام أن الضرر قد نجم عن الفعل الذي قام به الفاعل (محدث الضرر) . إلا أن هذه المادة جاءت مقيدة بنص المادة (257) من القانون الأردني بقولها " يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب ، فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون

---

(1) مدغمش ، جمال ، دحمان ، يحيى ، 2004 ، موسوعة شرح القانون المدني ، الجزء

السادس ، ص 32-33 .

الفعل مفضياً إلى الضرر " . ومن خلال نص هذه المادة فهي تستلزم شرطين أساسيين للزوم الضمان هما المباشرة والتسبب (1) .

أولاً : المباشرة : وتعني أن يكون الفعل الذي أحدث الضرر قد قام به الفاعل مباشرة ، دون أن يتخلل بين الفعل المباشر والضرر الحاصل أي فعل آخر . ومن الأمثلة على ذلك أن من يقوم بضرب شخص آخر فيؤدي هذا الضرب إلى موته مباشرة دون تدخل أي طرف آخر في إحداث الضرر فهو مباشر ، وأيضاً من يقوم بدهس إنسان فيحدث له ضرر فهو في هذه الحالات هو تسبب في الضرر بشكل مباشر ، وبالتالي فإن هذا الشخص الذي قام بالفعل مباشرة فهو يسأل عن تعويض الضرر الذي أحدثه للغير ، وأيضاً يسأل الشخص ولو كان غير مميز سواء كان مجنوناً في حالة أن أدى فعله مباشرة إلى إحداث الضرر للآخرين (2) .

ثانياً : التسبب : حيث يعني التسبب أن يحدث فعل الشخص في شيء ما يؤدي إلى تلف شيء آخر أو أن ينصب هذا الحدث على شخص يؤدي بهذا الشخص إلى مباشرة الضرر تجاه الآخرين ، ولا بد أن يكون هناك تعدي أو تعمد من قبل الشخص الذي قام بالفعل وأحدث الضرر . ومن الأمثلة على ذلك لو وضع إنسان حجراً في الطريق العام فاصطدم به أحد المارة إثناء سيره ليلاً ، مما أدى إلى إلحاق الأذى والضرر له ، ففي هذه الحالة فإن الشخص يعد متسبباً عما سببه من ضرر للآخرين (3) .

والتعدي هو إثبات العمل تسبباً دون حق من غير إشتراط الإهمال فيه . والتعدي في حالة التسبب هو مجرد ارتكاب الفعل الضار دون حق ، دون النظر إلى الحالة النفسية للمتسبب وعن وقوع إهمال منه أو عدم وقوع شيء من ذلك . غير أن فكرة التعدي لم تنب في الإطار الذي كان يحصرها في حالة الخروج عن حدود الحق ، بل

---

(1) خاطر ، صبري حمد ، 2009 ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، دون طبعه ، دون دار نشر ، ص 305 - 306 .

(2) باز ، سليم رستم ، 1988 ، شرح المجلة ، ط3 ، دار العلم للجميع ، بيروت ، ص421 .

(3) أبو صد ، عماد أحمد ، 2011 ، مسؤولية المباشر والمتسبب ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية والقانون المدني ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص78 .



إتسعت لتشمل الإهمال وعدم الإحتراز والإساءة في إستعمال الحق . فصاحب الحق مقيد بواجبات تلزمه بالتبصر والحرص ، لعدم المساس بحقوق الغير ، وتستوجب منه أن لا تتصرف نيته إلى الإضرار بالغير عند ممارسة حقه . وهذه الواجبات تفترض أن يعيها من يلزم بها ، فأسمى تقدير التعدي على أساس شخصي بعد أن كان على أساس موضوعي . حيث أصبح يقاس بمجرد الخروج عن حدود الحق<sup>(1)</sup>. فالمسؤولية المدنية أو الإلتزام بالتعويض عن الضرر (الضمان) في القانون المدني الأردني لا تقوم المسؤولية على إلحاق الضرر بالآخرين مطلقاً ، فلا بد من أن يكون إلحاق الضرر حدث على نحو غير مشروع أو على نحو مخالف للقانون ، لأن القانون المدني الأردني من خلال المادة (256) قد أقام المسؤولية على الضرر الغير مشروع فإذا وجد الضرر حق الضمان من قبل محدثه<sup>(2)</sup> .

وقد جاء في نص المادة ( 91 ) من مجلة الأحكام العدلية أنه " إذا أُلّف صبي مال الغير فيلتزم الضمان في ماله " .

ومن الأمثلة على ذلك ما جاء بقرار لمحكمة التمييز الأردنية<sup>(3)</sup> بأن تشغيل شركة مصانع الإسمنت الأردنية لمصانعها وما ينتج عن هذا التشغيل لهذا المصنع من تطاير الغبار الإسمنتي الذي يشكل بدوره فعلاً ضاراً أدى إلى إلحاق الضرر بالأشجار والمزروعات ونقصان إنتاجها ونقصان قيمة الأرض العائدة للمواطنين في مكان تواجد هذا المصنع ، وأن هذا الفعل يوجب الضمان على الشركة إنطلاقاً من نص المادة (256) من القانون المدني الأردني ، ففي هذه الحالة فإن الشركة تكون ملزمة بتعويض الضرر بقدر ما لحق المضرور من ضرر من جراء تطاير الغبار الذي سبب الأضرار للمواطنين ، حيث أنه في هذا المقام لا يمكن القول بأنه إذا

---

(1) النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر ، ص72.

(2) سوار ، محمد وحيد الدين ، 1996 ، الإتجاهات العامة في القانون المدني الأردني ، دراسة موازنه بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص133 .

(3) تمييز حقوق رقم 675 / 2002 تاريخ 20 / 3 / 2002 منشورات مركز عداله .

كانت هناك مشروعية عندما قامت الشركة بإنشاء المصنع ، فإن ذلك يسبغ المشروعية على تشغيلها للمصنع بشكل يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير .

حيث أن القاعدة تقول في تصرف المالك في ملكه ، يجب أن يتصرف في ملكه كيفما شاء وكيفما يريد مالم يكن تصرفه ضاراً بالغير ، ومخالفاً للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة عملاً بنص المادة (1021) من القانون المدني الأردني ، أي بمعنى أن يتصرف المالك في ملكه بشكل لا يخالف القانون ، فإذا تصرف المالك في ملكه بشكل ضار بالغير يعتبر هذا التصرف تعدياً وبالتالي يكون موجباً للضمان<sup>(1)</sup>.

ويستخلص من طبيعة نهي القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه ، إلى إلزام موجه إلى الناس كافة ، بعدم الإضرار بالغير ، وبالتالي فإن الإضرار بالغير ، هو مخالفة ما نهى القانون ، مما يقتضى أن يكون هناك إلزام من الناس بأخذ الحيطة والحذر والتبصر وبذل العناية اللازمة عند القيام بالعمل ، وأن الفعل إذا كان مؤدياً إلى الضرر في ذاته ، ففي هذه الحالة إستوجب ضمان ما ترتب عليه من ضرر ، لأنه يكون الفعل هنا فعلاً محضوراً من خلال النظر إلى النتائج التي تترتب على هذا الفعل الذي صدر من الفاعل ، فإذا كان الفاعل عديم الأهلية أو ناقص الأهلية أم كان مميزاً أم غير مميز فإنه لن يؤثر ذلك على أن الفعل الذي صدر من الفاعل ترتب عليه ضرر بالغير لأنه يوجب الضمان على الفاعل .

---

(1) مدغمش ، دحمان ، موسوعة شرح القانون المدني ، ص43.

## الفصل الثاني

### تحديد ماهية الفعل الضار (الخطأ السلبي)

الفعل الضار هو عبارة عن السلوك الشخصي غير العادي للإنسان ، وينطوي هذا السلوك على القيام بفعل أو إمتناع عن القيام بفعل أو إساءة ممارسة حق مشروع ، وبناءً عليه يقتضي للقول بوجود فعل أو عدم وجود هذا الفعل ، والمقارنه ما بين هذين السلوكين ، السلوك الذي قام به فاعل الضرر والذي يسمى بالفعل الإيجابي ، والسلوك الذي كان يفترض أن يقوم به ولكنه إمتنع عن القيام به وهو ما يسمى بالفعل السلبي (1) .

فإذا كان الفعل يحصل عادة بفعل إيجابي فإنه يمكن أن يتخذ له شكل الإمتناع عن عمل واجب لدرء نتيجة ضاره . فإن أحجم الشخص عن إتيان عمل كان من الواجب قانوناً أن يأتيه في الظروف التي كان فيها ، فإنه يرتكب خطأ يُسأل عنه لو سبب هذا الخطأ ضرر على الغير . ومن الملاحظ أن الفعل الإيجابي هو الأكثر وقوعاً وغالباً ما يؤثر في الآخرين ، وإن الحق ضرراً بهم ، هنا لا تثور أية مشكلة في قيام مسؤولية على الفاعل ، ووجوب تعويض المضرور عما أصابه من ضرر ، لأن الواجبات القانونية تأتي في غالبها ناهية عن أعمال ولا تأمر بأفعال معينة أو تدابير واقية إلا في حالات محدّدة .

أما الفعل السلبي (الإمتناع) فقد ثار خلافاً في الفقه حول مسؤولية الشخص الذي يمتنع عن القيام بعمل غير منصوص عليه من قبل القانون .

والتساؤل الذي نريد أن نطرحه ، ما مسؤولية الشخص الذي يتخذ موقفاً سلبياً أو يقف موقف المتفرج من حادثه وقعت أمامه ، هل يعتبر موقفه هو السبب في إحداث الضرر أم أن الضرر قد حصل بفعل غيره ولكنه لم يمنع حدوثه ؟ فهل يمكن مساءلة الممتنع عن تعويض الضرر الذي لحق بالآخرين ؟

---

(1) النجار ، ندى البدوي ، 1997 ، أحكام المسؤولية ، ط1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب ،

طرابلس ، ص21 .

وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي لنا الرجوع إلى التيارات الفقهية التي تصدت له :-

**التيار الأول :** والذي ينطلق من فكرة عدم إلزام الشخص إلا بما يمليه ويوجبه عليه القانون ، فإمتناع الشخص عن عمل لا يفرضه القانون عليه ، لا يعتبر من قبيل الخطأ المحاسب عليه (1) .

**التيار الثاني :** والذي ذهب إلى القول بنفي المسؤولية عن إمتناع عن العمل ، بحجة أن النتيجة الحاصلة (الضرر) ترجع إلى العامل الأول الذي أدى إلى حدوثها دون أن يكون للإمتناع دخل فيها ، وبالتالي فإن هذا التيار يكون قد أعتمد على رابطة السببية في إحداث الضرر (2) .

**التيار الثالث :** والذي يرى أن الإمتناع هو السبب لقيام المسؤولية ، إذا كان من إمتنع قد اراد بموقفه السلبي (إمتناعه) أن يقع الضرر بالضحية التي أرادها ، فهنا يكون الفاعل قد أراد وقوع الضرر بالضحية على وجه الخصوص (3) .  
ومن خلال هذا الفصل سيتم الإجابة على هذه التساؤلات من خلال تعريف الفعل السلبي وتمييزه عن الفعل الإيجابي . وما مدى خضوع الفعل الضار للقواعد العامة .

## 1.2 ما هية الفعل الضار (الخطأ السلبي)

ومن خلال ما يأتي سيتم توضيح مفهوم الفعل الضار (الخطأ السلبي) وكيفية تمييزه عن الفعل الإيجابي ، وما مدى خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ .

---

(1) مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ص 272 .

(2) النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر ، ص 198 .

(3) النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر ، ص 199 .

## 1.1.2 مفهوم الفعل الضار (الخطأ السلبي) وكيفية تمييزه عن الفعل الإيجابي

لقد ثار خلافاً حول موضوع الفعل الضار (الإمتناع) الأمر الذي أدى إلى عدم التسليم بفكرة قيام المسؤولية على أساس الفعل السلبي (الإمتناع). وأن الإمتناع لا ينتج أي ضرر ، ويعود ذلك ربما إلى عدم تحديد فكرة الإمتناع وطبيعتها وما ينتج عنها من ضرر للغير ، ولم يتم تحديد ماهية الفعل الناتج من الإمتناع عن إجراء عمل معين . لذا لا بد من تعريف الفعل الضار (الإمتناع) ، كما سيتم تمييز الفعل الضار (الخطأ السلبي) عن الفعل الإيجابي .

## 2.1.2 تعريف الفعل الضار (الخطأ السلبي)

قبل الحديث عن الفعل الضار (الخطأ السلبي) لا بد لنا من الإشارة إلى أن المسؤولية التقصيرية تقوم على ثلاثة أركان ، وهي الفعل الضار ، والضرر ، والعلاقة السببية ما بين الفعل والضرر ، وسوف نقوم بدراسة ركن الفعل السلبي . وسوف نتعرض لمفهوم الخطأ بشكل عام .

لقد اختلف الفقه حول تحديد معنى الفعل السلبي ، فقيل أنه الإمتناع عن القيام بفعل أمر به القانون ، كمن يمتنع عن إنقاذ غريق رغم قدرته على إنقاذه ، رغم أن القانون يوجب المساعدة والقيام بها (1) .

أما بالنسبة للخطأ فقد قيل أنه عمل ضار مخالف للقانون ، أو الإخلال بالالتزام قانوني سابق ، أو الإخلال بالثقة المشروعه ، وقيل أنه إعتداء على حق ، وقيل أيضاً أنه إنتهاك لحرمة حق لا يستطيع من أنتهكت حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل .... ورغم هذه التعريفات التي قيلت فقد إستقر الفقه على تعريف الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية والذي يتمثل في إخلال بالالتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير مع إدراكه لهذا الإخلال ، وهذا الإلتزام القانوني هو دائماً إلتزام ببذل عناية الرجل الحريص ، بمعنى أن على كل شخص أن يتوخى في سلوكه

---

(1) الذنون ، حسن علي ، الرحو ، محمد سعيد ، 2002 ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام

، الجزء الأول - مصادر الإلتزام - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن ، ط1 ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، ص273 .

اليقظة أو التبصر نحو الغير حتى لا يضر بهم ، فإذا انحرف عن هذا السلوك ، وكان قادراً على التمييز - بحيث يدرك إنحرافه - كان هذا الإنحراف خطأً مستوجباً لمسؤوليته التقصيرية (1) .

ومن هنا يتضح لنا أن الفعل الضار يتمثل في إنحراف عن السلوك الواجب أو السلوك العادي مع إدراك الشخص لذلك . وهذان هما عنصران الخطأ في المسؤولية التقصيرية . ويتوقف الأمر هنا في معرفة ما إذا كان الفعل الضار الذي صدر من الشخص إنحرافاً أم لا على نفس الشخص المتعدي (الذي تسبب بالضرر) (2) ، لذا يمكن القول أن معيار الخطأ هو الإنحراف في السلوك الشخصي ، والسلوك الشخصي إما أن يكون سلوكاً إيجابياً متمثلاً بالقيام بعمل ، وإما أن يكون سلوكاً سلبياً متمثلاً في الإمتناع عن القيام بعمل ، وبشكل عام يتبين أن صور الإلتزامات القانونية ، إما أن تكون القيام بعمل ، وإما إعطاء شيء ، وهذه من صور السلوك الإيجابي ، أو الإمتناع عن القيام بعمل وهي من صور السلوك السلبي .

لقد اختلف جانب من فقه القانون المدني في وضع تعريف دقيق جامع مانع للخطأ السلبي (الإمتناع) ولم يُثر الجدل لديهم فحسب ، بل لدى فقه القانون الجنائي وهذا أمر ليس بالغريب .

لقد أطلق جانب من فقه القانون المدني على الفعل الضار (الخطأ السلبي) الفاظاً متعددة منها الإمتناع ومثال ذلك ، إذا لم يضيء السائق مصابيح سيارته إثناء سيره ليلاً فأدى ذلك إلى وقوع حادث إصطدام نتج عنه ضرر للغير ، وأيضاً أطلق عليه ، السلوك السلبي ، ومثاله أنه لو صادف طبيب جريحاً ينزف دماً ، ولم يقم بإسعافه وحصل له ضرر من جراء ذلك ، وأيضاً أطلق عليه الترك ، ومثاله ترك

---

(1) أبو السعود ، رمضان ، 2006 ، مصادر الإلتزام ، دون طبعه ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، ص 300-331 .

(2) سعد ، نبيل إبراهيم ، 2004 ، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، دون طبعه ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ص 391 .

المقاول حفرة حفرها في طريق عام دون وضع إشارة أو ضوء أحمر ليلاً للتنبية إلى وجودها (1) .

وأن جميع هذه الألفاظ تستخدم للدلالة على معنى واحد وهو الفعل السلبي ،لذا فإن أختلاف فقه القانون المدني في عدم وضع تعريف دقيق للفعل السلبي أمر ليس بالغريب ، لأن الإختلاف لم يكن لدى فقه القانون المدني فقط ، بل كان هذا الإختلاف لدى فقه القانون الجنائي . فذهب الفقه الجنائي إلى القول أن الفعل السلبي (الإمتناع) ، هو مخالفة واجب الحيطة والحذر والإنتباه كما تصفه قواعد السلوك في الحماية ، أو كما تمليه قواعد القانون (2) .

ومن خلال هذا التعريف يرى فقه القانون الجنائي أن لفظ مخالفة واجب الإحتياط يتضمن كل صور الخطأ ، وأن عدم الإنتباه (الإهمال) يكفي للتعبير عن كل صور الخطأ ، فالصور المتعددة للخطأ ليست إلا مترادفات للإهمال الذي يُغني عنها إذ يفصح عن إرادة إتخاذ سلوك خطر بغير حيلولة دون نشوء الضرر منه ، وأن عدم التبصر يغني عن تعدد صور الخطأ ، إذ أنها تتداخل مع بعضها البعض ويمكن أن تُجمع كلها في نطاق هذا اللفظ . وأن أفضل سبيل هو الإكتفاء بصورتين هما عدم الإحتياط ، والإهمال ، وهما تعبيران مختلفان ، فعدم الإحتياط يتمثل في القيام بعمل دون إتخاذ العناية الملائمة ، بينما الإهمال يتمثل في الإمتناع عن عمل يكون من الضروري القيام به لمنع حدوث الضرر (3) .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الجنائي إلى تعريف الخطأ غير المقصود بأنه " إخلال شخص بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون سواء إتخذ صورة الإهمال أو قلة الإحتراز أو عدم مراعاة الشرائع والأنظمة وعدم حيلولته تبعاً لذلك

---

(1) السرحان ، عدنان ، خاطر ، نوري ، 2000 ، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية - الإلتزامات - دراسة مقارنة ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص370 .

(2) عبدالستار ، فوزية ، 1977 ، النظرية العامة للخطأ غير العمدى ، دراسة مقارنة ، دون طبعه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 100 .

(3) حسني ، محمود نجيب ، 1977 ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ط4 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص680-684 .

دون أن يفضي تصرفه إلى إحداث النتيجة الإجرامية سواءً لم يكن يتوقها في حين كان ذلك بإستطاعته ومن واجبه أن يتوقها ، أو توقعها ولكنه حسب أن بإمكانه إجتنابها (1) .

ويتبين لنا من هذا التعريف أن إتجاه الإرادة إلى السلوك الإجرامي يتفق فيه القصد الجرمي مع الخطأ غير المقصود وإتجاه الإرادة إلى السلوك تتضمن العلم به أما عدم قبول وقوع النتيجة فهو الذي يميز الخطأ غير المقصود عن القصد الجرمي. والإرادة في الخطأ غير المقصود لا تتجه إلى النتيجة الإجرامية ولا ترغب في وقوعها على الإطلاق بل تأمل في أن لا تقع ، وهذا هو الذي يحدد ذاتية الخطأ في الجريمة غير المقصودة (2) . وهذا الذي يميز الفعل السلبي عن الفعل الإيجابي في الجريمة .

ومن خلال هذا التعريف إشتراط فقه القانون الجنائي العناصر الأساسية للخطأ السلبي (الإمتناع) هي كما يلي :

**أولاً : الإحجام عن إتيان فعل إيجابي معين**

إن الإمتناع ليس إحجاماً مجرداً وإنما هو موقف سلبي بالقياس إلى موقف إيجابي معين ، فالإمتناع يستمد كيانه من هذا الفعل الإيجابي ، وأن القانون هو الذي يحدد هذا الفعل ، ومثال ذلك إمتناع الزوج عن دفع دين النفقة الصادر بها حكم قضائي من المحكمة المختصة ، وأن عنصر الإحجام لا بد من وجوده ، إذا تحدثنا عن إمتناع سبب في حدوث جريمة ما ، فقانون العقوبات هو مقيد بمبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) . فإذا تحدثنا عن المسؤولية المدنية فلا يُشترط وجود هذا العنصر ، لأن في المسؤولية المدنية مجرد وجود الإمتناع قد يسبب ضرراً للغير دون أن يكون هناك للإحجام عن إتيان فعل معين بذاته ، فإذا كان

---

(1) المجالي ، نظام ، 2005 ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص361-362 .

(2) نجم ، محمد صبحي ، 2008 ، قانون العقوبات ، القسم العام ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص208-212 .



الإمتناع سبب ضرراً للآخرين فلا بد أن يكون تعويض عن الضرر الذي حدث دون حاجة للنص عليه وفقاً للقواعد العامة (1) .

### ثانياً : الواجب القانوني

يستمد السلوك السلبي (الإمتناع) أهميته القانونية من الأهمية التي يسبغها القانون على الفعل الإيجابي ، فلا وجود للإمتناع إلا إذا كان الفعل الإيجابي قد فرض فرضاً قانونياً على من إمتنع عنه . ولذا فقد يكون مصدر الإمتناع هو الواجب القانوني الذي يفرضه القانون على من إمتنع عن القيام بهذا الواجب وليس شرطاً أن يكون مصدر الإمتناع هو القانون ، فقد يكون مصدره الواقعة المادية كالفعل الضار ، ومثاله إمتناع الشاهد عن الحضور للإدلاء بشهادته . وقد يكون مصدر الإمتناع أيضاً التصرف القانوني للعقد ومثاله العقد المبرم مع الموظف ، كواجب الممرضة تجاه المريض وتقديم المساعدة له (2) .

لذا فإن الواجب وفقاً لقواعد القانون قد يكون مصدراً لنشوء الواجب القانوني، فإذا صح هذا فإن الإمتناع يُعد سبباً لقيام المسؤولية الجنائية أو المسؤولية المدنية إذا كان هذا الواجب قد فرضه القانون .

### ثالثاً : الصفة الإرادية للإمتناع .

والصفة الإرادية للإمتناع أن تكون الإرادة مصدر الإمتناع ، فإذا إنعدمت صفة الإرادة فإنه لا يمكن أن ينسب إليه الإمتناع . فالإمتناع أو السلوك السلبي من الضروري أن تتوافر الصفة الإرادية فيه ، أي بمعنى أن تكون الإرادة هي مصدر الإمتناع وأن تتوافر صلته السببية بين الإرادة والمسلك السلبي الذي إتخذه الممتنع . فمثلاً إذا أصيب الشخص في حالة إغماء أو تعرض لإكراه مادي حال بينه وبين القيام بالفعل الإيجابي (الواجب القانوني) ، فلا يمكن أن ينسب إلى الشخص إمتناع خلال فترة الإغماء أو الإكراه (3) . ولكن الصفة الإرادية للإمتناع قد تتثير بعض الصعوبات بالنسبة لجرائم النسيان ، وهي تعتبر جرائم إمتناع غير مقصودة ،

(1) المجالي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ص 215 .

(2) حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ص 285-286 .

(3) نجم ، قانون العقوبات ، القسم العام ، ص 211 .

ومثالها عدم حضور الشاهد إلى المحكمة من أجل الإدلاء بشهادته في الوقت المحدد سلفاً ، واللازم والمعتاد أن الصفة الإرادية تعد متوافرة إذا ثبت أن الممتنع كان بوسعه أن يبذل القدر المعتاد من العناية للقيام بواجبه إذا كان نشاطه مجرماً بطريق الخطأ ، ولكن إذا بذل القدر المعتاد للقيام بواجبه ولم يقم بالفعل الإيجابي المطلوب وهو لا يريد ذلك ، فإن إمتناعه يكون مجرداً من الصفة الإرادية ولا يسأل جزائياً عن الإمتناع لأنه بذل القدر اللازم للقيام بواجبه ولكنه لم يتمكن من ذلك وبالتالي فإن الصفة الإرادية للإمتناع تكون غير متوافرة لقيام المسؤولية على الممتنع (1) .

ويتضح مما سبق أن الصفة الإرادية للإمتناع سواء أكان السلوك إيجابياً أم سلوكاً سلبياً يجب أن تكون الإرادة لها إعتبار من وجهة نظر القانون ، وبالتالي فالإرادة من وجهة نظر القانون هي الإرادة المميزه ، التي تصدر من الشخص المميز الخالي من أي عارض من عوارض الأهلية القانونية ، لذا فقد أقام القانون المدني الأردني المسؤولية المدنية على الإضرار لا على الخطأ الذي يتطلب التمييز، فقد جاء في المادة (256) من القانون المدني الأردني والتي نصت على أن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " لذا فإن القانون المدني الأردني المستمد أحكامه من الفقه الإسلامي يكون قد أقام المسؤولية على الإضرار وليس على الخطأ الذي يتطلب التمييز كما أسلفنا . وأيضاً الفقه الإسلامي أقام المسؤولية على الإضرار وبذا يكون غير المميز ضامناً للضرر الذي يحدثه للآخرين. وأيضاً فقد نصت المادة (916) من مجلة الأحكام العدلية على ذلك بأنه " إذا أُلّف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله " . ولذا فإن التفرقة ما بين الجريمة الإيجابية بطريق الإمتناع أو الترك والجريمة السلبية والتي تسمى بجريمة الإمتناع أو الترك ، أثارت جدلاً فقهيّاً في فقه القانون الجنائي حيث ميز فقه القانون الجنائي بين هاتين الجريمتين . وقد أعتبر الجريمة الإيجابية التي تقع بطريق الإمتناع أو الترك يتكون ركنها المادي من الإمتناع إلى جانب تحقق النتيجة الجرمية والذي يميزها عن الجريمة السلبية وهذه الجريمة يتحقق نموذجها القانوني بإمتناع مجرد دون حاجة إلى أن تعقبه نتيجة إجرامية من نوع معين . ومعناه يقتصر على الإشارة

---

(1) حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ص 287.

إلى الإمتناع فيقرر العقاب من أجله ومثاله إمتناع الشاهد عن الحضور لأداء الشهادة . أما الجريمة السلبية بطريق الترك أو الإمتناع ، فيفرض ركنها المادي إمتناعاً أعقبته نتيجة إجرامية فيفترض الركن المادي لهذه الجريمة أن تكون النتيجة أحد عناصره ، ومن أمثلتها إمتناع الأم عن إرضاع طفلها مما أدى إلى وفاته (1) .

فقد نصت المادة (343) من قانون العقوبات الاردني رقم (16) لسنة 1960 على أن " من سبب موت أحد عن إهمال أو قلة إحتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة عُوقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات " ، وأيضاً ذكر المشرع في المادة (64) من قانون العقوبات المذكور فقال " ويكون الخطأ إذا نجم الفعل الضار عن الإهمال أو قلة الإحتراز أو عدم مراعاة القوانين والإنظمة " .

ومن نص هاتين المادتين يتضح أن الإهمال هو صورة من صور الإمتناع أو الخطأ السلبى ، وبالتالي فإن الشخص الذي يمزح مع صديقه بسلاح محشو بالرصاص فتطلق منه رصاصة لعدم الإحتياط (الإهمال) وقلة الإحتراز فنقتله أو ترك الشخص السلاح في مكان ظاهر وبارز في بيته . ولنتيجة لعب الأطفال بهذا السلاح أنطلقت منه رصاصة أصابت أحد أفراد العائلة فنقتلته . مما يدل ذلك على أن الإهمال هو إمتناع الشخص عن عمل واجب فعله أو إتخاذ واجب الحيطة والحذر عند قيامه بالتصرف (وضع المسدس في مكان مخفي) (2) .

ومن خلال ذلك يتضح لنا أن عدم الإحتياط (الإهمال) يتمثل في عدم توقع الفاعل النتيجة ، لأن عدم إتخاذ ما ينبغي من وسائل الإحتياط عند قيامه بالتصرف وذلك للحيلولة دون وقوع النتيجة ، وهي الموت لهذا الشخص ، ادت إلى وقوع النتيجة . وأيضاً فقد يكون الإهمال هو حالة الشخص الذي يرتكب الخطأ بإتخاذه موقفاً سلبياً إتجاه ما يستوجب منه أخذ الحيطة والحذر . ومثاله الشخص الذي يقف موقفاً سلبياً أو موقف المتفرج عند مشاهدته لشخص يغرق دون أن يقوم بإنقاذه وهو

---

(1) السعيد ، كامل ، 1981 ، الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الأردني ، ط1 ،

منشورات الجامعة الأردنية ، عمان ، ص160-163 .

(2) الحديثي ، فخري ، الزعبي ، خالد ، 2009 ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ،

الجرائم الواقعة على الأشخاص ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص108-109 .

قادر على إنقاذه دون أن يسبب الضرر لنفسه ، فإن ذلك يدل أن هذا الموقف قد يكون صورة من صور الخطأ ولكنه إتخذ مظهراً سلبياً .

### 3.1.2 تمييز الفعل الضار (الخطأ السلبي) عن الفعل الإيجابي

لقد بدأ التمييز ما بين الفع السلبي والفعل الإيجابي في ظل القانون الروماني ، وعلى وجه الخصوص بعد وضع قانون إكيلييا الروماني ، وأن هذا القانون لم يقرر أن هناك مبدأً للمسؤولية ، إلا أن التفرقة بدأت عندما أوجد هذا القانون بعض من الحالات التي حدثت في ظل القانون الروماني عندما أعطى القانون للمضور الحق في رفع دعوى تعويض عن الإضرار التي تلحق به ، عند توفر شروط معينة ، والتي كان من أبرزها ان يكون الضرر قد وقع على جسم المجني عليه أو ماله بفعل مادي من الجاني ، وأن يكون هذا الفعل فعلاً إيجابياً لا مجرد إمتناع ، أي بمعنى أن الفعل السلبي في ظل هذا القانون لم يكن يرتب المسؤولية ، وقد جاء البريتور (1) ، فيما بعد وقام بتعديل بعض الشروط الواردة في هذا القانون رغبة في تخويل المجني عليه الحق في الحصول على التعويض في الحالات التي لم تكن تتوافر فيها تلك الشروط ، أي بمعنى أن القانون أصبح يرتب المسؤولية عن الضرر الحاصل حتى لو كان هذا الضرر ناتج عن خطأ سلبي أو إمتناع ، بل بمجرد التسبب في حصول الضرر (2) ، ورغم ذلك كله لم يتم التوصل إلى وضع مبدأ عام يفرق ما بين الفعل السلبي والفعل الإيجابي حتى في عهد جوستينيان (3) .

---

(1) البريتور . هو الحاكم العام ، الذي تشمل صلاحياته السلطات القضائية والإدارية في إصدار الأوامر والنواهي وإحالة النزاعات إلى القضاء للفصل فيها ، في عهد القانون الروماني ، أنظر ، العبودي ، عباس ، 1998 ، تاريخ القانون ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص 194 .

(2) مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، ص 75-76 .

(3) جوستينيان ، هو أحد فقهاء القانون الروماني القديم ، حيث كان له دور كبير في قيام المسؤولية على مجرد حدوث الضرر للغير ، أنظر ، العبودي ، تاريخ القانون ، ص 183-189 .

الذي قرر قيام المسؤولية في حالة حدوث الضرر نتيجة إمتناع (1) .  
أما بالنسبة للفقهاء الإسلامي : فقد أقام المسؤولية (الضمان) على الإضرار لا على الخطأ ، فإذا كان الفعل قد نتج عنه ضرر سواء كان هذا الفعل خطأً أم لا وجب جبر هذا الضرر والتعويض عنه ، وفكرة الضمان في الفقه الإسلامي لها عدة تعريفات والتي كان منها إلتزام بإحضار من عليه حق مالي لصاحب الحق . أو هو عقد يقتضي إلتزام حق ثابت في ذمة الغير (2) .

ومن هنا يلاحظ أن الضمان في الفقه الإسلامي متسع المفهوم فهو لا يقتصر في معناه الواسع على ما يسمى بالمسؤولية المدنية ، بل يمتد ايضاً إلى المسؤولية الجنائية ، كما أن كلمة الضمان في الفقه الحديث تعني بأنه " إلتزام بتعويض مالي عن ضرر أصاب الغير " .

لذا عرفت كلمة الضمان (المسؤولية المدنية) في القانون الوضعي بأنها تفيد معنى الإلزام والإلتزام . ولم يعرف الفقه الإسلامي تسمية المسؤولية المدنية ، فتلك تسمية غريبة عنه ، وإنما يطلق على موضوعاتها إسم الضمان ، والمقصود بذلك واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة أو الحكم على الإنسان بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته (3) . فقد أعتبرت الشريعة الإسلامية أن كل فعل ضار بالغير موجباً مسؤولية الفاعل أو المتسبب ، وإلتزامه بالتعويض عن الضرر ولو كان عن خطأ . فإن كان عن عمد يوجب أيضاً عقوبة على الفاعل (4) . وقد تضمن هذا المبدأ الحديث الشريف القائل : " لا ضرر ولا ضرار " .

---

(1) حليو ، مصطفى عبدالقادر ، 1991 ، عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري ، رسالة ماجستير غير منشورة ، الجامعة الأردنية ، عمان ، ص76-77 .

(2) الجزيري ، عبدالرحمن بن محمد عوض ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دون طبعه ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ص180-181 .

(3) شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، ص412-418 .

(4) الزرقا ، مصطفى أحمد ، 2004 ، المدخل الفقهي العام ، الجزء الأول ، ط2 ، دار القلم ، دمشق ، ص57 .

ويبنى على ما تقدم بأن الفقه الإسلامي قد أقام المسؤولية على الضرر . حيث أنه حدد وجوب الضمان في ثلاثة أسباب تتمثل بما يلي :

السبب الأول هو إلزام الشارع ، والسبب الثاني الإلتزام بالعقد ، أما السبب الثالث فهو الإضرار . وينقسم الضمان في الفقه الإسلامي إلى قسمين أولهما ضمان العقد وينشأ هذا الشرط عند مخالفة شروط العقد . والشرط الثاني ضمان العدوان وينشأ هذا الشرط عند ارتكاب الفاعل لفعل محرم أو ترك واجب يؤدي إلى الإضرار بالغير ، وهو ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية أو الفعل الضار ، والفعل الضار إما أن يقع على الإنسان وإما أن يقع على المال والحيوانات والجماد (1) .

وهنا لابد من الإشارة إلى أركان الضمان وهي التعدي (الخطأ) والضرر والرابطة بين التعدي والضرر . فلا يجب ضمان الشيء إلا إذا توفر معنى التضمين، والتضمين لا يتحقق إلا بوجود ركنين : هما التعدي والضرر ، ويفهم ذلك من كلام الفقهاء عن الغصب والإتلاف والجنايات . وأما الرابطة ما بين التعدي (الخطأ) والضرر تكون إما مباشرة أو تسبباً . أما بالنسبة لضمان الأموال فيتخذ عدة صور والتي كان منها الغصب والإتلاف ، ولا يتحقق هذا إلا إذا توافرت الأركان الثلاث وهي التعدي والضرر والرابطة بينهما ، والتعدي نوعان التعدي الإيجابي والتعدي السلبي . فالتعدي الإيجابي كالأحراق والانحراف والإتلاف أو أخذ مال الغير دون إذن مالكة وإتلافه أو بإطلاق الرصاص على إنسان فيقتله أو يسبب له الإضرار وهذا الفعل قد يقع إما تسبباً أو مباشرة . أما التعدي السلبي والذي يتمثل بترك حفظ الوديعه أو الإمتناع عن تقديم الطعام للمضطر إليه أو عن تقديمه لسجين حتى مات ، فإن ذلك يعتبر إعانه على القتل ومسبباً للهلاك المستوجب للضمان . والفعل الضار الذي يعتبر سبب من أسباب الضمان في الفقه الإسلامي له قسمان هما فعل ضار يقع على الإنسان ، وفعل ضار يقع على ما سواه من الحيوانات والأشياء (2) .

---

(1) سراج ، محمد أحمد ، 1998 ، أصول الفقه الإسلامي ، دون طبعه ، دار الجامعة الجديدة

للنشر ، القاهرة ، ص402-403 .

(2) سراج ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، ص86-87.

وقد فرق الفقه الإسلامي ما بين الإعتداء الذي يقع على المال والحيوان فاعتبره ضرباً من الجنايات . وأن الجناية في الأصل جناية تقع على البهائم والجمادات ، وجناية تقع على الإنسان ، وفي القانون الجنائي يسمى الفعل الضار الذي يقع على الإنسان بالمسؤولية الجنائية ، والفعل الضار فيما سواه بالمسؤولية التصويرية . والضمان الذي يقع على الإنسان يسمى في الفقه الإسلامي بضمان الجنايات . وتعرف الجنايات بأنها : كل فعل محرم ، حل بمال أو نفس كالقتل ، فالمراد هنا هو الفعل المحرم الذي يقع على النفس والأطراف ، فالأول هو القتل والآخر هو الجرح ونحوه ، كالقطع والاجهاض ، فالقتل فعل يقع على الإنسان وتزول به حياته . فإذا بقي على قيد الحياة ولم تزل الحياة بهذا الفعل كان ذلك جرحاً ولا تتحقق هذه الجناية إلا بتوافر ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي . ويتحقق الركن المادي بالإتيان بالفعل المحظور ، إيجاباً أو سلباً ، ومثال الفعل الإيجابي هو إطلاق الرصاص على إنسان ، أما الفعل السلبي فمثلاً الإمتناع عن تقديم الطعام للمضطر إليه وهو مستغن عنه حتى مات أو ترك علاج الجريح حتى يهلك (1) .

وقد إستقر الفقه الإسلامي بأن الإضرار بالمباشرة قد يقع عن طريق الإمتناع ولا يشترط في المباشرة وقوعها بفعل إيجابي مثل قطع أشجار الغير بدون حق أو الإمتناع عن تسليم الوديعة لصاحبها عند طلبها . وكذلك الأمر بالنسبة للإضرار بالتسبب ، فيمكن أن يقع الضرر تسبباً بالإمتناع عن القيام بعمل ، ومثاله حفر بئر في الطريق العام بدون ترخيص من السلطة الإدارية المختصة ، فيمتنع عن التنبيه أو وضع إشارة تدل على وجود هذه الحفرة فيقع فيها إنسان أو حيوان فينتلف ، فإن الضمان في هذه الحالة يكون على الشخص (الحافر للحفرة) لأنه متعد بفعله ولأنه إمتنع عن التنبيه إليها (2) .

---

(1) فيض الله ، محمد فوزي ، 1983 ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ، ط 1 ، مكتبة التراث الإسلامي ، الكويت ، ص 71-73 .

(2) الزحيلي ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي ، ص 21-22 .

والذي يؤكد ذلك ما جاءت به القاعدة الفقهية التي تقول " أداء الواجب لا يتقيد بوصف السلامة وفعل المباح يتقيد به " . أي بمعنى أن فعل الواجب لا يكون سبباً للضمان ، ولو أدى هذا الفعل إلى ضرر ، فالقاضي عندما يقوم بواجبه في فصل الخصومات بين الأطراف المتنازعه فلا يجب عليه ضمان ما يترتب على قيامه بعمله أو الجلاد الذي يقوم بتنفيذ حكم الإعدام ، وغير ذلك من الواجبات التي يقوم بها الناس بحكم أدائهم لأعمالهم ، ولا يجب عليهم ضمان ما يترتب على قيامهم بأعمالهم من أضرار معروفة سلفاً ، ومثاله لو أن مريضاً في بلدة ما بحاجة إلى طبيب ولا يوجد طبيب في هذه البلدة ، فإن إسعاف هذا المريض هو واجب على أبناء البلدة من ناحية نقله إلى الطبيب أو المستشفى . أما فعل المباح فيختلف عن ذلك ، فهو يتقيد بتحري سلامة الآخرين وعدم القصد إلى الإضرار بهم ، ومثاله قيادة السيارة في الطريق العام هو عمل مباح ولكنه مقيد بعدم الإضرار بالآخرين ، أما إذا سبب ضرر بهم فهو موجب للضمان (1) . وأيضاً قول الله تعالى " فإن خفتم ألا يقيموا حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به (2) .

والأحكام الشرعية يمكن تصنيفها إلى خمسة أنواع ، النوع الأول هو الفرض ومعناه الوجوب ، والثاني الحرام ومعناه المحذور ، والثالث وهو المندوب ومعناه المستحب ، والرابع المكروه ومعناه المنهي الذي لا ذم على فعله ، أما الخامس وهو المباح ومعناه التخيير ، لأن خطاب الشارع إما أن يكون طلباً للفعل ، أو طلباً للترك ، أو تخييراً بين الفعل والترك (3) .

حيث تنقسم الأحكام الشرعية عند الأصوليين إلى نوعين :- الحكم التكليفي والحكم الوضعي .

الحكم التكليفي : هو ما إقتضى طلب فعله أو تركه من العبد أو تخييره بين فعله وتركه (4) .

(1) سراج ، أصول الفقه الإسلامي ، ص 404-405 .

(2) سورة البقرة ، الجزء الثاني ، آية 229 .

(3) الزين ، سميح عاطف ، 1990 ، علم أصول الفقه الميسر ، ط 1 ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، ص 377-378 .

(4) زيدان ، عبدالكريم ، 2004 ، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي ، ط 1 ، مؤسسة الرسالة



والمثال على ما إقتضى طلب فعله من العبد قول الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " (1) . والمثال على ما إقتضى ترك الفعل قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم " (2) . أما المثال على التخيير بين القيام بالفعل وتركه قول الله تعالى : " فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله واذكروا الله كثيراً لعلمكم تفلحون " (3) . والحكم التكليفي عند الأصوليين يقسم إلى خمسة أقسام : والتي منها الواجب وهو ما طلب الشارع فعله من العباد طلباً محتوماً بحيث ترتب العقوبة على تركه . كما جاء في قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام " (4) . وهنا جاءت الصيغة التي طلب بها الصيام فرضت حتميته على المكلف ، استحق العقاب في حالة ترك هذا المفروض (5) .

أما الحكم الوضعي ، وهو ما يقتضى بجعل الشيء سبباً لشيء آخر أو شرطاً أو مانعاً منه أو كون الفعل صحيحاً أو غير صحيح (6) .

وهنا يكون السبب أن كل أمر جعل الشارع وجوده علامه على وجود الحكم وعدمه علامه على عدمه ، ومثاله الغصب لوجوب رد المغصوب إن كان قائماً ومثله ، أو قيمته إن كان هالِكاً . فإذا انتفى الغصب ، إنتفى وجوب العقوبة أو الضمان . ونسوق المثال التالي فمثلا البيع مباح إذا نظرنا له أنه لا يوجد مانع يمنع من البيع ، فهنا يكون البيع مباح وهذا هو حكم تكليفي كما أسلفنا سابقاً ، وهو سبب لثبوت ملك البائع للثمن ، والمشتري للمبيع وهذا حكم وضعي (7) .

---

للطباعة والنشر ، بيروت ، ص 26 .

(1) سورة المائدة ، الجزء السادس ، آيه 1 .

(2) سورة الحجرات ، الجزء السادس والعشرون ، آيه 11 .

(3) سورة الجمعة ، الجزء الثامن والعشرون ، آيه 10 .

(4) سورة البقره ، الجزء الثاني ، آيه 183 .

(5) خلاف ، عبدالوهاب ، 1998 ، علم أصول الفقه ، ط 10 ، دار القلم ، الكويت ، ص 105 .

(6) النملة ، عبدالكريم ، 1993 ، الواجب الموسع عند الأصوليين ، ط 1 ، مكتبة الرشد للنشر

والتوزيع ، الرياض ، ص 18 .

(7) زيدان ، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي ، ص 55-56 .

فقد نصت المادة (256) من القانون المدني الأردني على أنه " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " . ومن خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن موقف القانون الأردني جاء مطابقاً لموقف الفقه الإسلامي فقد أقام المسؤولية على الإضرار وليس على الخطأ ، لذا فقد إختير في القانون الأردني التعبير عن مقتضى الفعل الضار بالضمان بدلاً من التعويض ، لأن لفظ (الضمان) هو التعبير الشائع عند فقهاء الشريعة للدلالة على ما يلتزم به الإنسان في ذمته من المال المتلي أو النقود في معظم الحالات الموجبه لثبوت المال في الذمه كالغصب والإتلاف . وهكذا عبر القانون عن الفعل الضار بتعبير ضمان الضرر بدلاً من تعبير القانونيين بالتعويض . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني أول فصل الفعل الضار في (نظرة عامه) : (إذا كان الضمان بمعناه العام في لسان الفقهاء هو : شغل الذمه بما يجب الوفاء به من مال أو عمل . فإن كلمة (الضمان) قد تستعمل في الدلالة على المال المطلوب أدائه تعويضاً) .

لذا يكون الإضرار ملزماً للضمان والتعويض ، سواء أكان هذا الإضرار قد وقع بفعل إيجابي أم كان بفعل سلبي ، ومثاله أن امرأة تصرخ أحياناً ، فتحتاج إلى حفظها ، فإن لم يحفظها الزوج حتى قامت هذه المرأة وألقت بنفسها في النار عند الصرع فإن على الزوج ضمانها (1) . وأن نص المادة 256 من القانون الأردني قد إستندت في نصها على قول الرسول عليه الصلاة والسلام في الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار " فلذلك جعل المشرع الأردني الفعل الضار فعلاً غير مشروع وسبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف . ومن الملاحظ هنا لم يتحدث المشرع عن وجوب ثبوت خطأ في جانب المسؤول عن الضرر أو محدث الضرر ، وأنه لو كان قد إشتراط فعل هذا الخطأ لما أمكن مساءلة الطفل أو المجنون عن الضرر الذي يوقعه أي منهم لأنهم معدومي الإرادة ، والخطأ يرتبط بوجود الإرادة .

وأن موقف القانون المدني الأردني كان واضحاً من عدم إشتراطه للخطأ كركن في المسؤولية التقصيرية . إلا أن القضاء الأردني كان مقلداً للقضاء المصري - لأنه لا زال يتحدث عن الخطأ كركن أول في المسؤولية التقصيرية ، بالرغم من

(1) فيض الله ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ، ص 90 .

الفرق الواضح ما بين نص المادة 256 من القانون المدني الأردني وما يقابلها في القانون المدني المصري المادة 163 والتي جاء فيها " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض " . والصياغة بهذه الصورة تعني أن أي خطأ مهما قلت جسامته يرتب المسؤولية المدنية (1). فالأصل حسب ما يراه المشرع المصري في المادة المذكورة أعلاه أن المرء لا يُسأل إلا عما يقع منه شخصياً من أفعال ضارة ، فإذا أمكن مساءلته عن غير ذلك فإنما تكون مسؤوليته حينئذٍ مسؤولية خاصة فيها خروج عن الأصل . لذ فإن المشرع المصري من خلال هذه المادة وضع القاعدة العامة في المسؤولية إلى مسؤولية المرء عن فعله الشخصي (2) . فلذا لا نستطيع القول بأنه تم وضع معيار دقيق ومحدد نستطيع من خلاله التفرقة ما بين الفعل السلبي والفعل الإيجابي ، فهو أمر ليس باليسير ، فالفعل الإيجابي يقع عندما يقوم الإنسان بعمل ما ويغفل عن إتخاذ إحتياط معين كان يجب إتخاذه عند ممارسته لهذا العمل . كما لو أغفل شخص إطفاء سيارته قبل إقائها في سلة المهملات فتسبب في إندلاع الحريق (3) . والفعل السلبي فيكون بالإمتناع عن عمل أو إتخاذ موقف سلبي ومثاله إذا لم يضيء السائق مصابيح سيارته إثناء سيره ليلاً فإدى ذلك إلى وقوع حادث إصطدام وحدث ضرر ، إنما هو عدم قيام بعمل (4) .

أما بالنسبة لفقہ القانون المدني فقد وضع الفقه معياراً مزدوجاً للتفرقة ما بين الفعل الإيجابي والفعل السلبي ، يعتمد فيه على فكرتين ، الأولى : التلازم بين الفعل غير العمدي والسلبية ، والثانية : يُستدل على سلبية الفعل من إيجابية الإلتزام ، وإيجابية الفعل من سلبية الإلتزام ، فإذا كان الفعل غير عمدي فيكون فعلاً سلبياً ، أما إذا كان الفعل عمدياً ، فيجب البحث في الإلتزام الذي أخل به ، فإذا كان هذا الإلتزام

---

(1) عبد الستار ، النظرية العامة للخطأ غير العمدي ، ص 116 .

(2) مرقس ، الفعل الضار ، ص 33 .

(3) مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ص 271 .

(4) الحكيم ، عبدالمجيد ، الموجز في شرح القانون المدني - الجزء الأول - في مصادر

الإلتزام ، ط 5 ، مطبعة نديم ، بغداد ، ص 489 .

إيجابياً كالقيام بعمل فيكون خرقه بفعل سلبي ، وهو عدم القيام بعمل ، وإذا كان الإلتزام سلبياً كالإمتناع عن القيام بعمل فيكون فعله إيجابياً بالقيام بعمل . وإذا طبق هذا المعيار على الإمتناع عند ممارسة الشخص لعمل ما ، فإن الشخص الذي أهمل في إطفاء سيارته فتسبب في نشوب حريق ، فهذا الشخص لم يتعمد حدوث الضرر ولكنه أهمل إطفاء السيارة ، وأن الإهمال في هذه الحالة لا يدخل في مجال التعمد فلا يُعتبر خطأ هذا الشخص عمدياً وبذلك يكون فعله سلبياً وفقاً لهذا المعيار (1) .

فإذا طبق هذا المعيار في حالة الإمتناع عن ممارسة عمل معين ، ومثاله ذلك الشخص الذي أهمل في إطفاء السيارة ، وأدى ذلك الإهمال إلى التسبب في حدوث الحريق ، وبالتالي فإن هذا الشخص لم يكن يتعمد حدوث الضرر للآخرين ، ولكنه أهمل في إطفاء سيارته ، وبالتالي فإن الإهمال في القيام بالعمل لا يكون من قبيل التعمد ، ففي هذه الحالة يكون الفعل سلبياً حسب هذا المعيار (2) .

ويتضح لنا من خلال ذلك أن النظر إلى هذا المعيار والذي يتمثل في البحث في الإلتزام الذي أخل به هذا الشخص نجده أقرب المعايير التي يمكن الأخذ به للتمييز ما بين الفعل الإيجابي والفعل السلبي لدقته حتى أنه يمكن تطبيقه على الأفعال التي تصدر من الشخص أو على كل ما يمكن أن يتصور في ذهنه من أفعال يمكن أن يقوم بها هذا الشخص ، وبالتالي فإن الباحث يرى أن التمييز ما بين الفعل الإيجابي والفعل السلبي يكون عن طريق الفعل الذي قام به الشخص وكان واجباً عليه القيام به أو يأمر القانون القيام به ولم يقم به فيكون هذا الفعل إيجابي أما إذا لم يكن الفعل الذي قام به الشخص ليس واجباً عليه القيام به أو لم يأمر القانون القيام ، فإنه يكون هذا الفعل سلبياً .

---

(1) عامر ، المسؤولية المدنية التصيرية والعقدية ، ص188-190 .

(2) عناب ، مجد محمد ، 2012 ، الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية ، رسالة ماجستير ،

غير منشورة ، جامعة النجاح ، غزة ، ص19 .

## 4.1.2 مدى خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ

إن فكرة خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ تعد من أهم الموضوعات التي تباينت فيها آراء الفقهاء ، وذلك من حيث خضوع الفعل الضار ( الخطأ السلبي) للقواعد العامه ، وما مدى هذا الخضوع فيما يحتوي عليه من الأفكار والمضامين الهامة التي تساعد على حل العديد من الموضوعات والإشكاليات المتعلقة بالفعل الضار ( الخطأ السلبي) ، لما يتميز به من طبيعه خاصة جعلته يتميز عن الخطأ الإيجابي ، وسوف نتناول موقف الفقه الإسلامي والفقه القانوني والقضاء من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامه في الخطأ. وإمكانية خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامه ، كما هو مبين تالياً :

موقف الفقه الإسلامي من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ .  
وموقف الفقه القانوني من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ .  
وموقف القضاء من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ .  
وخضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامه في الخطأ .

## 5.1.2 موقف الفقه الإسلامي من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد

### العامه في الخطأ

قد يأخذ الفعل الضار (الخطأ السلبي) صورتين هما :  
الصورة الأولى : صورة الإمتناع المقترن بالفعل (الإمتناع بمناسبة عمل) .  
الصورة الثانية : صورة الإمتناع المجرد (البحث) .  
أولاً : صورة الإمتناع المقترن بالفعل (الإمتناع بمناسبة عمل) : ويقصد به الإمتناع عن القيام بواجب يفرضه الشرع أو القانون أو الإرادة على الشخص القيام به .  
ومثال ذلك إمتناع صاحب العمل عن إتخاذ الإجراءات الوقائية اللازمه لحماية

العامل أو الغير (1) . وبناءً على ما تقدم نجد أن هذا النوع من الخطأ السلبي (الامتناع عما يفرضه الشرع أو القانون أو الإرادة) يكون سبباً للضمان .

ويتضح لنا من هذه الصورة أنها تضمنت وجود التزام بالقيام بعمل يفرضه أو يوجب القانون على الشخص ، فإذا امتنع الشخص عن القيام به فإنه يعتبر في هذه الحالة متعدياً ، وقد ذهب الفقه الإسلامي إلى أن من ترك واجباً فترتب على تركه ضرر للغير فقد ضمن ، ومثاله أن من مر على لقطة فتركها ولم يلتقطها وهو عالم أنها معرضة للتلف ، ثم تلفت فإنه يضمنها ، لأنه في هذه الحالة قد تسبب عن تركه هذا الواجب تلف لها ، وهي مال فيضمن قيمتها ، ولأن الفعل الضار بإعتباره سبباً للنظمين ؛ فهو فعل محذور جعله الشارع سبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف (2) .

ثانياً : صورة الإمتناع المجرد (البحث) :- ويقصد به الإمتناع عن القيام بفعل أو عمل إيجابي لا يأمر الشرع به أو القانون ولم تخلقه الإرادة ، أي بمعنى الإمتناع الذي لا يقترن بأي فعل إيجابي . ومثال ذلك إذا ما شاهد شخص شخصاً آخر وهو يشرف على الغرق وكان بإمكانه أن ينقذه ويمد له يد العون والمساعدة ولكنه لم يفعل ووقف موقف المتفرج وتركه يلقي مصيره ، أو إمتناع الطبيب عن إنقاذ المصاب في حادثة الإصطدام (3) .

فقد اختلف فقه الشريعة الإسلامية حول هذا النوع :-

**الفريق الأول :** الذي لا يرى تضمين الممتنع أو مساءلته ، فقد رأى هذا الفريق إلى أن تلك الحالات وما شاكلها أن لا سبيل لتضمين الممتنع ، ذلك أن مناط التضمين حسب ما يراه هذا الفريق هو (الإتلاف) لا (التلف) ، أي بمعنى أن مناط المسؤولية عن هذه الأضرار هو أن يقوم الفاعل بفعل إيجابي يترتب عليه التلف ، وفي هذه الحالات لم يقم الإنسان بأي عمل إيجابي مادي وإنما إتخذ له موقفاً سلبياً محضاً ،

---

(1) جاد الحق ، إيداد محمد ، 2012 ، مدى لزوم (الخطأ) كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ، المجلد العشرون ، العدد الأول ، جامعة الأزهر ، غزة ، ص 207 .

(2) الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 41-43 .

(3) جاد الحق ، مدى لزوم (الخطأ) كركن من أركان المسؤولية التقصيرية ، ص 208 .

فإن موقفه السلبي هذا (عدم) والعدم لا يكون سبباً للإتلاف وإنما كان سبب الإتلاف (عملاً أو واقعه) أخرى هو الغرق أو الإصطدام (1) .

**الفريق الثاني :** يرى هذا الفريق وجوب تضمين الممتنع في حالتي الإتلاف والتلف وما شاكلها ، على خلاف ما ذهب إليه الفريق الأول ، وقد إستند الفريق الثاني على رأيهم بأن " صون مال المسلم واجب وأن من ترك واجباً مفروضاً عليه فقد ضمن ، وأن من مر على شبكة صيد فوجد فيها صيداً يمكنه تخليصه وحوزه لصاحبه ، ولم يفعل بل تركه حتى مات أو أكله حيوان مفترس ، فإنه يضمن ، وأيضا يحق الضمان على الشخص الذي لا يمد يد العون والمساعدة لإنقاذ الغريق أو إسعاف مريض وكان في إستطاعته أن يفعل ذلك ويدفع هذا الضرر ، ومن باب أولى أن يُسأل الشخص الذي لا يمد يد العون والمساعدة لإنقاذ إنسان كان بمقدوره إنقاذه . وقد إستدلوا أيضاً على ذلك بما قضى به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب (رضوان الله عليه) فقد روي أن رجلاً أتى أهل بيت فاستسقاها فلم يسقوه حتى مات عطشاً ، فضمنهم عمر بن الخطاب ديته ، وقال الإمام أحمد بن حنبل ، وقال الشوكاني في مؤلفه (نيل الأوطار) بمناسبة هذا القضاء : ففي هذا الحديث دليل واضح على أن من منع غيره ما يحتاج إليه من طعام أو شراب مع قدرته على ذلك ، فمات ، ضمن ، لأنه متسبب بذلك ، وسد الرmq واجب (2) .

يتضح لنا مما تقدم ذكره أنفاً بأن الفريق الأول إنطلق من جانب واحد وهو الجانب الذي تغلب عليه النزعة الفردية التي ترى بأن كل فرد من حقه أن يمتنع عن القيام بأي عمل لا يفرضه عليه الشرع أو القانون أو العقد أو الاتفاق ، وأن حرية الإنسان هي آية الإنسانية ومظهر الأدمية . أما الفريق الثاني فقد إنطلق من تفكير ونطاق أوسع ونزعة إجتماعية ظاهرة ، فإن وجود الإنسان في المجتمع يتحتم عليه ويفرض عليه واجبات إتجاه الآخرين في هذا المجتمع ، وإلا يعتبر هذا الشخص مقصراً إذا لم يقم بأداء هذه الواجبات وإحترامها إتجاه هؤلاء الأفراد داخل هذا المجتمع ، وبالتالي فإن الباحث يرى أن وجوب تحقق المسؤولية على الممتنع إنطلاقاً

(1) المقدسي ، المغني ، ص 419 .

(2) شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعته ، ص 407 - 408 .

من أن صون مال المسلم واجب وان من يترك هذا الواجب فهو ضامن ، وبالتالي فإن الباحث يرى خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) لقواعد الخطأ .

## 6.1.2 موقف الفقه القانوني من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد

### العامه في الخطأ

يرى غالبية الفقه (1) أن فعل الإمتناع (الخطأ السلبي) ، أنه ذو طبيعة قانونية خاصة ، أي بمعنى أنه فعل لا تترتب عليه مسؤولية الممتنع إلا في حالات خاصة معينه . ويمكن القول بأنه قد ينجم الضرر الذي يلحق الإنسان من جراء فعل إيجابي ارتكبه شخص من الأشخاص ، كالضرر الناشئ عن الضرب أو الجرح أو القتل ، كمن ضرب غيره أو جرحه أو قتله فإنه في هذه الحالة يكون قد قام بعمل إيجابي ، فعندما يكون هذا العمل خاطئاً نقول أن هناك فعلاً إيجابياً .

إلا أنه قد ينجم الضرر من خلال إمتناع الشخص عن القيام بإي عمل من الأعمال ، ومثاله الضرر الذي يسببه الطبيب للمريض الذي إستدعاه لمنزله لعلاج ، فرفض الطبيب الذهاب إلى منزل المريض من أجل معالجته ، فإن هذا الرفض يؤدي إلى ضرر للمريض ، فإذا كان هذا (الرفض) يمكن إعتبره من الناحية الفلسفية (عملاً) فإنه بلا شك هو (عمل سالب) إذا جاز التعبير ، وبالتالي فإذا كان هذا العمل السالب خاطئاً ففي هذه الحالة نقول بأن هناك (خطئاً سلبياً) . فإذا نظرنا إلى هذه المسألة نظرة فلسفية شاملة ، فإننا سوف نتوصل إلى القول أن (الإمتناع) قد يعتبر (عملاً أو فعلاً) (2) .

وإذا نظرنا إلى الإضرار أو التعدي في الفقه الإسلامي ، والقانون المدني الأردني بالتبعية ، لوجدنا أنه قد يقع بفعل إيجابي كما هو معروف ، وقد يقع أيضاً بالترك أو الإمتناع . ومثال ذلك أنه لو كان صاحب الغنم يرعى الغنم وأصيبت شاة وأراد صاحب الغنم ذبحها قبل أن تهلك وتموت ولا مديه معه ، وقد كان مع غيره

(1) أنظر في ذلك ، الذنون ، حسن علي ، 2006 ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ

- ط 1 ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، ص 189 .

(2) أنظر في ذلك ، الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، ص 190 .



من أصحاب الأغنام الأخرى مدية فطلبها من صاحبها ، إلا أن صاحب المدية إمتنع عن إعطائه إياها مما أدى ذلك الإمتناع إلى موت الشاه ، فيكون صاحب المدية ضامناً قيمة الشاه لأنه إمتنع عن إعطاء المديه لصاحب الشاه ، فيكون الممتنع تسبب بإمتناعه هذا تلف الشاه (1) .

ففي هذه الحالة فإن الشخص بإمتناعه يكون قد إتخذ موقفاً سلبياً نتج عنه الضرر للآخرين ، وسوف نسوق مثلاً آخر ، فسائق السيارة الذي يسير ليلاً فيصطدم براكب دراجة ولم يستطيع رؤيته بسبب عدم قيامه أو إمتناعه عن إضاءة مصابيح سيارته إثناء قيادته لسيارته في الليل ، فهنا يمكن القول أن السائق قد إقترف خطأً سلبياً نتيجة هذا الفعل أو العمل الذي قام به ، وهو الإمتناع عن إضاءة مصابيح سيارته إثناء القيادة ، ولو أن هذا السائق ارتكب حادثه أخرى في نفس الليله بسبب إنشغاله وتلفته إلى ملاحظة المارة مما أدى إلى عدم أنتباهه وبالتالي حرّمته من رؤية طريقه وما يوجد عليها ، لقليل أنه إقترف (خطئاً إيجابياً) نتيجة الإهمال أو عدم تبصره ، فإذا نظرنا إلى هذه الحادثة لوجدنا أن كل إهمال أو عدم تبصر يعتبر تركاً أو إمتناعاً . وهنا نريد أن نطرح التساؤل التالي : ماذا لو إمتنع أحد الأطباء عن مغادرة عيادته الخاصة أو منزله إلى الذهاب لأحد المرضى لإنقاذه وهو في حالة خطرة تستدعي وجود الطبيب ؟ هل يعتبر الإمتناع من قبل الطبيب عن أداء الواجب المهني ، في هذه الحالة هو إمتناع مجرد (بحت) أم أنه إمتناع بمناسبة عمل . فإن هذا التساؤل يحتاج إلى المزيد من البحث والإستقصاء من أجل أن نحدد هذه الفكرة هل هي إمتناع مجرد أم إمتناع بمناسبة عمل . فإن مشكلة جرائم الترك أو الإمتناع وبحث مسؤولية الممتنع لا تقتصر على فقه القانون المدني فحسب بل تتعداه إلى قانون العقوبات . ويمكن القول بأن كل من ألحق ضرراً بفعل غير مشروع بالغير ملزم بتعويض هذا الضرر ، وأذا تقرر وجود الخطأ ونتج عنه ضرر حتى لو لم يكن هناك نص قانوني بخصوص حادثة ما ، فالقاضي يملك حرية التقدير

---

(1) السرحان ، عدنان إبراهيم ، 1997 ، الفعل غير المشروع (الإضرار) كاساس

للمسؤولية التقصيرية (الإلتزام بالضمان) في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ،

بحث منشور في مجلة المنارة ، جامعة آل البيت، المجلد الثاني، العدد الثاني، ص130-131.

بتعويض الضرر . وبالتالي فإن القانون المدني لم يستطع التحرر من تأثير القانون الجنائي تحراً كاملاً ، بخصوص خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ ، حيث أن الإمتناع لا يعد خطأً مدنياً إلا إذا كان مخالفاً لنص قانوني يفرض على الممتنع القيام بالعمل الذي إمتنع عن القيام به . ولذا فقد إستند الفقه القانوني إلى فكرة السببية ، وأن الإمتناع سواء أكان إيجابياً أم سلبياً ، لا يصح أن يكون سبباً لقيام المسؤولية على الممتنع ، وذلك لعدم وجود رابطة السببية بين الضرر الذي وقع بالفعل وبين الإمتناع أو الموقف السلبي للممتنع (1) .

وبالتالي يرى غالبية الفقه أن الإمتناع قد يعتبر في بعض الحالات السبب في وقوع الضرر . ومن الأمثلة على ذلك السائق الذي يسير بسيارته ولا يستعمل جهاز التنبيه فيتسبب من خلال هذا الفعل (الإمتناع) في وقوع حادث وحصول الضرر للآخرين .

## 7.1.2 موقف القضاء من خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ

لقد كان القضاء الفرنسي يصدر في معظم أحكامه عن قاعدة أساسية ألا وهي : أن الإمتناع يخضع للقواعد العامة المقررة في الخطأ ، حيث يعتبر الإمتناع خطأً يلزم فاعله بالتعويض متى كان الشخص منحرفاً في سلوكه عن سلوك الشخص المعتاد السوي . وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في أن الإمتناع لا يوجب مساءلة مدنية إلا إذا كان يوجد على عاتق الممتنع إلتزام بالقيام بالعمل الذي إمتنع عنه ، فقد إكتفت المحكمة بوجود إلتزام بالقيام بعمل ولم تصف هذا الإلتزام بأنه قانوني ، مما قد يؤدي التوسع في خطأ الإمتناع إلى أن يشمل الإمتناع عما تقضي به قواعد الأخلاق (2) . وقد قضت المحكمة بضرورة أن يكون الإلتزام الذي يفرض

(1) أنظر في ذلك ، الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ ، ص 191-193 .

(2) نقض فرنسي مدني ، 24 / 12 / 1924 ، سيرى ، 1925 - 1 - 328 ، دالوز

الإسبوعي ، 1925 ، ص 120 . مشار إليه لدى ، مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، في الإلتزامات ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ص 276 .

على الممتنع القيام بتصرف إيجابي معين ، إلتزاماً منصوص عليه في القانون . وأن الإمتناع لا يعتبر خطأ وبالتالي لا يكون سبباً للتعويض إلا إذا كان العمل الذي حصل الإمتناع عنه محل (إلتزام مدني) . وقد قصدت المحكمة من ذلك أن يكون العمل الذي حصل الإمتناع عنه محل (إلتزام قانوني) سواء كان هذا الإلتزام أو الواجب منصوصاً عليه صراحةً أم كان من الواجبات العامه التي تقابل الحقوق المقررة للأفراد والتي يعين القاضي مداها بحسب ظروف كل قضية على حده (1) . وقد سايرت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها بعدم التسليم بمسؤولية الممتنع إلا إذا أخل الممتنع بالإلتزام إيجابي فرضه القانون بنص معين ، حيث قضت المحكمة بعدم مسؤولية الممتنع (صاحب الفندق) عن رفضه إستقبال نزيل وتركه في الطريق العام معرضاً لخطر الموت (2) . ورغم تسليمها بأن هذا الرفض يصد من الإعتبارات الإنسانية والأخلاقية ، إلا أنها لم تسلّم المحكمة بمسؤولية الممتنع بحجة إنتفاء النص القانوني الذي يضع على عاتق صاحب الفندق أي إلتزام إيجابي في هذا الشأن . ومن هنا يلاحظ أن القضاء الفرنسي قد أخضع الإمتناع للقواعد العامة في الخطأ ، فقد إعتبر الإمتناع خطأ يلزم فاعله بالتعويض متى كان سلوك الشخص منحرفاً عن سلوك الشخص اليقظ أو الشخص المعتاد السوي ، حيث يكون سلوك الممتنع مغايراً لهذا السلوك فيعد إمتناعه خطأ ، وينتفي الخطأ عندما يتفق سلوك الممتنع مع سلوك الرجل اليقظ أو الرجل العادي السوي (3) .

فقد أخذ القضاء الفرنسي بعد ذلك بالقواعد العامة في الخطأ في أحكامه ، وأن هذه القواعد هي قواعد مرنة تتيح للقاضي مراعاة قواعد العدالة والمصلحة العامة والمنطق السليم ، فأخذت تقضي بمسؤولية ذلك الشخص الذي إمتنع أو أهمل في

---

(1) نقض فرنس مدني ، 28 / 10 / 1935 ، غازيت القضاء ، 1935 - 1 - 537 ، دالوز الإيسوعي ، 1935 ، ص 537 . مشار إليه لدى ، مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ص 277 .

(2) نقض فرنسي مدني ، 28 / 1 / 1930 ، غازيت القضاء ، 1930 - 1 - 550 ، مشار إليه لدى ، مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، ص 265 .

(3) الخليلي ، حبيب إبراهيم ، 1967 ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنايئة في المجتمع الإشتراكي ، دون طبعه ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ص 99 .

إتخاذ الإحتياطات والإجراءات اللازمة لمنع الضرر الناتج من جراء حالة خطرة خلقها وأوجدها هذا الإنسان والتي قد تكون مصدر ضرر بالغير (1) . وعلى هذا الأساس قضت إحدى المحاكم الفرنسية بأن عدم وضع إشارات التوقف أو تخفيض السرعة على الطريق ، لا يعطي للسائق الذي يتابع سباقاً للدراجات حق تجاهل أو إغفال قواعد السير أو المرور وعلى الأخص لا يعفيه من المسؤولية و من واجب إلتزام السرعة المقررة و المحددة على الطرق أو في بعض الأماكن أو المنعطفات ، فإذا ما أحدث عدم إلتزامه بهذه الأنظمة والقواعد المرورية ضرراً بالغير فقد حقت عليه المسؤولية عن هذه الأضرار التي أحدثها للغير (2) .

أما بالنسبة لموقف القضاء الأردني ، فقد كان موقفه واضحاً من خلال نص المادة (256) والتي تنص على أن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " ، فيلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الأردني قد أقام المسؤولية على الإضرار لا على الخطأ ، وأن الإضرار يكون إما مباشراً أو تسبباً ، والتسبب يتصور فيها حالة الإمتناع ، ولذا يمكن القول بأن المشرع الأردني جعل الإمتناع موجباً للمسؤولية والضمان كما هو الحال في الفعل الإيجابي ، ويستند نص المادة المذكورة إلى قول الرسول عليه الصلاة والسلام " لا ضرر ولا ضرار " . فقد قررت محكمة التمييز الأردنية في صدد تحديد المسؤولية عن الضرر المادي والمعنوي أن شركة التأمين مسؤولة عن تعويض الورثة عن الضرر المادي والمعنوي المنصوص عليه بالمواد 256 و 266 و 267 / 2 من القانون المدني .

أن ثبوت مسؤولية سائق السيارة عن وقوع الحادث بسبب خطأ صادر منه . وأن التعويض عن الضرر الذي أصاب المدعين وهم ورثة المتوفى ، مقرر بحكم المادة 2/267 من القانون المدني الأردني . وحيث أن القانون لم يشترط للحكم

---

(1) نقض فرنسي مدني ، روان ، 6 / 3 / 925 ، مشار إليه لدى ، الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، ص 208 .

(2) نقض فرنسي مدني ، 28 / 1 / 923 ، مشار إليه لدى ، الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الخطأ ، ص 209 .

بالتعويض أن يكون الفعل الضار مقصودا ، وإنما أوجب بالمادة 256 مدني إلزام فاعل الضرر بضمان الضرر حتى لو كان فاعله غير مميز (1) .

ومن خلال هذا القرار نجد أن المشرع الأردني قد ساوى ما بين الفعل الإيجابي والفعل السلبي ، أي بمعنى أن المسؤولية التقصيرية تقوم في حالة أن توافرت باقي أركانها ، فقد اخضع القضاء الأردني الفعل الضار سواء كان إيجابيا أم سلبياً إلى القواعد العامة في الخطأ .

كما قضت محكمة التمييز الأردنية في حكم آخر لها (2) ، أنه إذا كانت الأسلاك مكشوفة (معرأة) المارة فوق منزل المرحوم مما جعلها تسبب ضرراً وتضعق المرحوم بمجرد ملامسته لهذه الأسلاك ، مما يعني ذلك أن هناك إهمال وتقصير من جانب شركة الكهرباء وعدم إتخاذها التدابير اللازمة لهذه الأسلاك التي تمر فوق أسطح المنازل وذلك لمنع حدوث الضرر للآخرين ، والذي يعتبر تعدي ويرتب المسؤولية على شركة الكهرباء من جراء الأضرار التي لحقت بالمضروب والتي أدت إلى وفاته . ومن الملاحظ هنا أن الإمتناع هو صورة من صور الإهمال الذي يعتبر تعديا حسب ما جاء بنص المادة 257 من القانون المدني الأردني حيث اعتبرت المحكمة ان عدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة كمن يرتكب فعلا يمنع عليه القيام به . وأيضا جاء بقرار محكمة التمييز الأردنية (3) ، أن حق المستأجر بإنشاء سدة في العين المؤجرة مقيد بشرط عدم الإضرار بالمالك بشكل جوهري ، حيث أنه يستفاد من نص المادة (256) من القانون المدني الأردني أنها تستظهر عبارات موجزة وواضحة ألا وهي في حكم المسؤولية عن الفعل الضار وأن لفظ الإضرار في هذا المقام هو مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عند الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الإمتناع حيث تنصرف دلالاته الى الفعل العمد او مجرد الإهمال على حد سواء .

(1) تمييز حقوق ، رقم 2886 / 2001 تاريخ 15 / 1 / 2002 ، منشورات مركز عداله .

(2) تمييز حقوق ، رقم 1979 / 2002 ، تاريخ 21 / 8 / 2002 ، منشورات مركز عداله .

(3) تمييز حقوق ، رقم 1962 / 1997 ، تاريخ 18 / 11 / 1997 ، منشورات مركز عداله .

فقد جعل المشرع الأردني الفعل الضار فعلاً غير مشروع وسبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف . فلم يتحدث المشرع الاردني عن وجوب ثبوت خطأ من جانب المسؤول عن الضرر ، فلو كان قد إشتراط مثل هذا الخطأ لما أمكن مساءلة الطفل أو المجنون عن الضرر الذي يوقعه أي منهم لأنهم معدومي الإرادة ، والخطأ يرتبط بوجود الإرادة .

لذا فقد جاء موقف المشرع الأردني من الفعل الضار (الخطأ السلبي) أو الإمتناع لا يختلف عن موقف الفقه الإسلامي ، من خلال نص المادة 256 من القانون المدني الأردني أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر ولو كان غير مميز ، وبالتالي ف، الفعل السلبي يخضع للقواع العامه في الخطأ ، لأن حكم الضمان بالتعدي في الفقه الإسلامي كما أسلفنا سابقاً موجب للضمان ، سواء أكان أمراً إيجابياً أم أمراً سلبياً ، والدليل على ذلك أن من إمتنع عن إطعام المضطر إليه أو إمتنع عن تقديمه لسجين حتى مات كان ذلك إعانه على القتل ومسبباً للهلاك المستوجب للضمان .

فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تحت المادة (256) أن لفظ " الإضرار " في هذا المقام تغني عن سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعض في معرض التعبير كإصطلاح " العمل غير المشروع " أو " العمل المخالف للقانون " أو " الفعل الذي يحرمه القانون " . فهذه المادة تستظهر في عبارة موجزة وواضحة حكم المسؤولية عن الفعل الضار في عناصرها الثلاث فترتب الإلتزام بالتعويض على " كل إضرار " والإضرار يستلزم الفعل (أو عدم الفعل) الذي ينشأ عنه الضرر ، فلا بد إذن من توافر الفعل أو عدم الفعل (أي الإيجاب أو السلب) والضرر ، ثم علاقة سببية بينهما . والمقصود بالإضرار هو " مجاوزة الحد " الواجب الوقوف عنده أو " التقصير عن الحد " الواجب الوصول إليه في الفعل أو الإمتناع مما يترتب عليه الضرر ، فهو يتناول الفعل السلبي والفعل الإيجابي ، وتتصرف دلالاته إلى الفعل العمد وإلى مجرد الإهمال على حد سواء ، ذلك أن الفقه

الإسلامي كما يعرف الخطأ الإيجابي وهو ظاهر ، يعرف الخطأ السلبي ويسميه " التصير " و " عدم التحرز والتفريط " (1) .

## 8.1.2 خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ

لقد كانت محاولات الفقه الجادة من اجل معاملة الفعل الضار (الخطأ السلبي) معاملة خاصة ، حيث تم إخضاعه لقواعد متميزة عن القواعد التي يخضع لها العمل الإيجابي ، وقد كان الدليل على ذلك ما يلي :

الدليل الأول : دليل عقلي فلسفي ، والدليل الثاني : دليل قانوني .

أما بالنسبة للنوع الأول وهو الدليل العقلي الفلسفي : والذي يقضي بتوفير الحماية اللازمه لضمان الحرية الشخصية التي تعتبر مظهر الأدمية وروحها ووجودها على الأرض ، ولهذا فإنه يكون هناك تناقضاً تاماً مع هذه الحرية في حالة أنه إذا تم إلزام أي شخص بالقيام بعمل ليس من الأعمال المفروضه عليه القيام بها ، لأن كل إنسان له الحرية في الإمتناع والركون إلى الموقف السلبي ، فلذا لا يصح إجبار أي شخص يتمتع بهذه الحرية وركن إلى الموقف السلبي بأن يخرج عن موقفه هذا إلى موقف إيجابي هو لا يريده ، لأن مثل هذا الموقف يعتبر مصادرة واضحة وصريحة للحرية الشخصية التي يتمتع بها الإنسان ، وهذا العمل يتنافى مع أبسط القواعد العقلية والمنطقية . وقد كان الرد على هذا الدليل ، بالقول بأنه لم يقل أحد على الإطلاق بأن مساءلة الإنسان عن فعله الإيجابي الخاطئ مصادرة لحرية الشخصية أو إفتئات عليها ، فلماذا يعتبر إذن إلزام الشخص بالعمل الإيجابي أشد خطورة على حرية من تحريم هذا العمل الإيجابي عليه ؟ ألا يعتبر إلزام الشخص الذي يشاهد شخصاً آخر وهو يصارع الأمواج ويوشك على الغرق ، بتقديم المركب أو القارب نحوه بضعة أمتار إلى الأمام أو منعه من التراجع قليلاً إلى الخلف تدخلاً في حرية الشخصية على حدّ سواء ؟ فما هو الفارق بين إلزامه بالتقدم إلى الأمام أو منعه من التراجع إلى الخلف ؟ فإننا في كلتا الحالتين نكون قد تدخلنا

---

(1) نقابة المحامين ، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، الجزء الأول ،

في هذه الحرية الشخصية المزعومة التي يتمتع بها هذا الشخص وحلنا بين صاحب هذا المركب أو القارب وبين ما يريده أو يشتهيهِ (1) ؟

ومن هنا يمكن القول بأن إلزام أي شخص بالقيام بأي عمل من الأعمال أو إلقاء المسؤولية عليه في حالة إذا إمتنع الشخص عن العمل أو القيام بهذا العمل يعتبر قيداً على حريته الشخصية ، ولكن في المقابل فإن إلزام الشخص بالإمتناع عن القيام بأي عمل من الأعمال وإلقاء المسؤولية عليه إذا هو قام به أو فعله يعتبر كذلك قيداً على الحرية الشخصية فإنه في هذه الحالة يمكن القول بأنه لا فرق بينه وبين الحالة الأولى .

أما النوع الثاني : الدليل القانوني ، الذي يستند عليه أصحاب هذا الرأي ، فلم يرد في القانون المدني نص واحد يمنع المسؤولية على أساس الإمتناع الخاطئ ، أما بالنسبة للمسؤولية العقدية فقد عالجت النصوص القانونية الإلتزام بعمل والإلتزام بالإمتناع عن العمل ، وفي حالة المخالفة لهذين النوعين من الإلتزام فإنه يؤدي إلى مسؤولية الفاعل ، فإذا لم يقم المدين بالعمل أو الإلتزام بتنفيذ ما تعهد به في العقد يكون قد إمتنع عن تنفيذ إلتزامه ، ويكون فعله هذا إمتناعاً موجباً للمسؤولية ، أما إذا كان إلتزامه إمتناعاً عن قيامه بعمل فقام بالعمل الممنوع القيام به فإنه يكون مسؤولاً ويكون سبب قيام هذه المسؤولية هو الفعل الإيجابي وليس الفعل السلبي (2) ، هذا بالنسبة للمسؤولية العقدية ، إذن فما هو الحل بالنسبة للمسؤولية التقصيرية ، هل يختلف الحال بالنسبة للمسؤولية التقصيرية عنه في المسؤولية العقدية ، هذا ما سوف تتم الإجابة عليه .

وبالنسبة للمسؤولية التقصيرية فإن معظم حالات الضرر في هذه المسؤولية تكون فعل أو عمل إيجابي ، ولهذا فإنه لم يكن أمراً غريباً أو مستغرباً أن يقرر المشرع الفرنسي في المادة (1382) والتي تنص على أن " كل فعل يحدث ضرراً بالغير يلزم فاعله بالتعويض " فقد أراد واضعوا هذا النص أن يشمل كل فعل سواء أكان هذا الفعل إيجابياً أم سلبياً أو إمتناعاً عن عمل أو تركاً . وقد ذهب بعض فقهاء

(1) الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ ، ص 197 .

(2) الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ ، ص 198 .



القانون الفرنسي من أمثال (سالي ، ومازو ، وتونك) إلى أن المشرع الفرنسي واجه العمل السلبي أو الإمتناع عن العمل في المادة (1383) والتي تقضي بمسؤولية الشخص لا عن أفعاله الخاصة فحسب ، وإنما عما يقترفه من إهمال أو عدم تبصر . لذا فقد فسر الفقيه الفرنسي سالي هذه المادة فيقول : إنه يُقال لا توجد مسؤولية عن الإمتناع لأن الشخص ليس ملزماً بأن يقوم بإي عمل لصالح الغير ، ومع ذلك فإنه يبدو واضحاً من نص المادة المشار إليها أنفاً ، أنها تقررت للفعل السلبي ، ذلك أنه توجد عدة أنواع للإمتناع ، فهناك الإمتناع البسيط ، وهو يعتبر في مواجهة من نسب إليه عدم التدخل خارجاً عن نطاق نشاطه وإختصاصاته ، ومثال ذلك الشخص الذي يرى بعض من المواد القابلة للإشتعال وهي تشتعل بالقرب من أحد المنازل فيمتنع عن القيام بإي عمل من أجل إخماد الحريق . فيؤكد الفقيه سالي أنه يوجد في هذه الحالة إهمال أو عدم تبصر (1) . فإذا نظرنا إلى المادة (1384) وهي تقرر صراحة مسؤولية الأباء والأمهات والمربين ومعلمي الحرف ومن هم في شاكلتهم أو من هم تحت رعايتهم من صغار وتلاميذ وصبيان ، لوجدنا أن الإهمال وعدم التبصر ما هي إلا صورة من صور الإمتناع أو العمل السلبي . فقد جعلت هذه المادة أساس المسؤولية عند هؤلاء الأشخاص هو نقص الرقابة أو الرعاية ، ومعنى هذا أن القانون أقام هذا الضرب من ضروب المسؤولية التقصيرية على الإمتناع أو الترك وهو عدم بذل الرقابة الكافية عليهم أو الرعاية المفروضة قانوناً إتجاه من هم تحت رقابتهم ، والواقع أن القانون الفرنسي قد عمل في هذا الصدد على التأكيد على ما درجت عليه التقاليد الفرنسية من قبل . ويلاحظ من ذلك أن بعض الفقهاء إقترحوا الأخذ بالمعيار الآتي : يعتبر الإمتناع خطأً موجباً للمسؤولية في كل الحالات التي نكون فيها في صدد " التزام قانوني بالعمل " (2) .

وخلاصة القول : أن الإمتناع يخضع للقواعد العامة في الخطأ فلا حاجة لوضع قواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة في الخطأ ، وهذا ما أيده غالبية

---

(1) أشار إلى ذلك ، رفاعي ، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر ، ص 440-441 .

(2) أشار إلى ذلك ، الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ ، ص 199 .

الفقه ، لأن القواعد العامة في الخطأ تتميز بالمرونة ، مما يكون له الدور الأكبر في أن يُسهل على القضاة حسم المنازعات التي تتعلق بالإمتناع في القضايا التي تُعرض عليهم ، وخاصة التي تتصل بهذا النوع من أنواع الخطأ . وأن يقرروا ما إذا كان الإمتناع خاطئاً أو غير خاطئ تبعاً لظروف كل قضية على حده وتبعاً لتقدير القاضي وفطنته .

## 2.2 الطبيعة القانونية للفعل الضار (الخطأ السلبي)

يُعد البحث في الطبيعة القانونية للفعل الضار (الخطأ السلبي) أو الإمتناع من المواضيع الهامة والتي تدخل في الأساس القانوني لهذا الخطأ ، ولذا فإن فهم الطبيعة القانونية للفعل الضار (الخطأ السلبي) تحتاج إلى معرفة ما إذا كان للخطأ السلبي أن يترتب آثار قانونية أم لا . لذا كانت هناك العديد من الإتجاهات والأراء الفقهية التي لم تُسلم بفكرة أن تكون هناك مسؤولية قانونية على الممتنع عن القيام بالعمل ، بل أنهم رفضوا بأن يكون للخطأ السلبي (الإمتناع) أي أثر قانوني يمكن أن يتولد عن هذا الخطأ السلبي . وأيضا ذهب جانب آخر من الفقه بأن سلم بفكرة الخطأ السلبي ومساءلة الممتنع عن إمتناعه عن القيام بالعمل ، بل أنهم أقرروا بإمكانية أن يتولد عن الإمتناع آثار قانونية معينة شأنه في ذلك شأن السلوك الإيجابي . و سوف نتناول الفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك لا يترتب أثر قانوني . كما سنتناول الفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك يترتب أثر قانوني .

### 1.2.2 الفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك لا يترتب أثر قانوني

لقد كان الإختلاف حول الفعل الضار (الخطأ السلبي) بأنه سلوك لا يترتب أي أثر قانوني في قيام المسؤولية المدنية والجزائية ، وقد كان السبب في ذلك يستند إلى فكرة فلسفية قوامها المذهب الفردي الذي يمثل حصيلة الفكر الفلسفي لهذا المذهب والذي ظهر في القرن الثامن عشر ، وأن مرد هذه الآثار ترجع إلى أفعال إما أن معاصرة أو سابقة على الإمتناع أو بناءً على إرادة المشرع ، وأن مرد هذه الآثار لا للسلوك السلبي ذاته . وسيتم الحديث عن الأساس القانوني للفعل الضار (الخطأ

السلبى) عديم الأثر القانونى ، وسىتم توضىح الأساس الفلسفى للفعل الضار (الخطأ السلبى) عدىم الأثر القانونى .

## 2.2.2 الأساس القانونى للفعل الضار (الخطأ السلبى) عدىم الأثر القانونى

لقد أخذ الأساس القانونى للفعل الضار (الخطأ السلبى) عدىم الأثر إىجاهىن : حىث رأى الإىجاه الأول أن الإىمتناع عدىم والعدىم لا ىنتج شىئاً وبالتالى فإنه ىكون مستحىلاً .

أن ىقوم الإىمتناع بدور السبب بالنسبة لأىة نىتجة ىمكن أن تحدث - بإعتبار الإىمتناع عدىم - لأن العدىم لا ىمكن أن ىنتج شىئاً (1) . أما الإىجاه الثانى والذى ىرى بأن الإىمتناع لىس ظاهرة طبقىعة وإنما هو ظاهرة قاعدىة ، وىتضح لنا من خلال هذىن الإىجاهىن لوجدنا أن هناك فرق بىنهما وهذا الفرق هو أن الإىجاه الأول لا ىرتب أى مسؤولىة عن الإىمتناع ، بىنما نرى أن الإىجاه الثانى ىرتب مسؤولىة عن الإىمتناع ولكن لىس بناءً على طبقىعته وإنما نىتجة لتدخل الشارح (2) . وقد ذهب هذا الإىجاه إلى أن الإىمتناع اذا لم ىكن مخالفاً للإىتزام قانونى أو لم ىكن إىثناء الفعل فإنه لا ىُعد خطأً ، ذلك أن الإىمتناع ومن وجهة نظر هذا الإىجاه أنه ذو طبقىعه خاصة ولا ىخضع للأحكام العامه للمسؤولىة التقصىرىة ولا ىرتب أى مسؤولىة إلا فى حالات إستثنائىة ، والقول بغير ذلك ىؤدى إلى المساس بحرىة الأفراد ، فالفرء ىعشى داخل المىتمع مستقلاً إستقلالاً أشبه بذرات الكىشان من الرمل ، فالأفراد داخل المىتمع لا ىضمنهم قدر مشترك ولا تربط بىنهم أىة صلة ، وإن مساءلة الفرء عن الإىمتناع المحض ، ىؤدى إلى تقبىد الحرىة الفرءىة ووضعتها فى أضىق نطاق لها ، ذلك أن هناك واجباً على الأفراد فى المىتمع هو عدىم الإىضرار بالغير ، ولا ىوجد واجب عام لحماىة الغير من الأضرار (3) .

(1) الخلىلى ، مسؤولىة المىتمع المءنىة والجنائىة فى المىتمع الإىشتراكى ، ص 56 .

(2) عبء ، مزهر جعفر ، 1999 ، جرىمة الإىمتناع ءراسة مقارنه ، رسالة ءكتوراه منشورة ، ط1 ، ءار الثقافة للنشر والتوزىع ، عمان ، ص 77 .

(3) حلىلو ، عناصر المسؤولىة المءنىة عن الفعل الضار فى القانون المءنى الأءرنى والجزائرى

ومن الأمثلة على ذلك أن لا عقوبة على الأخ الذي ترك أخته المعتوهه دون أن يقدم لها الطعام أو العناية ، مما أدى إلى موتها ، ففي هذه الحالة فإنه لا يوجد نص يعاقب على ذلك الإمتناع ، وأن القانون لا يعاقب إلا على العمل الإيجابي (المنع) وهو منع تقديم الطعام والعلاج لأخته ، أما بالنسبة للإمتناع وهو عمل سلبي ، ففي هذه الحالة لم تكن هناك من مسؤولية جنائية عليه تطبيقاً لمبدأ الشرعية الذي يحكم قانون العقوبات بأنه " لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص " ولم يكن ثمة من نص في قانون العقوبات يعاقب على ذلك الإمتناع المشار إليه (1) .

أما بالنسبة لنطاق المسؤولية المدنية فإننا نجد أن القوانين المدنية تقف موقفاً مغايراً حيال هذه المسألة ، فهي تقرر أن كل من ألحق ضرراً غير مشروع بالغير ملزم بتعويض هذا الضرر . ومن خلال إستعراض آراء فقه القانون المدني نجد أنهم تأثرو بفقه القانون الجنائي وأرائهم . لذا ذهب فقه القانون المدني إلى أن الإمتناع لا يعد خطأً مدنياً إلا إذا كان مخالفاً لنص قانوني يفرض على الممتنع القيام بالعمل الذي إمتنع عن القيام به أو كان العقد الذي أبرمه يفرض عليه القيام بهذا العمل الذي لم يقم به . حيث تدرع البعض من فقه القانون المدني لدرء مسؤولية الممتنع إلى فكرة السببية ، من عدم قيام المسؤولية المدنية على الإمتناع الخاطئ إلا إذا كان العمل الإيجابي مفروضاً على الممتنع بمقتضى القانون أو بمقتضى الإتفاق . لذا لا بد من التخلي عن الإستناد إلى منطق قانون العقوبات وفقهه ، والبحث عن فكرة أخرى لدرء مسؤولية الممتنع عند من يرى عدم إمكان مساءلته ، وهذا ما فعله فقه القانون المدني ، حيث تذرعوا في سبيل الوصول إلى هذه النتيجة بفكرة (السببية)(2) .

وبالإستناد إلى فكرة السببية للقول بعدم مساءلة الممتنع ، فقد ذهب فقه القانون المدني ، إلى أن الإمتناع أياً كانت صورته ، وحتى في الحالات التي يعتبر فيها خطأً بأن يكون إمتناع عن عمل يفرضه القانون أو الإتفاق ، فإنه في هذه الحالة لا

، ص 79 .

(1) عامر ، المسؤولية المدنية التفسيرية والعقدية ، ص 189 .

(2) الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ ، ص 193 - 195 .

يصح أن يكون سبباً لقيام المسؤولية المدنية على الممتنع وذلك لإنعدام رابطة السببية بين الضرر الذي تحقق بالفعل وبين الإمتناع أو الموقف السلبي للممتنع . وأن أشهر الفقهاء الذين نادوا بهذه الفكرة الفقيه الفرنسي (تيسير Teissire) في رسالته عن أساس المسؤولية المدنية 1901 ، والفقيه الفرنسي (بودان beu dant) في شرحه المطول للقانون المدني الفرنسي ، حيث يرى هؤلاء الفقهاء أن الإمتناع قد يعتبر في بعض الحالات السبب في وقوع الضرر وهي حالات قليلة نادرة ، وأن الغالب الأعم أن الإمتناع لا يكون هو السبب المباشر والرئيسي في وقوع الضرر . ومثال ذلك سائق السيارة الذي لا يستعمل جهاز التنبيه إثناء قيادته للسيارة ، فيتسبب بإمتناعه وقوع حادث وتسبب بضرر للغير ، وأيضا الشخص الذي يشاهد جريمة على وشك الوقوع فيلتزم الصمت ولا يحرك ساكناً ، ولو أنه قام بأي عمل من الأعمال التي تؤدي إلى عدم وقوع الجريمة، فمثلاً لو أنه صاح أو أظهر نفسه بأي شكل من الأشكال في مكان الجريمة دون أن يعرض نفسه للخطر لكان ظهوره كافياً للحيلولة لمنع وقوع الجريمة ، ذلك لأن الإمتناع لم يكن هو السبب في وقوع الجريمة ، فالنتيجة حصلت ووقع الضرر على المجني عليه بسبب فعل الجناه، فرابطة السببية هنا منعدمة بين الإمتناع والضرر الذي أصاب المضرور . ويقول أنصار هذا الرأي بأنه لا علاقة بين الإمتناع وبين الضرر الذي تحقق بالفعل ، إلا أنه من المعروف أن لكل ضرر أسباباً عدة والتي قد يكون من بينها الإمتناع ، وصحيح أن الضرر لم يتحقق لو أن الشخص الذي شاهد الجناة أظهر نفسه في الوقت المناسب لما وقعت الجريمة . فإذا قامت رابطة السببية بين الإمتناع والضرر فإن هذا يكفي لقيام المسؤولية ، حتى لو كانت هناك أسباب عديدة مختلفه كحدوث الضرر (1) .

نخلص مما تقدم أن الآراء الفقهية والحجج التي جاء بها الفقهاء الذين إعتبروا أن الامتناع لا يمكن أن يصلح لقيام المسؤولية ، هي حجج تم تفنيدها من قبل جانب آخر من الفقه . فلذا لا يجوز لنا الإستناد إلى فكرة السببية والقول بعدم وجودها في حالة الإمتناع ، وذلك من أجل أن نجد هناك مبرراً نلجأ إليه بعدم مساءلة هذا الممتنع في حالة عدم قيامه بالعمل الذي سبب ضرر للغير من جراء هذا الإمتناع .

(1) مشار إليه لدى ، الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ ، ص 196 .

### 3.2.2 الأساس الفلسفي للفعل الضار (الخطأ السلبي) عديم الأثر القانوني

إن المقصود هنا من الأساس الفلسفي للخطأ السلبي (الإمتناع) عديم الأثر هو الخلفية الفكرية التي إستند عليها الإتجاه القائل أن الإمتناع عديم الأثر ، حيث وجدوا في أسس المذهب الفردي العون الكثير ، وأن حقوق الفرد هي حقوق ولدت معه وهي مستمدة من ذاته كونه إنسان في هذا الكون . وأن الحق هو أساس القانون وليس القانون هو أساس الحق ، وأن وظيفة القانون هي حماية هذا الحق ، وأن الجماعة مسخرة لخدمة الفرد كونه أساس القانون ومحوره وغايته الأساسية (1) ، وهذا المذهب الذي يمثل حصيلة الفكر الفلسفي في القرن الثامن عشر، حيث يقوم المذهب الفردي على أساس أن الحقوق والحريات الفردية هي عبارة عن إمتيازات طبيعية للفرد وأن هذه الإمتيازات والحقوق مرتبطة بالإنسان بإعتبارها حقوق فردية ، لهذا فهو صاحب الحق في ممارستها كيفما يشاء دون أن يجبر عليها ، وبالتالي فإن الحقوق الفردية ذات مضمون سلبي لا إيجابي ، أي بمعنى أن يكون إلتزام الدولة بعدم التعرض للأفراد عند ممارستها لهذه الحقوق . وأن ذات الفرد هي المحور الأساسي للقانون وغايته النبيلة (2) ، وبالتالي فإن المذهب يقول بأنه لا يوجد تعارض فيما بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة لأن المصلحة واحده ، مبررين ذلك بأن السعادة التي تحصل للفرد هي سعادة للجماعة ، وأن مصلحة الجماعة هي أساس القانون وغايته وليس مصلحة الفرد (3) . كما يرى هذا المذهب أن الحقوق والحريات التي يتمتع بها الفرد والجماعة هي إمتيازات طبيعية لهم وأن هذه الحقوق والحريات سابقه في وجودها على القانون ، وأن هذه الحقوق والحريات يستطيع الفرد أو الجماعة أن يتنازلوا عن جزء منها إذا كانت هناك ضرورة ما تتطلب ذلك ،

(1) عبد ، جريمة الإمتناع ، ص 68-69 .

(2) العيلي ، عبد الحكيم حسن ، 1974 ، الحريات العامه في الفكر والنظام السياسي في الإسلام - دراسة مقارنة ، دون طبعه - دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 15 - 19 .

(3) الدريني ، فتحي ، 1967 ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في إستعمال الحق ، ط 1 ، مطبعة جامعة دمشق ، دمشق ، ص 39 .

وأن هذا التنازل يعتبر في نظر هذا المذهب أنه تقييد جزئي ، لذا يُعد إستثناءً من المبدأ العام وهو مبدأ الإباحه (1) .

وقد أظهر المذهب الفردي تحيزاً كبيراً وغيره شديده على حرية الفرد ، بحيث يستطيع الفرد أن يمتنع عن القيام بعمل ما ، معتبراً ذلك حرية شخصية للفرد ، بحيث يحق له أن يمتنع عن القيام بأي عمل طالما أن ذلك الإمتناع لا يخالف القانون ، أو أنه لا يوجد هناك نص قانوني يجبره على القيام بهذا العمل ، وأن الإمتناع يعتبر أدنى مراتب الحرية ضد القيود التي تفرضها عليها المذاهب الإشتراكية ، وبالتالي فإن هذا المذهب يرفض التسليم بأن من يمتنع عن القيام بعمل لا يفرضه عليه القانون لا يعد مخطئاً ، أي بمعنى أن الفرد يحق له أن يمتنع عن القيام بأي عمل وأن هذا الإمتناع لا يعتبر بمثابة خطأ يُعاقب عليه القانون ، إستناداً إلى قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " ، مما أدى ذلك إلى أن ذهب البعض من فقه القانون المدني معتبراً أن الإمتناع لا يمكن أن يعد خطأً مدنياً إلا اذا كان مخالفاً لنص قانوني بحيث يوجب على الفرد القيام بالعمل الذي حصل الإمتناع عنه (2) .

ومن هنا يلاحظ أن المذهب الفردي قد ركز على مصلحة الفرد معتبراً أن هذه المصلحة لا يمكن أن تتعارض مع مصلحة الجماعة ، وبالتالي فإن هذا المذهب ينفي أن يكون هناك تعارض فيما بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ، وهذا يخالف المنطق والواقع الذي نعيش فيه ، وأن السعادة التي تحصل للفرد لا يمكن أن تكون في حقيقتها سعادته للجماعة ، وأن أساس القانون وغايته هو تحقيق الاستقرار والطمأنينه والعدالة لجميع أفراد المجتمع ، وأن الحقوق والحريات التي يتمتع بها جميع أفراد المجتمع هي حقوق وإمتيازات طبيعية وجدت مع وجود الإنسان ، ولكن أرسى قواعدها هو وجود القانون ، وبالتالي لا يمكن أن يتنازل الإنسان عن هذه الحقوق والحريات التي منحه إياها الدستور أو القانون ، حتى ولو كانت هناك

---

(1) الجليل ، عدنان حمودي ، 1974 ، نظرية الحقوق والحريات في تطبيقاتها المعاصرة ، دون طبعه ، دون دار نشر ، ص 47 .

(2) مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات - في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ص 272-273 .

ضرورة ما تتطلب من الإنسان التنازل عن جزء منها ، فإن ذلك يعتبر مخالفاً لنصوص الدستور أو القانون الذي منحه هذه الحرية والحقوق . وبالتالي فإن المذهب الفردي يكون قد أظهر تحيزاً شديداً وغيره على حرية الفرد بحيث أنه أجاز له أن يمتنع عن القيام بأي عمل بشرط أن لا يكون مخالفاً لنصوص القانون ، وهذا يقودنا إلى طرح التساؤل التالي ، ماذا لو أن أحد الأشخاص شاهد شخصاً يشهر مسدسه إتجاه أحد الأشخاص وقام هذا الشخص وأطلق الرصاص من مسدسه فقتله ، وقام الفاعل بأخذ الشخص المقتول (الجثة) وأراد أن يخفيها في مكان ما لكي لا تستطيع الشرطة معرفة القاتل ؟ أنقول في هذه الحالة أن الشخص الذي شاهد الجريمة أمامه أن يقف موقف سلبياً ويمتنع عن القيام بأي عمل لمنع وقوع هذه الجريمة دون أن يعرض حياته للخطر أو حتى إبلاغ الجهات المختصة بهذه الحادثة كي لا تضيع معالمها ويخفي القاتل حقائق هذه الجريمة التي ارتكبها ، أنقول في هذه الحالة أن هناك حرية شخصية للشخص الذي شاهد هذه الجريمة بأن له الحق في الإمتناع عن القيام بأي عمل لمنع هذه الجريمة ، مستنديين في ذلك على أنه لا يوجد نص قانوني يوجب على الشخص القيام بالعمل الذي إمتنع عن القيام به أو أن إمتناعه لا يخالف القانون .

فقد أقر المذهب الفردي أن من أبسط مظاهر الحرية الشخصية للفرد هو الحق في عدم القيام بعمل ذلك من المبادئ الأساسية للحرية ما يحول دون مساءلة الفرد في عدم القيام بعمل لم يجبره القانون على القيام به ، لأنه لم يفعل شيئاً لأن ذلك حق لكل فرد ولا يمكن لأحد إجبار من يريد البقاء في الحالة السلبية على الخروج من هذه الحالة إلى الحالة الإيجابية وهي القيام بالعمل وهو لا يريد القيام به. ومن هنا جاء المذهب الفردي برفض القول بالأثر الفعال للإمتناع والقول بغير ذلك يؤدي إلى الحد من حرية الفرد إلى حد كبير وبالتالي يؤدي ذلك إلى تقييد حرية الفرد ، وهذا بدوره يجعل الحرية مقيدة ، وأن هذا التقييد ليس من القانون هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن ذلك يؤدي إلى توسيع في دائرة المسؤولية ومؤاخذه كل فرد بناءً على موقفه السلبي الذي إتخذه ، وبالتالي فإن التوسع في المسؤولية ومؤاخذه الفرد على عمل لا يوجب القانون عليه القيام به هو بحد ذاته تقييد لحرية الفرد ، وبناءً



على ذلك فإن الفرد الذي يتمتع عن القيام بعمل أو مساعدة الآخرين يتحمل المسؤولية من جراء هذا الإمتناع حتى لو كان هذا الإمتناع يُعرض الممتنع إلى مخاطر قد تؤدي به إلى الهلاك أو تُعرض حياته للخطر ، وهذا بدوره يؤدي إلى أن الحرية تصبح كلمة ليس لها معنى أو وجود (1) .

وبالتالي فإن المذهب الفردي يُركز في الحرية الشخصية على الجانب السلبي دون الجانب الإيجابي أي بمعنى أن على الفرد أن يتمتع عن القيام بعمل حتى لا يضر بغيره من الناس ، أما الجانب الإيجابي للحرية الشخصية والذي يتطلب من الفرد القيام بعمل لمنع وقوع إضرار بالآخرين فإن أساس هذا المذهب لا يأمر الفرد القيام بعمل ، لذا نجد هذا المذهب يركز في الحرية على الجانب السلبي ويتجاهل الجانب الإيجابي . لأن مساءلة الفرد عن العمل الإيجابي الخاطئ لا يُعتبر مصادرة لحيته الشخصية . إذ لا نستطيع أن نقول أن مساءلة الإنسان عن فعله الإيجابي الخاطئ الذي قام به هي مصادرة لحيته الشخصية ، إذن فلماذا يعتبر إلزام الشخص بالقيام بالعمل الإيجابي أشد خطورة على حريته الشخصية من تحريم هذا العمل الإيجابي عليه (2) .

وخلاصة القول انه يجب التركيز على الجانب السلبي والجانب الإيجابي لحرية الشخص ، وأن الشخص الذي يتمتع عن القيام بعمل لا يفرضه القانون عليه أو لا يوجد واجب قانوني يأمره بذلك ، هو مصادرة لحيته الشخصية اذا هو قام بالعمل الذي لا يوجب القانون القيام به ، وأن الإمتناع عن القيام بعمل ما لا يرتب أي أثر قانوني فهو قول غير صحيح ، وأن من يقول بأن الإقرار بالإمتناع بإعتباره سلوكاً سلبياً وأن التسليم بأن لهذا السلوك من الفاعلية ما يرتب أثر فعال للمسؤولية ، فإن ذلك يؤدي إلى توسيع مفهومها ، فإن هذا القول قول غير سديد ، لأن التوسع في نطاق المسؤولية يؤدي إلى الإبتعاد عن إيصال الحقوق إلى أهلها ومستحقيها ، والذي نريده هو مدى الإقرار بفاعلية الإمتناع من جانب ، ومن جانب آخر فإن السعي لإقرار العدالة وإشاعة الطمأنينة والأمان وإيصال الحقوق إلى مستحقيها هي غاية

(1) عبد ، جريمة الإمتناع ، ص 70 - 71 .

(2) الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ ، ص 197 .

أسمى من أن يتم الحديث عن التوسع في نطاق هذه المسؤولية . وبالتالي يتم الإبتعاد عن المهمة الرئيسية التي وجد من إجهاها القانون ، وهي حماية المجتمع من الأضرار التي تلحق بهم نتيجة الأعمال التي يقوم بها الآخرين وتسبب الأضرار للغير ، والحصول على التعويض عن هذه الأضرار .

#### 4.2.2 الفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك يرتب أثر قانوني

لم تقر غالبية القوانين والتشريعات بأن الإمتناع سلوك ليس له أثر قانوني ، وأنه غير فعال في قيام المسؤولية المدنية ، ولهذا وصف الإمتناع بأنه سلوك ذو أثر قانوني فعال ويؤثر في مراكز الأشخاص ، وبالتالي فإنه يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية على الأشخاص في حالة الإمتناع ، وقد إستندت غالبية القوانين والتشريعات على أسس قانونية وأخرى فلسفية ، وسوف نتناول الأساس القانوني للفعل الضار(الخطأ السلبي) سلوك يرتب أثر قانوني ، وسنتعرض للأساس الفلسفي للفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك يرتب أثر قانوني .

#### 5.2.2 الأساس القانوني للفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك يرتب أثر قانوني

يرى غالبية فقه القانون المدني بأن الإمتناع ذو أثر قانوني فعال ، وبالتالي فإنه يرتب المسؤولية المدنية على الشخص الذي إمتنع عن القيام بالعمل ، فإذا كانت هناك سوء نية وقصد الإضرار بالغير من قبل الممتنع فإنها تتحقق المسؤولية ، وأيضاً تتحقق المسؤولية إذا كان هناك إهمال من قبل الممتنع في حالة إذا كان الممتنع كان يباشر نوعاً معيناً من أنواع النشاط (الإمتناع) إثناء القيام بالفعل ، ومثال ذلك سائق السيارة الذي يقود سيارته ليلاً ، ولكنه يهمل في إضاءة أنوار السيارة فيؤدي هذا الإهمال إلى أن تصطدم سيارته بالسيارة القادمة في الإتجاه المعاكس ، ويؤدي ذلك الفعل إلى حدوث أضرار بالآخرين (1) وهذا يؤدي إلى القول أنه لا محل لقصر خطأ الإمتناع والمسؤولية عن الممتنع على الأحوال التي يكون فيها

(1) البدوي ، محمد علي ، 1991 ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، الجزء الأول ،

ط1، منشورات الجامعة المفتوحة ، طرابلس ، ص240

الإمتناع مخالفاً نصاً قانونياً فحسب ، فوسعاً من دائرته أول الأمر بحيث يشمل الحالات التي يكون فيها الإمتناع متعمداً بقصد الإضرار بالغير ودون مصلحة خاصة للمجتمع ، وتوسلا في ذلك بنظرية إساءة إستعمال الحق ، بإعتبار أن الممتنع في هذه الحالة متعسفاً في إستعمال حقه في الإمتناع . وبناءً على ذلك أمكن إعتبار أن من يمتنع عن مد يد العون والمساعدة إلى شخص مشرف على الهلاك بقصد الإضرار والتشفه منه لعداء بينهما مرتكباً خطأً يوجب المساءلة المدنية لهذا الممتنع وما سببه من ضرر للغير<sup>(1)</sup> .

و يلاحظ من ذلك أن سوء النية وقصد الإضرار بالغير مسألتان في غاية الصعوبة من حيث الإثبات ، وأيضا فإن مسألة قيام المسؤولية على الشخص الممتنع لا فرق فيها ما بين الإمتناع المتعمد أو الإمتناع غير المتعمد .

ويرى فقه القانون المدني أيضاً إلى القول بأن الإمتناع عن بعض أعمال المجامله أو رفض القيام بعمل جرت به عادة الشخص يُعد خطأً قانونياً إذا كان هذا الإمتناع أو الرفض جاء مخالفاً لما تقضي به قواعد المجاملات والأخلاق<sup>(2)</sup> .

وبالتالي فإن مسؤولية الممتنع تقوم بمجرد وقوع الخطأ ذاته وأن يُقاس فيه سلوك الشخص الممتنع بسلوك الرجل العادي ، فإذا لم يعتبر الفعل الذي سبب الضرر إنحرافاً بالنسبة للرجل العادي فلا مسؤولية على من تسبب بالضرر لعدم تحقق الخطأ . أما اذا كان الفعل مما يعتبر تعدياً بالنسبة للرجل العادي ، عندئذ يتحقق وقوع الخطأ وتقوم المسؤولية حتى لو كان الشخص الذي وقع منه الضرر شديد اليقظة . أي بمعنى إذا تنافى سلوك الممتنع مع سلوك الرجل العادي أُعتبر إمتناعه ذو أثر فعال وموجباً لقيام المسؤولية المدنية ومرتباً لها<sup>(3)</sup> .

ومنذ أن تقرر في أواخر عهد القانون الفرنسي القديم المبدأ العام الذي يلزم كل من إرتكب خطأً سبب ضرراً للغير بتعويض هذا الضرر ، ومنذ أن نص المشرع الفرنسي على هذا المبدأ في المادة 1382 ، فقد صار مسلماً به أن الفعل

(1) الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ص 489-490 .

(2) أشار إلى ذلك ، مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ، ص 266 .

(3) مشار إليه لدى ، حمزه ، العمل غير المشروع بإعتباره مصدراً للإلتزام ، ص 71 .

الإيجابي لا ينحصر في مخالفة النصوص القانونية بل يتحقق بمخالفة أي واجب قانوني ولو كان غير منصوص عليه ما دام يمكن تعيين هذا الواجب ومداه وذلك من خلال الرجوع إلى معيار الرجل العادي ، فإنه لا يكون ثمة محل للتفرقة في ذلك بين الفعل الإيجابي والفعل السلبي ، ويتعين إعتبار الإمتناع خطأً مدنياً كلما كان مخالفاً لواجب قانوني يمكن تعيينه بموجب ذلك المعيار ولو لم يرد عليه نص قانوني (1) . فالمسؤولية تتحقق في حالة الإمتناع المحض ، لأنه في هذه الحالة يقع على عاتق الشخص الممتنع واجب إضافي وهو واجب المساعدة ، وهذا الواجب هو الذي يربط الشخص الممتنع بمسرح الحادث ويقتصر دوره على ترك عامل خارجي (فعل إنسان أو عامل طبيعي) يمس حق الغير . وبغيره لا يعدو الممتنع أن يقف موقف المتفرج ، فإذا إمتنع شخص عن إنقاذ غريق مما أدى إلى موته فإن إمتناعه لا يمس - كالفعل - حق الغريق في الحياة وأن كان يمكن عاملاً خارجياً من المساس به ، وهو الغرق (2) .

فإذا كان التدخل من قبل أي فرد يعد سبباً لمنع وقوع النتيجة وهي الضرر للآخرين ، فإن الباحث يرى أن عدم التدخل من قبل الممتنع يعد سبباً رئيسياً لحدوث النتيجة ووقوع الضرر على الآخرين ، وبالتالي يُعد إمتناعه عن القيام بعمل فعالاً لتحقق المسؤولية المدنية ومرتباً لها .

وخلاصة القول أنه عند التأمل في طبيعة الإمتناع نجده قد جاء بناءً على تفكير من الشخص الممتنع بعد القيام بالعمل الذي يمكن أن يقوم به إتجاه الحادثه التي وقعت أمامه أو العمل المطلوب القيام به ، مما دفع الممتنع إلى عدم القيام بالعمل ، وقد يكون السبب في ذلك أن الممتنع يرى أنه في حالة القيام بهذا العمل إتجاه هذه الحادثه قد يُعرض نفسه للخطر أو يُعرض الشخص الذي أصابه الضرر في هذه الحادثه إلى الخطر ، بل وربما يعود السبب إلى عدم معرفة الممتنع القيام بالعمل المطلوب منه القيام به إتجاه الشخص الذي أصابه الضرر من جراء العمل الخاطئ الذي من الممكن أن يقوم به الممتنع إتجاه الشخص المضرور . وبالتالي قد

(1) أشار إلى ذلك ، مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ، ص 265 .

(2) الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الإشتراكي ، ص 131 .

تسوء حالته الصحية وتؤدي به إلى الهلاك أو تعرض حياته لخطر الموت ، مما يؤدي بهذا الممتع إلى تحمل المسؤولية إتجاه الشخص الذي أصابه الضرر ، وبالتالي فإن الممتع يرى أنه من الممكن في هذه الحالة وما شابهها من الحالات الركون إلى حالة السكون وعدم القيام بالعمل أو ربما الوقوف موقف المتفرج أمام أي حالة تحدث أمامه إذا وجد أن القيام بالعمل أو المساعدة قد يُعرض نفسه إلى تحمل المسؤولية . وبالتالي لأنه يمكن القول بأن الفعل الإيجابي والفعل السلبي هو سلوك يصدر من الشخص في كلا الحالتين ويرتب نتيجة ما من جراء هذا الفعل ، ولهذا فإن الفعل الإيجابي هو موقف إيجابي يتمثل بالقيام بعمل ، وأن الفعل السلبي هو موقف سلبي يتمثل بالإمتناع عن القيام بالعمل .

## 6.2.2 الأساس الفلسفي للفعل الضار (الخطأ السلبي) سلوك يرتب أثر قانوني

لقد لعبت الأزمة العامة التي مست المجتمع الرأسمالي في القرن العشرين وخاصة بعد الحرب العالمية الأولى وما خلفته هذه الأزمة من مآسي بشرية ، دوراً مهماً في دفع التفكير الإنساني نحو التطوع لإقرار نوع من التضامن الإنساني الذي فرضه وأوجده ذلك التغيير في التفكير الإنساني الذي كان جله مبنياً على علم الأخلاق الإجتماعي الفردي . ولم يقف التضامن الإنساني عند حدود التفكير وإنما تعداه إلى أن أصبح التضامن الإجتماعي هو الذي يحدد نشاط الأفراد وحقوقهم حسب ما يقتضيه التضامن الإجتماعي ، حيث قسم الفقيه الفرنسي أسمان الحقوق إلى قسمين ، حقوق إجتماعية تفرض على الدولة التزامات إيجابية تجاه الأفراد وصفت بصفة إيجابية ، أما الحقوق الفردية التقليدية تفرض على الدولة الإمتناع عن التدخل في هذه الحقوق وبالتالي وصفت بأنها ذات صفة سلبية ، وإنما كان لتدخل الدولة في جميع الميادين المختلفه وأثره في تعديل الكثير من نصوص القانون (1) . وبما أن الأساس الفلسفي للخطأ السلبي (الإمتناع) جاء مشبعاً بمبادئ المذهب الجماعي الذي يقوم على فكرة التضامن بين أفراد المجتمع كونهم أعضاء في هذا المجتمع . وبما

(1) أشار إلى ذلك ، بدوي ، ثروت ، 1970 ، النظم السياسية ، الجزء الأول ، النظرية العامة

للنظم السياسية ، دون طبعه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 357-362 .

أن جرائم الإمتناع تمثل حالة من الحالات التي تتطلبها روابط التضامن الإجتماعي بما تعنيه من التدخل لفعل شئ ما لمصلحة الآخرين لمنع وقوع الضرر عليهم ، حتى لو لم يكن هناك واجب قانوني يلزمهم القيام بذلك (1) .

وأن التضامن الإجتماعي هو الأساس الوحيد للقانون وأنه القاعدة الأساسية لحياة الجماعة ، وأن الفرد ملزم بالإمتناع عما يُخل بهذا التضامن ، كما أنه في الوقت ذاته ملزم بالعمل على تحقيق هذا التضامن وله الحق في القيام أو عدم القيام بأي عمل يحقق هذا التضامن (2) . حيث تم إيجاد النظرية الإجتماعية والتي ذهبت إلى أن من الأسس التي يقوم عليها التنظيم الإجتماعي هو أن ينهض بين أفراد ذلك التنظيم نوع من التضامن والتعاون الإجتماعي ، ومن أجل تحقيق ذلك ، فلا بد من أن يتأتى ذلك من خلال إيمان هؤلاء الأفراد من أن الواجب القانوني يمتد إلى مساعدة الآخرين وتقديم العون لهم لا مجرد الإمتناع عن الإضرار بهم . ولذا فإن المذهب الجماعي ينظر إلى مصلحة الجماعة أولاً ، ثم مصلحة الفرد التي تتحقق من خلال مصلحة الجماعة ، هذا بخلاف ما ذهب إليه المذهب الفردي في تحقيق مصلحة الفرد أولاً ثم مصلحة الجماعة ثانياً (3) . ولا يمكن أن نقول بأن الواجب الذي يقوم به الفرد في مساعدة الآخرين هو إنتقاص من حريته أو تضيق لهذه الحرية التي يتمتع بها هذا الفرد داخل المجتمع الذي يعيش فيه . ويرى الإتجاه الذي يرتب المسؤولية على مجرد الترك أنه إذا إعتبر أن إلزام الشخص القيام بعمل لا تلزمه به قاعدة قانونية إنتقاص من حريته . ألا يمكن القول أيضا بأن ترتيب مسؤولية الشخص عن فعل إيجابي هو إنتقاص من حريته ؟ ولهذا فإن وجود الإلتزام بتقديم المساعدة لشخص في خطر أو الإلتزام بالتدخل لانقاذ أمواله أمر طبيعي ومنطقي . فالإلتزامات الإيجابية تحيط بنا من كل جانب داخل المجتمع ابتداءً من

---

(1) العيلي ، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام ، ص 50-53 .

(2) الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في إستعمال الحق بين الشريعة والقانون ، ص 45 .

(3) عبد ، جريمة الإمتناع ، ص 86-87 .

الضرائب وانتهاءً بتقديم حياتنا في سبيل الوطن في حالة الحرب ، وهذه الإلتزامات هي الثمن الذي يجب أن يدفعه كل فرد يعيش داخل المجتمع (1) .

والأصل في الحرية الشخصية أن تصان من الإعتداء عليها أو أن يتسبب الآخرين بإحداث الضرر لها ، بحيث أنه لا يمكن أن يحد من هذه الحرية إلا في حالة وجود نص قانوني هذا من جانب ، أما الجانب الآخر أنه ليس من العدل أو المساواة مساءلة الشخص عما لم يكن مكلفاً به قانوناً ، أي بمعنى أنه لا يمكن أن تقوم المسؤولية على الشخص الممتنع لأنه لا يوجد نص قانوني أو واجب قانوني يجبر الممتنع على القيام بهذا العمل (2) .

وخلاصة القول بأن المسؤولية المدنية تقوم في حالة قيام الشخص بفعل إيجابي وترتب إلتزاما عليه إتجاه الآخرين الذين أصابهم ضرر من جراء هذا العمل الإيجابي الذي قام به فإن المسؤولية تنهض في حالة الفعل السلبي أو عندما يمتنع الشخص عن القيام بعمل وأدى هذا الإمتناع إلى ضرر بالغير أو عندما يترك هذا الشخص الضرر يحل بالغير ، ولا يمنع هذا الضرر أو إيقافه فيعتبر أثماً ومسؤولاً عن هذا الضرر الذي حدث للآخرين من جراء هذا الإمتناع .

---

(1) حليو ، عناصر المسؤولية المدنية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري ، ص 80 .

(2) عامر ، المسؤولية المدنية التفسيرية والعقدية ، ص 189 .

## الفصل الثاني

### الأحكام العملية للفعل الضار (الخطأ السلبي)

إذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية والمتمثلة بالفعل الضار (الخطأ السلبي) والضرر والعلاقة السببية ما بين الفعل الضار والضرر ، عندئذ فإنه يترتب عليها حكماً ، فإن ذلك يؤدي إلى وجوب التعويض عن الضرر (الضمان) . ومن أجل الحصول على التعويض فإنه يتوجب على المتضرر إتباع الأحكام العملية للحصول على ما يستحق من تعويض ، ولذلك فإن الفعل الضار (الخطأ السلبي) المؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية يمكن أن يحدث في عدة صور ، فقد يكون الإمتناع من حيث السلوك ، والتي تتمثل صورته في صورة الإمتناع ذو الأثر المسبوق بالالتزام قانوني أو قد يكون صورة أخرى من الإمتناع الغير مسبوق بإي إلتزام قانوني (الإمتناع المجرد من أي إلتزام قانوني) . لا بد لنا من الحديث في هذا الفصل عن صور الفعل الضار (الخطأ السلبي) ، وعن أبرز تطبيقات الفعل الضار (الخطأ السلبي) والتي تتمثل أبرز تطبيقاته في مسؤولية الممتنع عن عمل قانوني وعن عمل مادي ، ومسؤولية الممتنع عن التعاقد وعن مساعدة الآخرين . كما سيتم التعرض لبعض صور الفعل الضار (الخطأ السلبي) ، وأيضا سوف يتم الإجابة على التساؤل التالي : هل تُعد جميع صور الإمتناع موجبه للضمان أم لا . كما سنتناول أهم وأبرز تطبيقات الفعل الضار (الخطأ السلبي) .

### 1.3 صور الفعل الضار (الخطأ السلبي)

من خلال هذا المبحث سوف يتم توضيح صور الفعل الضار (الخطأ السلبي) من حيث السلوك والتي تتمثل في صورة الإمتناع المسبوق بواجب قانوني من قبل الممتنع أو صورة الإمتناع الغير مسبوق بواجب قانوني من قبل الممتنع ، وما هو موقف الفقه الإسلامي من ذلك . وسوف نتعرض لصورة الإمتناع ذو الإلتزام القانوني ، وموقف الفقه الإسلامي من هذا الإمتناع . وسوف نتناول الصورة الثانية وهي الإمتناع الغير مسبوق بالالتزام قانوني ، وموقف الفقه الإسلامي من هذا الإمتناع.



### 1.1.3 صورة الفعل الضار (الخطأ السلبي) المسبوق بواجب قانوني

قد يأخذ الفعل الضار عدة صور ومن أبرز هذه الصور صورة الإمتناع المخالف لواجب قانوني ، وصورة الإمتناع الغير مسبوق بواجب قانوني ، وقد كان هناك إختلافاً في مدى تضمين الممتنع بحسب الصورة التي وقع فيها الإمتناع ، ولشرح ذلك لا بد من تحديد مفهوم الفعل الضار (الخطأ السلبي) المسبوق بواجب قانوني وموقف الفقه الإسلامي من الفعل الضار (الخطأ السلبي) المسبوق بواجب قانوني .

### 2.1.3 تحديد مفهوم الفعل الضار (الخطأ السلبي) المسبوق بواجب قانوني

الفعل الضار (الإمتناع) المسبوق بواجب قانوني هو الإمتناع الذي يقع عن فعل يوجب القانون على الشخص القيام به أو هو الإمتناع الذي يُخالف واجباً قانونياً قد يفرضه القانون أو الإرادة على الممتنع ، وهذا الواجب الذي فرضه القانون أو الإرادة على الممتنع يجب أن يكون سابقاً على وقوع فعل الإمتناع . ومن الأمثلة على ذلك عندما يضع الكاتب عند كتابة مؤرخ لتاريخ جهاز اللاسلكي ، ولم يذكر هذا الكاتب إسم مكتشف هذا الجهاز . أو قد يكون من الممكن إعتبار الكاتب الذي تجاهل الإشارة إلى مرجع معين من المراجع التي استخدمها في كتابة بحثه ، فإن تجاهله أو الإغفال عن الإشارة إلى هذا المرجع يأتي إخلالاً بواجب قانوني ، فإن ذلك يكون من قبيل الإمتناع المستوجب لقيام المسؤولية ، وأن من يترك أو يمتنع عن إزالة أسلاكاً كهربائية بالطريق العام بحالة تعرض حياة الأشخاص أو المارة للخطر ، أو الإمتناع عن صيانة البناء وهو بحاجة إلى صيانته مما أدى إلى تهدم البناء والتسبب في إصابة المارة بالضرر (1) .

وفي هاتين الحالتين تم إعتبار مخالفة نص قانوني أو واجب تفرضه مثلاً أصول المهنة من قبيل مخالفة الواجب القانوني ، فإن هذا الإمتناع يكون مستوجباً

(1) طلبه ، أنور ، 2005 ، المسؤولية المدنية - الجزء الثالث - المسؤولية التقصيرية ، ط1

، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ص27 .

لقيام المسؤولية ، ومن هنا يتضح لنا أن المؤرخ قد روى الواقعة ، بالشكل الصحيح إنما أغفل إسم من كان له الدور المهمّ فيها أو إختلق إسماً للدلالة عليه وهو يعرف إسمه الحقيقي ودوره ، ففي هذه الحالة يكون المؤرخ قد إرتكب خطأً في إمتناعه عن ذكر الإسم أو إختلاقه إسماً آخر للتضليل ، وبالتالي فإن أغفال المؤرخ ذكر إسم من أسهم في إختراع كان حدثاً بارزاً في عالم الإختراعات ، فإن هذا الإغفال يأتي إخلالاً بواجب مهني يفرض عرض المعلومات بالصورة الموضوعية ، فيؤلف الخطأ الذي تقوم به المسؤولية (1) .

وهنا لابد من الإشارة إلى أن الفعل الضار ذو الواجب القانوني قد يكون إمتناع مسبق بالتزام قانوني أو قد يكون إمتناع مسبق بالتزام إتفاقي أو قد يكون إمتناع إثناء القيام بالفعل أو ما يسمى بالإمتناع (الملابس) .

**الصورة الأولى :** صورة الإمتناع المسبق بالتزام قانوني . ومن الأمثلة على ذلك الطبيب الذي كان يعمل في أحد المستشفيات العامة عندما إمتنع عن علاج المريض الذي تم إدخاله إلى المستشفى وهو بحاجة ماسة للعلاج ، والتي كانت حالته الصحية تستدعي دخوله المستشفى من أجل العلاج دون أن تتفاقم حالته الصحية ، أو المريض الذي يدخل في نطاق إختصاص الطبيب (2) ، فهذا الإمتناع يدخل ضمن المسؤولية التقصيرية ذات الإلتزام القانوني .

وأن الإمتناع عن فعل أوجبه القانون أو ألزم به الشخص فامتنع عن القيام به ، فإن ذلك يؤدي إلى أن يتحمل الشخص ما يترتب على الإمتناع من نتائج (أضرار) ، لأن الأعمال أو الأفعال التي يكون فيها إلتزام قانوني أو يفرضها القانون على الشخص الممتنع ، فإنها تستلزم المسؤولية ، ومن الأمثلة على ذلك إمتناع مأمور السجن عن تقديم الطعام لأحد المساجين حتى يموت ، وإمتناع معلم السباحة في أحد المسابح لتعليم السباحة عن إنقاذ أحد تلاميذه حتى يموت غرقاً (3) .

---

(1) مشار إليه لدى ، النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر ، ص 207 .

(2) منصور ، محمد حسين ، 1999 ، المسؤولية الطبية ، دون طبعه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص 27 .

(3) الكيلاني ، جمال زيد ، 2005 ، المسؤولية جراء الإمتناع عن تقديم الواجب العام عند

أما الصورة الثانية : صورة الإمتناع المسبوق بإتفاق هو ذلك الإمتناع الذي تكون صورته عندما يكون هناك عقد بين طرفين . ومثاله إمتناع المرأة التي تعهدت لأحد المستشفيات بأن تقوم بإرضاع أحد الأطفال مقابل أجر معين ، تم الإتفاق عليه فيما بين الطرفين ، ثم تترك المرأة هذا الطفل يموت جوعاً ، دون أن تقوم بإرضاعه ، فهذه الصورة تدخل ضمن صورة الإمتناع المسبوق بواجب إتفاقي في نطاق المسؤولية العقدية ، لوجود عقد فيما بين المرأة والمستشفى (1) .

أما الصورة الثالثة : صورة الإمتناع إثناء القيام بالفعل أو ما يسمى بالإمتناع (الملابس) ، والمقصود بهذا النوع من الإمتناع أن يكون إمتناع الشخص قد لابس قيامه بنشاط إيجابي آخر ، بحيث يدخل الإمتناع ضمن نشاط متصل يرتبط فيه الإمتناع بالفعل ، وإن هذا الإمتناع يعتبر من قبيل التقصير والإهمال من قبل الممتنع في عدم إتخاذ كافة السبل والإحتياطات الواجب إتخاذها من أجل تلافي وقوع الضرر أو لمنع حدوث هذا الضرر ، سواء أكانت هذه الإحتياطات يجب على الممتنع القيام بها قبل قيامه بالنشاط الإيجابي ، أو إثناء قيامه بهذا النشاط ، أو بعد القيام به . ومن الأمثلة على هذا النوع من الإمتناع (الملابس) ، أن يترك أحد الأشخاص البركة التي يستعملها في ملكه الخاص أو في حديقة المنزل دون أن يقوم بإتخاذ الإحتياطات اللازمة والكفيلة لدرء أي خطر يُحتمل وقوعه ، ولكنه لم يتخذ هذه الإحتياطات وكان بالإمكان أن يتصور وقوع الضرر للأخرين (2) أو إمتناع المقول من إحاطة الحفرة التي أحدثها في الطريق العام بحاجز وعدم وضع ضوء

---

الحاجة في الفقه والقانون المسمى بـ " إغائة الملهوف " ، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، المجلد التاسع عشر ، العدد الأول ، ص205 .

(1) القاضي ، مختار ، 1967 ، أصول الإلتزامات في القانون المدني ، دون طبعه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص145 .

(2) النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر ، ص195 .

أحمر يشير إليها ليلاً لتلافي وقوع المارة فيها (1) أو سائق السيارة الذي يقودها بسرعة عالية في الأماكن المزدحمة بالسكان ، لكنه يمتنع عن تهدئة السرعة ، أو أنه يمتنع عن إضاءة مصابيح سيارته ليلاً ، فيؤدي ذلك الإمتناع إلى حدوث ضرر لأحد المارة (2) لأن هذا الإمتناع يرتبط بنشاط سابق وأدى إلى حدوث الضرر فإنه يوجب المسؤولية على الممتنع (3) . أو البلدية التي تحفر حفرة في الطريق العام ، ولكنها لم تضع الإشارات التحذيرية للتنبية لوجود هذه الحفرة ، فيؤدي هذا التقصير من قبل البلدية إلى وقوع أحد المارة في هذه الحفرة ليلاً فيصاب بالضرر ، فيكون إمتناع البلدية من وضع إشارة التنبيه قد لا يس قيامها بالنشاط الإيجابي لإصلاح الطريق ، وبالتالي فإن هذا الإمتناع يدخل ضمن نشاط مرتبط بالفعل (4) . فالإمتناع إثناء القيام بالفعل قد يكون إمتناع يتم داخل عملية أكثر إتساعاً تبدأ بالعمل الإيجابي لكنها تنتهي بموقف سلبي يرتبط بنشاط آخر للشخص الممتنع ويندمج به ، ومثاله سائق السيارة عندما يقود سيارته بسرعة عالية جداً ، لكنه يهمل أو يمتنع عن الضغط على مكبح السيارة في الوقت المناسب فيؤدي ذلك إلى إحداث الضرر بالأخرين (5) .

ويتضح لنا من خلال ذلك أن الضرر قد يحصل بفعل إيجابي ، وأن الإمتناع يعتبر تطبيقاً لموضوع الإهمال الذي صدر من الممتنع ، وبالتالي نستطيع القول أن الإهمال هو صورة من صور الخطأ ، ولهذا فإن الضرر الذي حصل بفعل إيجابي

---

(1) العدوي ، جلال علي ، 1997 ، أصول الإلتزامات - مصادر الإلتزام - ، دون طبعه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص351 .

(2) الشامي ، محمد حسين علي ، 1990 ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية ، دون طبعه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص193 .

(3) حمزة ، العمل غير المشروع بإعتباره مصدراً للإلتزام ، ص69 .

(4) السرحان ، خاطر ، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية - الإلتزامات ، ص371 .

(5) سوار ، محمد وحيد الدين ، 1983 ، شرح القانون المدني - النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - مصادر الإلتزام - المصادر الإرادية ، دون طبعه ، منشورات جامعة دمشق ، دمشق ، ص49 .

يستوجب المسؤولية ، أما الإمتناع الذي سبب ضرر للأخرين نتيجة الإهمال أو التقصير أو عدم إتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع الضرر فإنه يستوجب المسؤولية ، فإن الباحث يرى في هذه الحالة وما شابهها من الحالات أن الممتنع يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي نتجت عن صدور الإمتناع منه أو التقصير والإهمال ، لأنه لو لم يكن هناك إهمال أو تقصير أو ما يسمى إمتناع من قبل الشخص الممتنع لما وقع الضرر.

### 3.1.3 موقف الفقه الإسلامي من الفعل الضار (الخطأ السلبي) المسبوق بواجب قانوني

لقد جاء موقف الفقه الإسلامي بين أئمة الفقه على إختلاف مذاهبهم واضحاً بأنه لا خلاف بينهم على وجوب الضمان على الممتنع في حالة إمتناعه عن القيام بواجب يفرضه الشارع أو تفرضه الإرادة . ومن الأمثلة على ذلك صورة الإمتناع ذوالإلتزام بالواجب القانوني ، لذا فقد ذهب الفقه الإسلامي إلى أن الإمتناع عما يفرضه الشارع أو الإرادة أو الإتفاق يكون سبباً لوجوب الضمان على الممتنع ، ويترتب على ذلك أنه لو إستعار شخص دابة مملوكة لغيره لركوبه من أجل أن توصله إلى مكان معين ، ثم نزل عنها في الطريق ودخل إلى المسجد للصلاة أو دخل إلى السوق لشراء بعض الحاجيات ، وترك الدابة وحدها فهلكت أو ضاعت أو سُرقت فإنه ملزم بضمان هذه الدابة ، والدليل على ذلك أن عقد العارية يلزمه بحفظ العين المعارة (1) . وأيضاً من الأمثلة على ذلك إذا أضر حيوان بمال شخص وراه صاحبه ولم يمنعه ، أو إذا كان لهذا الشخص حيوان مفترس ، وقام أحد الأشخاص بتربيته صاحب الحيوان بالمحافظة عليه بإتخاذ الإجراءات الكفيلة برفع أذاه عن الناس ولم يفعل أو أنه كان يعلم بما في الحيوان من عيب يتعدى ضرره إلى الغير أو كان ينبغي أن يعلم بذلك فإنه يوجب عليه الضمان . لأن الشرع أو القانون يلزم مالك

---

(1) الشريبي ، شمس الدين محمد ، 2006 ، مُغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، المجلد

الخامس ، دون طبعه ، دار الحديث ، القاهرة ، ص536-542 .

الحيوان بالعمل على كف أذى حيوانه عن الآخرين ، وبالتالي يوجب عليه الضمان لأنه يكون متعد في هذا الفعل ومسبباً للآخرين (1) .

### 4.1.3 صورة الفعل الضار (الخطأ السلبي) المجرد من الإلتزام القانوني

سوف نتناول ماهية الفعل الضار (الخطأ السلبي) المجرد من الإلتزام القانوني . كما سنبين موقف الفقه الإسلامي من الفعل الضار (الخطأ السلبي) المجرد من الإلتزام القانوني من خلال ما يلي .

### 5.1.3 مفهوم الفعل الضار (الخطأ السلبي) المجرد من الإلتزام القانوني

الفعل الضار (الإمتناع) المجرد :- ويقصد به السلوك الذي يتمثل بالإمتناع عن القيام بفعل أو أي عمل لا يقترن بأي فعل إيجابي ، بحيث يكون هذا الفعل لا يأمر القانون القيام به ولا تفرضه الإرادة (2) . أي بمعنى أن يكون الإمتناع عن القيام بالفعل جاء مستقلاً عن أي عمل إيجابي آخر . ومن الأمثلة على ذلك إمتناع الطبيب عن القيام بإنقاذ الشخص المصاب نتيجة الحادث الذي تعرض له ، وأيضاً إمتناع الخادم عن إبلاغ سيده الذي يعمل عنده في منزله أو إمتناعه عن إبلاغ السلطة العامه عن وجود محاولة لقتل سيده من قبل زوجته وإبنه ، وأيضاً الإمتناع المجرد عند كثير من الشراح فإنه يعتبر خطأً اذا كان الممتنع قاصداً تحقيق النتيجة ، كرفض الطبيب في منطقة معزولة معالجة أحد المرضى وهو يعلم بأن حالته سيئة وأن إسعافه في الحال أمرٌ ضروري للغاية ، أو إمتناع صاحب فندق ما حيث يقع هذا الفندق في طريق مقفر ليلاً ، وفي ليلة شديدة البرد في الشتاء ، حيث يمتنع صاحب الفندق عن إيواء مسافر في حالة إحتضار . فإن هذا الإمتناع قد سبب ضرر لهذا المسافر وبالتالي يؤدي هذا الفعل إلى تحمل صاحب الفندق المسؤولية عن الضرر الذي أصاب هذا المسافر (3) .

(1) الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 251-253 .

(2) الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ ، ص 187 .

(3) مرسي ، محمد كامل ، 1955 ، شرح القانون المدني الجديد - الإلتزامات - الجزء الثاني

ومن خلال هذه الصور يتضح لنا ، أن الممتنع لا يكون ملزماً قانوناً بالقيام بفعل . أي بمعنى أنه لا يوجد إلترام قانوني مسبق يأمر هذا الشخص القيام بالفعل ، إلا أن هذا الشخص يمتنع عن القيام بهذا الفعل ، ومثاله إمتناع شخص ما عن وضع سلاح ناري بعيداً عن متناول الأطفال (1) . وأن هذه الحالات والتي يكون فيها الإمتناع مجرد لا توجب مسؤولية على الممتنع ، والسبب في ذلك هو إنعدام علاقة السببية بين الإمتناع والضرر (2) . لذا فإن الإمتناع هو سلوك سلبي يهدف إلى إخفاء الحقيقة ، وهو بالتالي حالة من السكوت أو عدم الصراحة (3) ، وبالتالي لا يمكن القول بأنه توجب مسؤولية على الممتنع في هذه الحالة . إضافة إلى ذلك أن من أهم وأبرز مظاهر الحرية الفردية التي نادى بها المذهب الفردي ، هي حرية الفرد في القيام بعمل أو عدم القيام بعمل ، ولم يرد نص قانوني يوجب على الشخص الممتنع القيام بعمل أو عدم القيام بعمل . وبالتالي فإن هذا الأمر يتطلب التفرقة فيما إذا كان هناك نية من قبل الممتنع تتمثل في نية الإضرار بالغير أم لا ، بحيث أنه إذا وجدت تلك النية لديه فإن الممتنع في هذه الحالة يكون متعدياً بفعله ، وبالتالي فإنه يُسأل وتوجب عليه المسؤولية التقصيرية في مواجهة الشخص الذي أصيب بالضرر (المضرور) ، إذا وجدت أو توافرت أركان المسؤولية التقصيرية الأخرى ، أما إذا لم تتوافر نية الإضرار لدى الممتنع ، وكان سبب الإمتناع أو كان الدافع لهذه النية هو وليد لحظة الخوف أو الكسل أو الرهبة من وقوع الحادث المفاجيء أمام هذا الممتنع ، ففي هذه الحالة لا يعتبر متعدياً أو قاصداً الإضرار بالغير وبالتالي لا تقوم المسؤولية التقصيرية . وبناءً عليه لا بد من تطبيق مبدأ معيار الشخص العادي ، بحيث يعود الأمر في ذلك إلى تقدير القاضي بناءً على سلوك محدث الضرر بسلوك

---

، دون طبعه ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ص 85 .

(1) خاطر ، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام ، ص 314 .

(2) زكي ، محمود جمال الدين ، 1978 ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون

المصري ، ط 3 ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، ص 491 .

(3) الأهواني ، حسام الدين كامل ، 1998 ، مصادر الإلتزام - المصادر الإرادية ، دون طبعه ،

دون دار نشر ، ص 111 .

ذلك الرجل العادي إذا وجد في نفس الظروف التي وجد فيها الممتنع ، ويعتبر متعدياً إذا كان الرجل العادي لا يمتنع عن القيام بالعمل ولو كان ذلك العمل ربما تفرضه قواعد الأخلاق أو قواعد المجاملات ، وبالتالي فإنه يعتبر متعدياً سائق السيارة الذي يمتنع عن الوقوف لنقل مصاب في حادث ما ، بينما لا يعتبر السائق الذي يمتنع عن الوقوف لمساعدة شخص آخر كان واقفاً بجانب الطريق من أجل إصلاح سيارته المعطلة (1) .

أما **الفقه التقليدي** فقد إتجه إلى أن الفرد في حالة الإمتناع المجرد لا يكون مسؤولاً عن هذا الإمتناع إلا في حالة أن وجد نص قانوني يفرض على الممتنع واجباً خاصاً محددًا بالقيام بالعمل الذي إمتنع عن القيام به ، ومبنى هذا الإتجاه أنه اذا كان يقع على عاتق هذا الممتنع واجباً أخلاقياً للقيام بالتدخل لمنع ما يقع على الغير من ضرر بحيث يعد إمتناعه عن القيام بهذا الواجب هو مخالفة لقواعد الأخلاق أو مخالفاً للأخلاق ، ففي هذه الحالة لا يقع على الفرد واجب قانوني ، وأن إمتناعه هذا لا يكون مخالفاً للقانون ، إلا في حالة إذا وجد نص خاص أو واجب قانوني يفرض عليه التدخل لمنع الضرر . فهنا لا يكون واجب قانوني يقع على الفرد ، بحيث لا يكون الإمتناع هنا مخالفاً للقانون . فالواجب العام الذي يقع على الفرد مجرد واجب سلبي بالإمتناع عما يضر بالغير لا بالتدخل لمنع ما يضر بالغير ، ويعود السبب بعدم إعتبار الإمتناع المجرد (البسيط) مرتباً للمسؤولية ، إلى القاعدة الشرعية الموجودة في قانون العقوبات ، والتي تقضي بأنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " . وأيضاً ومن جانب آخر إلى إنعدام رابطة السببية بين الإمتناع المجرد والضرر الحاصل ، فالواجب الذي يقع على الفرد هو واجب سلبي بأن يمتنع عن القيام بالعمل الذي يضر بالغير وليس التدخل من أجل منع ما يضر بالغير (2) .

أما بالنسبة للإتجاه **الفقهي** الذي يرى أنه تترتب المسؤولية على الإمتناع المجرد (البسيط) ، عندما يكون الإمتناع مخالفاً لقواعد الحياة الأساسية داخل المجتمع ، وبالتالي يكون مخطئاً بإمتناعه هذا وتترتب المسؤولية عليه ، ومثال ذلك

(1) زكي ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المصري ، ص 391-394 .

(2) العدوي ، أصول الإلتزامات - مصادر الإلتزام ، ص 351-352 .



أن من يرى شخصاً آخر يوشك على الغرق ، وقد كان في إستطاعته وبمقدوره أن يُنقذه ، ولكنه لم يفعل ذلك ، ففي هذه الحالة يكون قد خالف القواعد الأساسية في الحياة وقواعد الإنسانية . والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى القول بأن الإنسان يكون أشبه بالشيء أو الجماد ، ذلك لأن الأشياء أو الجمادات تتخذ حالة واحدة لها هي حالة السكون (1) . وبالتالي فإننا إذا نظرنا إلى الشخص الذي وقف موقف المتفرج وركن إلى حالة السكون إتجاه الحادث الذي وقع أمامه ، لا يمكن إعتبار إمتناعه هذا خطأً يُحاسب عليه ، فإننا نكون في هذه الأحوال قد جعلنا الإنسان والجمادات في مصف واحد لا فرق بينهم .

ويتضح لنا من خلال ذلك أن النصوص القانونية هي التي تنشئ الإلتزامات على الأفراد ، وبخاصة الشخص الممتنع لأنها هي مصدرها الوحيد ، فإذا لم يتدخل القانون ليفرض إلتزاماً على هذا الشخص من أجل مساعدة الغير فلا تترتب مسؤولية على الممتنع ، ولكن تبقى مخالفة هذا الإنسان لقواع الحياة الساسية في المجتمع الذي يعيش فيه هي التي تترتب المسؤولية على الشخص الممتنع ، وذلك لأن الأصل في الإنسان ملزم بالإمتناع عن إيقاع الأذى بالآخرين ، ولكنه ليس ملزماً بأن يمنع وقوع الأذى عليهم .

أما بالنسبة للفقهاء المحدثون فقد عالجوا المسؤولية عن الإمتناع بنوع من الدقة والعناية . فقد أوضحوا تأثر أنصار النظرية التقليدية بإحكام القوانين الجنائية ، مبتعدين في دراسة المسألة عن الإتجاهات الفردية التي أخذت تتراجع يوماً بعد يوم أمام الإتجاهات الإجتماعية . حيث أنه إذا كانت القاعدة في المسؤولية الجنائية هي " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " ، فإن الأمر يختلف عنه في المسؤولية المدنية حيث يبقى القاضي المدني حراً في تعيين الواجبات القانونية ، وفي تقرير وجود خطأ أو عدم وجوده دون أن يكون مقيداً في ذلك بنص قانوني . أما القول بإن في تقرير مسؤولية الممتنع خطراً على حرية الأفراد ، فإنهم لا يرون في مساءلة الممتنع أي

---

(1) حليلو ، عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري ،

مساساً بالحرية الفردية ، إلا أنه قد يكون سلوك الممتنع سبب من الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر على الآخرين . لذا فقد خلصت النظرية الحديثة إلى القول بأن الإمتناع لا يتميز بخصوصية معينة تقتضي إخضاعه لنظام قانوني خاص ، وإنما يخضع لنفس القواعد العامة التي يخضع لها الخطأ الإيجابي . وقد إستند أنصار هذه النظرية إلى حجج متعددة أهمها أن نصوص القانون ليس فيها ما يدل على أن المشرع أراد أن يقصر قيام المسؤولية على الخطأ الإيجابي دون الخطأ السلبي ، فعمومية النصوص المخصصة للمسؤولية تسمح بالقول بشمول أحكامها للأفعال الإيجابية والسلبية على حد سواء (1) .

وإنطلاقاً من هذا الإتجاه فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها (2) . والتي تتلخص وقائع هذه القضية ، في أن الأستاذ (توربان) قد كتب بحثاً تناول فيه الأعمال والإختراعات التي تمت في حقل (الراديو والتلفزيون) ولكنه أهمل الإشارة إلى أعمال زميله المتوفى الأستاذ (برانلي) وهي من بعد أعمال معروفة لدى الجميع . مما دفع (ورثه) " برانلي " إلى رفع دعوى على الأستاذ توربان أمام محكمة " بواتيه " ، فأصدرت المحكمة حكماً يقضي بالزام المدعى عليه بتعويض الضرر الأدبي الذي أصاب ورثه العالم المتوفى تأسيساً على توفر نية الإضرار لدى المدعى عليه . وبعد أن تم إستئناف الحكم حكمت المحكمة بعدم تعويض الورثة بحجة عدم توفر نية الإضرار لدى كاتب البحث ، وأن هذا العمل لا يشكل جريمة مدنية يستحق الورثة عليها التعويض . إلا أن محكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم وأصدرت قرارها المشار إليه أعلاه إلى أن الإمتناع يخضع لنفس القواعد التي يخضع لها العمل الإيجابي وإلى أن أي خطأ ولو غير عمدي يكفي لقيام مسؤولية محدث الضرر . وقد جاء في حثيات الحكم أنه " لما كان الخطأ المنصوص عليه في

---

(1) طه ، غنى حسون ، 1971 ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - الكتاب الأول - مصادر

الإلتزام ، دون طبعه ، منشورات جامعة بغداد ، بغداد ، ص 442-443 .

(2) نقض فرنسي مدني ، صادر بتاريخ 1951/2/27 توربا - برانلي ، مشار إليه لدى ، طه ،

الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - الكتاب الأول - مصادر الإلتزام ، ص 444 .

المادتين (1382 ، 1383) يمكن أن يكون عملاً إيجابياً كما يمكن أن يكون إمتناعاً ، وأن الإمتناع ولو لم ينطو على سوء النية وقصد الإضرار يوجب مسؤولية الممتنع إذا كان الفعل الذي وقع الإمتناع عنه واجباً بمقتضى إلتزام قانوني أو إتفاقي أو حتى في مجال المهنة .

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا أن الإمتناع المجرد (البسيط) يعتبر تعدياً يُشكل العنصر المادي الذي يجب توافره في الفعل الضار (الخطأ السلبي) ، وقيام المسؤولية التقصيرية للشخص الممتنع ، متى توافرت الأركان الأخرى للمسؤولية ، وذلك ضمن قيود وضوابط معينه ألا وهي :-

- 1 - الإمتناع عن نجدة أو إغاثة شخص قد أحاط به الخطر أو إمتناع الطبيب عن علاج المريض أو الإمتناع عن الإفصاح عن معلومات تجنب حدوث كارثة معينه .
- 2 - وجود نية الإضرار بالغير من قبل الممتنع .
- 3 - يجب أن يطبق معيار الرجل العادي ، وذلك من أجل تحديد ما إذا كان الممتنع متعدياً أم لا (1) .
- 4 - إلا يكون هناك خطر يتعرض له الممتنع إذا قام بالعمل ، لأنه ليس من المنطق أن يُلزم الشخص بالقيام بالعمل من أجل حماية ومساعدة الآخرين ، ويُصاب هو بضرر نتيجة قيامه بهذا العمل .
- 5 - يجب أن يكون الخطر الذي تعرض له الغير موجهاً لنفسه أو عرضه أو ماله أي لشخصه وذاته (2) .

### 6.1.3 موقف الفقه الإسلامي من الفعل الضار (الخطأ السلبي) المجرد من الإلتزام

#### القانوني

لقد كان موقف الفقه الإسلامي من تضمين الممتنع للفعل الضار (الخطأ السلبي) الإمتناع المجرد من الإلتزام القانوني ، في ثلاثة إتجاهات :-

(1) الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الإشتراكي ، ص108-109 .

(2) شنب ، محمد لبيب ، دروس في نظرية الإلتزام - مصادر الإلتزام - دون طبعه ، دار

النهضة العربية ، القاهرة ، ص349 .

**الإتجاه الأول :** حيث يرى هذا الإتجاه أن الممتنع لا يعتبر مسؤولاً عن كل جريمة ترتبت على إمتناعه ، ومثاله أن من حبس إنساناً ومنع عنه الطعام والشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فهو ليس قاتل ، لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد ولم يحصل بالحبس ، وأيضا يُسأل فقط حيث يجب عليه شرعاً أو عرفاً أن لا يمتنع . وأن من أمكنه إنقاذ شخص من هلكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسؤولية عليه (1) .

**أما الإتجاه الثاني :** حيث يرى هذا الإتجاه أنه لا يمكن تضمين الممتنع أو مساءلته في الإمتناع المجرد ، ذلك أن مناط التضمين هو الإلتلاف لا التلف ، أي بمعنى أن مناط المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الشخص أن يقوم الفاعل بفعل إيجابي يترتب عليه التلف ، وإنما إتخذ الفاعل له موقفاً سلبياً محضاً ، لأن موقفه السلبى عدم وعدم لا يكون سبباً للإلتلاف ، ومثاله أن من يشاهد شخص يشرف على الغرق وكان بإمكانه مساعدته وإنقاذه ولكنه لم يقم بذلك بل تركه يلقي مصيره فلا ضمان على الممتنع أو مساءلته أو إذا شاهد شخص مالا معرضاً للتلف أو نار تحرق هذا المال ولم يقم بإطفاء النار أو إنقاذ المال فلا ضمان عليه (2) .

**أما الإتجاه الثالث :** حيث يرى هذا الإتجاه تضمين الممتنع في الإمتناع المجرد ، مستدلين على رأيهم هذا بأن "صون مال المسلم واجب وأن من ترك واجباً مفروضاً عليه فقد ضمن . ومن الأمثلة على ذلك ما قضى به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فقد روى أن رجلاً أتى أهل بيت فاستسقاهم فلم يسقوه حتى مات عطشاً ، فقد ضمنهم عمر بن الخطاب ديته (3) ، وأيضاً فقد أعتبر هذا الإتجاه أن الفعل الذي إمتنع عنه الشخص كان واجباً ، ويمكن أدائه دون ضرر يلحق بالممتنع فإنه يضمن ومثاله أنه لو مر طبيب على شخص مصاب نتيجة لحادث

---

(1) عوده ، عبدالقادر ، 2009 ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، دون

طبعه ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ، ص 68-69 .

(2) الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 82-83 .

(3) الزرقا ، مصطفى أحمد ، 1988 ، الفعل الضار والضمان فيه ، ط1 ، دار القلم ، دمشق ،

ص 44 .

تعرض له هذا الشخص ، حيث كان الطبيب بمقدوره أن يؤدي واجبه كطبيب إتجاه هذا المصاب بإسعافه ، ولكنه تركه حتى مات ، فإن الطبيب في هذه الحالة يكون ضامناً ، لأنه بإمتناعه هذا يكون سبباً في موت هذا الشخص (بعدم إسعافه) (1) .

### 2.3 تطبيقات الفعل الضار (الخطأ السلبي)

لقد اراد الباحث من خلال هذا المبحث أن يعرض لأهم التطبيقات للفعل الضار (الخطأ السلبي) مما يتيح الفرصة ويفسح المجال ، من أجل توضيح وفهم موضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) ، ذلك من خلال التطبيقات والأمثلة سيتم توضيح موضوع الإمتناع . وسوف نتناول مسؤولية الممتنع عن الأعمال القانونية ، وعن مسؤولية الممتنع التعاقدية ، وسيتم توضيح مسؤولية الممتنع عن الأعمال المادية ، وعن أعمال المساعدة .

#### 1.2.3 مسؤولية الممتنع عن الأعمال القانونية والتعاقدية

إن من أهم صور الإمتناع عن الأعمال القانونية هو الإمتناع عن الرد (بالقبول) ، وهو يعتبر إلتزام من قبل الموجب إليه للرد على الموجب بخصوص هذا الإلتزام ، فإذا إمتنع الموجب إليه عن الرد إتجاه الموجب فإن ذلك يشكل إخلال بإلتزام قانوني وبالتالي فإنه يترتب على هذا الإخلال أثراً قانونياً أو مسؤولية قانونية ، وهذا يعني وجود مسؤولية على الممتنع عن عمل قانوني مما يؤدي إلى ترتيب مسؤولية قانونية عليه ، وهذا ما سوف يتم توضيحه في مسؤولية الممتنع عن الأعمال التعاقدية ، الذي يعتبر إمتناع الطبيب عن التعاقد مع المريض من أهم وأبرز صور الإمتناع .

#### 2.2.3 مسؤولية الممتنع عن الأعمال القانونية

إن مسؤولية الممتنع عن القيام بالأعمال القانونية تتمثل في صورة الإمتناع عن الرد (القبول) على الموجب ، وهنا يكون الإمتناع عن الرد بمثابة سكوت من

---

(1) سراج ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، ص 238 .

قبل الموجب له عن الرد على الموجب ، وبالتالي فإنه قد يكون من المتصور أن يتم القبول عن طريق السكوت ، ومن أجل ذلك فقد قيل بأن السكوت رضا ، فإذا كان السكوت في هذه الحالة رضاً فإنه لا تثور أية صعوبه إذا كان السكوت قد أراد منه أو كان معبراً عن قبول الموجب له ، فإننا هنا نكون في حالة تعبير ضمني سلبي عن الإرادة ، إذا قصد من السكوت هو التعبير عن الإرادة ، أما في حالة أنه لم يكن القصد من السكوت هو التعبير عن الإرادة ، ففي هذه الحالة فإن الصعوبة تثور حول مدى حرية الإمتناع عن الكلام ، وما مدى أن يُعد هذا الإمتناع خطأ ، وبالتالي يتعين على هذا الخطأ تعويض الضرر الناتج عن هذا الإمتناع في حالة إذا تم إعتبار السكوت قبولاً<sup>(1)</sup> .

ولذا فإن الإمتناع عن عمل قانوني يتخذ صورتين هما :-

الصورة الأولى : الإمتناع عن الرد على الموجب :-

1. الإمتناع عن الرد كتعبير ضمني سلبي عن القبول : ففي هذه الحالة فإنه قد يمتنع الموجب له عن الرد على الموجب ، ويكون سكوته تعبيراً عن قبوله في حالة أن كان هناك تعامل سابق فيما بين الموجب والموجب له واتصل بالإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه (الموجب له) . ففي هذه الحالة فإن الإمتناع يقوم بدور التعبير عن الإرادة ، فهنا لا تثور أية مشكلة في خطأ الإمتناع ، ومثاله إذا أرسل أحد التجار عينه من بضاعة موجودة لديه إلى أحد العملاء عنده ذكراً له أن عدم رده للعينه خلال فترة معينه من الزمن ، فإن ذلك يعتبر قبولاً منه بالشراء . أما إذا لم يكن هناك تعامل سابق أو لم يتصل بالإيجاب بهذا التعامل أو لم يتمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ، فإن سكوت هذا العميل عن الرد لا يعد أن يكون قبولاً ، لأن القاعدة الفقهية تقول " لا ينسب لساكت قول " ، وفي هذا الصدد فإن السكوت بمجرد لا يصلح أن يكون معبراً عن الإرادة<sup>(2)</sup> .

(1) الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الإشتراكي ، ص 170 .

(2) الصده ، عبد المنعم فرج ، 1992 ، مصادر الإلتزام ، دون طبعه ، دار النهضة العربية ،

القاهرة ، ص 91-93 .

2. الإمتناع عن الرد كنوع من أنواع الإهمال أو عدم الإكتراث أو الإنكار أو على سبيل الإستهزاء أو الرفض أو الموافقه : ففي هذه الحالة لا يكون إمتناع الموجب عن الرد معبراً ضمناً عن القبول ، لأن السكوت المجرد ليس واضح الدلالة وبناءً عليه فإنه لا يصلح أن يكون السكوت معبراً في هذه الحالة عن الإرادة (1) .

3. إعتبار السكوت قبولاً وذلك على سبيل التعويض :- وفي هذه الحالة فإن الضرر الذي قد يتصور وقوعه للموجب نتيجة لخطأ الإمتناع الذي أدى إلى عدم إنعقاد العقد ، فإنه يمكن إعتبار السكوت قبولاً على سبيل التعويض ، ولهذا فقد ذهبت بعض التشريعات في بعض الأحوال إلى أن إعتبار السكوت قبولاً يؤدي إلى أنعقاد العقد على خلاف ما أراده الموجب له ، فإن القبول في هذه الحالة لا يعد تعبيراً عن الإرادة وإنما يكون بمثابة تعويض عن الضرر الذي أصاب الموجب ، فيكون التعويض أفضل طريقه لتعويضه عن الضرر الذي لحق به (2) .

الصورة الثانية : الإمتناع عن التعاقد :-

حيث يكون للموجب في هذه الحالة الحرية في الإمتناع عن التعاقد ، بحيث أنه من الممكن أن يفصح عن إرادته إما بالقبول أو الرفض ، وبالتالي فإذا لم يفصح الموجب له عن هذه الإرادة إعتبر سكوته قبولاً على سبيل التعويض (3) .

ومن خلال ذلك يتضح لنا أنه تقوم التصرفات القانونية على الإرادة ، والكلام أهم الوسائل للتعبير عن الإرادة ، والسؤال الذي يطرح نفسه ، هل يعد السكوت في نظر القانون والفقهاء رضا ضمناً عن الإرادة ؟ وهل يصلح السكوت أن يكون أو يأخذ معنى التعبير عن الإرادة ؟

وفي معرض الإجابة على هذه التساؤلات ، لا بد أن نحدد موقف القانون المدني الأردني ، وموقف محكمة التمييز الأردنية ، والفقهاء من هذه المسألة .

(1) المغربي ، جعفر ، العقائله ، زيد ، 2005 ، دور السكوت في التعبير عن الإرادة ، بحث

منشور في مجلة بحوث جامعة حلب - سوريا ، العدد الرابعون ، ص 1 .

(2) الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الإشتراكي ، ص 168 .

(3) الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الإشتراكي ، ص 169 .

**موقف القانون المدني الأردني :** لقد كان موقف القانون المدني الأردني واضحاً من خلال نص المادة (95) على أنه " لا ينسب إلى ساكت قول " أي بمعنى أنه لا يمكن أن ينسب لهذا الساكت إرادة معينة ، والدليل على ذلك أن الأصل في التعبير عن الإرادة يجب أن يكون تعبيراً إيجابياً (يعني عمل إيجابي) وهو الأصل ، ولذا فإن السكوت هو تعبير سلبي ، وبالتالي لا يمكن أن يعبر عن الإرادة . ولهذا فإن الأصل في السكوت إذا كان مجرداً من أي ظرف ملابس ، فإنه لا يكون معبراً عن الإرادة ، فالسكوت هو أمر سلبي ، والتعبير عن الإرادة هو عمل إيجابي ، إذن فالسكوت المجرد إن دل على شيء فهو يدل على الرفض لا القبول ، وبالتالي فالعدم لا يمكن أن ينتج إلا العدم ، فالأولى بالعدم أن تكون دلالاته الرفض لا القبول (1) .

**موقف محكمة التمييز الأردنية :** فقد ذهبت المحكمة في تحديد مسؤولية الممتنع القانونية بالقول أن مجرد سكوت باقي الشركاء في الأرض عن الإجازة لا يكفي لإعتبارهم موافقين عليها ، إذ أنه لا ينسب إلى ساكت قول (2) . وقد جاء بحكم آخر لها بأن المدعية عندما قدمت البناية العائدة ملكيتها لها إلى وزارة التربية والتعليم من أجل إستعمالها مدرسة لمدة سنة واحدة فقط وبدون أجر ، وحيث أن الوزارة إستعملت هذه البناية واستمرت بوضع يدها على البناية وإشغالها والإنتفاع بها بدون موافقة ورضا المالك (المدعية) بعد مرور سنة ، وأن سكوت المدعية عن المطالبة بأي أجور عن المدة المطالب بأجر المثل عنها لا يعني ذلك إقراراً ضمناً منها بأنه سمح للوزارة بذلك على سبيل التبرع ودون المطالبة بأية أجور ، لأنه لا ينسب إلى ساكت قول ، لأن الإجازة في هذه الحالة لا بد أن تكون بالقول أو الفعل أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة (3) .

---

(1) فرج ، عبدالرزاق حسن ، 1980 ، دور السكوت في التصرفات القانونية ، دراسة مقارنة ، دون طبعه ، مطبعة المدني ، القاهرة ، ص 32 .

(2) تمييز حقوق رقم 163 / 77 ، منشور في مجلة نقابة المحامين ، سنة 1977 ، ص 1087 .

(3) تمييز حقوق رقم 2537 / 1998 ، تاريخ 13 / 7 / 1999 ، منشورات مركز عدالة .



وقضت محكمة التمييز الأردنية بقولها : أن تصرف ناقص الأهلية يكون صحيحاً موقوف النفاذ على الإجازة إذا كان التصرف دائراً بين النفع والضرر (1) ، حيث قضت المادة 173 (2) من القانون المدني بأن الإجازة تكون بالفعل أو القول أو بأي لفظ يدل عليها صراحةً أو دلالةً ويعتبر السكوت إجازة أن دل على الرضا عرفاً . وقضت في حكم آخر لها (3) بقولها : يعتبر السكوت عمداً أو ملابسة تقريراً إذا ثبت أن المضرور ما كان ليبرم العقد لو علم بذلك الواقعه أو الملابسة ، المادة 144 (4) من القانون المدني الأردني .

ومن هنا لا بد من التفريقه ما بين نوعين من السكوت هما :

أ - السكوت الموصوف : وهو السكوت الذي يُعرض عندما يفرض القانون إلزاماً بالكلام بنص خاص ، وفي هذه الحالة يُعد السكوت قبولاً بلا جدال ، فلا يثير إشكالاً ما ، لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه (5) ، يراد بالسكوت الموصوف الذي حددت له دلالة في حالة معينة بحيث أنه يتوجب على الشخص أن يفصح عن إرادته لو شاء على خلاف هذه الدلالة ، ودلالة السكوت تتحدد هنا إما بنص في القانون أو العرف أو باتفاق الطرفين (6) ومن الأمثلة على ذلك ما جاء بقرار محكمة التمييز الأردنية بأن القانون المدني لم يحد من أهلية الشخص المصاب بعاهه خلقية أو مصاب بعاهه جسدية بالتصرف القانوني ولا يرد القول بأن مورث المدعين أصم

---

(1) تمييز حقوق رقم 1891 / 2003 تاريخ 8 / 12 / 2003 ، منشورات مركز عدالة .

(2) تنص المادة 173 من القانون المدني الأردني على أنه :

1- تكون الإجازة بالفعل أو بالقول أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة .

2- ويعتبر السكوت إجازة إن دل على الرضا عرفاً .

(3) تمييز حقوق رقم 3442 / 2006 تاريخ 13 / 2 / 2007 ، منشورات مركز عدالة .

(4) تنص المادة 144 من القانون المدني الأردني على أنه : يعتبر السكوت عمداً عن واقعته أو

ملابسة تغريراً إذا ثبت أن المضرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه

الملابسة .

(5) الفضل ، منذر ، 1992 ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، الجزء الأول ، ط2

، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص104 .

(6) المغربي ، العقابلية ، دور السكوت في التعبير عن الإرادة ، ص3 .

أبكم يعد محجوراً لذاته، وأن الشخص بمجرد بلوغه سن الثامنة عشرة (سن الرشد) يصبح متمتعاً بقواه العقلية وأهلاً لمباشرة التصرفات . وأن مورث المدعين عند إبرامه عقدي البيع قد عبر عن إرادته بإصداره الإيجاب فيها من خلال ما أورده مدير تسجيل أراضي شمال عمان ، حيث أن القانون لم يقيد التعبير عن الإرادة بشكل معين بل إعتبر الإشارة المعهودة عرفاً ولو كانت من غير الأخرس هي وسيلة صالحة للتعبير عن إرادته. واعتبر أن إتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي تعبيراً عن الإرادة واعتبر أن تصرفات الأصم الأبكم هي تصرفات صحيحة ومنتجة لأثارها (1) . ولهذا يكون موصوفاً إذا كان القانون أو الإتفاق قد أوجب على الشخص أن يُعبر عن إرادته إما باللفظ أو بإتخاذ هذا الشخص موقفاً إيجابياً ، إذا لم تكن لديه الرغبة في التعاقد ، فإنه في هذه الحالة يعتبر سكوته عن الرد قبول ، فلذلك سمي السكوت هنا بالسكوت الموصوف (2) .

ب - السكوت الملابس أو المفصح : وهو السكوت الذي يقترن بظروف معينة تسبغ عليه دلالة معينة ، وهذه الظروف قد تكون سابقة على السكوت أو معاصرة له أو لاحقه عليه ، وهذا يتطلب وجود تعامل سابق بين الطرفين المتعاقدين أو وجود عقد سابق بين الطرفين (3) ، ويقصد به أيضاً السكوت الذي أحاطت به ظروف معينة بحيث أنه يفهم منها ما اتجهت إليه إرادت الساكت ، أي أن الساكت قد قصد القبول بسكوته وأنه لم يقصد هنا أي معنى آخر ، فإذا كانت هناك ظروف أخرى وقصد بسكوته معنى آخر ففي هذه الحالة لا يكون هناك قبول (4) .

ومن الأمثلة على ذلك ما جاء بقرار لمحكمة التمييز الأردنية بأنه يستفاد من المادة رقم (93) (5) من القانون المدني الأردني أن التعبير عن الإرادة إما صراحة

(1) تمييز حقوق ، رقم 1040 / 2007 تاريخ 29 / 10 / 2007 ، منشورات مركز عداله .

(2) فرج ، دور السكوت في التصرفات القانونية ، ص 94 .

(3) الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الإشتراكي ، ص 177-181 .

(4) المغربي ، العقابلية ، دور السكوت في التعبير عن الإرادة ، ص 5 .

(5) نصت المادة (93) من القانون المدني الأردني على ما يلي : " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبإتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي " .

أو ضمناً ، وحيث أن كلا المتعاقدين قد حددوا وسيلة التعبير عن هذه الإرادة صراحة والتعبير الذي يعتد به عن الإرادة يكون بوسيلة الكتابة وهذا ثابت في العقد وجرى التعامل بين المتعاقدين على هذا النحو عندما إتجهت إرادتهما إلى تجديد العقد لمدة أخرى . والبحث عن التعبير الضمني عن الإرادة لا يكون له موجب طالما أن الإتفاق تم على تحديد وسيلة التعبير عن هذه الإرادة إعمالاً لمبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين (1) ، وهذا أيضاً ما قضت به المحاكم الفرنسية بأنه إذا إعتاد أحد العملاء على أن يطلب من أحد التجار إرسال البضائع التي يُريدها فيرسلها إليه دون ان يُعلق قبوله أولاً ، فكلما طلب العميل من التاجر بضاعة وبقي التاجر ساكناً كالمعتاد فإن سكوته في هذه الحالة يُعد قبولاً ، ومن الظروف التي يقترن بها السكوت وتسبغ عليه دلالة معينة ، إذا تمخض الإيجاب عن منفعة لمن وجه إليه ، كعارية إستعمال تعرض على المستعير فيسكت ، فيُعد السكوت قبولاً (2) .

وفي ضوء هذا التحليل وتأسيساً على ما تقدم فإنه يمكن القول أن حالة السكوت الموصوف والسكوت الملايس يُعد فيها السكوت قبولاً ، وبالتالي فإنه يكون لهما دور فعال في التعبير عن الإرادة ، بينما تُعد حالة السكوت المجرد هي الحالة الوحيدة التي لا يُعتبر فيها السكوت قبولاً ، وإنما يتخذ وضعاً سلبياً بحيث لا يكون له أي دور فعال ولا قيمة في التعبير عن الإرادة ، وبالتالي فإن ذلك يؤدي إلى نتيجة حتمية أنه لا يكون له أية قيمة قانونية لأنه عدم ، فالأولى بالعدم أن تكون دلالته الرفض وليس القبول . وتكمن أهمية السكوت بشكل عام إلى بيان مدى الضرر الذي لحق بالموجب نتيجة لخطأ الإمتناع والذي يتمثل في عدم إنعقاد العقد الذي يريده ، ولهذا فقد إتجهت التشريعات إلى إعتبار السكوت قبولاً ينعقد به العقد على خلاف إرادة الموجب له ، فهذا القبول لا يُعد تعبيراً عن الإرادة ، وإنما هو بمثابة تعويض للضرر الذي يلحق بالموجب بسبب عدم إنعقاد العقد ، ولما كان الضرر هو عدم إنعقاد العقد فيكون إنعقاده أنسب وسيلة للتعويض . ولهذا تكون الإرادة في هذه الأحوال " ملزمه " بعقد على سبيل التعويض لضرر نشأ عن خطأ ارتكبه لا

(1) تمييز حقوق ، رقم 2082 / 2009 تاريخ 6 / 1 / 2010 ، منشورات مركز عدالة .

(2) سلطان ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني ، ص 48-49 .

"ملتزمة" بعقد أسهمت في إبرامه . وهنا نصل إلى أنه إذا كان الإمتناع متوافراً فإنه يُعتبر السكوت قبولاً أو بعبارة أخرى إعتبار السكوت خطأ إمتناع يتم تعويض الضرر المترتب عليه إذا تم إعتباره قبولاً ، ينعقد به العقد .

**وبالنسبة للفقهاء :** لقد كان هناك عدة آراء : الرأي الأول حيث يرى أنه يترتب على السكوت آثار قانونية ، ولكن ليس بإعتباره تعبيراً عن الإرادة ، وإنما بأعتباره موقفاً موضوعياً ، ولا يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة ، ولا نوعاً من أنواعها ، أما الرأي الثاني يرى أن التعبير عن الإرادة يتم صراحةً أو ضمناً ، والسكوت الملابس وفقاً لهذا الرأي يعد طريقاً إستثنائياً من طرق التعبير ، أما الرأي الثالث والذي يرى أن السكوت المجرد ليس إرادة ضمنية ولا تعبيراً عن الإرادة ، أما السكوت المعبر عن الإرادة موصوفاً أو ملابساً فهو وسيلة إستثنائية للتعبير عن الإرادة (1) .

ويمكن القول بوجه عام أن السكوت في ذاته ، مجرداً عن أي ظرف ملابس له ، لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولاً ، لأن الإرادة عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي ، وليس السكوت إرادة ضمنية ، لأن الإرادة الضمنية تُستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها . أما السكوت فهو العدم ، فمن باب أولى بالعدم أن تكون دلالاته الرفض لا القبول (2) .

جاء في نص المادة (67) من مجلة الأحكام العدلية على أنه (لا يُنسب إلى ساكت قول) أي بمعنى أنه لا يُقال لساكت بأنه قال : كذا (3) . وهذا يقودنا إلى طرح التساؤل التالي : ما مدى مسؤولية الممتنع عن الرد على الموجب ؟ أنه من المتصور أن يتم القبول بالسكوت ، ولذلك قيل أن "السكوت رضا" ففي هذه الحالة

---

(1) أنظر في هذه الآراء ، جمعه ، عبدالرحمن ، 2009 ، أثر السكوت في الإعلان عن الإرادة

وفقاً للقانون المدني الأردني ، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ،

الجامعة الأردنية ، المجلد السادس والثلاثون ، العدد الأول ، عمان ، ص 232-233 .

(2) مشار إليه لدى ، السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام

بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، ص 220 .

(3) باز ، شرح المجلة ، ص 40 .

لا تثور أية صعوبة إذا كان السكوت معبراً عن قبول الموجب له ، فنكون في هذه الحالة أمام تعبير ضمني سلبي عن الإرادة . أما في حالة إذا لم يُقصد بالسكوت أن يكون معبراً عن الإرادة ، فإن الصعوبة تكمن حول مدى حرية الإمتناع عن الكلام ، وحتى يُعد هذا الإمتناع خطأ يوجب تعويض الضرر المترتب عليه عن طريق إعتبار السكوت قبولاً .

**موقف الفقه الفرنسي :** فقد أعتبر الفقه الفرنسي أن مجرد السكوت لا يمكن أن يُعد كقاعدة عامة قبولاً معللاً بذلك بأن إعتبار السكوت قبولاً في جميع الأحوال يؤدي إلى إهدار حرية الفرد ، وإرغامهم على رفض كل إيجاب يوجه إليهم ، وإلا إعتبروا متعاقدين ولو لم يكونوا راغبين في التعاقد . أي بمعنى أن يُعد سكوتهم هذا قبولاً ينعقد به العقد ، وهذه النتيجة تؤدي إلى الكثير من الإجحاف والعنت بحقهم ، وبالتالي يكون الموجب بإرادته المنفردة قد فرض عليهم القبول أو الرفض ، إذ لا يُتصور بدهاء أن يملك الموجب بإرادته المنفردة فرض إلتزام على الموجب له بالقبول أو الرفض (1) .

**موقف القضاء الفرنسي :** لقد جاء موقف القضاء الفرنسي مؤيداً لموقف الفقه ، فقد إعتبر القضاء والفقه الفرنسي أن مجرد سكوت الشخص عن الرد على خطاب أرسله مصرف إليه يعتبره مساهماً في شركة معينة ويخبره فيه أنه قيد في حسابه قيمة الأسهم التي إحتسبها عليه ، لا يُعتبر قبولاً بالإكتتاب في هذه الأسهم . حيث وضع القضاء الفرنسي مبدأ مضمونه أن سكوت الشخص سكوتاً مجرداً عن أي ظرف آخر لا يلزم صاحبه (2) . كما إعتبر الفقه والقضاء الفرنسي أيضاً أنه لا يُعد قبولاً سكوت الشخص الذي تلقى مجلة دورية من إحدى دور النشر ودون سابق إتفاق بينهم ، فقد أعتبرت المحكمة أنه لا يحق لدار النشر أن تعتبر هذا الشخص قد إشتراك في هذه المجلة ما دام أنه لم يصدر منه قبول بذلك ، ولا يُعتبر قبولاً مجرد

---

(1) أشار إلى موقف الفقه الفرنسي ، الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجناحية في المجتمع الإشتراكي ، ص 170-171 .

(2) مشار إليه لدى ، الفضل ، النظرية العامة للإلتزامات - الجزء الأول - مصادر الإلتزام ، ص 108 .

إمتناع هذا الشخص عن رد المجلة حتى لو ذكر في المجلة أن عدم الرد يُعد قبولاً بالإشتراك (1) .

ورفض القضاء الفرنسي على أن من يتلقى المجلة ويسكت ، إذا كان سكوته لا يُعد قبولاً ، فإن قبوله قد يُستخلص ضمناً من أعمال مادية إيجابية يقوم بها ، كإن يواظب على تسلم المجلة وقراءتها بانتظام . ومن الأمثلة على ذلك ما قضت به المادة (1759) من القانون المدني الفرنسي بأن عقد الإيجار يتجدد تلقائياً باتفاق الطرفين المؤجر والمستأجر وبنفس الشروط ، إلا إذا إعترض المؤجر وأبدى عدم رغبته في الإستمرار في تجديد العقد . ويُستخلص من ذلك أن ثمة إلتزامات من قبل المؤجر بإبداء الإعتراض على إستمرار المستأجر في الإنتفاع بالعين المؤجرة بعد إنتهاء مدة الإيجار ، فإذا إمتنع المؤجر عن الإعتراض إعتبر إمتناعه قبولاً لإيجاب ضمني بتجديد عقد الإيجار (2) .

**موقف الفقه والقضاء المصري :** جاء موقف الفقه والقضاء المصري مؤيداً لموقف الفقه والقضاء الفرنسي ، فقد إعتبر أن السكوت المجرد لا يُعد قبولاً ، لأن السكوت عدم ، فالأولى أن تكون دلالاته الرفض لا القبول ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى نتائج خطيرة ، فإعتبار السكوت قبولاً يعني إلتزام كل من يُوجه إليه " إيجاب بعقد " بأن يرد عليه بالقبول أو الرفض وإلا إعتبر قابلاً ، وهذا الإلتزام يؤدي إلى تضيق على الناس بالإضافة إلى إفتقاره إلى السند القانوني . ومن الإمتثلة على ذلك ما قضت به محكمة الإسكندرية الإبتدائية القاضي بأن سكوت المشتري أكثر من ثمانية أيام دون أن يرد على عرض يعرضه البائع ويشترط فيه شرطاً في صفقة بقيت المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشتري مدة أسابيع عديدة لا يُعتبر قبولاً من المشتري ، بل يجب أن يكون القبول واضحاً بعد هذه المفاوضات الطويلة . فقد قضت محكمة الإستئناف في مصر بأن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكية في مصنعه لا يُعد قبولاً أو ترخيصاً من

(1) مشار إليه لدى ، السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ص 221 .

(2) مشار إليه لدى ، الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الإشتراكي ،

جانبيها حتى لو تأخرت الحكومة عن الرد في الميعاد القانوني وحتى لو حصل صاحب المصنع على تصريحات شفوية من بعض الموظفين بأن الحكومة ستعطيها الترخيص المطلوب<sup>(1)</sup> .

### 3.2.3 مسؤولية الممتنع عن الأعمال التعاقدية

هناك العديد من الواجبات الأساسية والأولية الملقاه على عاتق الممتنع والتي تتمثل بمسؤولية الممتنع عن القيام بعمل ، ومن هذه الأعمال ، عمل الطبيب المهني والفني ، حيث يوجد هناك واجبات على الطبيب ، وهذه الواجبات ترتبط ارتباطاً وثيقاً بعمل الطبيب المهني والتقني والفني والتي من أهمها واجبات الحذر والعناية ، ومن الملاحظ بأن مسؤولية الطبيب في أكثر الأحوال هي مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية ، لأن ارتباطه هنا بعقد مع عميله (المريض) في تقديم خدماته المهنية والفنية ، إلا أن هذه الخدمة الفنية والمهنية التي يلتزم الطبيب بتقديمها للمريض بموجب العقد لا تزيد على أن تكون إلتزام من الطبيب ببذل عناية فنية معينة ، هي التي تقتضيها أصول المهنة التي ينتمي إليها الطبيب . فالإلتزام بالعقد إذن هو إلتزام ببذل عناية لا إلتزام بتحقيق غاية أو نتيجة ، إذن الطبيب يلتزم إتجاه مريضه ببذل العناية الطبية له على الصورة التي تشترطها أصول مهنته ومقتضيات فنه<sup>(2)</sup> . يتوجب على الطبيب عندما يُمارس مهنته أن يبذل قصارى جهده من أجل علاج المريض وشفاءه من المرض ، إلا أن واجبه هذا يبقى واجباً ببذل عناية من حيث المبدأ العام وليس بتحقيق غاية . وإن مضمون الإلتزام بعناية من قبل الطبيب هو بذل الجهود الصادقة اليقظة ، والتي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة والمستقرة في علم الطب ، والتي تهدف إلى شفاء المريض وتحسن حالته

---

(1) نقض مصري ، رقم 42 ، تاريخ 26 / 12 / 1929 ، مشار إليه لدى ، السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، ص 222 .

(2) محتسب بالله ، بسام ، 1984 ، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية ، بين النظرية والتطبيق ، ط1 ، دار الإيمان ، بيروت ، ص 106 - 108 .

الصحية . وأن إلتزام الطبيب بمعالجة المريض والعناية به لا يعني ذلك أن يلتزم الطبيب بضمان الشفاء التام والسلامه له ، ولا يسأل الطبيب في حالة إذا إزداد المريض مرضاً ما لم يكن بتقصير منه ، فلا يكون مقصراً إذا إستند الطبيب في العلاج على أسس فنية وعلمية ثابتة في مهنة الطب (1) .

وهنا لا بد من التفريق ما بين الإلتزام ببذل عناية والإلتزام بتحقيق نتيجة . فقد ميز الفقيه الفرنسي ديموج بين الإلتزام ببذل عناية وبين الإلتزام بتحقيق نتيجة ، حيث قسم العقود إلى نوعين ، عقود تتضمن إلتزاماً بتحقيق نتيجة إذا كان المدين ملتزماً بتحقيق أداء معين ، أو نتيجة معينة ، ومثال ذلك في حالة الناقل الذي يلتزم بإستكمال النقل إلى الجهة المعنية بحالة سليمه ، وعقود تتضمن إلتزاماً ببذل عناية ، ومثال ذلك الطبيب الذي لا يلتزم نحو مريضه بالشفاء ، أو بنجاح العملية الجراحية التي يُجريها له (2) . وواجب الطبيب بوجه عام هو بذل عناية وليس بتحقيق غاية ، ويمكن القول بأن إلتزام الطبيب بالعلاج سواء وجد عقد مع المريض أم لم يوجد هو إلتزام ببذل عناية (3) .

ومما لا شك فيه أنه وفي ظل إنتشار المبادئ التي نادى بها المذهب الفردي والتي أدت إلى أن كان الاتجاه السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين إلى القول أن الطبيب - كسائر المواطنين - له كامل الحرية في ممارسة مهنته الطبية وبالطريقة التي يراها مناسبة . إذ له الحق في قبول أو رفض دعوى المريض للعلاج ولا يلتزم بإجابة طلب المريض (4) . والقول بغير ذلك يؤدي إلى وضع الطبيب في حالة من العبودية والتي تتنافى مع مبادئ الحرية والتي نادى بها المذهب الفردي . فالعلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقه تعاقدية يلزم فيها رضا كل من الطرفين ، ولا

---

(1) خاطر ، نوري حمد ، 2003 ، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية ، بحث منشور في مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، جامعة آل البيت ، المجلد التاسع ، العدد الثالث ، ص 71 .

(2) الحسيني ، عبداللطيف ، 1987 ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية ، ط1 ، الشركة العالمية للكتاب ، بيروت ، ص 103-104 .

(3) الصويص ، سهيل يوسف ، 2004 ، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث ، ط1 ، أزمنه للنشر والتوزيع ، عمان ، ص 67 .

(4) منصور ، المسؤولية الطبية ، ص 26 .



يوجد نص يُلزم الطبيب بتقديم العلاج للمرضى الذين يطلبون المساعدة . والمرء لا يُعد مخطئاً إلا إذا أخل بواجب يفرضه عليه نص قانوني أو إتفاق . ومن هنا يتضح لنا أن الطبيب لا يُعتبر ملزماً بعلاج المريض ، إلا بعد قبوله التعاقد مع المريض ، وبناءً على ذلك فإنه لا يُعد إمتناع الطبيب عن علاج المريض قبل أن يتم التعاقد معه سبباً لقيام المسؤولية (1) .

**موقف القضاء الأردني من الخطأ الطبي :** لقد كان موقف القضاء الأردني من الخطأ الطبي واضحاً عندما ذهبت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها (2) ، أن مالك المستشفى أو صاحب المستشفى مسؤول عن أخطاء الموظفين العاملين لديه ، والسبب يعود ، لأنهم يعملون تحت رقابته وتوجيهه ، وبالتالي فإن مالك المستشفى ملزم بالتعويض عن العاهة الدائمة التي أصيبت بها إينة المدعي نتيجة الخطأ في تشخيص حالتها المرضية، ففي هذه الحالة إستندت المحكمة إلى نص المادة (288) من القانون المدني الأردني المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير وهي مسؤولية أصلية تقوم على أساس (الخطأ المفترض) في الرقابة والتوجيه (3) .

**موقف القضاء الفرنسي من الخطأ الطبي :** لقد جاء موقف القضاء الفرنسي واضحاً عندما قرر بأنه إذا كان الحوار مستحيلاً ما بين الطبيب والمريض بسبب حالة المريض الجسمية أو النفسية ، فإنه يجب على الطبيب في هذه الحالة أخذ الموافقة المسبقة على علاج المريض أو على إجراء العملية من ذوي المريض الذين

---

(1) العجاج ، طلال ، 2011 ، المسؤولية المدنية للطبيب ، ط1 ، دار عالم الكتب الحديث ، إربد ، ص191 . ومن الأمثلة على ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بأن العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض ، يُوجب على الطبيب إن لم يكن بطبيعة الحال الإلتزام بشفاء المريض ، فعلى الأقل بأن يبذل عناية وجهوداً صادقة يقظة متفقة مع الظروف التي يوجد بها لمريض ، ومع الأصول العلمية الثابتة . ومن الملاحظ من هذا القرار أن العقد الطبي الذي أبرمه الطبيب مع المريض عقد لا يُنشىء على عائق الطبيب إلتزاماً أو واجباً بشفاء المريض ، وان الطبيب لا يلتزم بتحقيق هذه النتيجة لأن الشفاء بيد الله وحده ، وإنما يلتزم الطبيب بمجرد العناية اللازمة وواجب معالجته بصدق وأمانه وإنتباه وفقاً للمعطيات العلمية الثابتة التي تفرضها أصول المهنة الطبية على من هم في مثل مهنته وموقعه من التخصص. لذا نجد أن هذا القرار قد إعتد على التفريق ما بين واجب الطبيب ببذل عناية وتحقيق نتيجة .

(2) تمييز حقوق رقم 1246 / 1990 ، مجلة نقابة المحامين ، 1992 ، ص1709 .

(3) الفضل ، منذر ، 1992-1994 ، المسؤولية الطبية ، بحث منشور في مجلة القانون ،

دار البشير للنشر والتوزيع ، عمان ، ص19-20 .

يمثلونه قانونياً أو فعلياً ، أما إذا كان المريض في حالة يتعذر الحصول على موافقته أو موافقة أحد من ذويه ، ففي هذه الحالة يحق للطبيب القيام بالعلاج أو إجراء العملية دون أخذ الموافقة إذا كانت حالته الصحية تستدعي ذلك . وفي نطاق تحديد مسؤولية الطبيب المتعاقد مع الغير تثار التساؤلات التالية : ماذا لو تعاقد طبيب مع مريض من أجل إجراء عملية جراحية معينة ، وإثناء قيام الطبيب بإجراء العملية تبين للطبيب بأن المريض يُعاني من آلام مرض آخر غير المرض الذي تم الإتفاق عليه لإجراء العملية من أجله ، فهل الطبيب مُلزم بمعالجة هذا المرض ، على الرغم أنها تخرج عن حدود إتفاقه مع المريض ؟ وماذا لو قام الطبيب بعلاج المرض وأدى ذلك إلى نتائج سلبية على المريض ؟ وماذا لو أن الطبيب ترك المرض ولم يُعالجه فإدى ذلك إلى موت المريض من جراء ذلك التترك ؟ وللإجابة على هذه التساؤلات سوف نسوق الحكم الذي أصدرته محكمة إستئناف داوى الفرنسية والذي تتلخص وقائع القضية فيه أن أحد الأشخاص راجع أحد الأطباء وكان يشكو من تورم طفيف في ذراعه ، وبعد الفحص تبين للطبيب بأنه تورم عادي ، وقام الطبيب بتوجيه النصح والإرشاد للمريض لإجراء العملية مؤكداً له نجاحها ووافق المريض على إجرائها ، وعند قيام الطبيب بإستئصال الورم تبين أن الورم هو ورم سرطاني خبيث فقام الطبيب بإستئصاله فوراً ودون إشعار المريض بذلك أو حصول الطبيب على موافقته ، وبعد أن أفاق المريض من المخدر وعلم بأن ذراعه أصبحت عاجزة وعاطلة عن الحركة ، لجأ إلى القضاء مطالباً بتعويضه عن الضرر الذي لحق به من جراء ذلك . فقد قضت المحكمة بأن على الطبيب أن يحصل على رضا المريض قبل إجراء العملية وإعلامه بحقيقة ما تتطوي عليه العملية من مخاطر ، ولهذا فإن الطبيب يُعد مخطئاً بذلك ، لأن هذا الإلتزام من الإلتزامات الضرورية لإحترام حرية الإنسان وسلامته ، ولذلك تقول المحكمة بأن الطبيب لم يحم بتتفيذ هذا الإلتزام ، وبالتالي فإنه يكون مخطئاً خطأً يجعله مسؤولاً عن تعويض ما حدث للمريض من ضرر (1) .

(1) إستئناف داوى ، رقم 1 / 7 / 936 مشار إليه لدى ، الذنون ، المبسوط في شرح القانون

المدني - الخطأ ، ص 485-486 .

ويتضح لنا من خلال ذلك أنه يجب على الطبيب في هذه الحالة أن يحصل على موافقة المريض المسبقة والصريحة قبل إجراء العملية الجراحية ، وبعد حصول الطبيب على موافقة المريض أن يقوم بإعلامه عن مدى خطورة العملية الجراحية وما يترتب عليها من نتائج أو مضاعفات . وبالتالي فإن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ، لأن الطبيب بموجب العقد هو ملزم بعلاج المريض ، وبذل العناية اللازمة من أجل شفائه ، وهذا الإلتزام يدخل في إطار المسؤولية العقدية ، فالإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب هو تقديم الخدمة الفنية ، وهذه الخدمة لا تزيد عن بذل عناية فنية معينة . وبالتالي فالإلتزامه بالعقد هو إلتزام ببذل عناية وليس إلتزام بتحقيق غاية ، فالمعيار الذي يقاس به الخطأ المهني هو معيار شخصي يتمثل في واجب الطبيب ببذل العناية اللازمة و الصادقة في سبيل شفاء المريض ، ومناط العناية هو ما يقدمه طبيب يقظ بنفس مستواه المهني والطبي والعلمي . وبالتالي فإن الطبيب يُسأل عن أي تقصير في عمله الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه الطبي والمهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد بها هذا الطبيب ، وبالتالي يجب أن يقوم الدليل الواضح على تقصير الطبيب إتجاه المريض ، لكي تقوم المسؤولية التقصيرية على الطبيب .

#### 4.2.3 مسؤولية الممتنع عن الأعمال المادية وعن أعمال المساعدة للآخرين

أن من أبرز صور المسؤولية والتي تتمثل في الإمتناع عن عمل مادي هو ذلك الإمتناع الذي لا يكون فيه هناك علاقة قانونية فيما بين الممتنع والمضروب من جراء هذا الإمتناع ، وهناك حالات للإمتناع والتي من أبرزها مسؤولية الممتنع عن القيام بالأعمال المادية ، وعن مسؤولية الممتنع عن أعمال المساعدة للآخرين .

#### 5.2.3 مسؤولية الممتنع عن الأعمال المادية

أن من أبرز صور الإمتناع عن القيام بالأعمال المادية ، هو مسؤولية الممتنع عن إخفاء المعلومات الواجب الإفصاح عنها في مرحلة التهيئة للعقد ، حتى ينعقد العقد بين أطرافه يجب ان يتوافر عنصرين أساسيين هما عنصر الإيجاب وعنصر

القبول ، ولكي ينعقد العقد لا بد من أن يصدر الإيجاب من أحد المتعاقدين ، وبقبول من الطرف الآخر ، من أجل إحداث أثر قانوني في المعقود عليه ، إلا أنه قبل أن تتجه إرادة أطراف العقد لإ انعقاده ، فإنه قد يمر العقد بمرحلة تمهيدية أو مفاوضات أو دعوة إلى التفاوض ، وتعتبر هذه الدعوة عملاً مادياً لا يترتب عليها أثر قانوني لكلا الطرفين ، ومثاله السمسار الذي يمهد للمفاوضات من أجل إبرام العقد ، لذا لا يعد نائباً عن أحد المتعاقدين ، وإنما عمله يعتبر عملاً مادياً وليس عمل قانوني ، فهذه الدعوة تقتضي على أحد أطرافه إعطاء معلومات للطرف الآخر حتى يكون على بينه مما يتعاقد عليه ، وفي حالة قيام أحد الأطراف بكتمان هذه المعلومات والتي يؤدي كتمانها والعلم بها إلى صرف نظر المتعاقد الآخر عن التعاقد ، وبالتالي فإن هذا العمل يعد خداعاً وتظليلاً يترتب المسؤولية التقصيرية إتجاه الطرف الآخر الذي إمتنع عن إعطاء المعلومات الواجب إعطائها في مرحلة التهيئة للعقد (1) .

ويتضح لنا من ذلك أن الدعوة للتفاوض لا تترتب مسؤولية قانونية أو أثر قانوني ، لأن كل متفاوض له الحرية في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده ، وأن العدول عن المفاوضات قد يترتب مسؤولية على الطرف الذي قطع هذه المفاوضات إذا إقترن هذا العدول بخطأ منه .

فكتمان المعلومات أو عدم إعطاء المعلومات الواجب إعطائها للطرف الآخر ، يؤدي بدوره إلى بطلان العقد إذا تناول أمراً كان من شأنه أن يصرف عن تعاقد الطرف الذي شكاً من إخفائه عنه لهذه المعلومات ، إذ أنه لم يكن له أن يوقع العقد لو عرف بها في طور التفاوض ، وكان من صدر عنه الكتمان قد تعدد كتمان المعلومات الواجب إعطائها قبل توقيع العقد (2) . وبالتالي فإن الخداع الذي أدى بالطرف الآخر إلى توقيع العقد ونتج عن هذا الكتمان ضرر للطرف الآخر يترتب عليه مسؤولية تقصيرية ، فإن الضرر الناتج عن كتمان هذه المعلومات يُتيح للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر الذي نتج عنه الكتمان للمعلومات في حالة

(1) السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ص207.

(2) النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر ،

أن تعمد الكتمان وموضوعه وأثره ونتائجه السلبية فتعمد ترك ذاك العاقد يقع في هذا الغلط ، وبالتالي يكون الطرف الذي كتم المعلومات قد قام بعمل وهذا العمل أو التصرف خطأ يُسأل عنه فيكون لخطأه الذي ارتكبه مظهراً من مظاهر الإخلال بواجب إعلام الطرف الآخر بما يتوجب عليه ضرورة إعلامه بهذه المعلومات قبل أن يتم التعاقد أو توقيع العقد (1) .

إن الأمتناع عن إعطاء المعلومات الواجب إعطائها في الطور المهيم للعقد يصح أساساً لإعمال المسؤولية عن الفعل الشخصي .

وهنا لا بد من الإشارة إلى بعض الشروط التي يتوجب توافرها لقيام المسؤولية

التقصيرية :-

- 1- أن لا يكون بين طرفي العقد تكافؤ في المعلومات ، الأمر الذي يؤدي إلى أن من يملك المعلومات عليه أن ينقلها إلى الطرف الآخر ليقع التعاقد بينهما صحيحاً .
- 2- أن يكون الكتمان أو السكوت تناول أمراً أساسياً وجوهرياً مؤثراً في التعاقد ، أي بمعنى أنه لو عرف هذا المتعاقد بالمعلومات التي تم إخفائها عنه من قبل الطرف الآخر لما قام هذا المتعاقد بإبرام العقد مع الطرف الذي كتم هذه المعلومات .
- 3- أن لا يكون في ظروف التعاقد أو تبعاً لطبيعة العقد أو لصفات طرفية ما يلزم أحداً من الطرفين بأن يستعلم بنفسه عن أمور جوهرية خاصة بموضوع العقد قبل إبرامه للعقد (2) .

والعبرة من ذلك هو أن يعلم المتعاقد الآخر بأن لهذه المعلومات أهمية مؤثرة وذات قيمة قانونية تؤثر في العقد تلزم الطرف الممتنع بأن يُخبر الطرف الآخر عنها ، فيغفل ، وبالتالي فإنه ينطوي على هذا الإغفال خطأ ، وقد يكون من الممكن أن يكمن الإمتناع في قيام الطرف الممتنع ببعض المناورات والمداومات فتعمده تكشف بذاتها حقيقة الإخلال بموجب الإعلام وتحجب الطرف الآخر عن إبرام العقد ، لأن هذه المعلومات جاءت بطريقة مضللة أو بصور ملتويه مما تجعل

---

(1) السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ص 322-323 .

(2) النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر ،

الطرف الاخر يصرف النظر عن التعاقد وعدم إبرام العقد ، لأنه وجد أن هناك خداع وغش من الطرف الآخر لكي يحمله على إبرام العقد (1) . وقد إستند الفقه في ترتيب المسؤولية بحق المتعاقد الذي إمتنع عن تقديم أو إخفاء المعلومات الواجب إعلامها للطرف الآخر في الطور الممهّد لإبرام العقد . إلى نظرية الغلط والتي تتمثل في تصور أحد المتعاقدين أو كليهما لجانب من جوانب العملية القانونية المراد تحقيقها عن طريق العقد على غير الحقيقة .

فالمتعاقّد الذي كان على علم بوجود الغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر وتركه مستمراً في هذا الغلط دون أن ينبهه إلى ذلك . فيكون بعمله هذا قد وقف موقفاً سلبياً يشكل خطأ يُسأل عنه ، والخطأ هذا يعتبر إخلالاً بواجب إعلام المتعاقد الآخر بما يجب عليه إعلامه قبل التعاقد لكي لا يحصل الغلط في العقد ويؤدي ذلك إلى إبطال العقد وإحجام الطرف الآخر عن التعاقد . وقد يحدث خلال المفاوضة حول عقد ما أن يصدر عن أحد الطرفين خطأ يضر بالآخر . مثلاً سوء نية خلال المناقشات أو قطعها فجأه وبدون مبرر في الوقت الذي تكون بعض الأمور قد ترتبت ، وكذلك قد يقوم أحد المرشحين للتعاقد بأعمال خداع أو تقديم معلومات غير صحيحة أو غير كافية لمضمون الأداء الذي يقدمه أو يُخفي أمراً وجوده يهدد صحة العقد (2) . وأنه يبدو واضحاً في كل الفرضيات التي تسبق عملية التعاقد ، أنه يحق للمتضرر المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من الطرف المتسبب بالضرر له وهذا ما قرره المحاكم بإثبات وجود مسؤولية وصفها الفقه " بسبق تعاقدية " (3) .

ويتضح لنا أن مجرد الإتفاق بين الطرفين على المحادثات من أجل وضع إتفاق على تعاقد ما لا يلزم الأطراف المتعاقدة على القيام بذلك . وحتى الالتقاء النهائي بين الأطراف حول موضوع محدد ، يبقى كل طرف ، مبدئياً حراً بالإنسحاب وعدم

---

(1) النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر ، ص240 .

(2) العدوي ، أصول الإلتزامات - مصادر الإلتزام ، ص162-163 .

(3) شمس الدين ، عبد الأمير ، 2011 ، المطول في القانون المدني - مدخل إلى المسؤولية، ط1 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت، ص639-640.

التعاقد دون أن تترتب عليه مسؤولية . إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة ، فهي مخصصة بشروط ملائمة بحكومة بالمسؤولية .

والحالات التي يمكن فيها لقطع أو فشل المفاوضات أن يترتب مسؤولية أحد الأطراف المشاركين . وقد يحصل في بعض الأحيان ، خلال المفاوضات ، أن يضع الأطراف إتفاقات أولية يؤدي عدم تنفيذها إلى تترتب مسؤولية تعاقدية . أو قطع المفاوضات الجارية بغية إقامة عقد ، يمكن أن يحصل في ظروف تبرز إساءة أو خطأ في تنفيذ حرية القطع وهذا يترتب مسؤولية جرمية على منفذ هذا الخطأ<sup>(1)</sup> .

وخلاصة القول فإن إلتزام أحد طرفي العقد بإعطاء المعلومات يبدو ضرورياً في الحالة التي لا يقع فيها على الطرف الآخر العلم بها مسبقاً أو الإستعلام عنها . فكلما كان هناك تضارب ظاهر في المصالح بين الطرفين فإنه ليس من غير المتصور أن يحجم أو يمتنع العاقد الذي بيده المعلومات عن إعطاء الطرف الآخر لهذه المعلومات وتزويده بها ، فيكون على هذا الطرف ، بحكم طبيعة الأشياء ، أن يكون أكثر تيقظاً وتحسباً . ففي حالة أن بُني العقد على معلومات تعمد أحد الأطراف خداع الطرف الآخر فيها ، فإن ذلك يؤدي إلى إنعدام الثقة بين المتعاقدين ، وبالتالي يؤدي إلى إبطال العقد أو عدم إبرام العقد بين الطرفين ، أما إذا إنبنى العقد على الثقة فإن كل طرف من أطرافه يُقدر أن الطرف الآخر يُوليه إهتمام في الحدود المألوفه ، وبالتالي فإن هذه الحالة لا يمكن أن يمنع أي من الطرفين المتعاقدين أية معلومات ضرورية كانت أم لم تكن وبالتالي تجعله على بينه مما يتعاقد عليه . والإخلال بموجب إعطاء المعلومات يحصل عادةً بالسكوت عنها أو أن يقوم بكتمانها قاصداً ذلك الضرر بالطرف الآخر وإيهامه من أجل حمله على التعاقد وإبرام العقد، وإن الإمتناع عن إعطاء المعلومات والإفصاح له عنها يُعد تقصيراً من جانب الطرف الآخر ويحاسب عليه الذي صدر منه هذا الكتمان ، وهنا تقوم المسؤولية التقصيرية على هذا الأساس.

---

(1) شمس الدين ، المطول في القانون المدني - مدخل إلى المسؤولية ، ص 642 .

### 6.2.3 مسؤولية الممتنع عن أعمال المساعدة للآخرين

أن مسؤولية الممتنع عن مساعدة الآخرين هي مسؤولية أدبية وأخلاقية . وهنا يثور التساؤل حول مسؤولية الممتنع عن أعمال المساعدة للآخرين بإعتبارها صورة أخرى من الصور التي يكون فيها الممتنع مسؤولاً عن مساعدة الغير ممن لا تربطه بهم أية رابطة أو صلة قرابة أو معرفة سابقة من قبل ؟ وكما أسلفنا سابقاً إلى أن واجب المساعدة للآخرين ينبعث من نطاق الأخلاق وأداب المهنة ومقتضياتها إلى نطاق القانون .

والسبب الرئيسي في ذلك يعود إلى فكرة التضامن الإجتماعي ، والتي تفرض على أفراد المجتمع الواحد الإلتزام بتقديم العون والمساعدة للآخرين أو لشخص محتاج لذلك نتيجة لضرر قد وقع عليه أو نتيجة لكارثته حلت به أو كان هذا الشخص مجنياً عليه في جريمة ما قد أصابته ، ففكرة التضامن الإجتماعي هي أصدق تعبير وضمان حقيقي ضد مخاطر الأناية والقضاء عليها وعلى حب الذات واللامبالاة لدى الفرد في المجتمع ولكي تشعره بتحمل المسؤولية إتجاه الآخرين . من أجل إخراجهم من الحالة السلبية التي يكون عليها إلى الحالة الإيجابية بأن يمد يد العون والمساعدة إلى من هم بحاجة إليها من أفراد المجتمع ، وخصوصاً إذا كان هذا الإلتزام نابع من شعور أخلاقي بحت تحدته المبادرة الذاتية أو نابع من ضمير الإنسان في تقديم المساعدة للآخرين ، وعدم الإمتناع عن المساعدة كلما دعت الحاجة إلى ذلك ، أو كان هناك شخصاً بحاجة إلى تلقي المساعدة من الآخرين بسبب الضرر الذي أصابه من جراء أي عمل ضار (1) .

وإذا كانت غالبية التشريعات تكاد تجمع تقريباً على مسؤولية الشخص عن إضراره بغيره ، وتجعل هذه المسؤولية أصلاً عاماً لا تخرج عليه إلا في حالات إستثنائية محددة ، وهي حالة الدفاع الشرعي أو حالة الضرورة . إلا أن هذه التشريعات تقف موقفاً عكسياً من مسؤولية الممتنع عن مساعدة الآخرين ، ولم تصل إلى التطور نحو فكرة التضامن الإجتماعي - إلى جعل القاعدة العامة مسؤولية الممتنع عن مساعدة الغير ، فإمتناع الفرد عن مساعدة الغير متعدد المظاهر ، ولعل

(1) عبد ، جريمة الإمتناع ، ص 290 .



من أقدم صور المساعدة التي شعرت الشعوب بضرورتها لما لها من مخاطر جسيمة على البشرية جمعاء ، ألا وهي المساعدة البحرية ، مما أدى بالأفراد إلى الشعور بالتضامن فيما بينهم من أجل مواجهة الأخطار الجسيمة الناتجة عن البحر . ومع تطور الشعوب وإزديادها إنتقلت فكرة المساعدة من البحر إلى البر (1) .

وتقوم المساعدة بوظائف مختلفة ومن أهم هذه الوظائف ، الدور الذي تقوم به في مجال الإثبات سواء كان الإثبات عن طريق إلزام الشخص بمساعدة خصم في دعوى ، وذلك من خلال تقديم الدليل المثبت لدعواه إن كان بحوزته ، أو إلزامه بمساعدة متهم في جريمة ما بأن يقوم بالأدلاء بشهادته لصالح المتهم إن كان يعلم علماً يقينياً ببراءته من التهمة المنسوبة إليه . ووظيفة المساعدة هي وسيلة من أجل دفع خطر يحيق بالغير سواء كان مصدره جريمة أو عاملاً خارجياً أو طبيعياً . وتقوم أيضاً بدور هام في مجال الإثبات كما ذكرنا آنفاً ، ويتم ذلك في صورة مساعدة الخصم في إثبات دعواه أو في صورة مساعدة متهم في جريمة ما :-

الصورة الأولى : مساعدة الخصم في إثبات دعواه :- ففي هذه الصورة قد يحتاج الخصم من أجل إثبات دعواه إلى دليل يكون في حوزة الخصم الآخر أو الغير ، وقد يكون تقديم هذا الدليل سواء تمثل في سندات أو أوراق منتجة في الدعوى تكون تحت يده أو في شيء آخر يصلح لأثبات الدعوى (2) ، ويجوز إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك في الحالات التي لا يحظر فيها القانون مطالبته بتقديمها أو تسليمها ، أو في حالة إذا كان هذا المستند المراد تقديمه مشتركاً بينه وبين خصمه أي بمعنى أن يكون المستند محرراً لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لإلتزامات الخصمين وحقوقهما المتبادلة ، أو في حالة إذا أستند إليه خصمه في أي مرحلة من مراحل الدعوى . وكقاعدة عامة ، لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك ، ويوجب عليه تقديم مستند ما ، وعندئذ لا يقتصر حق خصمه على مجرد إثبات ما يدعيه بإي دليل يقدمه ، وإنما قد يصل الأمر إلى إجبار خصمه (أو الغير) على تقديم مستند في حوزته ليثبت به

(1) الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الإشتراكي ، ص 274 .

(2) الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الإشتراكي ، ص 287 .

دعواه . كما لا يجوز للشخص أن يتخذ من عمل نفسه أو أن يصنع لنفسه دليلاً لكي يحتج به على الغير من أجل إثبات دعواه . ومن الأمثلة على ذلك البيانات التي يدلي بها صاحب الشأن إلى الموظف المختص حيث يقوم الموظف بتدوين هذه البيانات تحت مسؤوليتهم دون أن يكون ملزماً بتدوينها بحكم وظيفته ، فهذه يجوز إثبات ما يخالفها بكافة طرق الإثبات . ومن الأمثلة على ذلك أيضا إثبات أي مواطن في البطاقة العائلية أو البطاقة الشخصية ، فالموظف المختص لا يتحقق من صحة هذا البيان . وبالتالي يجوز إثبات ما يخالف ذلك بكافة طرق الإثبات . ولا وجه للتحدي بقاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي . (1) .

الصورة الثانية : مساعدة المتهم في جريمة ما :- وفي هذه الصورة فإنه يتوجب على كل إنسان أن يؤدي الشهادة إذا دعتة إلى ذلك سلطات التحقيق أو المحكمة المختصة بنظر الدعوى . وحيث يُعد إمتناع الشاهد عن الحضور لأداء الشهادة بعد دعوته إليها من الجهات المختصة جريمة جنائية تعاقب عليها التشريعات المختلفة بعقوبات تتنوع بحسب نوع الجريمة التي يُدعى للإدلاء بشهادته فيها . ومن حيث الأصل فإن الإمتناع عن الإدلاء بالشهادة لا يعد جريمة إلا إذا دُعي الشخص فعلاً إلى الإدلاء بها ، وبعبارة أخرى القاعدة تقول أن الشهادة التلقائية إختيارية بترك الإحجام عنها أو الإقدام عليها إلى ضمير الفرد نفسه . وإن بعض التشريعات خرجت عن هذه القاعدة في حالة إستثنائية ، يفضي فيها الإمتناع عن الشهادة التلقائية إلى نتائج جسيمة وخطيرة ، وهي الحالة التي يكون فيها الشخص على علم بدليل براءة المتهم (2) .

---

(1) أبو الوفا ، أحمد ، 1998 ، التعليق على نصوص قانون الإثبات ، ط3 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص37 .

(2) الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الإشتراكي ، ص294 .

## الخاتمة

وبهذا تنتهي دراستنا لموضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) في المسؤولية التقصيرية ، حيث قدمت فيما سبق دراسة تحليلية منهجية لموضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) في المسؤولية التقصيرية ، وهل يصلح أن يكون الفعل الضار (الخطأ السلبي) أساساً لقيام المسؤولية المدنية على الشخص الممتنع أم لا ؟ مما إستدعى البحث والتحليل بتوضيح التطور التاريخي لمفهوم الفعل الضار (الخطأ السلبي) في القانون الروماني ، وتطرق لتطور فكرة الخطأ في التقنين الفرنسي القديم ، ووضحت مفهوم الفعل الضار في الفقه الإسلامي ، وموقف التشريع الإسلامي منه ، وأيضاً تم توضيح لمفهوم الضمان في القانون المدني الأردني من خلال نص المادة (256) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 . كما وضحت مفهوم وتحديد ما هية الفعل الضار وكيفية تميزه عن الفعل الإيجابي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ، وقد قمت بتوضيح مدى خضوع الفعل الضار للقواعد العامة في الخطأ وموقف القضاء الفرنسي والأردني وموقف المشرع الأردني منه . وتم بحث الطبيعة القانونية والأساس القانوني عديم الأثر ، وتم توضيح مدى ما يرتبه الفعل الضار من أثر قانوني على الشخص الممتنع ، كما بحثت الأحكام العملية للفعل الضار من خلال تحديد مفهوم الفعل الضار المسبوق بالواجب والإلتزام القانوني ، وما هو موقف الفقه الإسلامي من ذلك ، وأيضاً تم الحديث عن صور الفعل الضار من خلال تحليل مسؤولية الممتنع عن القيام بالأعمال القانونية والتعاقدية وموقف الفقه والقضاء الفرنسي وموقف الفقه والقضاء المصري وموقف القضاء الأردني من ذلك . وقد تم الحديث عن مسؤولية الممتنع عن القيام بالأعمال المادية وعن مسؤولية الممتنع عن الأعمال المؤدية لمساعدة الآخرين . وهل يصلح الفعل الضار (الخطأ السلبي) حتى يكون أساساً لقيام المسؤولية المدنية على الشخص الممتنع أم لا ؟ مما أستدعى البحث والتحليل في العديد من الجزئيات مما جعل الباحث في أن يقوم بتوضيحها .

ومن خلال الوقوف على أبرز الخلافات وأدق التفاصيل في المسائل التي عرضت في هذه الرسالة ، والتي ساعدتني على توضيح وشرح لهذا الموضوع ، مما أدى بي

إلى أن توصلت من خلال البحث التحليلي لهذه الموضوعات إلى عدة نتائج والتي سوف أجملها بالآتي :-

1. أن الفعل الضار (الخطأ السلبي) قد يتخذ صور عديدة والتي يكون الترك أو الإهمال أو عدم التحرز أو عدم الإحتياط ، عند ممارسة أي عمل من الأعمال أو عند الإمتناع عن القيام بعمل والذي يكون قد إتخذ موقفاً سلبياً مجرداً من أي عمل آخر .

2. أن هناك مسؤولية على الممتنع ، ولكن هذه المسؤولية قد تكون مسؤولية جنائية أو مسؤولية مدنيه ، ولكن هناك إختلافاً بينهما ، وأن المسؤولية الجنائية لا تقوم إذا لم ينص قانون العقوبات على إتخاذ الشخص موقفاً سلبياً عن القيام بعمل ما ، لأن قانون العقوبات جاء مقيداً بمبدأ الشرعية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " بينما تكون مسؤولية الممتنع في القانون المدني جاءت غير مقيدة ، ولكن هذه المسؤولية تتحقق إذا وجد واجب قانوني قد يمكن أن يعينه القاضي .

3. لقد إختلفت الإتجاهات الفقهية حول ما مدى أن يكون خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ ، إلا أن الإتجاه السائد يؤيد خضوع الفعل الضار (الخطأ السلبي) للقواعد العامة في الخطأ الإيجابي .

4. أن يكون المعيار الذي فيه سلوك الممتنع هو ذات المعيار المطبق على الفعل الإيجابي ، وهو معيار الرجل العادي الحريص .

5. أن القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي أقام المسؤولية على الإضرار وليس على الخطأ ، ولذلك فلا يعتد بركن الخطأ لترتيب المسؤولية المدنية (الضمان) ، وأن الإضرار أو الفعل الضار يتحقق بالمباشرة والتسبب سواء أكان الفعل إيجابي أم كان الفعل بالإمتناع (سلبياً) . على خلاف العديد من التشريعات التي أقامت المسؤولية المدنية على مجرد الخطأ ، كما هو الحال في الفقه الفرنسي والفقه المصري .

6. أن التعبير عن الإرادة لا يخضع لشكل معين ، لذا فإن الشخص يستطيع أن يعبر عن إرادته وبالوسيلة التي يراها مناسبة ، وأنه يتم التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمناً .

7. إن أساس الإلتزام بالضمان في الفقه الإسلامي هو الإضرار ، لذا فإن الفقه الإسلامي قد وضح وفصل هذه المسألة دون أن يكون مقيد بنص قانوني ، بينما المشرع الأردني جاء مقيداً بصياغة قانونية في نص المادة (256) من القانون المدني الأردني حيث لم يشر المشرع في هذه المادة إلى ضرورة أن يكون الإضرار غير مشروع .
8. أن الكثير من التشريعات لم تعالج أحكام المسؤولية الطبية بحيث تتضمن هذه المسؤولية أحكام خاصة بها ، وأن تترتب المسؤولية المدنية في حالة المخالفة .
9. لقد كان هناك إختلافاً لدى الفقهاء حول تحقق المسؤولية لدى الممتنع إذا كان الإمتناع مجرداً غير مسبوق بأي الإلتزام ، والباحث يرى أن تترتب المسؤولية في حالة الإمتناع المجرد ، وذلك لعدم ركون الممتنع إلى الموقف السلبي الذي يؤدي إلى الإضرار بالغير .
10. أن الإمتناع عدم والعدم لا يمكن أن يرتب أثر قانوني فعال ، مقولة غير صحيحة ، والسبب في ذلك أنه من غير الممكن أن يكون العدم ذو أثر قانوني لأنه عدم ، وهذا لا ينطبق على الإمتناع .

## التوصيات

1. من خلال هذه الدراسة يتأمل الباحث على المشرع وضع بند في نص المادة (256) من القانون المدني الأردني ، تتضمن نظرية متكاملة للفعل الضار بشكل عام تشمل الفعل الإيجابي والفعل السلبي وأن يتم وضع معايير يتم من خلالها تحديد الفعل الإيجابي والفعل السلبي والمسؤولية المدنية المترتبة على كل منهما.
2. أن يتم إضافة نص قانوني يوضح فعل الإضرار بشقيه الإيجابي والسلبي ، مع ذكر بأن يكون التعويض بما يتناسب مع الأثر المترتب عن الضرر .
3. يتمنى الباحث على المشرع الأردني إضافة نص قانوني يتضمن محاسبة الممتنع سلبيا على موقفه ، بتعويض الشخص الذي أصابه الضرر من جراء موقف الممتنع السلبي إن كان من أصحاب الإختصاص ، مثال ذلك إمتناع الطبيب عن إنقاذ حياة مواطن عند تعرضه لحادث سير .
4. يتمنى الباحث على المشرع الأردني أن يتم الإعتداد بالفعل المجرد دون النظر إلى هذا الفعل سواء كان الفعل عمدياً أم غير عمدي ؟ دون النظر إلى ما يحدثه هذا الفعل من خطأ جسيم أو يسير أو تافه ، بحيث يتم إسناد المسؤولية لهذا الفعل من أجل تقدير قيمة التعويض .
5. أن يتم الإعتماد على الفعل الموضوعي ، لكي يتم التمييز بين الفعل السلبي والفعل الإيجابي ، وذلك من أجل التمكن من جبر الأضرار الواقعه على الأشخاص.

## المراجع

- أبو السعود ، رمضان ، 2006 ، مصادر الإلتزام ، دون طبعه ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة.
- أبو الليل ، إبراهيم الدسوقي ، (د ، ت) المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق ، دار النهضة العربية .
- أبو الوفا ، أحمد ، 1988 ، التعليق على نصوص قانون الإثبات ، الطبعه الثالثة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .
- أبو صد ، عماد أحمد ، 2011 ، مسؤولية المباشر والمتسبب ، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية والقانون المدني ، الطبعه الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان .
- الأسيوطي ، ثروت ، 1974 ، مبادئ القانون ، الحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
- الأهواني ، حسام الدين كامل ، 1998 ، مصادر الإلتزام - المصادر الإرادية ، دون طبعه ، دون دار نشر .
- آيت الحاج ، مرزوق ، 2005 ، المسؤولية المدنية ، دراسة تحليلية على ضوء الفقه والقضاء ، الطبعه الثانية ، دون دار نشر .
- باز ، سليم رستم ، 1988 ، شرح المجلة ، الطبعه الثالثه ، دار العلم للجميع ، بيروت .
- بدوي ، ثروت ، 1970 ، النظم السياسية - الجزء الأول - النظرية العامة للنظم السياسية ، دون طبعه ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
- البدوي ، محمد علي ، 1991 ، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - الجزء الأول ، الطبعه الأولى ، منشورات الجامعة المفتوحة ، طرابلس .
- جاد الحق ، إياد محمد ، 2012 ، مدى لزوم (الخطأ) كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ، المجلد العشرون ، العدد الأول ، جامعة الأزهر ، غزة .

الجزيري ، عبدالرحمن بن محمد عوض ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دون  
طبعه ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

الجليل ، عدنان حمودي ، 1974 ، نظرية الحقوق والحريات في تطبيقاتها  
المعاصرة ، دون طبعه ، دون دار نشر .

جمعه ، عبد الرحمن ، 2009 ، أثر السكوت في الإعلان عن الإرادة وفقاً للقانون  
المدني الأردني ، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون  
، الجامعة الأردنية ، المجلد السادس والثلاثون ، العدد الأول ، عمان .

حجازي ، عبد الحي ، 1953 ، النظرية العامة للإلتزام - الجزء الثاني - مصادر  
الإلتزام ، دون طبعه ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة .

الحديثي ، فخري ، الزعبي ، خالد ، 2009 ، شرح قانون العقوبات ، القسم  
الخاص ، الجرائم الواقعة على الأشخاص ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة  
للنشر والتوزيع ، عمان .

حسني ، محمود نجيب ، 1977 ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية  
العامة للجريمة ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

الحسيني ، عبد اللطيف ، 1987 ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية ،  
الطبعة الأولى ، الشركة العالمية للكتاب ، بيروت .

الحكيم ، عبد المجيد ، (د ، ت) ، الموجز في شرح القانون المدني - الجزء الأول  
- في مصادر الإلتزام ، الطبعة الخامسة ، مطبعة نديم ، بغداد .

حليلو ، مصطفى عبد القادر ، 1991 ، عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في  
القانون المدني الأردني والجزائري ، رسالة ماجستير غير منشورة ،  
الجامعة الأردنية ، عمان .

حمزة ، محمود جلال ، 1985 ، العمل غير المشروع بإعتباره مصدراً للإلتزام ،  
دون طبعه ، دون دار نشر .

خاطر ، صبري حمد ، 2009 ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، دون  
طبعه ، دون دار نشر .



خاطر ، نوري حمد ، 2003 ، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية ، بحث منشور في مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، جامعة آل البيت ، المجلد التاسع ، العدد الثالث ، عمان .

الخفيف ، علي ، 1971 ، الضمان في الفقه الإسلامي ، دون طبعه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، القاهرة .

خلاف ، عبد الوهاب ، 1998 ، علم أصول الفقه ، الطبعه العاشرة ، دار القلم ، الكويت .

الخليبي ، حبيب إبراهيم ، 1967 ، مسؤولية الممتنع المدنية و الجنائية في المجتمع الإشتراكي ، دون طبعه ، المطبعة العالمية ، القاهرة .

الخن ، مصطفى ، وآخرون ، 2006 ، الفقه المنهجي ، المجلد الثالث ، الطبعه الخامسة ، دار القلم ، دمشق .

الدريني ، فتحي ، 1967 ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق ، الطبعه الأولى ، مطبعة جامعة دمشق ، دمشق .

الناصروري ، عز الدين ، الشواربي ، عبدالحميد ، 1992 ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعه الثانية ، دون دار نشر .

الدواليبي ، محمد معروف ، 1963 ، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها ، الجزء الثاني ، الطبعة الخامسة ، مطبعة ومكتبة الشرق ، حلب .

الذنون ، حسن علي ، 2006 ، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ - الطبعه الأولى ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان .

الذنون ، حسن علي ، الرحو ، محمد سعيد ، 2002 ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - مصادر الإلتزام - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن ، الطبعه الأولى ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان .

رفاعي ، محمد نصر ، 1978 ، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

الزحيلي ، وهبة ، 2006 ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء السادس ، دون طبعه ، دار الفكر ، دمشق .

- الزحيلي ، وهبه ، 1982 ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنايية في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، دمشق .
- الزرقا ، مصطفى أحمد ، 1988 ، الفعل الضار والضمان فيه ، الطبعة الأولى ، دار القلم ، دمشق .
- الزرقا ، مصطفى أحمد ، 2004 ، المدخل الفقهي العام ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، دار القلم ، دمشق .
- زكي ، محمود جمال الدين ، 1978 ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المصري ، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة الأزهر ، القاهرة .
- زيدان ، عبدالكريم ، 2004 ، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر ، بيروت .
- الزين ، سميح عاطف ، 1990 ، علم أصول الفقه الميسر ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت .
- سراج ، محمد أحمد ، 1990 ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، دون طبعه ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة .
- سراج ، محمد أحمد ، 1998 ، أصول الفقه الإسلامي ، دون طبعه ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة .
- السرحدان ، عدنان ، خاطر ، نوري ، 2000 ، شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية - الإلتزامات - دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان .
- السرحدان ، عدنان إبراهيم ، 1997 ، الفعل غير المشروع (الإضرار) كأساس للمسؤولية التقصيرية (الإلتزام بالضمان) في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ، بحث منشور في مجلة المنارة ، جامعة آل البيت ، المجلد الثاني ، العدد الثاني ، عمان .
- سعد ، نبيل إبراهيم ، 2004 ، النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - مصادر الإلتزام ، دون طبعه ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية .

- السعيد ، كامل ، 1981 ، الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الأردني ، الطبعة الأولى ، منشورات الجامعة الأردنية ، عمان .
- سلطان ، أنور ، 1988 ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني ، الطبعة الأولى ، منشورات الجامعة الأردنية ، عمان .
- السنهوري ، عبدالرزاق ، 1952 ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - للجامعات المصرية ، القاهرة .
- سوار ، محمد وحيد الدين ، 1983 ، شرح القانون المدني - النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - مصادر الإلتزام - المصادر الإرادية ، دون طبعه ، منشورات جامعة دمشق ، دمشق .
- سوار ، محمد وحيد الدين ، 1996 ، الإتجاهات العامة في القانون المدني الأردني ، دراسة موازنه بالفقه الإسلامية والمدونات المدنية العربية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان .
- الشامي ، محمد حسين علي ، 1990 ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية ، دون طبعه ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
- الشربيني ، شمس الدين محمد ، 2006 ، مُعني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، المجلد الخامس ، دون طبعه ، دار الحديث ، القاهرة .
- شلتوت ، محمود ، 1983 ، الإسلام عقيدة وشريعته ، الطبعة السادسة ، دار الشروق ، بيروت .
- شمس الدين ، عبد الأمير ، 2011 ، المطول في القانون المدني - مدخل إلى المسؤولية ، الطبعة الأولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت .
- شنب ، محمد لبيب ، (د ، ت) ، دروس في نظرية الإلتزام - مصادر الإلتزام ، دون طبعه ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
- الصدّة ، عبد المنعم فرج ، 1992 ، مصادر الإلتزام ، دون طبعه ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

الصويص ، سهيل يوسف ، 2004 ، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث ، الطبعة الأولى ، أزمنه للنشر والتوزيع ، عمان .

طلبه ، أنور ، 2005 ، المسؤولية المدنية - الجزء الثالث - المسؤولية التقصيرية ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية .  
طه ، جبار صابر ، (د ، ت) إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، رسالة ماجستير ، منشورات جامعة صلاح الدين ، أربيل .

طه ، غني حسون ، 1971 ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - الكتاب الأول - مصادر الإلتزام ، دون طبعه ، منشورات جامعة بغداد ، بغداد .  
عامر ، حسين ، 1956 ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، الطبعة الأولى ، مطبعة مصر ، القاهرة .

عبد ، مزهر جعفر ، 1999 ، جريمة الإمتناع دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان .

عبد الستار ، فوزية ، 1977 ، النظرية العامة للخطأ غير العمدي ، دراسة مقارنة ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

العبودي ، عباس ، 1998 ، تاريخ القانون ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان .

العجاج ، طلال ، 2011 ، المسؤولية المدنية للطبيب ، الطبعة الأولى ، دار عالم الكتب الحديث ، إربد .

العدوي ، جلال علي ، 1997 ، أصول الإلتزامات - مصادر الإلتزام ، دون طبعه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .

عنان ، مجد محمد ، 2012 ، الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية ، رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة النجاح ، غزة .

عودة ، عبدالقادر ، 2009 ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، دون طبعه ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة .

العيلي ، عبدالحكيم حسن ، 1974 ، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام - دراسة مقارنة ، دون طبعه ، دار الفكر العربي ، القاهرة .

فرج ، توفيق حسن ، 1992 ، النظرية العامة للإلتزام في مصادر الإلتزام ، الطبعه الثالثه ، الدار الجامعية ، بيروت .

فرج ، عبد الرزاق حسن ، 1980 ، دور السكوت في التصرفات القانونية ، دراسة مقارنة ، دون طبعه ، مطبعة المدني ، القاهرة .

الفضل ، منذر ، 1992 ، النظرية العامة للإلتزامات - مصادر الإلتزام - الجزء الأول ، الطبعه الثانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان .

الفضل ، منذر ، 1992-1994 ، المسؤولية الطبية ، بحث منشور في مجلة القانون، دار البشير للنشر والتوزيع ، عمان .

الفكهاني ، حسن ، 1979 ، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني - الجزء الثاني - دون طبعه ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة .

فيض الله ، محمد فوزي ، 1983 ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ، الطبعه الأولى ، مكتبة التراث الإسلامي ، الكويت .

القاضي ، مختار ، 1967 ، أصول الإلتزامات في القانون المدني ، دون طبعه ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

الكيلاي ، جمال زيد ، 2005 ، المسؤولية جراء الإمتناع عن تقديم الواجب العام عند الحاجة في الفقه والقانون المسمى بـ " إغاثة الملهوف " بحث منشور في مجلة النجاح للأبحاث ، جامعة النجاح الوطنية ، المجلد التاسع عشر، العدد الأول ، غزة .

للصاصمه ، عبدالعزيز ، 2002 ، المسؤولية المدنية التقصيرية - الفعل الضار - أساسها وشروطها ، الطبعه الأولى ، الدار العلمية الدولية ودار ثقافته للنشر والتوزيع ، عمان .

المجالي ، نظام ، 2005 ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعه الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان .

محتسب بالله ، بسام ، 1984 ، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية - بين النظرية والتطبيق ، الطبعة الأولى ، دار الإيمان ، بيروت .

مدغمش ، جمال ، دحمان ، يحيى ، 2004 ، موسوعة شرح القانون المدني الجزء السادس ، دون طبعة ، دون دار نشر .

مرسي ، محمد كامل ، 1955 ، شرح القانون المدني الجديد - الإلتزامات - الجزء الثاني ، دون طبعة ، المطبعة العالمية ، القاهرة .

مرقس ، سليمان ، 1956 ، الفعل الضار ، الطبعة الثانية ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة .

مرقس ، سليمان ، 1971 ، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الأول - الأحكام العامه ، الطبعة الثانية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية .

مرقس ، سليمان ، 1988 ، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات ، المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، الطبعة الخامسة .

المغربي ، جعفر ، العقابلية ، زيد ، 2005 ، دور السكوت في التعبير عن الإرادة ، بحث منشور في مجلة بحوث جامعة حلب ، جامعة حلب ، العدد الأربعون ، حلب .

المقدسي ، شمس الدين بن قدامه ، 2004 ، المغني ، الجزء السابع ، دون طبعة ، دار الحديث ، القاهرة .

ملاكوي ، بشار ، العمري ، فيصل ، 2006 ، مصادر الإلتزام ، الفعل الضار ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان .

منصور ، محمد حسين ، 1999 ، المسؤولية الطبية ، دون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .

النجار ، ندى البدوي ، 1997 ، أحكام المسؤولية ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس .

نجم ، محمد صبحي ، 2008 ، قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان .

- نقابة المحامين ، 1985 ، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، مطبعة التوفيق ، عمان .
- النقيب ، عاطف ، 1983 ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر ، الطبعة الأولى ، منشورات عويدات ، بيروت .
- النملة ، عبد الكريم ، 1993 ، الواجب الموسع عند الأصوليين ، الطبعة الأولى ، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع ، الرياض .