

جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

## مذكرة ماجستير

التخصص: عقود ومسؤولية

### الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية في القانون الجزائري

من طرف

قاسمي زهيرة

أمام اللجنة المشكلة من :

- |                        |                      |                         |              |
|------------------------|----------------------|-------------------------|--------------|
| أ-د/سرير ميلود         | أستاذ التعليم العالي | جامعة سعد دحلب بالبليدة | رئيسا        |
| - د/خليل عمرو          | أستاذ محاضر (أ)      | جامعة سعد دحلب بالبليدة | مشرفا ومقررا |
| - د/ بوسهوية نور الدين | أستاذ محاضر (أ)      | جامعة سعد دحلب بالبليدة | عضوا مناقشا  |
| - د/بوبكر مصطفى        | أستاذ مساعد (أ)      | جامعة سعد دحلب بالبليدة | عضوا مناقشا  |

البليدة ، جانفي 2013

## شكر

الحمد لله الذي بعث فينا محمد صلى الله عليه وسلم هاديا وبشيرا.

الحمد لله على ما أسبغ علينا من نعم ظاهرة وباطنة، فلك الحمد يارب كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك.

أتقدم بجزيل الشكر إلى مشرفي الفاضل الدكتور :عمر و خليل، لتفضله بالإشراف على هذه المذكرة، وما بذله من جهد وإرشاد، ولما منحني من علمه ووقته طوال إعداد هذه المذكرة حتى بدت كما هي عليه، فله مني كل التقدير والاحترام.

كما أتقدم بالشكر والجزيل والعرفان للسادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الموقرين لما سيبدونه من مقترحات قيمة تهدف إلى تصويبها والارتقاء بها.  
جزاكم الله جميعا عني كل خير وسدد على طريق الحق خطاكم.

## الإهداء

إلى والدي العزيز وإلى والدتي العزيزة أطال الله في عمرهما، اللذين أفهماني بعفوية صادقة أن العلم هو الحياة، وأنار أمام عيني شموع الأمل.  
أهدي مذكرتي هذه رمزا للمحبة والوفاء و اعترافا مني بفضلهما علي.  
وإليكم يا من ترقبون نجاحي وتقدمي وتقدمون لي  
كل الحب... وكل الدعم...  
إلى أخي وأخواتي  
أصدقائي الأعزاء  
وأخص بالذكر رفيقاتي دربي  
"هنية عائشة" و"لغنج مباركة"  
لكم جميعا أهدي عملي المتواضع هذا مع المحبة والعرفان.

## ملخص

إن هذه الدراسة والتي عنوانها "الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري" تبحث في جزئية معينة تعتبر من أهم موضوعات القانون المدني وهي الرابطة التي تربط بين الضرر الحاصل وبين الشخص الذي نحملة المسؤولية عنه، بهدف إقامة الرابطة المذكورة على عنصر الخطأ.

إذ أن فكرة الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية ليست شرطا لقيامها فقط، بل إنها تشكل الأساس الذي يقوم عليه نظام المسؤولية التقصيرية بأكمله، وهو ما جسده نص القانون المدني الجزائري خاصة في المادة 124 منه، حيث نص المشرع صراحة على تأسيس المسؤولية الشخصية والتي تمثل القاعدة العامة في مجال المسؤولية التقصيرية على ركن الخطأ. ويلزم بالتالي لقيام المسؤولية التقصيرية تحقق الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، حيث يلزم بالتعويض كل شخص صدر عنه خطأ سبب ضررا للغير.

وفي سبيل الحصول على التعويض يقع على عاتق المضرور حسب الأصل العام عبء إثبات خطأ المدعي عليه، وهو إثبات يقتضي البحث في سلوك هذا الأخير وتقييمه للتعرف على مدى انحرافه بما يتضمن ثبوت التعدي، فضلا عن توافر الجانب المعنوي الذي يقوم على إرادة التمييز.

ولما كان جبر الضرر للمضرور من الموضوعات التي يوليها المشرع حمايته، فإن موضوع المسؤولية التقصيرية كان بلا ريب أهم تلك الموضوعات التي وجد القضاء الفرنسي نفسه تجاهها أمام أمر لا حيلة له فيه إلا تطويع فكرة الخطأ والتوسع فيها، بما يملكه من حق تفسير هذه النصوص، على أمل أن يتمكن القاضي في آخر المطاف أن يحقق العدالة المنشودة أو على الأقل الاقتراب من تحقيقها.

ولعل خير دليل على ما قام به القضاء الفرنسي هو التحوير الذي أدخله على نصوص المسؤولية التقصيرية، ومن ذلك التوسع في مفهوم الخطأ بجعله مفترضا تارة، وخطأ غير قابل لإثبات العكس تارة أخرى. فهو بذلك استطاع أن يكون مجموعة من المبادئ والقواعد التي تهدف الى تحقيق مصلحة المضرور. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في مجال المسؤولية عن فعل الغير في المواد من 134، 136، 137 مدني جزائري، وفي مجال المسؤولية عن فعل الشيء في المواد 138، 139، 140 مدني جزائري.

إلا أن هذا الوضع الذي آلت اليه المسؤولية التقصيرية، وهذه المكانة التي أحرزها الخطأ كأساس لها، لم تكن لتستقر على هذا الوضع، إذ أن التقدم الصناعي الذي شهده المجتمع في أواخر القرن التاسع عشر كان له تأثيرا بالغا في اظهار قصور فكرة الخطأ، مما جعل جانب من الفقه يتحول إلى النظرية الموضوعية التي يتقرر بمقتضاها قيام المسؤولية التقصيرية على الضرر دون الخطأ، فحيث يتحقق الضرر تترتب المسؤولية، ولا يستطيع المدعي عليه دفع مسؤوليته بنفي الخطأ.

ومع هذا لم يظهر تأثير النظرية الموضوعية إلا في مجالات محددة منها حوادث العمل وحوادث السيارات، إذ أن القضاء في الجزائر وفرنسا لم يسلم بالنظرية الموضوعية كأسلح عام بديل عن الخطأ، حيث تضمنت نصوص القانون المدني الجزائري تطبيقات لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية. وبهذا توصلنا إلى أن النظام القانوني للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري يقوم على الخطأ إذ لا ينبغي الخلط بين وظيفة المسؤولية وهي إزالة الضرر وبين أساس المسؤولية، فإزالة الضرر يتعلق بوظيفتها أما الأساس فهو ما يبنى عليه وجودها.

## الفهرس

شكر

الإهداء

الملخص

الفهرس

11	..... مقدمة
16	..... الفصل 1. مدلول الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية
17	..... 1.1. ماهية الخطأ التقصيري
17	..... 1.1.1. مفهوم الخطأ
17	..... 1.1.1.1. تعريف الخطأ وصوره
18	..... 1.1.1.1.1. تعريف الخطأ
21	..... 2.1.1.1.1. صور الخطأ
22	..... 2.1.1.1. أنواع الخطأ وأوصافه
22	..... 1.2.1.1.1. أنواع الخطأ
23	..... 1.1.2.1.1.1. الخطأ المدني والخطأ الجنائي
24	..... 2.1.2.1.1.1. الخطأ الموضوعي والخطأ الأخلاقي:
25	..... 2.2.1.1.1. أوصاف الخطأ
25	..... 1.2.2.1.1.1. الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي
26	..... 2.2.2.1.1.1. درجات الخطأ:
27	..... 2.1.1. أركان الخطأ
27	..... 1.2.1.1. الركن المادي للخطأ "التعدي"
28	..... 1.1.2.1.1.1. معيار التعدي:

28	.....المعيار الشخصي:2.1.2.1.1.1
32	..... حالات انتفاء التعدي2.2.1.1.1
33	..... حالة الدفاع الشرعي.1.2.2.1.1.1
35	..... حالة الضرورة2.2.2.1.1.1
36	..... حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس3.2.2.1.1.1
38	..... رضا المصاب4.2.2.1.1.1
39	.....الركن المعنوي للخطأ "الإدراك"2.2.1.1
40	..... ركن الإدراك لدى الشخص الطبيعي:1.2.2.1.1
40	..... المقصود بالتمييز1.1.2.2.1.1
40	..... أسباب انعدام التمييز2.1.2.2.1.1
42	.....مسؤولية عديم التمييز3.1.2.2.1.1
46	..... ركن الإدراك لدى الشخص المعنوي2.2.2.1.1
47	..... أهم الحالات التطبيقية لفكرة الخطأ2.1
48	..... الخروج عن حدود الرخصة أو الحق1.2.1
48	..... الأخطاء الفنية في مزاولة المهنة1.1.2.1
51	..... الخطأ في الألعاب الرياضية2.1.2.1
51	..... الاعتداء على الشرف والسمعة3.1.2.1
52	..... التعسف في استعمال الحق2.2.1
52	..... التطور التاريخي لنظرية التعسف1.2.2.1
52	..... في القانون الروماني1.1.2.2.1
53	..... في القانون الفرنسي القديم:2.1.2.2.1
53	..... في القانون الفرنسي الحديث3.1.2.2.1
54	..... في الشريعة الإسلامية:4.1.2.2.1
55	..... معيار التعسف في استعمال الحق2.2.2.1
55	..... قصد الإضرار بالغير:1.2.2.2.1
57	..... رجحان الضرر على المصلحة:2.2.2.2.1
57	..... عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق:3.2.2.2.1
60	..... الأساس القانوني للتعسف في استعمال الحق3.2.2.1
60	..... موقف الفقه من أساس التعسف في استعمال الحق:1.3.2.2.1

- 62 2.3.2.2.1. موقف المشرع الجزائري من أساس نظرية التعسف في استعمال الحق:.....
- 1.2.3.2.2.1. موقف المشرع الجزائري حول أساس نظرية التعسف في استعمال الحق
- 62 قبل إلغاء المادة 41 ق.مدني:.....
- 2.2.3.2.2.1. موقف المشرع الجزائري حول أساس نظرية التعسف في استعمال الحق بعد
- 64 إلغاء نص المادة 41 ق.مدني:.....
- 67 الفصل 2 . دور الخطأ في تحديد أساس المسؤولية التقصيرية.....
- 68 1.2. أساس المسؤولية التقصيرية.....
- 68 1.1.2. النظرية الشخصية.....
- 68 1.1.1.2. مضمون النظرية الشخصية.....
- 69 1.1.1.1.2. حجج نظرية الخطأ:.....
- 69 1.1.1.1.1.2. الحجة التاريخية:.....
- 69 2.1.1.1.1.2. الحجة القانونية:.....
- 70 3.1.1.1.1.2. الحجة الأدبية:.....
- 70 2.1.1.1.2. رد أنصار نظرية الضرر على حجج نظرية الخطأ:.....
- 71 2.1.1.2. موقف المشرع الجزائري من النظرية الشخصية:.....
- 71 1.2.1.1.2. موقف المشرع الجزائري من النظرية الشخصية قبل التعديل:.....
- 72 2.2.1.1.2. موقف المشرع الجزائري من النظرية الشخصية بعد التعديل:.....
- 72 2.1.2. النظرية الموضوعية.....
- 73 1.2.1.2. نظرية تحمل التبعة.....
- 73 1.1.2.1.2. مضمون نظرية تحمل التبعة.....
- 73 1.1.1.2.1.2. مفهوم نظرية تحمل التبعة:.....
- 73 2.1.1.2.1.2. أسباب ظهور نظرية تحمل التبعة:.....
- 75 3.1.1.2.1.2. صور نظرية تحمل التبعة:.....
- 77 2.1.2.1.2. تقييم نظرية تحمل التبعة:.....
- 77 2.2.1.2. نظرية الضمان:.....
- 78 1.2.2.1.2. مضمون نظرية الضمان :.....
- 79 2.2.2.1.2. تقييم نظرية الضمان:.....
- 80 3.2.1.2. موقف المشرع الجزائري من النظرية الموضوعية:.....
- 80 1.3.2.1.2. حوادث المرور:.....

81	.....2.3.2.1.2.حوادث العمل:
81	.....2.2. دور الخطأ في المسؤولية عن فعل الغير والشيء :
82	.....1.2.2. دور الخطأ في المسؤولية عن فعل الغير.....
82	.....1.1.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية متولي الرقابة.....
83	.....1.1.1.2.2. قرينة مسؤولية متولي الرقابة:.....
83	.....1.1.1.1.2.2. قرينة الخطأ في مسؤولية متولي الرقابة:.....
84	.....2.1.1.1.2.2. قرينة السببية :.....
85	.....2.1.1.2.2. طرق نفي قرينة مسؤولية متولي الرقابة:.....
85	.....1.2.1.1.2.2. طرق نفي الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة:.....
85	.....2.2.1.1.2.2. طرق نفي قرينة السببية:.....
87	.....2.1.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه.....
87	.....1.2.1.2.2. قرينة خطأ المتبوع :.....
88	.....1.1.2.1.2.2. محل افتراض خطأ المتبوع:.....
88	.....2.1.2.1.2.2. حدود افتراض خطأ المتبوع:.....
88	.....3.1.2.1.2.2. مدى افتراض خطأ المتبوع:.....
89	.....2.2.1.2.2. الأساس الفقهي لمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه:.....
89	.....1.2.2.1.2.2. أساس مسؤولية المتبوع حسب أنصار المذهب الشخصي:.....
92	.....2.2.2.1.2.2. أساس مسؤولية المتبوع حسب أنصار المذهب الموضوعي:.....
95	.....2.2.2. دور الخطأ في المسؤولية الناشئة عن الشيء.....
95	.....1.2.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية حارس الشيء.....
96	.....1.1.2.2.2. الاقتراحات الفقهية والقضائية حول أساس مسؤولية حارس الشيء.....
96	.....1.1.1.2.2.2. النظريات الشخصية كأساس للمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحياة:.....
99	.....2.1.1.2.2.2. النظريات الموضوعية كأساس للمسؤولية عن الأشياء غير الحياة:.....
101	.....2.1.2.2.2. أساس مسؤولية حارس الشيء وفقا لنص المادة 138 ق.م.ج:.....
101	.....1.2.1.2.2.2. موقف الفقه :.....
102	.....2.2.1.2.2.2. موقف القضاء الجزائري :.....
103	.....2.2.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية حارس الحيوان.....
104	.....1.2.2.2.2. محل قرينة الخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان :.....
104	.....2.2.2.2.2. مدى افتراض الخطأ في جانب الحارس:.....

105	3.2.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية حائز العقار و المنقول ومسؤولية مالك البناء
105	1.3.2.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية حائز العقار والمنقول عن الحريق.....
105	2.3.2.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية مالك البناء عن تدممه.....
106	1.2.3.2.2.2. محل قرينة الخطأ المفترض في جانب المالك:.....
106	2.2.3.2.2.2. مدى افتراض خطأ مالك البناء:.....
109	خاتمة:.....
112	قائمة المراجع.....

## مقدمة

لم تعرف المجتمعات القديمة نظاما محددًا للمسؤولية المدنية بل كانت تسودها أفكار متشعبة تعتمد على تقاليد كل قبيلة، وكانت العقوبة تمثل جزاء المسؤولية المدنية والجنائية معا وسيطرت في تلك العصور فكرة الانتقام الفردي أو الجماعي ومبدأ الأخذ بالثأر إلى غاية ظهور الدولة أين تم إحلال الدية محل الانتقام. فكان الفكر القانوني لدى هذه الجماعات لا يميز بين العقوبة والتعويض ومن ثم لا يفرق بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية [01] ص 37 .

وفي مرحلة تالية لذلك تم التمييز بين الجرائم الخاصة التي تمس الدولة بطريقة غير مباشرة عن طريق الإخلال بالأمن فيها وكانت عقوبتها هي الدية، وبين الجرائم العامة التي تمس الدولة مباشرة تملك فيها هذه الأخيرة حق توقيع العقوبة بالإضافة إلى فرض الدية المحددة.

وقد انتقلت هذه الأفكار إلى القانون الفرنسي القديم خاصة ما تعلق منها بالتمييز بين الجرائم العامة والخاصة، وفي ضوء التطورات الاجتماعية في شتى الميادين التي طرأت على المجتمعات والتي من بينها تعزيز دور السلطة العامة وتأثير الكنيسة تمكن فقهاء القانون الفرنسي القديم من الفصل بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، ويرجع الفضل في ذلك للفقهاء الفرنسيين دوما الذي أقام المسؤولية المدنية على الخطأ [02] ص 34.

وعلى إثر ذلك أصبح الجزاء في المسؤولية الجزائية هو العقوبة بينما جزاء المسؤولية المدنية هو التعويض، وظهرت معالم الاختلاف بين النظامين، إذ تقوم المسؤولية الجزائية على الخطأ الجزائي الذي يخضع لمبدأ الشرعية الجنائية، بينما تتحقق المسؤولية المدنية بمجرد الانحراف في السلوك وبشرط أن يؤدي إلى إلحاق ضرر بالغير ودون حاجة إلى نص قانوني.

كما أن القصد الجنائي له دور هام في المسؤولية الجزائية، فبه يتحدد مقدار العقوبة على عكس المسؤولية المدنية التي لا تقيم للقصد وزنا، فمقدار التعويض يتحدد على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ [03] ص 162.

ورغم اختلاف المسؤولية الجزائية عن المسؤولية المدنية، فإن ذلك لا ينفي وجود ارتباط بينهما ويتجلى هذا الارتباط في أن الدعوى المدنية تتبع الدعوى الجزائية حيث أنه يجوز رفع الدعوى المدنية

التبعية أمام المحكمة المدنية وفي هذه الحالة فإن الجزائي يوقف المدني، وبالتالي يوقف السير في الدعوى المدنية وذلك إلى غاية الفصل في الدعوى الجزائية.

كما ميز فقهاء القانون الفرنسي القديم داخل المسؤولية المدنية بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية وجعلوا لكل منهما أحكاما خاصة، إذ تختلف المسؤولية التقصيرية عن العقدية من حيث المصدر فالمسؤولية التقصيرية هي إخلال بالتزام مصدره القانون هو عدم الإضرار بالغير بينما المسؤولية العقدية هي إخلال بالتزام مصدره العقد [04] ص 15.

أما عن المجتمعات الحديثة فمنذ بداية القرن التاسع عشر بدأت العديد من التشريعات تعرف الفصل بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية، وفي مقدمة هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي لعام 1804م الذي أقام المسؤولية التقصيرية على الخطأ الواجب الإثبات سواء أكان هذا الخطأ صادرا من الشخص نفسه الذي تسبب في وقوع الضرر، أم كان ممثلا في إهماله في اختيار تابعه أو رقابته أو الأشخاص المشمولين برقابته كالصغير أو التلميذ أو إهماله في السيطرة على حيوانه حتى أضر بالغير أو إهماله في العناية بالبناء حتى تهدم ذلك البناء فأضر بالغير، ومسؤولية المتبوع عن فعل التابع، وتلك الصور هي صور خاصة للمسؤولية كان يعتبرها واضعو قانون نابليون تطبيقا للمبدأ العام الذي يقيم المسؤولية على أساس الخطأ.

وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر أدى التطور الاقتصادي الكبير إلى تطور في أحكام المسؤولية التقصيرية، حيث تقدمت الصناعة وزاد استخدام الآلات الميكانيكية والكهربائية ووسائل النقل بدرجة كبيرة، وترتب على ذلك الحوادث الضارة التي سببتها الآلات وكان يصعب في كثير من هذه الحالات نسبة تلك الحوادث إلى خطأ معين، وقد صاحب هذا التطور الاقتصادي الكثير من الأفكار الاجتماعية التي نادى بالأخذ بيد الضعيف ومساعدة المحتاج ورعاية الطبقة العاملة، ومن ثم فقد اتجه تطور المسؤولية إلى تيسير حصول المضرور على التعويض. [05] ص 60

وعلى إثر ذلك التطور الهائل بدأ القضاء الفرنسي يطور فكرة الخطأ واجب الإثبات هذه إلى خطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، فقد لاحظ القضاء الفرنسي أن الكثير من دعاوى التعويض التي تزايدت بسبب الثورة الصناعية والتوسع في استخدام الآلات يكون مصيرها الرفض بسبب فشل المضرورين في إثبات خطأ المسؤول، أو لأن هذا المسؤول استطاع أن ينفي عن نفسه الإهمال والتقصير، أو استطاع إثبات السبب الأجنبي.

فكان لتطور القضاء الفرنسي أثره الواضح في الفقه، حيث اتجه الفقه إلى ضرورة تيسير حصول المضرور على التعويض ووجوب قيام المسؤولية على أساس الخطأ وذلك بعدة وسائل. فكان يتوسع أحيانا في تحديد الواجبات القانونية التي تعتبر الإخلال بها خطأ موجبا للمسؤولية، وأحيانا كان يتوسع في

استخلاص الخطأ من الظروف التي حدث فيها الفعل الضار، أو يتوسع في تفسير النصوص التي تتضمن قرائن قانونية على الخطأ.

ولم يقف التطور عند هذا الحد، بل حاول الفقه إقامة فكرة المسؤولية الموضوعية مكان المسؤولية الشخصية، وقوام النظريات الموضوعية أنه يجب إلغاء ركن الخطأ من المسؤولية التقصيرية والاكتفاء بركني الضرر وعلاقة السببية. فيكفي المضرور أن يثبت أن المدعي قد سبب ضرر سواء بفعله أو بفعل تابعيه أو بفعل الأشياء التي تنتمي إليه كالآلات والسيارات وغيرها.

أما عن المشرع الجزائري، فإنه تأثر بالتطورات التي شهدتها القضاء الفرنسي بصدد المسؤولية التقصيرية فجاءت نصوص القانون المدني متشعبة بتلك الأفكار.

وقد ورد النص على المسؤولية التقصيرية في الفصل الثالث من مصادر الالتزام تحت عنوان العمل المستحق التعويض ويشمل المواد من 124 إلى 140 مكرر 1، وهذا الفصل يشمل على ثلاثة أقسام، القسم الأول في المسؤولية عن الأفعال الشخصية، والقسم الثاني في المسؤولية عن فعل الغير وتشمل مسؤولية متولي الرقابة ومسؤولية المتبوع عن فعل تابعيه، والقسم الثالث في المسؤولية الناشئة عن الأشياء وتشمل المسؤولية عن فعل الأشياء والمسؤولية عن فعل الحيوان والمسؤولية عن تهدم البناء والمسؤولية عن الحريق.

ومن ثم فالقانون الجزائري يعرف نوعان من المسؤولية التقصيرية، المسؤولية عن الخطأ الشخصي وهذه قوامها الخطأ الواجب الإثبات، والمسؤولية القائمة على الخطأ المفترض متى كان الشخص في مركز معين كمتبوع أو مكلف بالرقابة أو كان حارسا لحيوان أو بناء أو أشياء .

والأصل أن تقوم المسؤولية على ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، ويصدق هذا بصفة خاصة على المسؤولية عن الخطأ الشخصي، فإذا تخلف ركن من هذه الأركان الثلاثة زالت المسؤولية وامتنع الحكم بالتعويض.

على أنه بالنسبة للنوع الثاني من المسؤولية، فإن المشرع يستبدل ركن الخطأ بأفعال أخرى قد تكون بعيدة عن الخطأ الشخصي للمسؤول الملتزم بالتعويض، وهذه الأفعال هي فعل المشمول بالرقابة، فعل التابع، فعل الحيوان، تهدم البناء وفعل الأشياء.

ومن ثم فلم يعد الخطأ هو دائما ركن المسؤولية التقصيرية بل ركن هذه المسؤولية هو الفعل الضار، وهذا الفعل الضار يتخذ صوراً متعددة من بينها الخطأ ومن بينها فعل الغير وفعل الأشياء الحية والأشياء غير الحية.

وتظهر أهمية دراسة هذا الموضوع من أهمية المسؤولية المدنية بوجه عام، كما منهج يعطي الديناميكية والفاعلية للنصوص القانونية، وخصوصا المسؤولية التقصيرية التي تعد في الوقت الراهن مهد مشكلات القانون المدني، فموضوعات المسؤولية التقصيرية ترجمة لواقع الحياة من منازعات وخصومات يومية بين

الأفراد وأحكامها تمثل الحلول القانونية لتلك المنازعات والخصومات لذلك فرضت نفسها وأرست وجودها الذي سيظل حيا دائما دوام الحياة في المجتمع.

فالمسؤولية التقصيرية كنظام للتعويض، يعد ضرورة لتحقيق فكرة السلام الاجتماعي، وتحليل العناصر التي تقوم عليها المسؤولية التقصيرية وفي مقدمتها الخطأ يكشف عن طبيعتها الخاصة ويميزها عن غيرها من الأنظمة القانونية.

وترجع أسباب اختيار دراسة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية إلى أنه من أهم موضوعات المسؤولية المدنية، فالمسؤولية التقصيرية هي نظام يلزم النشاط الإنساني ومع تزايد هذا النشاط وتعقده تتزايد المسؤولية في نطاقها، ويثور في ذلك الجدل حول الأسس النظرية والفلسفية لكل اتساع تكتسبه.

فإذا كانت التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري قد اختار الخطأ كأساس عام للمسؤولية التقصيرية، فإن دراسة هذه الفكرة تمكنا من معرفة الأسس التي قدمها الفقه كبديل للخطأ نتيجة التطور الاقتصادي والاجتماعي الذي شهده المجتمع في أواخر القرن التاسع عشر.

كما أن دراسة الخطأ تمكنا من فهم الفلسفة التي تهيمن على المسؤولية التقصيرية، إذ لا شك أن المفاهيم الفردية لها الأثر البالغ في اختيار الخطأ أساسا للمسؤولية.

فالمسؤولية هي مصطلح يعني التبعة وهي بهذا تعني تحمل عاقبة الفعل الذي قام به الشخص والذي يعد خروجاً وانتهاكاً لما أوجبه القانون، أما أساس المسؤولية فيقصد به السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على شخص معين.

وبناء على ذلك تثور الإشكالية الآتية:

إذا كانت المسؤولية التقصيرية تهدف إلى التعويض لا إلى العقوبة فهل اختيار الخطأ أساسا لها يتوافق مع هذه الغاية؟

وتحت هذه الإشكالية تثور عدة تساؤلات قانونية:

- ما مدلول فكرة الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية؟

- وهل المشرع الجزائري في تبنيه لنظرية الخطأ المفترض محاولة منه للإبقاء على النظرية الشخصية؟

- وما هي الأسس البديلة التي قدمها الفقه للمسؤولية التقصيرية؟

ولما كان هذا البحث يتطلب القيام بعرض قانوني للمواد والأحكام المتعلقة بالبحث فقد اعتمدت على المنهج الإستقرائي في عملية سرد وعرض هذه المواد والأحكام، كما اعتمدت على المنهج التحليلي من أجل تحليل كل جزئية من جزئيات الموضوع محل البحث.

وأحاول دراسة هذا الموضوع في فصلين، حيث يتعلق الفصل الأول بدراسة مدلول الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية وذلك بتحليل فكرة الخطأ ودراسة تطبيقاتها.

أما الفصل الثاني فيتعلق بدراسة دور الخطأ في تحديد الأساس القانوني للمسؤولية التقصيرية بدء بعرض أسس المسؤولية التقصيرية الشخصية والموضوعية، إلى جانب دراسة دور الخطأ باعتباره أساساً في المسؤولية عن فعل الغير والشيء.

## الفصل 1

### مدلول الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية

من البين أن العلاقات بين الناس تفرض على الإنسان واجب التبصر والحيطة والاحتراز، حتى يجنب غيره ضرراً قد يحدثه إخلاله بهذا الواجب دون أن يكون قد قصد إحداثه.

والواجب ذاته يقتضيه الاستقرار في المجتمع وانتظام التعايش بين أفرادهم، فإذا أخل أحدهم به وكان لإخلاله انعكاسه الضار على غيره، فإنه يكون قد أتى خطأ يتمثل غالباً في الإهمال وعدم التبصر ويسأل عنه اتجاه من تضرر منه.

غير أن تحديد الواجب الذي وصف يطرح مسألة دقيقة هي في تكييفه وتعيين مداه حتى يشكل الخروج عنه خطأ.

فلا صعوبة في الأمر متى كان الفعل مخالفاً لقاعدة قانونية أو أنظمة مفروضة، إذ أن مخالفة كهذه تؤلف بذاتها خطأ تقوم به المسؤولية التقصيرية، لو نتج عنها ضرر للغير. لكن الصعوبة تظهر عندما يتحقق الضرر عن فعل لا تحكمه نصوص قانونية، وهي الحالة التي تدق فيها الحاجة إلى تعريف الخطأ، فالمشرع الجزائري وإن كان قد نص صراحة على ضرورة الخطأ في المادة 124 ق.م.ج [06] ص، إلا أنه لم يعط مدلولاً محدد له، وترك ذلك للفقهاء والقضاء.

وحتى نصف الإخلال بواجب الحيطة والحذر بأنه خطأ، فإن ذلك يقتضي منا دراسة السلوك الذي ينبغي على المرء أن يلزمه في محيطه الاجتماعي، حتى إذا انحرف عنه كان انحرافه خطأ إلى جانب البحث في عنصر التمييز والذي به تكتمل مقومات الخطأ.

فمتى استعمل الشخص رخصة أو حقاً من حقوقه وراعى في ذلك قدراً من الحيطة والتبصر واليقظة حتى لا يضر بالغير ولم يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق كان فعله هذا مشروعاً. فإذا انحرف عن هذا السلوك وهو يأتي رخصة أو حقاً، وترتب عن هذا الانحراف ضرراً للغير كان ذلك خطأ يحقق مسؤوليته.

حتى ولو التزم الشخص في استعماله لحق من الحقوق حدوده القانونية ولم يخرج عنها وألحق بذلك ضرراً للغير، فإن فعله هذا يشكل تعسفاً في استعمال الحق وهو أحد أبرز صور الخطأ التقصيري. وهكذا ستكون الدراسة في هذا الفصل مقسمة على مبحثين:

### 1.1.1. حول ماهية الخطأ التقصيري

### 2.1. حول أهم الحالات التطبيقية للخطأ التقصيري

#### 1.1.1. ماهية الخطأ التقصيري

تقوم المسؤولية التقصيرية على أركان ثلاثة وهي الخطأ والضرر وركن السببية الذي يربط بين الخطأ والضرر، فمتى توافرت هذه الأركان التزم المسؤول بتعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه، إعمالاً للمبدأ العام الوارد بنص المادة 124 ق.م.ج: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

إذ لا يكفي لمساءلة الشخص أن يصدر عنه فعل يكون سبباً في إلحاق ضرر بالغير، بل يجب أن يشكل هذا الفعل خطأً، لذلك يمثل ركن الخطأ الدعامة الأولى والركيزة الأساسية في المسؤولية التقصيرية. وفيما يلي عرض تحليلي لفكرة الخطأ بدءاً بمفهومه (المطلب الأول) وصولاً إلى بيان أركانه (المطلب الثاني).

#### 1.1.1.1. مفهوم الخطأ

سأقسم هذا المطلب إلى فرعين حيث سأدرس في الفرع الأول تعريف الخطأ وصوره، وفي الفرع الثاني أنواع الخطأ و أوصافه وذلك ضمن الإطار الذي يتجه للتحليل النظري للجزئيات محل الدراسة وكيفية التعامل الواقعي في التطبيق العملي معها بهدف التوصل لصحة النتيجة التي قد يصل إليها هذا التفاعل بين فكرة الخطأ وفكرة المسؤولية.

#### 1.1.1.1.1. تعريف الخطأ وصوره

يشكل تعريف الخطأ أحد المشكلات الدقيقة للغاية في قانون المسؤولية التقصيرية [07] ص 449-450 حيث اختلف الفقهاء كثيراً في هذا الشأن و السبب في ذلك هو أن الخطأ فكرة متعددة الصور ومن الصعب وضع تعريف محدد لها؛ نظراً لاتساع هذه الفكرة التي تهدف إلى تناول جميع جوانب السلوك الإنساني من ناحية، وللافتباسات التي تثيرها بين المسؤولية القانونية والمسؤولية الأدبية من ناحية أخرى. لذلك وجدت الكثير من المحاولات لتعريف الخطأ لأجل ضبط وجوده من عدمه [08] ص 19.

### 1.1.1.1.1. تعريف الخطأ

ليست هناك صعوبة في تحديد الخطأ عندما يكون الفعل الضار مخالفا للقانون أو الأنظمة أو الاتفاقات المعقودة بين الناس، وإنما الصعوبة في تعريف الخطأ تظهر بصورة عامة في الحالات الخارجة عن هذا النطاق، نظرا لعدم إمكان ضبطها من جانب المشرع، إذ يتعذر عليه أن يحصي الحالات المتنوعة من سلوك الناس وتصرفاتهم.

ولهذا أعرضت معظم التشريعات عن تعريف الخطأ، ومن بينها التشريع الجزائري إعمالا للسياسة التشريعية التي تأبى على المشرع أن يزج بنفسه في تعريف المصطلحات وتركت المهمة ملقاة على عاتق الفقهاء الذين يحاولون تعريف الخطأ منذ صدور قانون نابليون [09] ص 63.

ولم يجمع الفقهاء على تعريف موحد للخطأ فكثرت التعريفات وتنوعت وفقا لنزاعاتهم الشخصية، وحسب ظروف المجتمع الذي يعيشون فيه من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية. ونورد فيما يلي عرض لأهم هذه التعريفات:

#### -تعريف الأستاذ بلانيول

يرى بلانيول أن الخطأ ينبعث عن عمل محظور قانونا ، وذلك بالإخلال بالتزام موجود سابقا ليس فقط بالتزام قانوني بل بواجب أدبي ينهى عن إلحاق الضرر بالغير ، أو عن مخالفة قواعد الشرعية والآداب. [10] ص 92

وقد حاول بلانيول ضبط الالتزامات التي تتركز على مبادئ قانونية وأخلاقية يقرها نظام المجتمع لأنها تحدد سلوك الإنسان بين أقرانه وهي تتلخص بما يلي:

1- الامتناع عن إيذاء الغير في نفسه وماله.

2- الامتناع عن الغش والتدليس.

3- العناية اللازمة في المحافظة على الأشخاص والأشياء الموجودة تحت رقبته.

لقد أثار تعريف بلانيول في الفقه نقدا شديدا و نعت تعريفه بالعقيم وغير المجدي، لأنه لا يحل معضلة الخطأ وإنما ينقل صعوبتها من مرحلة إلى أخرى ، فبدل أن يتساءل القاضي عن الفعل بأنه خطأ أم لا ، يتساءل عما إذا كان ثمة واجب قانوني يفرض على الشخص الامتناع عن مثل هذا الفعل الضار أم لا [11] ص 80.

ومن الانتقادات التي أخذت على هذا التعريف أنه لا يعدو أن يكون محاولة لتصنيف الخطأ وتقسيم أنواعه ، ذلك أن بلانيول لم يقدم معيارا لتحديد طبيعة الفعل إذا كان فعل خاطئ أم لا ، إنما اكتفى بوضع قائمة بالواجبات العامة، وبالواقع هي ليست غير صور معينة لا تغني عن وضع ضابط يميز من خلاله العمل الخاطئ عن غيره [09] ص 80.

-تعريف الأستاذ ايمانويل ليفي

يعرف "ايمانويل" الخطأ بأنه إخلال بالثقة المشروعة، ثم يعتمد إلى بيان معيار هذه الثقة فيقول أن تحديد الخطأ يقتضي التوفيق بين مقدار معقول من الثقة يوليه الناس للشخص وبالتالي لهم الحق أن يحجم عن الأعمال التي تضر بهم، وبين مقدار معقول من الثقة يوليه هذا الشخص لنفسه، فيتولد له حق على الناس أن يقوم بأي عمل دون أن يوقع الإضرار بالغير. [12] ص 344

فلا تتم مساءلة شخص إلا إذا تصرف بشكل لا يتفق مع الثقة المشروعة للناس فيه ولا يكون الناس مسؤولين قبل الغير إذا كانت تصرفاتهم لا تخرج عن هذه الثقة المشروعة.

و ينتقد الفقه هذا الرأي لأنه لا يتضمن ضابطا يبين السلوك الذي يعصم الشخص من الخطأ إذا سلكه ثم إنه لا يبين حدود الثقة وماهيتها. كما أن الثقة في حد ذاتها تحتاج بدورها إلى تعريف يبين ويحدد معالمها.

ويرى بعضهم أن المعيار الذي يضعه ايمانويل ليفي لا يعد أن يكون محاولة لوضع الخطأ في قالب [13] ص 129 فلسفي أكثر من كونه معيار محدد للخطأ ذاته.

-تعريف الأستاذان كولان و مازو

ذهب كل من "كولان" و"مازو" إلى القول بأن الخطأ هو انحراف في سلوك الإنسان، أي التصرف الذي لا يصدر مثله عن الرجل الحريص والحذر.

وهذا المذهب يفترض مقياسا للتصرف يفوق المستوى المطلوب في الرجل العادي، ويستدعي قدرا كبيرا من الحيطة و التبصر خلافا لما تستدعيه المسؤولية التعاقدية التي تكفي بتصرف لا يصدر مثله عن رب العائلة الصالح. [10] ص 93

ويؤخذ على هذا التعريف أنه يضع معيارا أكثر مما يضع تعريفا للخطأ [11] ص 81.

-تعريف الأستاذ جوسران

يذهب الأستاذ "جوسران" في تعريفه للخطأ إلى وجوب تحليله إلى شقين: الأول خاص بالدائن (الدائن في دعوى التعويض)، والثاني خاص بالمدين (المسؤول محدث الضرر).

فالدائن يجب أن تكون مطالبته مبنية على أساس الاعتداء على حقه على أن يؤخذ الحق بمعناه الواسع أي سواء كان الحق عاما أو خاصا فهي تشمل حقه في سلامة نفسه واعتباره وحرية وشرفه وماله، أما المصلحة فمهما كانت فإنها لا يمكن أن ترقى إلى درجة الحق، ولذا كان المساس بالمصلحة لا يعتبر فعلا خاطئا.

أما من ناحية المدين، فيجب ألا يكون في استطاعته أن يدفع إدعاء الدائن (المتضرر) بتمسكه بحق أقوى من الحق الذي يزعم بأن المدين اعتدى [13] ص 131 عليه.

وبناء على ذلك فالخطأ عند جوسران هو "انتهاك حق لا يستطيع من انتهاك حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل" [14] ص 642.

و يؤخذ على هذا التعريف أنه غير محدد، إذ أن الحقوق تبقى بحاجة إلى تحديد كما أنه لم يبين ماهية هذه الحقوق ونوعها وحدودها وإنما أطلق ذلك وهذا الإطلاق يجعل ما يذهب إليه غير محدد ولا منضبط.

#### -تعريف الأستاذان ديموج وسافتيه

يحلل كل من ديموج و سافتيه الخطأ إلى عنصرين، فيعرف ديموج الخطأ بأنه عبارة عن اعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء.

ويتضح من هذا التعريف أنه يتطلب توافر شرطين: أولهما مادي وهو المساس بحق الغير، وثانيهما نفسي ويتمثل في إدراك ما يعتبر مساساً بذلك الحق.

فالشرط الأول ينقصه تحديد المدى في حقوق الغير، الأمر الذي لاحظ تعذره الأستاذ جوسران فيما يقول به من أن الفكرة في الخطأ هي اعتبارية تتبع كل حالة بعينها، بحيث أن ارتكاب خطأ تقصيري هو المساس بحق الغير دون أن يتمكن المخطئ من التمسك بحق أقوى من حق الغير أو يماثله على الأقل.

أما الشرط الثاني فيمكن في أن الخطأ قد يتوافر إما بعدم توقع نتائج الفعل كما في حالة الإهمال وعدم التبصر، وإما بالتمادي فيما أمكن توقعه منها وذلك هو الفعل العمد، لهذا فإنه يكفي في مساءلة محدث الضرر مع عدم توقعه، أن تثبت أنه كان يستطيع بشيء من اليقظة والحزم توقع ما قد يصيب الغير من ضرر بفعله [15] ص 173.

أما سافتيه فيعرف الخطأ على أنه إخلال بواجب قانوني محدد، فإذا وقع الإخلال عمدا فثمة جريمة مدنية هي ما يعبر عنه في النطاق العقدي بالغش أو التدليس، وإذا كان الإخلال غير عمدي، أي ناتج عن إهمال أو عدم تبصر فثمة خطأ بسيط أو شبه جنحة مدنية. [16] ص 116 وعلى هذا فالخطأ يتكون من عنصرين أحدهما مادي وهو الواجب الذي وقع الإخلال به، وثانيهما نفسي وهو إمكان العلم بذلك الواجب.

ولقد أسهب في تفصيل القول في كل من الواجب القانوني والواجب الأدبي والواجب العام الذي يتجلى في عدم الإضرار بالغير، وفي كل منها عدة أحوال لا يمكن أن تكون جامعة مانعة، فضلا عن أنه لم يحدد مدى ما يطلب من إمكان العلم بالواجب [15] ص 173.

ويؤخذ على هذا التعريف عدم تحديده للواجبات من ناحية، ولم يحدد مدى إمكانية الإدراك أو العلم من ناحية ثانية. [13] ص 132

وكخلاصة لما سبق نجد أن تلك التعريفات في جملتها لا زالت غير جامعة ولا مانعة وغير محددة ويحتاج أكثرها إلى تعريف وتحديد. فقد مال بعض الشراح وعلى رأسهم الدكتور السنهوري إلى تقريب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية. فإذا كان الخطأ في المسؤولية الأخيرة

عبارة عن "إخلال بالتزام عقدي"، فإنه في المسؤولية التقصيرية عبارة عن "إخلال بالتزام قانوني مع إدراك المخل له".

غير أنه إذا كان الالتزام الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاما بنتيجة أو بتحقيق غاية، بمعنى أن تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق تلك الغاية وإما أن يكون التزاما بوسيلة أو ببذل عناية وهو التزام بعمل يتأدى في بذل الجهد للوصول إلى غرض لا يهم أن يتحقق بقدر ما يهم أن يبذل المدين فيه لتنفيذ محل الالتزام قدرا معيناً من العناية، فإن التزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية يكون دائما التزاما ببذل عناية يتأدى في أن يصطاح الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالآخرين. فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف كان ذلك الانحراف خطأ يستوجب مسؤولية تقصيرية.

### 2.1.1.1.1. صور الخطأ

إن الخطأ صفة تتعلق بالفعل ولاكتمال دراسة الوصف يجب إعطاء الموصوف حقه في الدراسة، خاصة ما تعلق بشكل مباشر بالوصف. فلكي نبحث في تحقق الخطأ ينبغي أن نتحقق من وجود الفعل.

لكن الخطأ كوصف للفعل، هل يمكن له أن يتعلق بفعل ليس له مظهر خارجي محسوس؟

لا خلاف بتحقق المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ الايجابي، فالسائق الذي يتجاوز السرعة القانونية يرتكب فعلا ايجابيا، حيث اتخذ فعله سلوكا ماديا خالف به واجبا بالامتناع عن زيادة السرعة [17] ص 271

و لكن طبيعة الالتزامات القانونية لا تأخذ شكلا واحدا فقد يكون محل الالتزام ليس الامتناع عن فعل بل القيام بفعل، وهو أكثر حالات الالتزام القانوني ظهورا. حيث الأصل في الأمور الإباحة، فالنهي القانوني عن القيام بفعل ما أمر محدود بينما القيام بالفعل مباح أصلا، وقد يشدد القانون بالنص الصريح على القيام ببعض الأفعال، فهناك التزام قانوني باتخاذ الإحتياطات اللازمة عند القيام بالفعل حتى لا يلحق الضرر بالغير [16] ص 194، فإن امتنع المكلف عن اتخاذ هذه الإحتياطات فهو لم يأت أفعالا ألزم بها، أي امتنع عما هو مكلف به. ويمثل الامتناع في هذه الحالة أكثر حالات الخطأ وقوعا، حتى أن البعض يجعل الخطأ والإهمال مترادفات [18] ص 250.

ولكن ليست هذه الحالة الوحيدة لتحقق الفعل بالصورة السلبية، فالإهمال شكل من أشكال الامتناع فهو امتناع مركب، حيث يقترن الامتناع بفعل يقوم به الممتنع، فالامتناع عن اتخاذ الإحتياطات اللازمة اقترن بالفعل الأصلي الذي يجب اتخاذ الإحتياطات خلال القيام به.

ومن أشكال الامتناع، الامتناع البسيط وهو امتناع يقوم مستقلا بذاته غير مرتبط بفعل آخر كامتناع الطبيب عن علاج المريض.

ونكون أمام الامتناع البسيط، في حالة عدم وجود نص قانوني صريح يأمر بالفعل الذي تركه الممتنع، ولقد أثارت هذه الحالة العديد من الآراء المختلفة.

فالبعض وهم أنصار المذهب الفردي المتمسكون بسمو مبدأ الحرية الفردية، لا يجدون في مثل هذه الحالة تحققاً للخطأ، لأن أهم مظاهر الحرية ما يحظى به الفرد من حرية القيام أو عدم القيام بفعل لم يرد في القانون نص يوجب فعله أو تركه، وأرجعوا هذه الفكرة الاجتماعية إلى الأصل القانوني الذي يفسرها برأيهم ويجعلها صحيحة قانوناً، وهو مبدأ الشرعية (لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص) [16] ص 197.

وهناك رأي مناقض يرى إمكانية تحقق الخطأ بالامتناع الصرف ويستندون في ذلك لاعتبارات أهمها أن الأساس القانوني لقيام المسؤولية التقصيرية لا يخضع باعتباره يعالج الشق المدني للمسؤولية للقواعد العامة في القانون الجنائي، من أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فالخطأ الذي يسبب ضرراً للغير تقوم به المسؤولية التقصيرية دون إرجاع قيامه لأي شرط آخر، ودون الحاجة لنص صريح يقضي بوجود الخطأ، كما يستندون إلى أن عدم اعتماد النص الصريح كسبب وحيد لتحقيق الخطأ جاء للخطأ بعمومه دون اشتراط انطباق ذلك على الخطأ الايجابي [17] ص 277.

وعلى ذلك يعتبر مخطئاً ومسؤولاً كل من أقدم على عمل ولم يتخذ له وسائل العناية والاهتمام خصوصاً إذا كان العمل محفوفاً بخطر يجب اتقاؤه، فيعتبر مخطئاً ومسؤولاً من يهمل أثناء قيامه بعمله ويترتب على إهماله تمكين إنسان من ارتكاب سرقة أو تزوير إضراراً بالغير، كما إذا صرف البنك شيكاً مزوراً منسوباً لعمله دون أن يتحقق من صحة التوقيع الموجود عليه.

غير أن القانون والقضاء قد استقر على اعتماد الامتناع وإمكانية تحقق الخطأ به، ولكن باشتراط أن يكون قد سبق هذا الامتناع التزام مدني تم خرقه. فالشخص لا يسأل عن ضرر لا دخل له فيه لمجرد امتناعه عن صده إلا إذا كان مكلفاً بدفع هذا الضرر بحكم اتفاق أو قانون. وعلى ذلك تسأل إدارة المدرسة إذا لم تبادر باتخاذ الإسعافات اللازمة لعلاج تلميذ أصيب بمرض وهو في المدرسة، إذا ترتب على تأخيره في القيام بهذا الواجب ضرر أصاب التلميذ. أما إذا لم يكن الممتنع مكلفاً باتفاق أو بقانون أن يؤدي العمل الذي وقع عليه الترك أو الامتناع فلا مسؤولية عليه مطلقاً، لأن الأصل أن الإنسان ملزم بالامتناع عن إيقاع الأذى بالناس، لكن ليس ملزماً بأن يمنع الأذى عنهم [19] ص 58.

### 2.1.1.1. أنواع الخطأ وأوصافه

#### 1.2.1.1.1. أنواع الخطأ

المسؤولية بعمومها تؤسس على السلوك والفعل المؤاخذ عليه فاعله، وبعد استقرار الانقسام بين المسؤولين المدنية والجنائية، وجدت الدراسات التي حاولت تحديد مدى تمايز كل من الخطأ المدني والخطأ

الجنائي باعتبارهما أساس المسؤولتين، كما ظهرت توجهات طرحت فكرة وجود خطأين استنادا للمنطلق لكل منهما، وهما الخطأ الموضوعي والخطأ الأخلاقي.

#### 1.1.2.1.1.1. الخطأ المدني والخطأ الجنائي

يعرف الخطأ الجنائي بأنه مخالفة الواجب الذي تكفله قوانين العقوبات بنص صريح خاص. بينما يمكن تعريف الخطأ المدني بأنه الإخلال بأي واجب قانوني حتى لو لم تحكمه قواعد قانون العقوبات. يتضح لنا من خلال هذين التعريفين أن الخطأ المدني أوسع في وجوده وتحققه من الخطأ الجنائي، حيث يتحقق بمخالفة الواجب القانوني الذي يتسع باتساع مصدره القانوني فلم يتعلق بقسم خاص من القوانين، فهو لم يرتبط في وجوده بالنصوص القانونية بمعناها الضيق. بل امتد ليشمل جميع المصادر القانونية، وفي ذات الوقت قانون العقوبات جزء من القوانين ويشكل مصدرا من مصادر الواجب قانوني .

و من ثم فإن الفعل الذي يكون خطأ جنائيا يعد في ذات الوقت خطأ مدنيا والعكس غير صحيح، حيث يمكن أن يكون الفعل خطأ مدنيا دون أن يكون خطأ جنائيا لأنه لا يمثل مخالفة لنصوص قانون العقوبات [17] ص 278

على أنه إذا كان الخطأ الجنائي ينظر فيه بالدرجة الأولى إلى الضرر الحاصل للمجتمع ولذلك فإن الجزاء فيه عقوبة جنائية توقع بالمسؤول، فإن الخطأ المدني ينظر فيه إلى الضرر الحاصل للفرد ومدى إخلال هذا الضرر بالتوازن بين المصالح الخاصة بالأفراد، ولذلك كان الجزاء فيه يكمن في إصلاح وإعادة ذلك التوازن عن طريق التعويض المحكوم به للمتضرر [20] ص 181

ويترتب على هذه التفرقة بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي عدة نتائج أهمها:

#### -حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية-

فإذا استندت دعوى طالب التعويض إلى الخطأ الثابت وعلاقة السببية بينه وبين الضرر، فإنها تشترك في الأساس مع الدعوى الجنائية المرفوعة عن ذات الفعل الداخل في نطاق التجريم ويترتب على ذلك:

-الحكم الجنائي البات الصادر بالإدانة لثبوت الخطأ وقيام علاقة السببية بينه وبين الضرر يحوز الحجية أمام المحكمة المدنية، وعليها أن تسلم به وترتب عليه نتائجها الطبيعية بالحكم بالتعويض.

-إن الحكم الجنائي البات الصادر بالبراءة لعدم ثبوت الخطأ يحوز الحجية أمام المحكمة المدنية ويمتنع عليها أن تخالفه وليس لها أن تقضي بالتعويض للمضرور على ذات الأساس.

ولكن إذا صدر الحكم بالبراءة تأسيساً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون من الناحية الجنائية، فإن ذلك لا يمنع المضرور من رفع دعواه المدنية باعتبار الواقعة تشكل فعلاً خاطئاً من الناحية المدنية تستوجب ملزومية فاعله بالتعويض [21]ص74

#### 2.1.2.1.1.1. الخُطأ الموضوعي والخُطأ الأخلاقي

الخُطأ كأساس للمسؤولية انبثق من فكر أخلاقي ديني، فقد كان الهدف من تأسيس المسؤولية عليه إعطاء المسؤولية الصبغة الأخلاقية، حيث يشترط لمحاسبة شخص ما أن يرتكب ما يشكل اعتداءً على النظام الأخلاقي. [22]ص228

فالخطأ الأخلاقي هو خطأ شخصي بحت ونفسي صرف يقوم على معيار ذاتي وهو إدراك الفاعل لسلوكه وتوقعه للنتائج التي يمكن أن تترتب عليه [08]ص84

فإذا أخل الإنسان بقاعدة أخلاقية اعتبر إخلاله بها خطأً أخلاقياً، وعوداً هو مسؤولاً أدبياً عن هذا الخطأ بمجرد اتجاه قصده إلى ما يخالف القاعدة الأخلاقية، دون نظر إلى أثر هذا الإخلال في العالم الخارجي، أي سواء نشأ عن هذا الخطأ ضرر للغير أو لم ينشأ. [17]ص03

فالخطأ الأخلاقي هو فكرة ذات طابع شخصي تركز على فكرة اللوم أو المؤاخذه التي يمكن توجيهها إلى شخص ما بسبب مسلكه العمدي. ولكي يمكن القول بأن هناك خطأً أخلاقياً فإنه لا بد من توافر الشروط الآتية:

- أن يكون الفاعل عالماً بوجود قاعدة تتطلب أو ترفض سلوكاً معيناً.
- أن يكون الفاعل مدركاً أن سلوكه سيؤدي إلى الإخلال بهذه القاعدة.
- أن يكون الفاعل قد ارتكب على الرغم من ذلك وبطريقة واعية وحررة الفعل الذي تنهى عنه القاعدة أو تراخى في القيام بالسلوك الذي تتطلبه [08]ص76

وجزاء الخطأ الأخلاقي هو قيام مسؤولية الشخص الأدبية، وجزاء المسؤولية الأدبية هو جزاء ديني أو أدبي وليس جزاء قانوني تسعى الدولة إلى تطبيقه. أما الخطأ القانوني فإنه يختلف تماماً عن الخطأ الأخلاقي، ذلك أنه لا يكمن في القصد أو النية وإنما في الأفعال الخارجية.

والخطأ القانوني لا يقاس بمعيار شخصي أو ذاتي ولكن بمعيار مجرد، حيث يتم تقدير سلوك الفاعل دون أي اعتبارات ذاتية وذلك لأنه يصعب على القاضي تفصي نفسية المسؤول والغوص في أعماقها لإثبات قصده أو توقعه للضرر.

### 2.2.1.1.1. أوصاف الخطأ

تنقسم أوصاف الخطأ إلى قسمين، فالقسم الأول يتعلق بالأوصاف المتعلقة بالركن المعنوي للخطأ، أما القسم الثاني فيتعلق بالأوصاف المتعلقة بالركن المادي للخطأ.

#### 1.2.2.1.1.1. الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي

-الخطأ العمدي: هو المسلك أو الفعل الذي يرتكبه الشخص قاصدا ارتكابه أو قاصدا النتيجة التي يؤدي إليها. [23]ص 349 ، أو هو العمل الذي يضر بمصلحة الغير عن قصد وبدون وجه حق، [24]ص 82 ، أو هو إخلال بواجب يقترن بقصد الإضرار بالغير [25]ص 78

فهذه التعريفات كلها تأخذ في الاعتبار قصد إيقاع النتيجة الضارة من خلال اقتراف فعل فيه عدم الأحقية أو الإخلال بواجب، فهو لم يكن إخلال بواجب لمجرد أن الفاعل أراد من خلاله تحقيق الضرر، بل هو بذاته يمثل حالة إخلال أي أن ينطوي التصرف على الانحراف أي على الركن المادي للخطأ، فلا تكفي النية السيئة والتي تهدف لإلحاق الضرر لقيام الخطأ المبني على ركنين إذ لا بد من تحقق ركنه المادي.

ويعتبر الخطأ عمديا بمجرد اتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر ولو لم يكن هذا الاتجاه هو الغرض الوحيد أو الغرض الرئيسي من ارتكاب الفعل الضار، مادام أنه من بين الأسباب الدافعة إلى ارتكابه. ولا يشترط أن يكون الضرر هو الغاية الوحيدة للفعل، بل يمكن أن يكون أحد الدوافع، كمن يتسبب في إصابة شخص بقصد الهروب [26]ص 136

و يأخذ الغش حكم الخطأ العمدي إذا أسفر عن الإضرار بالغير، ذلك أن الغش يتمثل في عمل إرادي عمدي يتم بقصد التحايل على القانون أو الاتفاق [25]ص 89 -الخطأ غير العمدي: هو الإخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المخل هذا الإخلال ودون قصد الإضرار بالغير.

وهو يتكون من عنصرين أحدهما نفسي وهو التمييز أو الإدراك، والثاني مادي وهو الإخلال بواجب قانوني. ويطلق عليه الخطأ بالإهمال أو الرعونة وعدم التبصر، ويتم تقدير هذا الخطأ بمعيار موضوعي وهو معيار الرجل العادي [21]ص 69

#### أهمية التفرقة

-تتعقد المسؤولية التقصيرية في حالة ثبوت الخطأ، ويستوي في ذلك الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي، فكل منهما يوجب تعويض الضرر كاملا [27]ص 15 إلا أنه من الناحية العملية يميل القضاء إلى زيادة مبلغ التعويض في حالة الخطأ العمدي.

-لا يجوز التأمين من الخطر العمد ،أي الذي يتسبب عن فعل عمدي من المؤمن له،ومن ثم لا يجوز التأمين من المسؤولية عن الخطأ العمدي، ولكن يجوز التأمين من الخطأ غير العمدي.  
-إذا اشترك شخصان في الخطأ وكان أحدهما عمديا والآخر غير عمدي، فإن الأول يستغرق الثاني ويتحمل مرتكبه كل التعويض. أو على الأقل يتحمل الجزء الأكبر منه. [21]ص 69

### 2.2.2.1.1.1.1.1.1 درجات الخطأ

درجات الخطأ هو تعبير عن الحالات التي قد يوجد فيها الخطأ في الواقع من حيث جسامته. ويتدرج الخطأ من حيث جسامته إلى خطأ جسيم وخطأ يسير أو خطأ تافه.

### -الخطأ الجسيم

ظهرت فكرة الخطأ الجسيم في أواخر عهد القانون الروماني، وكان يقصد بها الخطأ الذي لا يرتكبه إلا شخص قليل الذكاء والعناية، وكان الرومان يعطون الخطأ الجسيم حكم الغش لصعوبة إثبات الغش والحيلولة دون أن يتظاهر مرتكب الغش بمظهر الغباء تخلصا من جزاء الغش. [28]ص 46  
وانتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسي القديم حيث كانت لها منزلتها في نظرية تدرج الخطأ التي قضى عليها تقنين نابليون [17]ص 275 ، إذ لم يفرقوا واضعو التقنين المدني الفرنسي بين الخطأ الجسيم وخطأ يسير، إذ جعلوا حكمها واحدا هو الالتزام بتعويض كل ضرر ناجم عن خطأ بغض النظر عن درجته. وتم هجر نظرية تدرج الخطأ وحل محلها فكرة وحدة الخطأ التي تعتمد على معيار واحد هو معيار الرجل المعتاد.

وقد عاد اصطلاح الخطأ الجسيم إلى الظهور من جديد في مرحلة لاحقة على صدور القانون المدني الفرنسي، وذلك على يد القضاء الفرنسي ذاته، حيث استقر على معاملة الخطأ الجسيم معاملة الغش فيما تعلق بتحديد المسؤولية، أو التخفيف أو الإعفاء منها [28]ص 84

ومما لا شك فيه أن فكرة الخطأ الجسيم في القانون المعاصر ليست واحدة. فيقصد بها تارة الخطأ الذي يبلغ حدا يسمح بافتراض سوء نية الفاعل حيث لا يتوافر الدليل عليها، ويقصد بها تارة أخرى الإهمال وعدم التبصر الذي يبلغ حدا من الجسامه يجعل له أهمية خاصة. [29]ص 239  
ويقصد به في معرض قانون العمل الخطأ الذي يقع من شخص قليل الذكاء والعناية فلا يتصور وقوعه إلا من شخص عديم الاكتراث.

فالخطأ الجسيم هو خطأ غير عمدي، يتخلف فيه قصد الإضرار من جانب مرتكبه. فالشخص لا يريد إحداث الضرر إلا أنه يريد الفعل ويتصرف وفقا لذلك. رغم العلم بالاحتمال القوي لوقوع الضرر كنتيجة لذلك [25]ص 80

-من المتفق عليه أن الخطأ أيا كانت درجته عمديا أو غير عمدي جسيما أو يسيرا، فإنه يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية وهو ما يستفاد من نص المادة 125 ق.م.ج.  
-هناك حالات استثنائية يستلزم فيها المشرع لقيام المسؤولية أن يكون المسؤول قد ارتكب خطأ جسيما، مثال ذلك الأب لا يسأل في ممارسته للولاية على مال صغيره إلا في حالة ارتكاب خطأ جسيم.  
-تجري المحاكم على مراعاة درجة جسامة الخطأ عند تقدير التعويض من جهة، وعند توزيع المسؤولية بين الشركاء في الفعل الضار من جهة أخرى.

### 2.1.1.1. أركان الخطأ

لا تكتمل للخطأ دلالتة من مجرد اقتراف المرء سلوكاً إيجابياً أو سلبياً يحيد به عن مقتضى الالتزام القانوني الخاص أو العام بعدم الإضرار بالغير، وإنما ينبغي إلى جانب ذلك أن يكون مدركاً لمعنى هذا الالتزام ولما يأتيه من سلوك مخالف له، إذ لا يتصور نسبة الخطأ إلى الصبي غير المميز أو المجنون أو المعتوه فيما يصدر عنه من أفعال أو سلوكيات مؤذية لغيره لانعدام عنصر الإدراك أو التمييز في حقه، وبذلك يتضح لنا أن للخطأ ركنا معنويا لا يقوم الخطأ إلا به يتمثل في ركن الإدراك والتمييز، إلى جانب ركنه المادي المتمثل في ركن التعدي أو الانحراف بالسلوك عن مقتضى الالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير. ولذلك يعرف الخطأ التقصيري في الفقه الحديث بأنه "الإخلال الواعي بالسلوك عن مقتضى الالتزام القانوني الذي يوجب عدم الإضرار بالغير". فالخطأ ركنان: ركن مادي و ركن معنوي .  
نتناول دراسة كل واحد منهما في فرع مستقل به.

### 1.2.1.1. الركن المادي للخطأ "التعدي"

يقصد بالركن المادي الفعل ذاته ايجابيا أو سلبيا الذي يتجسد فيه الإخلال بالواجب القانوني السابق، فهو المظهر الخارجي لهذا الإخلال أي هو السلوك الذي أتاه الشخص.  
فالمرء حر في السلوك الذي يتبعه طالما لم يخالف النصوص الصريحة في القانون. ولكن لهذا السلوك ضوابط معينة حتى تتحقق هذه الحرية، والضابط لهذا السلوك هو ما يتشكل بتجاوزه التعدي [14]ص.644  
ويعرف السنهوري التعدي بأنه "مجازة المرء للحدود التي عليه التزامها في سلوكه".  
والتعدي باعتباره الركن المادي للخطأ يتشكل عند تجاوز حدود اليقظة والتبصر المفترضين قانونا، فالمخطئ حتى يعد مخطئا يجب أن يكون متجاوزا لهذه الحدود من التبصر و العناية في سلوكه و يقع مقترنا بقصد الإضرار حتى أن البعض يرى بقصد الإضرار بحد ذاته تعديا دون حاجة لتجاوز الحدود في السلوك. و عليه ما المرجع الذي يتحدد من خلاله تجاوز الحدود ؟

### 1.1.2.1.1.1. معيار التعدي

لا شك أن السلوك يكون خاطئاً إذا انطوى على مخالفة واجب قانوني محدد. وفي حالة عدم وجود التزام محدد، فإن الأمر يترك لاجتهاد الفقه والقضاء ليبيّن متى يعتبر الشخص مخطئاً. ولقد أفرزت الاجتهادات الفقهية التي حاولت إيجاد معيار يتحدد به وجود التعدي والتجاوز في السلوك من عدمه معيارين أساسيين أحدهما المعيار الشخصي، والآخر هو المعيار الموضوعي [30] ص 39

### 2.1.2.1.1.1. المعيار الشخصي

يقوم هذا المعيار على اعتبار السلوك المألوف للفاعل المرجع الذي يتحدد به وجود التجاوز أو الانحراف في مقدار العناية المفترضة منه عند قيامه بممارسة سلوكه.

فالشخص لا يكون مخطئاً إلا إذا كان قد سلك مسلكاً كان في مقدوره هو أن يتجنبه، ولهذا فإن تقدير مسلك الشخص يكون بالرجوع إلى كل ما يتعلق بالشخص ذاته، حالته النفسية والبدنية مثل قوة أو ضعف البصر ومستوى الذكاء والثقافة ومدى حرصه في مسلكه. [14] ص 645

فالمقارنة تتم بين ما قام به الشخص من سلوك وبين ما كان يجب أن يقوم به وفقاً لظروفه هو، وليس بالقياس أو المقارنة مع سلوك شخص آخر. فيكون الشخص مخطئاً إذا كان بالنظر لصفاته الشخصية قادراً على تجنب القيام بالفعل الضار.

فإذا كان الشخص يقظاً حريصاً فإن أقل انحراف في سلوكه يعتبر خطأً، وإذا كان دون المستوى

العادي فإن الخطأ لا يتوافر إلا إذا كان الانحراف في السلوك بارزاً وكبيراً. [31] ص 445

والمعيار الذاتي من هذه الوجهة الأخيرة يبدو منطقياً و عادلاً، فطبقاً له لا يعتد إلا بظروف محدث الضرر نفسه من حيث قدرته الحقيقية والفعلية. وحينما تتقرر مسؤوليته فإنما تتقرر وفقاً لمدى إدراكه ويقظته وحرصه الغريزي. والقول بغير ذلك أي معاملته وفقاً لمعيار مجرد قد يترتب عليه إلحاق الظلم به إذا كان في طبيعته وذاتيته أقل مرتبة من ذلك المقياس [32] ص 189

ومن ناحية أخرى يرى أنصار هذا المعيار أن في الأخذ به إلغاء للتفرقة بين الخطأ القانوني والخطأ الأخلاقي والتي تترتب على الأخذ بالمعيار الموضوعي. ففي ظل المعيار الشخصي لن يكون هناك سوى خطأ واحد فقط، فلا تترتب المسؤولية القانونية للشخص إلا إذا شعر فعلاً أنه ارتكب خطأ أخلاقياً.

إلا أنصار المذهب الموضوعي في تقدير الخطأ قاموا بتوجيه عدة انتقادات إلى المعيار الشخصي

منها:

- إن هذا المعيار لا يصلح أن يكون ضابطاً قانونياً لقياس الانحراف في السلوك، لأنه يتطلب تقدير هذا الانحراف بالنظر إلى سلوك الشخص ذاته الذي صدر عنه وما يتمتع به من يقظة وفطنة. فلا يمكن

إلزامه بالتعويض طالما أن ضميره لا يؤنبه وطالما أنه قد تصرف كما تملي عليه طبيعته وعاداته في السلوك [08]ص51

-ومما يعاب عليه أيضا التباين الكبير في ظروف وقدرات الأشخاص الذي يؤدي بدوره إلى تنوع الحلول واختلاف الآراء كذلك. فهذا المعيار يقوم على عوامل نفسية وذهنية مما سيجبر القاضي على البحث عن يقظة وفتنة الشخص لتقدير ما إذا كان الفعل الذي صدر منه خاطئا أم غير خاطئ، وليس من شك أن تلك أمور يصعب كشفها [32]ص190

كما يمكن أن ننسب إلى هذا التقدير أنه يؤدي أحيانا إلى نتائج غير عادلة بالنسبة للمضرور، فهو معيار يعتد بالقدرات والصفات الشخصية التي قد تتوافر لدى الشخص ولا تتوافر لدى الآخر، والنتيجة أن نفس الفعل أو السلوك قد يعد انحرافا وبالتالي خطأ بالنسبة لشخص وقد لا يكون كذلك بالنسبة للآخر، ويكون للمضرور الحق في أن يطالب الأول بالتعويض ولا يكون له ذلك بالنسبة للآخر. ولا شك أن تلك النتيجة غير عادلة وفيها إجحاف بالمضرور الذي يتوقف حقه في التعويض على شخصية وظروف محدث الضرر.

لذلك فالمعيار يخلط بين التعويض والعقوبة أي بين المسؤولية المدنية والجنائية فيجعل للأولى نوعا من التبعية للثانية وتلك نتيجة غير مرغوب فيها. لأن حق المضرور في التعويض يجب ألا يختلط بفكرة العقوبة وبالتالي يجب النظر إلى الفعل أو السلوك في ذاته دون نظر إلى شخص من صدر منه. [09]ص104

كما يؤخذ على هذا المعيار أنه لا يدفع الأفراد ولا يحثهم على مراعاة قدر كاف من اليقظة والتبصر في ممارسة أنشطتهم، وأنه يؤدي إلى التشدد مع الشخص الحريص والتساهل مع الشخص المهمل. علاوة على أن الخطأ لكونه بطبيعته فكرة اجتماعية، لا يجب أن يتوقف على ذاتية الشخص ونفسيته [25]ص63. -المعيار المجرد:

ووفقا له يتم تقدير الخطأ وفق معيار يتسم بالموضوعية مؤداه قياس فاعل الضرر على سلوك الشخص المجرد [14]ص645

والشخص المجرد الذي يرجع إليه في قياس التعدي ليس هو الشخص الحريص جدا وذلك حتى لا يقع غبن كبير على متوسطي التبصر واليقظة لأنه يحملهم أكثر مما يطيقونه، ولا هو الشخص المهمل وذلك حتى لا تتعرض مصالح الناس للضرر، وإنما هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس فلا هو بشديد الحيطة ولا هو محدودها وهذا الشخص هو الذي عرفه القانون الروماني وأسماه برب الأسرة العاقل. وقد استطاع هذا المعيار تجاوز معظم الانتقادات التي أحاطت بالمعيار الشخصي فهو يتحدد بعنصرين أساسيين هما:

-التجريد

وهو من أهم مقومات السند القانوني حيث يتجرد الشخص الفاعل من صفاته الخاصة والذاتية من فطنة وذكاء وحرص، وهذا التجريد يضمن وحدته وعدم تعدده من فاعل لآخر وعليه المساواة أمام هذا المعيار لجميع الفاعلين.

-الوسطية

حيث يؤسس هذا المعيار على الوسط في كافة العوامل المؤثرة في السلوك من قدرات ذهنية وخبرات وحرص ويقظة تطلب عند القيام بالتصرف والسلوك، وهذه الوسطية تضمن العدالة حيث يكلف العموم بما لا يفوق طاقة الأغلبية [33] ص 361

والواقع أن نموذج الشخص العادي ليس له حقيقة ثابتة بل مجرد افتراض وتخيل نلجأ في تحديده إلى الوسط الذي تصرف فيه وإلى الظروف التي أحاطت به في توجيه نشاطه وسلوكه. إلا أن الظروف والعوامل التي تحيط بمحدث الضرر عديدة وتنقسم إلى قسمين: القسم الأول: والذي يعتمد مدى التصاق هذه الظروف بشخص الفاعل أو التصاقها بالمحيط الذي وقع فيه الفعل وهي على النحو التالي:

الظروف الخارجية ويقصد بها الطرف الزماني أي الزمن الذي وقع فيه السلوك هل وقع في الليل أم في النهار. أو متعلقة بالمكان الذي تم فيه السلوك. ولقد عرفها الفقه بأنها ما خرج من ميزات الشخص وصفاته وخصائصه الطبيعية [17] ص 218 فمثلا السير في الليل يتطلب من عناية وشكل في السلوك لا تتطلبه القيادة في النهار، وقيادة سيارة في شارع مزدحم داخل المدينة تختلف عن القيادة في شوارع فسيحة. [34] ص 42

الظروف الداخلية أو الخاصة وهي ما كانت من خصائص مرتكب السلوك وميزاته الشخصية ومثالها ظرف السن وظرف الجنس وظرف الحالة الاجتماعية فهي عوامل لها أثر في إخراج السلوك بالشكل الذي ظهر به [17] ص 218

فمختلف هذه الظروف سواء كانت داخلية أو خارجية قد يكون لها دور وتأثير في سلوك ونشاط محدث الضرر. فهل عند تحديد سلوك الشخص ندخل في الاعتبار كافة هذه الظروف والعوامل؟ توافقا مع المعيار فإنه من الطبيعي عدم الاعتداد بالظروف الداخلية لأنه معيار مجرد من كل الميزات والخصائص التي تختلف من شخص إلى آخر. فلا يعتد بمقدار فطنة الفاعل أو مقدار حرصه. ولكن يؤخذ بالعوامل التي تتماشى مع موضوعية المعيار، حيث يتساوى في وجودهم بها كافة الفاعلين وهي العوامل الخارجية.

فالظروف الواجب الاعتداد بها هي الظروف التي تلازم الحادث في تسلسل وقائعه ومكان حصوله وزمانه وتخرج من هذه الظروف المتعلقة بطباع وخصائص الفاعل النفسية كأن يكون حاد الطباع أو مرهف الحس.

فالظروف الداخلية تتميز عن الخارجية دون الاتفاق الدقيق على أيها داخلي وأيها خارجي وإن كان المعظم يرى الاعتداد بالظروف التي أحاطت بالفاعل، وهي على الأرجح ظروف الزمان والمكان [16] ص 137

إلا أن بعض الظروف كالسن، والحالة الاجتماعية، والجنس قد تكون ظروف داخلية في حالات معينة وفي حالات أخرى ظروفًا خارجية، وذلك حسب السلوك خصوصه وعمومه فإن كان سلوكًا خاصًا بفئة معينة مثلًا سلوك لا يأتيه سوى الصغار أو سلوك لا يأتيه سوى النساء، فالجنس والسن في هذين المثالين يعتبران ظروفًا خارجية لا داخلية.

وقد يكون السلوك ليس حكرًا على أحد حيث يأتيه عامة الناس دون أن يختص به فئة دون أخرى، وعليه يكون الجنس والسن والحالة الاجتماعية ظروفًا داخلية لا تدخل في تقدير الانحراف [14] ص 650

فمثلًا قيادة السيارة سلوك لا تختص به فئة دون أخرى فلا اعتداد بجنس أو سن السائق عند قياس مدى التعدي في سلوكه.

وبناء على ذلك وجه العديد من الفقهاء انتقاداتهم لهذا التقسيم للظروف (خارجي وداخلي)، وأهم تلك الانتقادات هي صعوبة إيجاد الحد الفاصل والدقيق الذي يتميز به كل منهما عن الآخر، كما أن الظرف الداخلي في معظم الحالات هو صاحب الأثر الأكبر في مسار السلوك وأن هناك اعتداد فعلي في معظم الأحيان بالظروف الداخلية، خاصة ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية [17] ص 218

و من هنا طرح العديد من الفقهاء ومن بينهم الدكتور سليمان مرقس تقسيماً آخر للظروف المعتد بتأثيرها إلى ظروف ظاهرة وظروف غير ظاهرة.

القسم الثاني: ويعتمد على ظهور أو عدم ظهور الظروف المؤثرة للمضروب والمسؤول، أي ينظر إلى ظروف مرتكب الفعل الضار لا من ناحية الأخير وحده وكونها خارجة عنه أو باطنية، بل من ناحية المضروب أيضاً ومدى إمكان إحاطته بها وتوقعه تأثيرها في مسلك الفاعل. أي الاعتداد بالظروف الظاهرة دون غيرها في تقدير مسلك الفاعل.

وعليه يتحدد التعدي بتجاوز سلوك الرجل العادي في مثل الظروف الظاهرة التي أثرت في السلوك وأحاطت به، سواء أحاطت بالفاعل أم أحاطت بالفعل، أي تتساوى في كونها ظروفًا داخلية أو ظروفًا خارجية طالما كانت منظورة للمضروب.

و ينتقد البعض التقسيم على أساس الظاهر وغير الظاهر بأن ما يكون ظاهرا لمضرور لا يكون ظاهرا لآخر. فما الضابط لذلك؟ وما تأثير علم المضرور في وصف سلوك مرتكب الفعل الضار بأنه تعدي؟ [33] ص 362

فلا جدال في أن ظروف الزمان والمكان هي من الظروف الظاهرة التي يقام لها وزن في تقصي مسلك الرجل العادي. وكذلك ظرف السن بالنسبة للصغار في لعبهم أو في سيرهم في الطريق العام ولا يقام لها وزن في قيادة سيارة. والعلم والتخصص يقام لهما وزن فيما يباشر الأخصائي من أعمال لمهنته دون غيره.

ومن ثم فإن الظرف الواحد قد يكون ظرفا غير ظاهر ثم ينقلب إلى ظرف ظاهر [17] ص. 225 وكخلاصة لما سبق فإن التقسيم الأول القائم على التفرقة بين الظروف الداخلية والظروف الخارجية يعد أكثر نجاعة ولو بصورة جزئية.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذه المعايير فقد حسم الأمر بتبنيه المعيار المجرد، وذلك بالتزام المدين في المسؤولية العقدية بأن يبذل في تنفيذ التزاماته عناية الرجل المعتاد [35] ص. 147 وبالتالي يمكن ووفق مجال المسؤولية التقصيرية أن نأخذ بالمعيار المجرد لتحديد التصرف المخطأ، أي قياس التعدي بمعيار الانحراف عن سلوك الرجل العادي منظور إليه نظرة مجردة عن ظروفه الشخصية، بحيث لا تأخذ مثل هذه الظروف من مرض وغيره في الاعتبار ويأخذ بعين الاعتبار ظروفه الخارجية من زمان ومكان، قياسا بالرجل العادي من طبقته وطائفته أو جنسه. فالمعيار الموضوعي هو المعيار الأقرب للمنطق لأن اعتباراته واضحة ومعلومة لا تتبدل ولا تتغير بتغير الشخص مما يساعد على ثبات قاعدة التعامل بين الناس في فكرة التعويض، بخلاف الأخذ بالمعيار الشخصي الذي يبني على اعتبارات ذاتية خفية يستعصى على الباحث كشفها، إضافة إلى أنها تختلف من شخص لآخر.

#### 2.2.1.1.1. حالات انتفاء التعدي

يمثل الخطأ نوعا من التعدي أو الانحراف عن السلوك المألوف، إلا أن هناك بعض الحالات التي لا يعتبر فيها الاعتداء على حق الغير انحرافا عن سلوك الرجل العادي وذلك نظرا إلى ما يحيط بهذا التعدي من ظروف تجعله عملا مشروعاً.

فالفعل يعتبر في الأصل خطأ إلا أنه في الظروف التي وقع فيها يعتبر سلوكا مألوفا ومعتادا ومن ثم

لا محل لمساءلة مرتكبه [21] ص. 74

و عليه فقد تضمن القانون الجزائري نصوصا تناول فيها حالات انتفاء الخطأ وهي: حالة الدفاع الشرعي، وحالة الضرورة، وحالة تنفيذ أمر الرئيس، إلا أن هذه الحالات ليست واردة على سبيل الحصر. و

يكون من الممكن انتفاء الخطأ في حالات أخرى كما إذا رَضِيَ المصاب بحدوث الضرر، ونعرض لهذه الحالات كالتالي:

#### 1.2.2.1.1.1. حالة الدفاع الشرعي

حالة الدفاع الشرعي هي تلك الحالة التي يجبر فيها الشخص على العمل لدفع إعتداء حال غير مشروع موجه لنفسه أو ماله أو لنفس الغير أو ماله.

فحسب نص المادة 128 ق.م.ج فإن المشرع قرر أن من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسؤول على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة.

فالدفاع الشرعي يعتبر حقا للمعتدي عليه، إلا أنه حق محدود بالقدر اللازم لدفع الإعتداء [36]ص.244

#### -شروط حق الدفاع الشرعي

يشترط لعدم مسؤولية من يكون في حالة دفاع شرعي توافر الشروط التالية:

-أن يكون هناك خطر حال محقق يهدد الشخص في نفسه أو في ماله أو يهدد شخصا آخر من الغير في نفسه أو في ماله:

مما لا شك فيه أن وقوع الاعتداء على شخص ما يبرر له حق الدفاع، إن لم يكن لدفع ذلك الاعتداء أصلاً فعلى الأقل لوقفه ومنع المعتدي من التماذي فيه، ولكن القانون لا يطلب من الناس أن ينتظروا وقوع الاعتداء عليهم فعلاً حتى يصبح لهم حق دفعه. وإنما يكفي القانون في نشوء حق الدفاع بمجرد وجود خطر الاعتداء أي كونه وشيك الوقوع حتى يخول الشخص تدارك هذا الخطر قبل وقوعه.

والأخطار التي تهدد النفس أو المال، هي تلك التي يخشى منها الإنسان على حياة وسلامة جسمه، أي على حقه بالسلامة كالاقتداء على الإنسان بالضرب والجرح والإيذاء أو الاعتداء على العرض والمساس بالشرف. أما الأخطار التي تهدد المال فهي تلك التي يخشى منها صاحب المال على ماله كالسرقة والإتلاف والتخريب.... الخ.

وتترك مسالة تقدير الخطر إلى السلطة التقديرية للقاضي [37]ص76

#### -أن يكون مصدر الخطر عملاً غير مشروع

يجب لكي تتحقق حالة الدفاع الشرعي أن يكون مصدر الخطر- الذي يواجهه المدافع- عملاً غير مشروع، أي أن يكون المعتدي قد أتاه دون حق وبالمخالفة للقانون كأن يشرع في قتل المدافع تاراً أو حقداً

أو يهجم بإحراق سيارته أو منزله [30]ص.55

أما إذا كان ما يريد المدافع منعه إنما هو فعل يأتيه شخص استعمالاً لحق ومطابقاً للقانون إذ يؤدي واجبا عليه وبالتالي يكون عمله مشروعاً لا اعتداء فيه، فلا تنشأ حالة الدفاع الشرعي حينئذ بل يجب على من يتعرض لهذا الفعل المشروع أن يمثل له مع الاحتفاظ بحقوقه إن وجدت [38]ص.304

وبناء على ذلك، فلا محل لإعمال حالة الدفاع الشرعي ضد الموظف العام الذي يحجز على أموال المدين وتسليمها إلى حارس أو رجل الشرطة الذي يقبض على من ارتكب مخالفة ويقطعه إلى مركز الشرطة.

كذلك لا يعتبر معتدياً ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضده موظفي الإدارة الذين يتولون إزالة بناء أقيم بالمخالفة للقوانين.

ففي كافة هذه الحالات يكون مصدر الخطر مشروعاً ولا يحق للمتضرر أن يمنعه بالقوة. أو حتى يعوق من يقوم به، وإن فعل كان متعدياً وليس مدافعاً دفاعاً شرعياً [37]ص.79

#### -أن يكون استعمال القوة للدفاع بالقدر الضروري لدفع الأذى

أي تناسب فعل الدفاع مع جسامة الخطر حيث تكون الأعمال التي يمارسها المدافع بالقدر اللازم لدفع الخطر دون زيادة، وعليه إذا ثبت تجاوز المدافع القدر الضروري لدفع الخطر كان مخطئاً وحينئذ تنعقد مسؤوليته عما وقع من ضرر ولكن يلاحظ أن الفرض هنا أن الضرر وهو من كان يهدد بالأذى مخطئاً بدوره فنكون أمام خطأ مشترك بين المضرور ومحدث الضرر ويقدر القاضي على ضوء الظروف وبصفة خاصة مسلك المضرور ومسلك المدافع الذي تجاوز حدود الدفاع مقدار التعويض الذي يلتزم به الأخير، ولهذا نص القانون على أن من تجاوز القدر الضروري لدفع الأذى يلتزم بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة.

فالقاضي يقدر حصول التجاوز أو عدم حصوله على أساس مسلك الرجل العادي في الظروف التي وجد فيها. [39]ص 36-37

#### -ألا تكون هناك وسيلة أخرى لدفع خطر الاعتداء سوى استعمال القوة

ومن ثم لا تتوفر حالة الدفاع الشرعي إذا كان في استطاعة المهاجم أن يستند بالسلطة العامة، أو اللجوء لوسيلة مشروعة استخدام القوة ولا يعتبر الهرب عند إمكانه وسيلة واجبة الإلتزام لتوقي الاعتداء وتجنب دفعه بالقوة، لأن القانون لا يمكن الإنسان بالهرب عند تخوف الاعتداء عليه لما في ذلك من الجبن الذي لا تقره الكرامة الإنسانية [23]ص.355

أما إذا تعينت القوة وسيلة لدفع الاعتداء فإننا نكون بصدد حالة دفاع شرعي ترتب أثرها القانوني.

كما تجدر الإشارة إلى أن تقدير ما إذا كانت هناك وسيلة أخرى خلاف القوة لدفع الاعتداء أم لا، هي مسألة يستقل قاضي الموضوع بتقديرها حسب الظروف المعروضة، فلا شك أن ظروف الزمان والمكان وشخصية المهاجم، ومدى ما اعتراه من خوف وهلع، لكل ذلك دخل في تقدير القاضي [40] ص 376

#### 2.2.2.1.1.1. حالة الضرورة

تتمثل حالة الضرورة في أن الشخص يرتكب عملا غير مشروع في ذاته يترتب عليه وقوع ضرر للغير، ولكن سلوك ذلك الشخص لا يتسم بالرعونة أو الإهمال بل اضطر لارتكاب الفعل لیتفادي ضررا أكبر محدقا به و بغيره. فالفاعل هنا ليس سيء النية ولم يتعمد الإضرار بالغير، ولكن الظروف المحيطة به هي التي دفعته إلى ذلك. [37] ص 79

فحسب نص المادة 130 ق.م.ج فإن من سبب ضررا للغير لیتفادي ضررا أكبر محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا.

#### شروط تحقق حالة الضرورة

يلزم لتحقيق هذه الحالة أن تتوافر الشروط الآتية:

#### - أن يكون الفعل الضار قد وقع لتفادي ضرر أكبر محدقا بمحدث الضرر أو بغيره

فإن لم يكن الشخص مهددا هو أو غيره لا في ماله ولا في نفسه وأوقع ضررا كانت مسؤوليته كاملة و لزمه التعويض.

ويشترط في الخطر الذي يهدد الشخص خطرا حالا أي وشيك الوقوع فعلا، أو أن يكون قد بدأ في الوقوع ويلزم منع تفاقمه. ومثال ذلك المعلم الذي يسرع من أجل إنقاذ تلميذ صغير يوشك على السقوط من نافذة قسم الدراسة، فيتلف في طريقه أدوات خاصة بتلميذ أو بأشخاص آخرين مثل كمبيوتر أو نظارة طبية... الخ [30] ص 60

#### - أن يكون الخطر أجنبيا عن إرادة مسبب الضرر أو المضرور

فإذا كانت لإرادة مسبب الضرر دخل في تهديد الخطر فلا يكون في حالة ضرورة بل يكون متعديا ويعتبر مسؤولا مسؤولية كاملة عن الأضرار التي أوقعها بالغير.

وكذا يجب أن يكون الخطر أجنبيا عن إرادة المضرور. فإذا كانت إرادة المضرور دخل في تهديد الخطر لمسبب الضرر كان هذا الأخير في حالة دفاع شرعي. [14] ص 536

-أن يكون الضرر المتحقق أصغر من الضرر الذي تم تفاديه

فإن كان الضرر أقل أو مساو له فلا تتحقق حالة الضرورة لأن الشخص العادي لا يسبب ضرر جسيماً ليتفادى ضرر أقل [29]ص.237 فالضرر الذي يلحق المال يكون دائماً أصغر من الضرر الذي يلحق النفس أو الجسم، فمن يحطم باباً أو نافذة في سبيل إنقاذ طفل صغير يكاد يختنق من غاز سام أو دخان يكون ما أحدثه من ضرر أصغر من الضرر الذي تم تفاديه.

و من ناحية أخرى فإن العكس ليس صحيحاً فلا يجوز المساس بالسلامة الجسدية لشخص في سبيل تلافى ضرر سيلحق بمال من الأموال مهما كانت قيمة هذا المال.

أما لو كان الضرر سيلحق بمال ويتم تفاديه بإتلاف مال آخر، فهنا تجب المقارنة بين كل من الضررين، فلا يجوز إحداث ضرر كبير لتفادي ضرر صغير. وفي جميع الأحوال يترك تقدير ذلك الأمر إلى قاضي الموضوع باعتبارها مسألة واقع. [41]ص 454

-أثر توفر حالة الضرورة

متى توافرت الشروط السابقة وبالنظر إلى المعيار الموضوعي للخطأ، وهو السلوك المألوف للشخص المعتاد في نفس الظروف الخارجية فإن القواعد العامة تقضي إلى اعتبار محدث الضرر غير مخطئ، وبالتالي لا يكون مسؤولاً بمقتضى المسؤولية المؤسسة على الخطأ. وفي جميع الأحوال التي يبلغ فيها فعل الضرورة مبلغ القوة القاهرة، فإن استبعاد المسؤولية التقصيرية لا يمنع المضرور من الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب أو دعوى الفضالة متى توافرت شروطها.

أما إذا لم يبلغ الخطر المراد تفاديه حد القوة القاهرة فلا يعفى من المسؤولية التقصيرية جملة وتقوم الضرورة بقدرها، فيلزمه القاضي بتعويض مناسب أي مخفف عن المسؤولية التقصيرية وفقاً لما يقضي به نص المادة 130 ق.م.ج إلى جانب رجوع المضرور عليه بدعوى الإثراء بلا سبب [30]ص.62

3.2.2.1.1.1. حالة تنفيذ أمر صادر عن الرئيس

عرضت لهذه الحالة المادة 129 ق.م.ج بنصها "لا يكون الموظفون و الأعوان العموميين مسؤولين شخصياً عن الأفعال التي ضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذاً لأوامر صدرت إليهم من رئيس متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم."

من المسلم به أن قيام الإنسان بواجبه دون تقصير ينفي عنه الخطأ فإذا نتج عن القيام بالواجب ضرر فلا يكون القائم به مسؤولاً، ولقد أدرك المشرع أن الواجبات القانونية التي تلقى على عاتق الموظفين كثيرة وهامة، وفي بعض الأحيان تثقل كاهلهم، لذلك فهم بحاجة إلى شيء من الحماية حتى لا يحملهم الخوف من

تنفيذ هذه الواجبات إلى التفريط بها لاسيما أنهم يؤدون هذه الواجبات في سبيل تحقيق المصلحة العامة. لذلك رفع المسؤولية عنهم إذا كانوا ينفذون الأوامر الصادرة من رئيس يجب عليهم طاعته. و على هذا الأساس فلا بد من توافر بعض الشروط لإعفاء الموظف العام من المسؤولية إذا سبب ضرر للغير أثناء تنفيذ الأوامر الصادرة إليه [37] ص 82

#### -شروط انتفاء خطأ الموظف العام

حسب نص المادة 129 ق.م.ج فإنه يجب توافر الشروط التالية و هي:

#### -أن يكون محدث الضرر موظفا عاما

يجب أن يكون الفعل قد صدر من موظف عمومي أي موظف لدى احد أشخاص القانون العام، فلا ينطبق حكم المادة 129 ق.م.ج على الأفراد العاملين لدى أشخاص القانون الخاص أو الشركات. و المرجع في تحديد متى يكون الشخص موظفا عاما هي قواعد القانون الإداري و لذلك متى ثار خلاف حول صفة الشخص و كونه موظفا عاما أم لا وجب الرجوع لأحكام القانون الإداري وهذا شرط منطقي لأن كون الشخص موظفا عاما يجعله خاضعا لقاعدة التدرج الرئاسي.

أي أن يكون مرؤوسا و حينئذ يجب عليه طاعة أوامر رؤسائه الأعلى منه في سلم التدرج

#### الوظيفي [39] ص. 37.

#### -أن يكون العمل تم تنفيذا لأمر صدر من الرئيس

يجب أن يكون الموظف العام قد أدى العمل الذي أضر بالغير تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيس ولو كان هذا الرئيس رئيسا غير مباشر على أن تكون طاعته واجبة. أما إذا أصدر الرئيس الذي يجب طاعته إلى مرؤوسه أمر غير واجب الطاعة فلا يجوز للموظف المرؤوس تنفيذ هذا الأمر، إذ إنهم في هذه الحالة يكون أمرا غير مشروع و كذلك إذا كان أمر الرئيس لا يدخل في اختصاص الموظف فلا يكون واجب الطاعة.

فالطاعة ليست للرئيس وحده بل للأمر الصادر عنه، ولا يكون الأمر واجب الطاعة إلا إذا كان مشروعا أو كان غير مشروع و لكن الموظف كان يعتقد أنه مشروع و كان اعتقاده مبنيا على أسباب

#### منطقية معقولة [37] ص 84

### -أن يثبت الموظف أنه قام بالعمل و راعا فيه جانب الحيطة

و المعيار في ذلك سلوك الموظف المعتاد و إن كانت المادة 129 ق.م.ج لم تنص على ذلك إلا أن طبيعة الأمور تفرضه.

ويلاحظ أن ما ورد في إطاعة الرئيس يرد أيضا في إطاعة أمر القانون، فإذا قام الموظف بالعمل تنفيذا لما اعتقد بحسن نية أن القوانين أمرت به، و لاعتقاده أن ما قام به داخل في اختصاصه، و أثبت أن اعتقاده هذا له أسباب معقولة، فإن عمله يعد مشروعاً لأنه لم ينحرف عن سلوك الرجل العادي [30]ص.58

### 4.2.2.1.1.1. رضا المصاب

رضا المصاب في النطاق المدني يتمثل في قبول المخاطر و ما يحدث عنها من ضرر أو في الرضا بحدوثه، و على هذا الأساس لا يعتبر المصاب راضياً بحدوث الضرر له إلا إذا كان هو قد طلب من الفاعل إحداث ضرر معين به أو إذنه في ذلك صراحة أو ضمناً.

أو كان على الأقل قد رضي بالفعل الذي أدى إلى الضرر عالماً باحتمال حدوث الضرر منه وكانت درجة هذا الاحتمال كبيرة تجاوز الحد المألوف في الظروف العادية [42]ص.54

و الحكم في الحالة الرضا بالضرر و قبول الخطر أنه متى حدث الضرر و وقع صحيحاً يرفع عن الفاعل، و يجب احترام الحق الذي وقع المساس به [43] و بالتالي يجعل فعله لا خطأ فيه و ذلك لأنه إذا كان المصاب يملك التصرف في هذا الحق بالتنازل أو غيره فإنه يملك إعفاء الفاعل من واجب احترامه [21]ص.88

### -شروط صحة رضا المصاب

يشترط لصحة رضا المصاب بالضرر أو لصحة قبول المخاطر ما يأتي:

#### -سلامة الرضا:

يجب أن يكون الرضا بالضرر سليماً و صحيحاً، فينبغي صدور الرضا لشخص كامل الأهلية من جهة وعن إرادة سليمة من جهة أخرى. فالرضا الصادر من الصغير لا يعتد به بل ينبغي أن يكون ذلك مصحوباً برضا الولي أو الوصي طبقاً للحدود المسموح بها في إجراء أعمال التصرف، و يجب أن تكون هذه الإرادة خالية من أي عيب أي حرة و على علم تام بحقيقة الأمر.

#### -الرضا بالضرر

يجب أن نكون بصدد رضا بالضرر بالمعنى الدقيق فلا يكفي مجرد العلم بالمخاطر أو قبولها، فمجرد علم المضرور بالخطر لا يؤثر على مسؤولية مرتكب الفعل المؤدي إليه طالما توافرت فيه عناصر

الخطأ، فالجميع يعلم ارتباط المخاطر بكل الأنشطة الحديثة من عبور الطرق و السير فيها و مع ذلك يباشرها الناس كافة، و لا يؤثر ذلك العلم مطلقا على خطأ و مسؤولية المتسبب في الضرر. أما قبول المخاطر فيتمثل في الرضا بخطر محتمل، أي قبول المضرور مسبقا للخطر الذي يحتمل أن يهدده، فالرضا لا ينصب على الضرر بل على قبول المخاطر و احتمال وقوع الضرر.

#### مشروعية الرضا

الواقع أن مشروعية الرضا في النطاق المدني أمر محدود للغاية، فالقاعدة أن رضا المضرور لا يعتبر سببا من أسباب الإباحة في مجال المسؤولية التقصيرية لأن أحكام تلك المسؤولية تتعلق بالنظام العام. و يكون الرضا مشروعاً على سبيل الاستثناء و نافيا للمسؤولية إذا كان الحق الذي قبل المضرور المساس به أو تعريضه للخطر مما يجوز التصرف فيه . و القاعدة في هذا الصدد أنه يجوز التصرف في الحقوق المالية فإذا أتلّف شخص مالا لآخر بناء على رضاه لا يكون محدث الضرر ملزماً بالتعويض.

أما الحقوق غير المالية و خاصة تلك اللصيقة بالشخصية، فالأصل أن الشخص لا يملك التصرف فيها و لذلك فإن الرضا باعتداء الغير عليها لا يعفي من المسؤولية، فإذا قتل شخص آخر بناء على طلب الأخير و برضاه فإن ذلك يشكل عملاً غير مشروع يعاقب عليه و لا يعفي رضا المضرور مسؤولية من قام بالعمل [39]ص42

#### 2.2.1.1. الركن المعنوي للخطأ "الإدراك"

يفترض الخطأ لتكامل مقوماته أن يكون من أتاه مميّزا فلا يكفي أن يرتكب الفاعل العمل الضار الذي يشذ عن سلوك الشخص العادي لعد عمله خطأ، إنما يجب أن يكون عند ارتكابه قد أدرك تصرفه و توقع نتائجه أو كان له أن يتوقعها.

فالشخص الذي لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا يجوز مساءلته لا مدنيا ولا جنائيا. [44]ص75 و يتفق اشتراط التمييز لقيام الخطأ و من ثم المسؤولية مع فلسفة التخيير فالإنسان يسأل لأنه مخير، فإن اختار أن يسلك مسلكا منحرفا فإنه يجب أن يسأل، أما من يفقد الاختيار لفقدان الإدراك فلا يمكن أن يسأل. ولدراسة الإدراك باعتباره الركن الثاني من أركان الخطأ يجب أن نعرض له لدى الشخص الطبيعي، ثم نبحت مدى توافره لدى الشخص المعنوي.

### 1.2.2.1.1. ركن الإدراك لدى الشخص الطبيعي

نص المشرع الجزائري صراحة على وجوب توفر التمييز لدى المتسبب في الضرر في وضعه لأحكام المسؤولية عن العمل الشخصي، فأشترط في المادة 125 ق.م.ج أن يكون المتسبب في الضرر مميزاً لإلزامه بالتعويض عن الضرر. فما المقصود بالتمييز؟ ومتى ينعدم؟

#### 1.1.2.2.1.1. المقصود بالتمييز

لغة: قوة نفسية تستنبط بها المعاني. [45]ص أما اصطلاحاً فهو صلاحية الشخص لممارسة بعض حقوقه وتحمل بعض أعماله. [46]ص 74 ويراد بالتمييز في معرض أحكام المسؤولية التقصيرية القدرة على تبيين السلوك الواجب وعلى توقع النتائج التي يجر إليها الانحراف عن هذا السلوك أو إمكان توقعها عند الفعل. أو هو القدرة الذهنية لدى الشخص على تفادي الفعل الخاطئ أو نتيجته بتصرفه يستطيعه بعد أن وعى فعله أو كان في استطاعته أن يعيه وان يتفادى تلك النتيجة. [16]ص 145

#### 2.1.2.2.1.1. أسباب انعدام التمييز

يرجع انعدام التمييز بصفة أصلية في القانون المدني الجزائري إلى صغر السن فإذا زال الصغر واكتمل التمييز كان من الممكن أن يتعرض هذا التمييز للانعدام لأسباب عارضة طويلة الأمد كالأضرار العقلية أو لأسباب عارضة وقتية كالسكر وتعاطي المخدرات والتنويم المغناطيسي وغير ذلك [38]ص 310

#### -الأسباب الأصلية لانعدام التمييز

##### -صغر السن

يعتبر الشخص غير مميز إذا كان دون 13 سنة، فقد نصت المادة 2/42 ق.م.ج على أن "يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة." أي أن الشخص يكون مميزاً إذا بلغ ثلاث عشرة من عمره. فلا يسأل الشخص حينئذ الذي لم يبلغ سن الثالثة عشرة لاستحالة وجود خطأ من جانبه وذلك لكونه غير مميز. فالمشرع بمقتضى نص هذه المادة قد أنشأ قرينة قانونية على توافر التمييز ابتداء من سن الثالثة عشرة غير أن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

أما المشرع الفرنسي فيلاحظ أنه لا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص تشريعي عام يحدد سناً معينة للتمييز في نطاق المسؤولية المدنية، على عكس الحال في نطاق المسؤولية الجنائية.

ومن ثم فإن تحديد سن التمييز يعتبر مسألة واقع يستقل بتقديرها القاضي حسب ظروف كل حالة على حده. [47]ص17

### -الأمراض العقلية

إن عوارض الأهلية التي تؤدي إلى انعدام التمييز هي الجنون والعتة.

### -الجنون

الجنون مرض يعتري الشخص يؤدي إلى زوال العقل [48]ص46 ويعرف أيضا على أنه اضطراب في العقل يجعل الشخص فاقد التمييز [49]ص205 والجنون قد يستوعب كل أوقات المريض به، وهذا هو الجنون المطبق وقد يكون متقطعا بحيث ينتاب الشخص فترات يفقد فيها التمييز تتخللها فترات إفاقة [47]ص20 فمسؤولية المجنون تتوقف على نوع الجنون هل مستمر أم أنه متقطع، فإذا كان الجنون متقطعا فالعبرة بحالة الشخص وقت ارتكاب الفعل الضار، فإن كان في حالة إفاقة فحكمه حكم العاقل المميز، وإلا فيأخذ حكم عديم التمييز. وبالرجوع إلى نص المادة 42 ق.م.ج نجد أن المشرع لم يفرق بين الجنون المطبق وآخر غير مطبق ومن هنا فإنه لا مسؤولية على المجنون.

### -العتة

العتة كالجنون خلل يصيب العقل ولكنه يختلف عنه، ويقصد به نقصان العقل واختلاله لا زواله تماما كالمجنون بحيث يجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم. [50]ص102 وحول مسؤولية المعتوه يفرق الفقه بين أمرين، فإن كان العتة كاملا فإن الشخص يكون عديم التمييز ولا يجوز مساءلته، أما إذا كان المعتوه مميزا فيجوز مساءلته حتى ولو كان محجورا عليه وذلك لتوافر ركن الإدراك فيه. أما بالنسبة للقانون نجد أن المشرع لم يفرق بين العتة الكامل والعتة الناقص، وأعتبر العتة كالجنون عارضا من عوارض الأهلية ومن ثم لا مسؤولية على المعتوه.

### -الأسباب العارضة لإنعدام التمييز

إلى جانب صغر السن والمرض باختلال عقلي، توجد حالات عارضة تؤدي إلى أن الشخص متى وقع تحت تأثيرها فقد إدراكه، ومن ثم كان عديم التمييز شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز والمريض باختلال عقلي الذي فقد تمييزه.

وأهم هذه الحالات حالة الغيبوبة الناشئة عن تناول عقاقير مخدرة أيا كان نوعها كالمواد الكحولية والكوكايين والهيروين . كذلك حالة الشخص الواقع تحت تأثير تنويم مغناطيسي إذ يكون خلال فترة تنويمه مسلوب الإرادة عديم التمييز.

على أن لا يكون انعدام التمييز منسوبا إلى خطأ الشخص نفسه، كأن يثبت علمه بسبب فقده للتمييز فإذا ثبت أن من فقد التمييز لسكر أو لمخدر أنه كان يعلم أن السكر يفقده التمييز فإنه يكون مسؤولا.

#### 3.1.2.2.1.1 مسؤولية عديم التمييز

حتى أفق على أحكام مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الجزائري وجب التعرض لأحكام هذه المسؤولية قبل وبعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005 [51].

فمسؤولية عديم التمييز في الوضع الحالي تختلف عنه في القانون المدني قبل تعديله، فبعد أن كان المشرع الجزائري متأثرا بالتشريعات الحديثة في شأن الأخذ بمسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الضارة، واعتباره لهذه المسؤولية كاستثناء وارد على القاعدة العامة (المادة 2/125 ق.م.ج)، عدل عن هذا الاستثناء واكتفى بالقاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية التي تشترط توافر الخطأ بعنصره المادي والمعنوي.

-مسؤولية عديم التمييز قبل تعديل نص المادة 2/125 ق.م.ج:

كانت المادة 125 ق.م.ج تنص قبل تعديلها بموجب القانون رقم 10-05 على أنه "يكون فاقد الأهلية مسؤولا عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز، غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم."

فكما هو واضح من النص نلاحظ أن المشرع يضع في فقرته الأولى القاعدة العامة في عدم مسؤولية عديم التمييز، ثم يورد عليها استثناء يأخذ فيه بمسؤولية عديم التمييز في حدود وشروط معينة.

إذ تستلزم الفقرة الأولى من نص المادة 125 ق.م.ج ضرورة توافر التمييز لدى مرتكب الفعل الضار حتى يمكن مساءلته وإلزامه بدفع التعويض للمضرور.

ومن ثم تقضي القاعدة العامة بعدم تحقق مسؤولية الصغير غير المميز والمجنون والمعتهن عما يرتكبونه من أفعال ضارة بالغير.

إلا أن المشرع تأثر بالتشريعات الحديثة التي أصبحت تأخذ بمبدأ المسؤولية على درجات متفاوتة فقرر بدوره الأخذ بمسؤولية عديم التمييز على سبيل الاستثناء في محاولة لتحقيق العدالة [39] ص 44 وذلك بشروط محددة. فكان ما أوجبه مستثيراً التساؤل عن الأساس القانوني للمسؤولية الاستثنائية على عديم التمييز، وعن الشروط التي يخضع لها إقرار التعويض لمصلحة من تضرر من فعله.

#### -خصائص وشروط مساءلة عديم التمييز

حسب نص المادة 2/125 ق.م.ج فإن لمسؤولية عديم التمييز عدة خصائص فهي مسؤولية استثنائية واحتياطية و جوازية ومخففة.

أ- فهي مسؤولية احتياطية إذ لا يلجأ المضرور إليها في حالة تعذر الحصول على تعويض من الشخص المكلف بالرقابة، كالأب بالنسبة للصغير عديم التمييز أو المستشفى بالنسبة للمصاب بمرض عقلي، فإذا وجد المسؤول عن عديم التمييز فإنه يتحمل التعويض كاملاً. أما في حالة عدم وجود هذا الشخص أو أنه موجود ولكنه معسر أو استطاع التخلص من المسؤولية فإن المضرور يرجع بالتعويض على عديم التمييز.

ب- أنها مسؤولية عادلة فالقاضي لا يحكم بالتعويض كله بل يحكم بتعويض عادل مراعيًا مركز الخصوم في ذلك. فقد يقضى بتعويض كامل إذا كان عديم التمييز واسع الثراء وكان المضرور معدماً وأصيب بضرر جسيم بسبب ما قام به عديم التمييز من فعل ضار وقد يقضي

القاضي بتخفيض التعويض إذا كان عديم التمييز ميسور الحال من غير وفر وكان المضرور في حاجة إلى التعويض. [52] ص 235

ج- أنها مسؤولية جوازية فالقاضي حرية التقدير فقد لا يحكم بالتعويض إذا رأى أن الحالة المالية لعديم التمييز لا تتحمل التعويض، أو أن المضرور في حالة من اليسار لا يحتاج معها إلى تعويض [20] ص 43.

#### -الأساس الفقهي لمسؤولية عديم التمييز

وجد في الفقه العديد من الآراء التي ترجع مسؤولية عديم التمييز إلى العديد من النظريات و الأفكار القانونية المختلفة و هذه الآراء هي :

الرأي الأول: يرى في أن الخطأ متمثل في ركنه المادي دون اعتبار للعنصر المعنوي يصلح أساساً في مساءلة عديم التمييز، إذ ينبغي تقدير الفعل موضوعياً دون أن يدخل في التقدير عنصر التمييز لأنه من الظروف الخاصة لشخص الفاعل و ليس ظرفاً خارجياً. [16] ص 150

و يوضح أنصار هذا الرأي وجهة نظرهم هذه بالقول بوجود التمييز بين الخطأ اللازم لتقرير المسؤولية الجنائية و الخطأ اللازم لتقرير المسؤولية المدنية، إذ يجب أن يؤخذ الخطأ في الأولى بمعيار شخصي أو ذاتي بينما ينبغي أن يؤخذ في الثانية بمعيار مادي أو مجرد [47]ص 49

أما النقد الذي وجه إلى هذا الرأي فهو أن الخطأ الموضوعي لا يستطيع دائما تلافي انعدام التمييز كظرف مؤثر في قياس التعدي إذا ما تعلق السلوك بعموم عديمي التمييز [14]ص 111 الرأي الثاني: و الذي يقيم مسؤولية عديم التمييز استنادا إلى النص القانوني الصريح بإقامتها. [15]ص 184 أما النقد الذي وجه له فهو أن لكل التزام مصدر قانوني كما أن لكل نص قانوني أساس ينطلق منه، و لهذا ينبغي التمييز بين مصدر الالتزام و أساسه القانوني.

الرأي الثالث: و الذي يجد في نظرية المخاطر و تحمل التبعة أساسا مسؤولية عديم التمييز فهذه النظرية تستهدف توفير التعويض على من تضرر من فعل ضار صدر عن شخص آخر و تركز في ذلك على الفعل بمعزل عن العنصر النفسي الذي يكمن وراءه. [25]ص 81

وقد تعرضت نظرية المخاطر إلى عدة انتقادات منها أن نظرية المخاطر تقوم على قاعدة الغرم بالغرم فمن يفيد من نشاط معين عليه أن يتحمل ما قد ينجم عنه من أضرار للآخرين، و تحقق هذه الفائدة عند ارتكاب عديم التمييز لفعل ضار أمر مشكوك فيه في أغلب الحالات.

ثم أن القول بتحمل المخاطر التي أوجدها الشخص و كان عليه توقعها عند ممارسة نشاط ما، يفترض في الشخص الذي يسأل عن تبعة أفعاله عن الأوضاع الخطرة التي قد تنشأ من هذه الأفعال أن يكون مدركا لما يفعل [16]ص 153

الرأي الرابع: و الذي يرى أن المسؤولية الاستثنائية لعديم التمييز تبنى على فكرة العدالة مستنديين في ذلك إلى أن عدم مساءلة عديم التمييز تفتقر إلى العدالة خاصة وإن كان المضرور معدم و عديم التمييز واسع الثراء.

و هو متناسب مع اعتبارها مسؤولية استثنائية مشروطة، و ما يتبين من هذه الشروط الاتجاه لتحقيق العدالة دون اعتبار أساس قانوني واضح لهذه المسؤولية، و هذا إن كان يعطي تفسيراً إلا أنه يبين انعدام الفكر القانوني الصحيح في هذا النص المقيم للمسؤولية الاستثنائية لعديم التمييز.

فكرة العدالة لا تصلح أساسا للمسؤولية فهي تعبر عن فكرة غامضة غير محددة بقدر ما تشكل غاية يضعها المشرع أمامه و يحاول الوصول إليها بوسائل تأخذ خصائص السند القانوني [47]ص 53.

أما عن أساس هذه المسؤولية في قانون المدني الجزائري فلا يظهر من مراجعة نص المادة 125 2/ ق.م.ج أن المشرع قد اعتمد مبدأ الخطأ أساسا قانوني للتبعة التي أقرها على عديم التمييز، إذا اشترط في الفقرة الأولى من المادة ذاتها التمييز للقول بالمسؤولية التقصيرية المؤسسة على الخطأ فاستبعد عن إطار هذه المسؤولية من لا تمييز لديه ثم أجاز في الفقرة الثانية إلزام عديم التمييز بالتعويض فجعل هذا التعويض

احتياطيا في طابعه و غير معادل وجوبا للضرر عند تقويمه. فيكون فيما أورده قد اعتبر مسؤولية عديم التمييز استثنائية و جوازية ،احتياطية مخففة ذات غاية اجتماعية ،فلا يكون لها الأساس القانوني الذي تبنى عليه المسؤولية التقصيرية .و من ناحية ثانية ليست نظرية المخاطر هي الأساس وراء صياغة الفقرة الثانية من نص المادة 125 ق.م.ج و ذلك لاختلاف مضمون هذه النظرية مع مسؤولية عديم التمييز.

و لهذا ذهب بعض الفقهاء و من بينهم الأستاذ علي فيلاي إلى القول بأنه لا يمكن في ضوء الحالات التي يتعين فيها إلزام الشخص غير المميز بالتعويض من جهة، و السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي بشأن الحكم على الشخص غير مميز بهذا التعويض من جهة ثانية ،و العوامل التي يجب مراعاتها في تحديد مقدار التعويض من جهة أخرى أن نتكلم على مسؤولية عديم التمييز.

فالمسؤولية سواء كانت موضوعية أو شخصية تقتضي عند تحقق شروط قيامها إلزام المسؤول بتعويض الضرر الذي تسبب فيه دون النظر إلى الوضع الاجتماعي لكل من المسؤول و الضحية.وأن هذا التعويض يحدد على أساس الضرر الذي أصاب الضحية، و من ثم فإن فكرة المسؤولية مستبعدة تماما في الفقرة الثانية من المادة 125 لكون القاضي غير ملزم بالحكم على المتسبب في الضرر إذا كان غير مميز بل له سلطة تقديرية في ذلك ،كما أنه يحدد مقدار التعويض في ضوء المركز الاجتماعي للمتخاصمين . تجدر الإشارة من ناحية أخرى إلى أنه لا يسمح بمطالبة الشخص غير المميز إلا في حالة انعدام المسؤول أو إذا تعذر الحصول على تعويض من المسؤول .و الحقيقة أن المسؤول يندم عند انعدام المسؤولية سواء كانت شخصية أو موضوعية.

كما أنه ومن ناحية أخرى يذهب الدكتور علي فيلاي إلى أنه لا توجد في المسؤولية المدنية ما يسمى بالظروف المخففة مثل ما هو الأمر في المسؤولية الجزائية ،ومن ثمة لا يمكن القول أن مسؤولية عديم التمييز هي مسؤولية مخففة فمتى تحققت مسؤولية الفاعل المدنية فإنه يتحمل التعويض كاملا.

ويخلص الدكتور إلى القول أنه لا مسؤولية على عديم التمييز في ضوء أحكام الفقرة الثانية من المادة 125 ق.م.ج وكل ما في الأمر أن المشرع استحدث نظاما تعويضا مستقلا يستند إلى فكرة العدالة تقاديا لنقائص الخطأ باعتباره أساس نظام المسؤولية [46]ص74

-مسؤولية عديم التمييز بعد تعديل نص المادة 2/125 ق.مدني

ألغى المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 الفقرة الثانية من المادة 125 ق.م.ج والتي كانت تنص على مسؤولية عديم التمييز ،وأصبح نص المادة 125 ق.م.ج بالشكل الآتي "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا."

ولعل الغاية والهدف من وراء هذا التعديل هو تجنب كل تحريف للمبادئ التي استقر عليها نظام المسؤولية المدنية وتمسك منه بالقاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية التي تقوم على ركن الخطأ بعنصريه المادي والمعنوي.

ومع هذا فإن كان عديم التمييز لا يمكن مساءلته وفقا لنص المادة 125 ق.م.ج عن فعله الشخصي فإنه يمكن مساءلته كحارس للأشياء وفقا لنص المادة 138 ق.م.ج أو باعتباره مسؤولا عن الغير ويمكن تحقق هذه الأخيرة في فرضين:

فقد يكون عديم التمييز أبا أو أما يسأل عن أفعال أبنائه القصر الضارة وفقا لنص المادة 134 ق.م.ج وهذا الفرض لا يرد بطبيعة الحال إلا إذا كان عديم التمييز بسبب المرض العقلي. ومن ناحية ثانية فقد يكون عديم التمييز -سواء أكان بمرض عقلي أو بسبب صغر السن -متبوعا يسأل عن أفعال تابعه التي تلحق ضررا بالغير [47] ص 37-38 المادة 138 ق.م.ج.

وتجدر بنا الإشارة هنا أن المشرع الجزائري رغم تأثره بالمشرع الفرنسي في العديد من أحكامه إلا أنه اختلف عن هذا الأخير في مسؤولية عديم التمييز. فالمشرع الفرنسي وبمقتضى المادة 2/489 من ق.م.ف ألزم كل من أحدث ضررا للغير وهو تحت اضطراب عقلي بتعويض الضرر الذي تسبب فيه. أي اعتد بالخطأ الموضوعي أساسا لمسؤولية المختلين عقليا.

إلا بعض الفقهاء أمثال الأستاذ علي فيلاي، يرى إمكانية التكفل بهذه الحالات في إطار النظام الجديد للتعويض، لا سيما المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني [06]

### 2.2.2.1.1. ركن الإدراك لدى الشخص المعنوي

من المعلوم أن الشخصية المعنوية هي الأهلية المقررة لمجموعة منظمة من الأشخاص بأن تشكل لنفسها كيانا تستقل به ماليا وتكتسب له حقوقا خاصة به. فيكون لها فيه ذمة وحقوق متميزة عن ذمة وحقوق كل فرد من أفرادها، فتقوم بالأعمال القانونية والإدارية وتمارس نشاطها على غرار الشخص العادي فتكون هذه الممارسة على يد ممثليها والعاملين فيها [16] ص 161

فإذا ما صدر عن الشخص المعنوي عمل غير مشروع، فهل من الممكن أن تترتب عليه بذاته المسؤولية التقصيرية؟

إن المسؤولية التقصيرية لا تستتبع سوى الالتزام بتعويض الضرر الذي أصاب المضرور وهو التزام مالي يمكن أن تتحمله ذمة الشخص المعنوي كما يمكن أن تتحمله ذمة الشخص الطبيعي، فإذا فصل مدير شركة عاملا في وقت غير لائق تكون الشركة مسؤولة عن هذا الفصل [38] ص 313

فالشخص المعنوي يسأل عن أخطاء ممثليه وأجهزته مادامت هذه الأعمال قد صدرت في حدود اختصاص هؤلاء الممثلين وبموجب صفتهم التمثيلية، ولا يسأل الشخص المعنوي عما يقوم به ممثله من

نشاط شخصي خاص به أو يجاوزه اختصاصه وحدود تمثليه حيث ينصرف أثره إلى مرتكبه وحده ويتحمل المسؤولية عن خطئه الشخصي [52]ص236

ويجب التمييز في تحديد مسؤولية الشخص المعنوي التقصيرية بين الأعمال التي تصدر من ممثل أو عضو الشخص المعنوي وتلك التي تصدر من تابعيه من عماله وموظفيه الذين يكلفهم العضو نفسه بالقيام بعمل لحساب الشخص المعنوي، ومعيار التمييز بينهما أن عضو الشخص المعنوي يعد جزءا متما لبنيان هذا الشخص كالجمعية العمومية ومجلس الإدارة، في حين أن التابع يعتبر أجنبيا عن الشخص المعنوي وأجيرا لديه كالمدراء والفنيين وكل الموظفين والمستخدمين.

وينبني على التمييز المتقدم أن ما يصدر عن العضو من أفعال مادية أو تصرفات قانونية يلزم الشخص المعنوي متى صدرت منه بمناسبة نشاطه لحساب الشخص المعنوي وفي حدود اختصاصه، أما ما يصدر من التابع من تصرفات فلا يلزم الشخص المعنوي إلا إذا فوضه أحد ممثليه القيام به [53]ص312 وعلى ذلك إذا صدر من أحد ممثلي الشخص المعنوي فعل خاطئ ترتب عليه ضرر للغير انعقدت المسؤولية الشخصية والمباشرة للشخص المعنوي والتزم بالتعويض لإصلاح الضرر وفقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 124 ق.م.ج. أما إذا وقع الفعل الخاطئ من أحد تابعيه كان أيضا مسؤولا ولكن مسؤوليته في هذه الحالة أساسها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه [41]ص448 التي يقرها نص المادة 136 ق.م.ج.

### 2.1. أهم الحالات التطبيقية لفكرة الخطأ

إن الخطأ باعتباره انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي يأخذ صور متعددة فقد يقع الانحراف في السلوك وهو يباشر رخصة أو يمارس حقا. ويعرف الفقهاء الرخصة بأنها حرية مباحة في التصرف كالسير والتعاقد والكتابة وما إلى ذلك من أنواع الحريات العامة التي نصت عليها القوانين واعترفت بها للناس كافة وتكفلت بضمان صيانتها بالنسبة للأفراد والجماعات [37]ص89

كما يعرفون الحق بأنه المكنة التي تقرر لصالح الأفراد على وجه التخصيص وتكون مرسومة الحدود كحق الملكية وحق التصرف وحق الاستعمال [11]ص267 فالشخص الذي يمارس رخصة عليه أن يلتزم قدرا من الاحتياط واليقظة حتى لا يخرج عن السلوك المألوف ولكي لا يلحق أي ضرر بغيره. كما يتعين عليه إذا استعمل حقا أن لا يتجاوز الحدود المعينة لهذا الحق. ذلك هو الخطأ في نظر فقهاء القانون القدامى فإذا التزم الشخص حدود الرخصة أو حدود استعمال الحق لا تتحقق المسؤولية حتى ولو أدى ذلك إلى إلحاق ضرر بالغير.

لكن الفقه المعاصر يرى أن الخطأ كما يكون بالاعتداء على الحق يكون أيضا بالتعسف في استعمال الحق وبذلك نجد أنه أصبح الخطأ في الفقه الحديث صورتان، الأولى هي الخروج عن حدود الرخصة أو الحق والثانية هي التعسف في استعمال الحق.

### 1.2.1.1. الخروج عن حدود الرخصة أو الحق

تطبيقات الخطأ كثيرة ومتنوعة في الحياة العملية، و في ما يلي عرض لأهم هذه التطبيقات وفقا لما انتهى إليه الفقه والقضاء والتشريع وهي كالآتي:

#### 1.1.2.1. الأخطاء الفنية في مزاوله المهنة

يتجه القضاء في العصر الحديث انطلاقا من فكرة حماية المستهلك إلى التشدد في المسؤولية المهنية حيث يقتضي القضاء من المهني جهدا أكبر من غيره نظرا لتخصصه في عمله وحوزته للمعلومات الضرورية للقيام به والأدوات اللازمة لحسن أدائه [21]ص.92 ويعرف الفقه الخطأ المهني على أنه "إخلال ذوي المهن بالواجبات الخاصة التي تفرضها عليهم المهنة، كالطبيب والمحامي والمحاسب والمهندس وذوي المهن الحرة عامة وذوي الحرف الصناعية والتجارية." [54]ص 48 ونعرض فيما يلي لأهم تطبيق للأخطاء المهنية وهو الخطأ الطبي.

#### -مسؤولية الطبيب المهنية

إن الطبيب أو الجراح يتحمل في ممارسة مهنته مسؤوليات مختلفة مدنية وجنائية فإباحة عمل الطبيب أو الصيدلي مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة فإذا خالف هذه الأصول حقت عليه المسؤولية.

ويعرف الفقهاء الخطأ الطبي بأنه "تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي احاطت بالطبيب المسؤول." [55]ص 41 ، ويرى البعض الآخر أن الخطأ الطبي هو "إخلال الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المستقرة" [56]ص 13 وبوجه عام إذا لم يقم الطبيب بواجباته تجاه المريض نتيجة تهاونه أو جهله للحقائق العلمية المكتسبة أو المستقرة اعتبر ذلك خطأ منه موجبا للمسؤولية، ونجد أن هذا التعريف الأخير يتماشى ونصوص القانون الجزائري ويظهر ذلك جليا من خلال المادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب [57] التي تنص على أنه "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين و المؤهلين."

وحول مسؤولية الطبيب ،انعقد الإجماع الفقهي والقضائي على قيام المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ والتقصير الصادر من قبله أثناء معالجته للمرضى ،ولم يكن هذا الأمر مثارا للجدل والنقاش، إلا أن الجدل ثار حول تكييف هذه المسؤولية فيما إذا كانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية.

لم ينظر القانون المدني الفرنسي نظرة خاصة إلى الأطباء إلى أن القضاء واجه الحوادث الناشئة عن مزاوله المهنة على أساس المسؤولية التقصيرية. إلى أن قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها في يوم 20 ماي 1936 على "أنه من المقرر نشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الأول لا بشفاء الثاني بل بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض والتي تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام التعاقدى ميلاد مسؤولية من نفس النوع أي المسؤولية التعاقدية".

فمنذ صدور هذا الحكم فإن قضاء محاكم الدرجة الأولى والاستئناف في فرنسا مجمع على قبول مبدأ المسؤولية العقدية للطبيب. وأصبحت المحاكم لا ترى في الرابطة القائمة بين الطبيب والمريض اللاتعاقدية، على اعتبار أن المبدأ الذي وضعه الحكم الصادر في 1961/9/20 يقوم على التزام الطبيب بتقديم العناية بكل ضمير وانتباه وبصورة مطابقة للأصول العلمية الطبية.

وبهذا استقر القضاء الفرنسي على أن المسؤولية الطبية هي في الأصل مسؤولية عقدية والاستثناء أن تكون تقصيرية [58]ص 409

أما عن التشريع الجزائري، فإنه وباستقراءنا لقانون حماية الصحة وترقيتها [59]ص 35 ، وكذلك مدونة أخلاقيات الطب وكذا المرسوم المتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الاستشفائيين الجامعيين [60]ص، والمرسوم المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمختصين في الصحة العمومية [61]ص، وكذلك الأمر المتعلق بتنظيم مهن الأطباء، الصيدليين وجراحي الأسنان والقابلات [62]ص ، والمرسوم المتعلق بكيفيات تطبيق الأمر السالف الذكر [63]ص، بالإضافة إلى الأمر المتضمن قانون الصحة العمومية لم نعثر على أي نص يقرر مسؤولية الأطباء المدنية الناشئة عن أخطائهم أثناء ممارستهم للمهنة ولا إلى بيان الخطأ في نطاق الأعمال الطبية، وقد اقتصر معظم النصوص الواردة في هذه القوانين على بيان الالتزامات الطبيب دون تقرير الجزاءات المدنية في حالة عدم احترام وعدم الخضوع لها أو الخروج عليها أو الإخلال بها ، وهذا يدفع القضاة إلى تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية على الأطباء، شأنهم في ذلك شأن جميع الممتهين كالمهندسين والمحامين والموثقين وغيرهم.

وحول درجات الخطأ الطبي المنشئ لمسؤوليته ذهب بعض الفقه والاجتهاد إلى وجوب التمييز بين الخطأ العادي والخطأ المهني.

فالخطأ العادي هو ما يرتكبه الطبيب عند مزاولته لمهنته دون أن يكون له علاقة بالأصول الفنية لمهنة الطبيب أي مخالفة قواعد الحيطة والحذر المفروضة على كل الناس. [64]ص 205

كأن يخرج الطبيب مريضه من المستشفى قبل استكمال علاجه رغم أن حالته تقتضي وجوب بقائه في المستشفى، أو نسيان مشرط في جوف مريض إثر عملية جراحية، فينتج من هذه الأعمال المادية خطأ عادي يسأل عنه الطبيب كما يسأل عنه أي شخص إذا انحرف عن سلوك الرجل العادي [55] ص 65 ، أما الخطأ المهني فهو الخطأ اللصيق بالعمل الفني البحت، وهو الخروج عن القواعد العلمية والأصول الفنية التي تحكم مهنة الطب وحقائقه الثابتة ومخالفة المسلمات العلمية المعترف بها، كالخطأ في التشخيص، [55] ص 66 ومثاله أن يشخص الطبيب إصابة امرأة على أنها ورم في رحمها ومعالجتها على هذا الأساس في حين أنها كانت حاملا.

فهذه المسائل لها طابع فني لا يختص بها إلا الأطباء ولا يتساوى فيها هؤلاء مع بقية الناس.

وقد ذهب رأي من الفقه إلى أن الطبيب لا يسأل عن هذا الخطأ إلا إذا كان جسيما حتى لا يقعد به الخوف من المسؤولية على أن يزاول مهنته بما ينبغي له من الطمأنينة والثقة في كفاءته الشخصية. إلا أن دقة التفرقة بين الخطأ الطبي اليسير والخطأ الطبي الجسيم وعدم وجود مبرر قوي لها بالإضافة إلى تطور فكرة المسؤولية والميل أكثر نحو توفير حماية أكثر للمريض، فإن الفقه اتجه إلى القول بقيام المسؤولية المدنية للطبيب إذا ما ارتكب خطأ ولو كان بسيطا دون أن يشترط أية جسامه فيه، كما أن القضاء الحديث قد عدل عن تلك التفرقة بأن أصبح الطبيب مسؤولا عن خطئه مهما كان جسيما أو يسيرا.

وهكذا أكدت محكمة "قرونوبل" الفرنسية في حكم شهير لها بتاريخ 1946/11/4 "أن الإهمال وقلة الاحتياط في تشخيص المرض ووصف الدواء يشكل خطأ يوجب المسؤولية ولا يلزم لقيام هذه الأخيرة أن يكون هذا الخطأ جسيما ما دامت النصوص القانونية لا تعفي الطبيب من الخطأ اليسير." [56] ص 181

أما في الجزائر، فإذا كان بعض الفقه لا يزال يسعى إلى إعفاء الطبيب من المسؤولية في حالة الخطأ المهني البسيط نظرا لتشعب العلوم الطبية وصعوبتها وكذا استنادهم إلى القاعدة العامة المنصوص عليها في القانون المدني [06] ص ، والتي تقضي بأن المدين- في هذه الحالة الطبيب- يكون مسؤولا عن خطئه الجسيم، فإن هذا الرأي لا يلقى التأييد على ضوء التشريع المتعلق بالصحة، فقانون حماية الصحة وترقيتها يقر مسؤولية الطبيب على كل خطأ يرتكبه خلال ممارسته لمهنته أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بسلامة وصحة احد المرضى أو يحدث له عجزا مؤقتا أو مستديما. ويتبن ذلك من خلال المادة 239 من قانون 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والمتممة بموجب المادة 08 من قانون 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المعدل والمتمم للقانون 85-05 السالف الذكر.

ونخلص في الأخير إلى القول، وعلى ضوء القواعد القانونية القائمة خاصة في التشريع الجزائري، فإن عدم الخيار بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية قائم من حيث المبدأ، وعليه فمتى وجد عقد بين طرفين وجب الأخذ بأحكام هذا العقد دون سواء سواء تعلق الأمر بتنفيذ بنوده أو تعلق الأمر بالإخلال بتنفيذه.

وعليه فالقاعدة العامة هي إقامة المسؤولية العقدية للأطباء عن أفعالهم الشخصية، ولا تقوم مسؤوليتهم التقصيرية إلا إذا لم يكن هناك عقد، كتدخل الطبيب في حالة مستعجلة في حوادث المرور أو تدخله بتكليف من طرف الدولة في حالة انتشار الأوبئة أو الأمراض المعدية أو حالة الكوارث أو أخطار وشيكة وهذا ما تنص عليه المادتين 08 و09 من مدونة أخلاقيات الطب [67]ص ، وفي حالة تقرير المسؤولية العقدية للطبيب عن فعله الشخصي، فإن ذلك يمكن أن يمتد إلى فعل الغير، كأن يختار المريض أحد الأطباء الجراحين ليجري له عملية جراحية بناء على ثقته فيه، فيكون الطبيب في هذه الحالة ملزماً بإجراء هذه العملية ويكون مسؤولاً عن جميع التدخلات التي يجب أن تتم بعناية ويقظة، وتتماشى مع المسؤولية على كل الأخطاء التي يرتكبها وعلى تلك التي يرتكبها الأطباء المساعدون كطبيب التخدير الذي يقوم بمناولة المريض مخدر قبل إجراء العملية الجراحية، فهذا الأخير لو يؤد عمله تنفيذاً لعقد مبرم بينه وبين المريض وعليه يكون الطبيب الجراح مسؤولاً عن أفعاله وأفعال غيره بمقتضى العقد.

#### 2.1.2.1. الخطأ في الألعاب الرياضية

تخضع الألعاب الرياضية المختلفة كالملاكمة أو المصارعة أو كرة القدم لقواعد قننتها الاتحادات الوطنية والدولية بقصد تنظيم سير اللعبة وحماية اللاعبين وفرض قدر من الحيطة وتجنب الخشونة الزائدة. ومن ثم مخالفة تلك القواعد سواء كانت تفرض سلوكاً أو تقدم إرشاداً تعتبر خطأ يستوجب المسؤولية، ولكن ذلك لا يعني انعدام المسؤولية في حالة التزام هذه القواعد إذ يبقى الواجب العام في الحيطة والانتباه [27]ص 37.

والمعيار هنا هو معيار الرجل العادي في اللعبة بذاتها في مثل ظروف المدعي عليه الخارجية، ولا يمكن أن تخلق قواعد اللعبة حصانة خاصة للاعبين تعفي مرتكب الخطأ منهم من المسؤولية [42]ص 106 ويكون للقاضي كامل السلطة فيما يراه من توافرها أو انتفائها وله في هذا السبيل أن يسترشد بالقواعد الموضوعية للعبة.

#### 3.1.2.1. الاعتداء على الشرف والسمعة

من صور الخطأ التي كثيراً ما تقع، الاعتداء على السمعة والشرف سواء حدث ذلك بسوء نية أو بطريق التسرع والرعوننة مما لا يصدر عن الرجل المعتاد.

ويقع الاعتداء على السمعة والشرف بطرق متعددة، فقد يكون عن طريق إذاعة أو نشر أخبار غير صحيحة أو إشاعات كاذبة في الصحف مما يعتبر سباً أو قذفاً، وقد يقع الاعتداء كذلك عن طريق البلاغ الكاذب. [41]ص 458.

ومعيار الخطأ في كل هذه الأمثلة هو دائماً الانحراف عن مسلك الرجل العادي إذا وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد بها المتسبب في الضرر.

ومن هنا تنتفي صفة الخطأ عن النشر في الصحف إذا حدث ذلك أثناء حملة انتخابية أو بقصد كشف الفساد في قطاع من القطاعات الاجتماعية لتطهيره، مراعاة لحرية الصحافة وتحقيقا للمصلحة العامة[53]ص317.

كما أن البلاغ الكاذب لا يرتب المسؤولية إذا توافرت لدى مقدم البلاغ معلومات تجعل الرجل المعتاد يعتقد أن هناك جريمة قد وقعت بالفعل من شخص معين بالذات هو موضوع الاتهام في البلاغ الكاذب.

### 2.2.1. التعمس في استعمال الحق

استعمال الحق أو مباشرته تعني الإفادة بمضمونه أي مباشرة السلطات التي يخولها الحق لصاحبه، هذه السلطات يحددها القانون وهو بصدد تنظيمه لكل حق على حدا، فالقانون هو الذي يعين حدود الحق أي هو الذي يبين سلطات صاحب الحق، فحق الملكية مثلا يخول صاحبه استعمال الشيء الذي يرد عليه واستغلاله والتصرف فيه، وحق الانتفاع يمنح صاحبه مكنة استعمال الشيء واستغلاله دون التصرف فيه وهكذا، فتمت استعمال الشخص السلطات التي يخولها له الحق استعمالا يضر بالغير أعتبر متعسفا وقامت في حقه المسؤولية[68]ص537

ولدراسة نظرية التعمس باعتبارها احد أهم تطبيقات الخطأ وجب البحث في تطورها التاريخي (الفرع الأول) ثم عرض معايير التعمس في استعمال الحق (الفرع الثاني)، ثم البحث عن أساسها القانوني وموقف المشرع الجزائري من ذلك (الفرع الثالث).

### 1.2.2.1. التطور التاريخي لنظرية التعمس

إن نظرية التعمس في استعمال الحق ليست بالنظرية الحديثة، وإنما هي نظرية قديمة عرفها الرومان وانتقلت منه إلى القانون الفرنسي القديم ثم الحالي ومنه انتقلت إلى القوانين الحديثة. وفي الفقه الإسلامي ظهرت على نطاق واسع كنظرية عامة تنصرف إلى كافة الحقوق وقد صاغها الفقهاء المسلمون صياغة تضاهي ما وصلت إليه القوانين الحديثة.

### 1.1.2.2.1. في القانون الروماني:

الأصل في الشريعة الرومانية أن الحق وجد لمصلحة الفرد وأن القانون يحمي هذا الحق في حدوده المقررة، مجيزا لصاحبه استعماله في نطاق هذه الحدود دون الالتفات إلى ما يحدثه من ضرر بالغير. وقد ورد هذا المبدأ على لسان معظم الفقهاء أمثال "غايوس" و"بوليس" وغيرهما بقولهم من يستعمل حقه لا يكون معتديا. وورد في مجموعة "الديجست" أن من يستعمل حقه لا يضر أحدا[69]ص564

غير أن استعمال الحق وإن كان مبدأً شرعياً مقررًا لا يمكن أن يجري من غير تحفظ تفرضه الآداب والضرورات الاجتماعية، ولهذا برزت منذ القدم فكرة تقييده في نطاقه المشروع ولمنع التماذي في سوء النية والكيد وحفاظًا على الأخلاق وتحقيق العدالة، وعلى أساس هذه الفكرة حظر الرومان استعمال الحق عن سوء نية أو بقصد الإضرار بالغير، فقام إلى جانب هذا المبدأ الاستثناء وهو الإفراط بالحق ينتهي إلى الجور.

فظهرت عدة تطبيقات لهذا الاستثناء من بينها ما قال به الفقيه ايليلان "أن من حفر بئراً في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق النابتة في عين لجاره لا يكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر. ولكنه يكون مسؤولاً إذا كان لتعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار." [37] ص 90

#### 2.1.2.2.1. في القانون الفرنسي القديم

انتقلت النظرية الرومانية إلى الفقه الفرنسي القديم عندما أخذ العلماء يحيون دراسة القانون الروماني وانتشرت في العصور الوسطى، وكان القانون الكنسي أثر كبير في نشرها لأنها تقوم على مبادئ العدل والإنصاف المستوحاة من وصايا الدين.

وذهب الفقيه الفرنسي "دوما" إلى أن الشخص يكون متعسفاً في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة في استعماله؛ أي أنه قصر التعسف في نطاق القصد الكيدي وسوء النية الذي تأباه العدالة، ولم يعالج فكرة التعسف كنظرية عامة [11] ص 268

ولهذا لم تأخذ بها المحاكم إلا في حالات نادرة كما يظهر من حكم استثنائي صادر عن برلمان "اكس" الذي قضى بمسؤولية احد غازلي الصوف لاستمراره في الغناء وإزعاج جاره المحامي. [69] ص 526

غير أن هذه النظرية تراجعت في القرن التاسع عشر يوم سيطرت الروح الفردية على حركة التشريع فوضع القانون المدني وهو بعيدة عنه.

#### 3.1.2.2.1. في القانون الفرنسي الحديث

كانوا واضعو تقنين نابليون متأثرين بمبادئ الثورة الفرنسية وبنزعتها الفردية، فقدسوا حقوق الفرد ونظروا إليها باعتبارها حقوقاً طبيعية تجب كفالتها حتى يتحقق للفرد وسائل تنمية ملكاته من القيود التي كانت في ظل القانون القديم.

فبانحصار الثورة الفرنسية تتحقق انتصار المذهب الفردي، وكان مقتضى هذا المذهب هو أن استعمال الفرد حقه يلزم أن يكون مطلقاً من دون قيد سوى القيود القانونية التي ينص عليها القانون، فالقانون يتولى حمايته ولا يمكن أن يسأل عما يترتب على هذا العمل من ضرر يصيب الغير.

فاحتجبت الفكرة التي ترمي إلى وجوب استعمال الحق حسبما تقتضيه المصلحة العامة الاجتماعية. [70] ص 270

وقد ساعد مذهب مدرسة الشرح على المتون في تفسير القانون على تجاهل الفقه هذه الفكرة تجاهلا تاما بناء على عدم النص عليها. [34] ص 108  
ولكن سرعان ما أبرز العمل تنافر القانون على الواقع، فظهرت للمحاكم صورا عملية كان فيها الشخص يستند في استعمال حقه إلى نص القانون الذي يخوله هذا الحق لتبرير ما يسببه هذا الاستعمال من ضرر للغير، و لكن العدالة و قواعد الأخلاق تنادي فيها بعدم السكوت على هذا الاستعمال الضار، و بوجوب تعويض المضرور عما يسببه من ضرر. [69] ص 529-530

ومع أواخر القرن التاسع عشر عادت نظرية التعسف في استعمال الحق إلى الظهور مرة أخرى تحت تأثير المبادئ الاشتراكية، و يرجع الفضل في إعادة ظهورها إلى القضاء الفرنسي الذي بذل جهدا كبيرا في هذا الشأن، و حاول جاهدا إحياء ما اندثر من فكرة التعسف في استعمال الحق، و استطاع صياغة نظرية عامة لها تتفق مع النظرية الحديثة لفكرة الحق و تتجاوز النطاق المحدود للنظرية في عهد القانون الروماني و القانون الفرنسي القديم . [71] ص 277

كما بذل الفقه الفرنسي أيضا جهدا كبيرا في هذا الشأن لا سيما الفقيهان الكبيران سالي و جوسران حتى استقرت النظرية و صارت من أعظم النظريات القديمة [72] ص 345

#### 4.1.2.2.1. في الشريعة الإسلامية

أما الشريعة الإسلامية فلقد وصلت في رقيها و سموها مبلغا لا تدانيه فيه شريعة أخرى، فلقد أرست دعائم فكرة تعسف استعمال كافة أنواع الحقوق و أعطتها أوسع تصوير ممكن أن تصل إليه الشرائع و المذاهب الفقهية الحديثة.

فنظرية التعسف في استعمال الحق من أهم النظريات التي أخذها الفقه الغربي عن الفقه الإسلامي، و قد كانت عناية فقهاء المسلمين بهذه النظرية أمر طبيعي تفرضه الصفة الدينية لهذه الشريعة، فالشريعة الإسلامية دينية النزعة لا تعرف إلا خيطا رفيعا فاصل بين القانون و الأخلاق [70] ص 262

فالحق في نظر الشريعة الإسلامية منحة من الله سبحانه و تعالى و هو يشمل في حقيقته على حقين، حق الله تعالى و حق العبد، و على العبد أن يحترم في أداءه لهذه الحقوق قصد الطاعة، فالشرع الإسلامي ينظر إلى أعمال العبد من ناحية الباعث إليها و الغرض المعد له لهذا قيدت الشريعة الإسلامية استعمال الأفراد لحقوقهم بمراعاة مصلحة الغير، فليس للفرد مطلق الحرية في استعمال حقه، بل هو مقيد بمصلحة الجماعة و عدم الإضرار بالغير .

فالحق في الشريعة الإسلامية يستلزم واجبين، واجب على الناس أن يحترموا حق الشخص و لا يتعرض له أثناء مباشرته للحق، وواجب على ذي الحق نفسه أن يستعمل حقه بحيث لا يضر بالآخرين[72]ص344

موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في الاستعمال الحق:

أخذ المشرع الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق، و نص عليها في نصوص القانون المدني في المادة 124 مكرر منه، كأحد صور الخطأ التقصيري لا باعتبارها نظرية مستقلة. و تجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري قد نص على التعسف في استعمال الحق لأول مرة في المادة 41 من ق.م.ج التي ألغيت بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، و عوضت بالمادة 124 مكرر التي جاء نصها كالآتي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

#### 2.2.2.1. معيار التعسف في استعمال الحق

إن تحديد معيار التعسف فضلا عن ارتباطه بتحديد طبيعة التعسف و أساسه و الدور الذي يقوم به اتجاه الحقوق، فإنه أيضا إنتاج للصراع الدائر بين المذهب الفردي و المذهب الاجتماعي، صراع ينعكس أثره على التردد بين الأخذ بالمعيار الشخصي أو المعيار الموضوعي، فضلا عن المسلك الذي يتخذه المشرع بعد ذلك من الأخذ بمعيار وحيد للتعسف حيث يترك للقضاء تطبيقه بصوره المتعددة، أو أن يورد المشرع صورا مختلفة دون الإفصاح عن المبدأ ذاته.

و لقد انتهج المشرع الجزائري الأسلوب الثاني في الصياغة إذ حدد في المادة 124 مكرر ق.م.ج الضوابط التي تضع الحد الفصل بين الاستعمال المشروع و الاستعمال غير مشروع للحق و هي:

#### 1.2.2.2.1. قصد الإضرار بالغير

إذا كان استعمال الحق لم يقصد به إلا الإضرار بالغير تحقق التعسف، فهذا المعيار هو معيار شخصي جوهره البحث في نية صاحب الحق، فإذا لم يكن يقصد من وراء استعمال حقه سوى أن يلحق ضرر بالغير فإنه يكون متعسف في استعمال حقه و ترتفع عنه الحماية القانونية التي كان يتمتع بها لو أنه

استعمل حقه دون تعسف. و مع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي و هو مسلك الرجل العادي المألوف في ذات الموقف [68]ص541

وإذا كان إثبات نية الإضرار أمرا عسيرا ،فقد جرى القضاء على استخلاصها من انتفاء كل مصلحة لدى صاحب الحق في استعمال حقه ،متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك، و ينطبق ذات الحكم في حالة تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق [73]ص298

و يجب أن يثبت الضرور أن صاحب الحق و هو يستعمل حقه قصد إلحاق الضرر به و يثبت هذا القصد بجميع طرق الإثبات و منها القرائن المادية، ولا يكفي إثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه على الوجه الذي اختاره ،فتصور احتمال وقوع الضرر لا يفيد ضرورة القصد في إحداثه [74]ص32

فإذا أقام الضرور الدليل على نية الإضرار أعتبر مستعمل الحق متعسفا في استعماله و مسؤولا عن الأضرار التي وقعت مسؤولية تقصيرية ،و على المدعى عليه أن يثبت العكس ليتخلص من المسؤولية. ويرى الدكتور السنهوري في باب الإثبات أنه اذا لم يقد الدليل القاطع على وجود القصد في إحداث الضرر، ولكن الضرر وقع فعلا وتبين أنه لم يكن لصاحب الحق أية مصلحة في استعمال حقه على الوجه الذي أضر فيه بالغير، فإن انعدام المصلحة هنا انعداما تاما قرينة قاطعة على قيام القصد بإحداث الضرر [14]ص844

كذلك يدل الخطأ الجسيم على سوء النية ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس.

ولقد اختلف فقهاء القانون في هل يجب أن يكون قصد الإضرار بالغير هو القصد من استعمال الحق أم لا ؟ فذهب بعض الشراح كالسنهوري وأنور سلطان إلى أنه يكفي أن يكون قصد الإضرار بالغير هو العامل الأصلي الذي دفع صاحب الحق إلى استعمال حقه، ولو كان ذلك مصحوبا بنية جلب منفعة كعامل ثانوي ،وذهب البعض الآخر مثل ريبير و ديبون ديلسترين إلى أنه يجب لإعمال المعيار أن يكون قصد الإضرار هو القصد الوحيد.

أمثلة تطبيقية على هذا المعيار:

-يعتبر الشخص متعسفا من يتمسك بحقه في التنفيذ العيني دون مصلحة جدية تعود عليه إذا كان التنفيذ مرهقا بالمدين.

-رفض مالك العقار المجاور السماح للجار بالارتفاق بملكه دون مصلحة تعود عليه. متى كان من شأن ذلك إصابة الجار بأضرار بليغة.(المادة 881 ق.م.ج)

### 2.2.2.2.1. رجحان الضرر على المصلحة

يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، وفي ذلك انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي [43] ص 684

وهذا المعيار موضوعي لا شأن له بالنية، وإنما يقوم على التفاوت بين الفائدة التي يجنيها صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير نتيجة لاستعماله لحقه.

ويعد هذا المعيار -من الناحية العملية - أدق صور التعسف في استعمال الحق وأهم صورة من صورته، كما أن هذه الصورة أيضا تعد من أصعب صور التعسف في التطبيق ذلك أن هذا المعيار الموضوعي أساسه التفاوت بين المصلحة التي تعود على صاحب الحق في استعماله حقه، ومصلحة الغير في أن يتفادى الضرر الذي يقع عليه من جراء ذلك ويقدر ذلك بقدر الضرر الذي يقع عليه أو وقع بالفعل [52] ص 299

وهكذا ينبغي أن يبلغ الضرر الذي يقع على الغير حدا معيناً من الجسامة ينعكس أثره على المصلحة التي تعود على صاحب الحق لو اتصفت بعدم الجدية، فإذا ما أقدم صاحب الحق مع ذلك على استعماله عد متعسفا في استعمال حقه، إذ يحقق مصلحة تافهة بالمقارنة إلى ما يصيب الغير من ضرر بسببها [73] ص 298

فمتى كان الضرر بليغا والمنفعة ضئيلة، فإن مسبب الضرر يكون قد انحرف عن سلوك الرجل العادي وارتكب خطأ يوجب المساءلة.

#### أمثلة تطبيقية على هذا المعيار

من تطبيقات هذا المعيار تخير صاحب الحق - من بين الطرق الممكنة المتعددة لاستعمال حقه - الطريقة الأكثر إضرارا بالغير دون نفع ذي قيمة كبيرة له، وذلك كمن يقيم مدخنة في مكان معين من بنائه بحيث تضر بالجار، وكان بإمكانه تجنب هذا الضرر أو التقليل منه بإقامتها في مكان آخر من البناء.

### 3.2.2.2.1. عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق

متى استعمل الشخص حقه لا لمجرد الإضرار بالغير بل لمصلحة شخصية له تتناسب مع الضرر الذي يسببه للغير، فإن ذلك لا يكفي لنفي إساءة استعمال الحق إذا كانت المصلحة التي يرمي إليها مصلحة غير مشروعة. [74] ص 43 وذلك لأن الحقوق إنما تقررت لأصحابها ليحققوا بها مصالح مشروعة، فمن يستعمل حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة مهما عظمت هذه المصلحة يسيء استعمال حقه، ويعد مخطئا خطأ يستوجب مسؤوليته عما يسببه ذلك من ضرر بالغير [73] ص 301

ويعتد الفقه بمعياريين لتحديد عدم مشروعية الغاية في استعمال الحق :معيار الهدف الاجتماعي، ومعيار الغرض غير المشروع.

-معيار الهدف الاجتماعي:ومفاده أن الغاية من استعمال الحق تكون غير مشروعة في حالة الانحراف عن الهدف الاجتماعي للحق. [75]ص 764 وذلك لكون الحقوق التي تمنح للفرد ترمي دائما إلى تحقيق هدف معين وهو هدف اجتماعي، فإذا انحراف صاحب الحق في استعمال حقه عن هذا الهدف كان متعسفا وحقت مسؤوليته.

يعاب على هذا الرأي صعوبة تطبيقه إذ كثيرا ما يصعب على القاضي تحديد وظيفة الحقوق أو هدفها الاجتماعي. [74]ص 44

كما ينطوي هذا التحديد على خطر لكون الهدف الاجتماعي كما يقول السنهوري:" هو الباب الذي يفتح على مصراعيه لتدخل منه الاعتبارات السياسية والنزاعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة مما يجعل استعمال الحقوق خاضعا لوجهات من النظر متشعبة ومتباينة وفي هذا من الخطر مافيه."

كما يرى منتقدو هذا الرأي أن الحقوق ليست مجرد وظيفة تمارس طبقا للهدف الذي تقررت من أجله، بل الحقوق هي سلطة تخضع المدين للدائن، والعامل لرب العمل، والابن لأبيه، والزوجة لزوجها [45]ص 68

-معيار الغرض غير المشروع:ومفاده أن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا كان الغرض الذي يسعى الفرد إلى تحقيقه من خلال استعمال حقه هو غير مشروع في حد ذاته [74]ص 44 ويقول جوسران في هذا الشأن أن العمل يكون عاديا أو تعسفا باعتبار مشروعية أو عدم مشروعية الغرض المراد تحقيقه. [46]ص 69

ويعاب على هذا الرأي أن مثل هذا المعيار يلزم القاضي بالبحث عن فحوى الحقوق وهذا يتجاوز صلاحيته.

لهذا يرى الفقه الأخذ بمعيار الغرض غير المشروع، لكونه أدق من ناحية الانضباط وأسهل من ناحية التطبيق [14]ص 707

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 124 مكرر ق.م.ج فجعل من فكرة الفائدة المشروعة معيارا للتعسف في استعمال الحق، فأقام حدودا غائية للحق يعد الخروج عنها ضربا من التعسف.

وعن طبيعة هذا المعيار، يرى الفقه أنه معيار مادي من حيث الظاهر، إلا أن الدوافع أو تلك البواعث النفسية هي التي توجه الاستعمال إلى تحقيق تلك المصلحة غير المشروعة. فكان معيارا ماديا في ظاهره شخصيا ذاتيا في باطنه [74]ص 45

ولا يقتصر هذا المعيار على ما يكون تحقيقه من مصلحة مخالفا لأحكام القانون بل تكون المصلحة غير مشروعة إذا ما تعارض تحقيقها مع النظام العام، أو الآداب العامة، أو المقترضات الاقتصادية والاجتماعية [43]ص685-686

#### أمثلة تطبيقية على هذا المعيار

-أن يطلق الزوج زوجته بحجة أنها لا تريد السكن مع أقاربه. [76]ص 290  
-تمسك المتعاقد بحقه في إبطال العقد مدعيا وقوعه في غلط غير أنه في حقيقة الأمر يريد التخلص من العملية العقدية التي أبرمها كونها غير رابحة.

-رب العمل الذي يستعمل حقه في فصل العامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال [77]ص150  
ومما سبق يتبين لنا من نص المادة 124 مكرر ق.م.ج أن المشرع يجعل من استعمال الحق استعمال تعسفا ومشكلا لخطأ يوجب المسؤولية التقصيرية لصاحبه، إذا ما تحقق في الشخص صاحب الحق عند استعماله لحقه حالة من الحالات الثلاث الواردة بهذه المادة وهي نية الإضرار، وانهيار التوازن بين المصالح المختلفة، وكذا انتفاء المصلحة المشروعة.

والمعيار الذي تقاس عليه مسؤولية صاحب الحق المتعسف هو معيار الرجل العادي، وهو المعيار العام في المسؤولية التقصيرية في القانون الجزائري.

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري جاء في نص المادة 124 مكرر ق.م.ج ليبين حالات التعسف الأكثر شيوعا في الواقع العملي [06]، لكن هذا لا يمنع من تبني حالات أخرى قد تطرأ في الواقع العملي كمسألة مضار الجوار غير المألوفة والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 691 من ق.م.ج. وهو ما يسمى فقها بالضرر الفاحش.

#### معيار الضرر الفاحش

يمكن إضافة معيار الضرر الفاحش إلى المعايير السابقة ولقد نص عليه المشرع الجزائري في النصوص المتعلقة بمضار الجوار غير المألوفة.

ولقد جاء النص على معيار الضرر الفاحش ضمن نص المادة 691 من ق.م.ج والتي نصت على "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وليس للجار إن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير انه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخرين والغرض الذي خصصت له".

ولقد استمد المشرع الجزائري هذا المعيار من الفقه الإسلامي، فمعيار الضرر الفاحش هو نتيجة اجتهاد الفقه الإسلامي الذي خصه بكيان مستقل وعبر عليه "بالتعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعماله على الوجه المألوف".

فإذا كان الضرر الفاحش يمنع الوصول إلى الغرض أو المنفعة الأصلية التي من أجلها شيد البناء أو العمل على الإضرار به، فإن السؤال الذي يطرح في هذه الحالة هو معرفة ما يمكن اعتباره ضرراً مألوفاً وما يمكن اعتباره غير ذلك.

وردت الإجابة على هذا السؤال ضمن الفقرة الثانية 691" من أنه ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة "التي لا يمكن تجنبها وإنما أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ويراعى في ذلك العرف وغيره من الاعتبارات [15]ص 255

فهذا المعيار مرن كل المرونة، فهو يتسع لتطور الحياة الاجتماعية ويمكن القاضي من الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة بكل حالة. فما يعتبر ضرراً مألوفاً في مكان مكتظ بالمحال العامة والمصانع يعتبر ضرراً غير مألوف في مكان هادئ يخلو من مثيل تلك المحال.

و لا ريب في أن ما يعتبر ضرراً مألوفاً لمن تكون الضجة من طبيعة عمله، يعتبر ضرراً غير مألوف لمن يستلزم عمله الهدوء والتفكير [75]ص 780

### 3.2.2.1. الأساس القانوني للتعسف في استعمال الحق

لا جدال اليوم أن كل من استعمل حقه وأدى ذلك إلى الإضرار بالغير وجب عليه تعويض هذا الشخص حسبما وقع له من ضرر، كون هذا الشخص تعسف في استعمال حقه. لكن المشكل الذي يثور في هذه المسألة هو معرفة الأساس القانوني الذي من خلاله يمكن إقامة هذه المسؤولية.

### 1.3.2.2.1. موقف الفقه من أساس التعسف في استعمال الحق

لقد انقسم الفقه في هذا الشأن إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: اتجه جانب كبير من الفقه إلى القول بأن الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق هو المسؤولية التقصيرية، وداخل هذا الاتجاه ظهرت عدة آراء فقهية.

فذهب رأي من الفقه إلى القول بأن التعسف في استعمال الحق ما هو إلا تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري، ذلك أنه إذا كان الخطأ في المفهوم الحديث انحراف في السلوك المألوف للشخص العادي، فهو متصور في استعمال الحقوق تصوره في ممارسة الرخص العامة على السواء.

وإذا كانت هذه الحقيقة قد حجبها ما كان سائداً من مبدأ إطلاق الحقوق فلم يعد ما يمنع اليوم من إعلانها وتأكيداتها، بعد أن اندثر هذا المبدأ وبات من المسلم فرض رقابة على استعمال الحقوق فارتفع بذلك التناقض المنطقي المزعوم بين الخطأ وبين استعمال الحق [72] ص 348

ويذهب جانب آخر إلى اعتبار التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ يستقل من حيث المناط والنطاق عن الخطأ العادي التقليدي، إذ هو خطأ خاص يتم قياسه على أساس صاحب الحق في استعمال حقه وفقاً للغاية الاجتماعية من الحق وليس بناءً على فكرة الحيطة والتبصر التي تقوم بالمسؤولية التقصيرية على أساسها، فالحقوق ليست مطلقة بل هي نسبية ومقيدة بالغايات الاجتماعية التي ترمي إليها. [75] ص 763

ولقد وجه لأصحاب هذا الاتجاه عدة انتقادات من أهمها أن ربط التعسف بالمسؤولية التقصيرية كانت نتيجة أطراح النزعة الفردية بما كانت تستتبعه من مبدأ حصانة الحق في استعمال حقه، وخلو التشريع في أول الأمر من نص يقرر كمبدأ عام مساءلة أصحاب الحقوق عن انحرافهم في استعمالها. وهو ما دفع الفقه والقضاء الفرنسي إلى التماس أساس مقبول من صلب نصوص القانون المدني لفرض رقابة على استعمال الحقوق، ولم يكن ثم أفضل ولا أقرب في هذا الشأن من الاستناد إلى النصوص المقررة للمسؤولية التقصيرية، واعتبار التعسف نوعاً من أنواع الخطأ العادي.

وبذلك لم يكن الاستناد حينئذ إلى الخطأ لتبرير التعسف في استعمال الحق إلا مجرد تبرير مرحلي. أما وقد دخلت القانون الحديث نصوص تشريعية تعلن مبدأ التعسف، فقد أصبح من الواجب تخطي هذه المرحلة وإمعان النظر في جوهر فكرة التعسف وحقيقتها.

الاتجاه الثاني يرى أصحاب هذا الاتجاه أن نظرية التعسف ذات كيان مستقل، وأن حقيقة التعسف هو الانحراف بالحق عن غايته فصاحب الحق هنا استعمل حقه في المنطقة المرسومة لهذا الحق. فلا بد لنا إذا أردنا - كما يقول شمس الدين وكيل - أن ننسب إليه تعسفاً أن نبحت على أساس آخر غير الخطأ. [78] ص 255

و ردّ أصحاب هذا الاتجاه فكرة التعسف إلى فكرة الحق، فذهبوا إلى القول بأن فكرة التعسف ترتبط أساساً بفكرة الحق، وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة. ذلك أن الحقوق لا يتصور أن تكون مقررة بوصفها غاية في ذاتها وإنما بوصفها وسيلة لإدراك غاية معينة وهو ما يقيد بها بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها، بحيث تظل حماية القانون مبسطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها أو مناقضته لغايتها.

وبذلك يتفرع عن اعتبار الحقوق وسائل لا غايات، أنها نسبية من حيث الاستعمال لا مطلقة، وهو ما يقضي إخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف.

وبهذا تكون فكرة التعسف ملازمة ومكملة لفكرة الحق، بحيث لا تكتمل صياغة نظرية عامة للحق دونها، وأن مكانها الطبيعي هو النظرية العامة للحق لا دائرة المسؤولية التقصيرية.

ومع هذا لم يلقى هذا الاتجاه تطبيقاً لا على مستوى التشريع أو القضاء، وأبقى الفقه على نظرية الخطأ كأساس للتعسف في استعمال الحق، لأنها – في نظر فقهاء القانون - الأكثر وضوحاً، وأيسر من ناحية تحديد معيار التعسف بالاكْتفاء برده إلى معيار الخطأ التقصيري المعروف وهو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي.

#### 2.3.2.2.1. موقف المشرع الجزائري من أساس نظرية التعسف في استعمال الحق

إن مسألة تحديد الأساس القانوني للتعسف في استعمال الحق تقتضي البحث في حالات التعسف الواردة في النصوص القانونية، والذي يستند عليه القضاة فيما يصدرونه من أحكام وقرارات في من تعسف في استعمال حقه.

وحول موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة، يجدر بنا البحث عن موقف المشرع الجزائري قبل تعديل نص المادة 41 ق.م.ج وبعد إلغائها واستبداله بنص المادة 124 مكرر ق.م.ج .

#### 1.2.3.2.2.1. موقف المشرع الجزائري حول أساس نظرية التعسف في استعمال الحق قبل إلغاء المادة

##### 41 ق.مدني

لم ينص المشرع الجزائري على أساس نظرية التعسف في نص المادة 41 ق.م.ج، ولا عن طبيعة الاستعمال التعسفي للحق، واكتفى بالنص على أنه "يعتبر استعمال الحق تعسفا في الحالات التالية :...."، فلم يصف التعسف بعدم المشروعية، أو بأنه خطأ يوجب المسؤولية.

وهو ما دفع فقهاء القانون الجزائري إلى البحث عن أساس التعسف في ظل نص المادة 41 ق.م.ج، خاصة وأن المادة جاءت في الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بالأشخاص الطبيعية.

فذهب رأي من الفقه إلى اعتبار التعسف في استعمال الحق مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري، وذلك انطلاقاً من دراسة المعايير الثلاث التي جاء بها المشرع الجزائري، والتي تعبر في مجملها

##### **عن فكرة الخطأ التقصيري [43] ص 680**

وذهب جانب آخر إلى أن تحديد الأساس القانوني للتعسف يقتضي التفرقة بين حالتين:  
-حالة استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، وحالة استعمال الحق بدون قصد الإضرار بالغير.

##### -حالة استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير-

لقد اتفق جمهور الفقهاء القانون على اعتبار استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير تعسفاً، والذي من خلاله يتحمل المتعسف المسؤولية عن الأضرار التي تعرض لها الغير، وهذا ما يكرس المعيار الشخصي لنظرية التعسف في استعمال الحق.

ففي هذه الحالة أي استعمال الحق بقصد الإضرار يكون من السهل القول بأن التعسف هنا ما هو في حقيقة الأمر إلا تطبيق لمفهوم الخطأ.

فإذا كان الخطأ هو انحراف الشخص عن السلوك المألوف للشخص العادي، فإن استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير ما هو إلا خطأ تقصيري يحمل في طياته انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي. وعليه يمكن إدراج الحالة الأولى لنظرية التعسف في استعمال الحق الواردة ضمن نص المادة 41 ق.م.ج تحت معيار الخطأ التقصيري، أي أن المتعسف في استعمال حقه بقصد الإضرار بغيره يكون قد ارتكب خطأ عمدي يوجب مسؤوليته التقصيرية.

فهو بهذا العمل قد أخل بواجب قانوني ليس بمحض إرادته الحرة فحسب، بل رغبة منه في إلحاق

#### الضرر بالغير [46]ص64

ومع هذا، فهناك جانب من الفقه من يقول بوجود إخراج هذه الحالة من فكرة الخطأ وجعل التعسف في هذه الحالة مصدراً للمسؤولية مستقلاً عن الخطأ.

ويستندون في ذلك على التعريف المعطى للخطأ من طرف بلانيول بأن "الخطأ هو الإخلال بالتزام

سابق"، وأن المتصرف في حقه لم يخل بأي التزام فتصرفه كان في الحدود الموضوعية. [75]ص765

ولكن ومن زاوية أخرى، فإن ربط الحالة الأولى للتعسف بهذا التعريف الفقهي، يعد أمراً منتقداً، إذ يمكن القول أن هناك التزام سابق يقع على عاتق كل شخص يعمل في حدود حقه، ألا وهو عدم الإضرار بالغير بصفة عمدية فهذا الإضرار يشكل خطأ عمدي وجب من خلاله مساءلة مرتكبه قصد جبر الضرر.

أي يمكن في هذه الحالة الاعتماد على المبدأ العام للمسؤولية الوارد ضمن نص المادة 124 ق.م.ج لإصلاح الضرر، والقول أن الحالة الأولى الواردة ضمن نص المادة 41 ق.م.ج ما هي إلا صورة من صور الخطأ التقصيري.

#### -حالة استعمال الحق دون قصد الإضرار بالغير-

إن الحالتين الوارديتين ضمن نص المادة 41 ق.م.ج على الترتيب:

-إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

تعبيران عن المعيار الموضوعي للتعسف في استعمال الحق، إذ من خلالهما يتم فحص الفعل أو التصرف من خلال الموازنة بين ما سيجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه، وبين الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء هذا التصرف، ومن جهة أخرى فهاتين الحالتين أثارنا الكثير من التساؤل. إذ أن الأمر هنا يتعلق بمن يستعمل حقه مبتغياً وراء هذا الاستعمال تحقيق مصلحة أو فائدة تعود عليه سواء كانت صغيرة أو كبيرة، وفي نفس الوقت سيترتب على هذا الاستعمال ضرر بالغير ولكن بدون قصد أو تعمد.

لهذا كان من الصعب القول بأن المستعمل لحقه في هذه الحالة قد ارتكب خطأ، فالمخطئ هو من يعمل في دائرة عدم المشروعية، وبالتالي تقرر في حقه المسؤولية التقصيرية والتي تلعب دورها فقط في المنطقة التي يجاوز فيها الشخص حدود حقه.

أما المتعسف فعمله مشروع في ذاته والعيب يكمن في النتيجة المترتبة على هذا الاستعمال، إذ أنه لو أعاد المتعسف نفس الفعل غير مشوب بقصد الإضرار أو لم ينجر عنه ضرر، لزال عنه وصف التعسف وأصبح فعلا سليما [73] ص 303

وعليه يمكن إدراج الحالتين الأخيرتين من المادة 41 ق.م.ج ضمن من استعمل حقه دون مصلحة جدية، كون أن من يستعمل حقه لكي يجني فائدة أو مصلحة ضئيلة في مقابل الضرر الذي سيتحملة الغير، أو كان الغرض من هذا الاستعمال هو الحصول على فائدة غير مشروعة، ما هو في حقيقة الأمر إلا عدم احتياط وإهمال من طرف صاحب الحق. وذلك دون أن تتجه إرادته إلى إحداث الضرر بالغير أي دون توفر قصد الإضرار.

وهذا ما يعبر عنه ضمن التقسيم المعطى لدرجات الخطأ "الخطأ بإهمال"، ولهذا تثار مسؤولية هذا الشخص كالتالي تثار ضد من استعمل حقه بنية الإضرار بالغير، وليس له التخلص من المسؤولية بحجة عدم توفر قصد الإضرار لديه.

وبنا على ما سبق، يخلص فقهاء القانون الجزائري إلى نتيجة مفادها إمكانية ربط حالات التعسف الواردة ضمن نص المادة 41 ق.م.ج مع النص العام للمسؤولية، أي نص المادة 124 ق.م.ج وذلك من خلال اعتبار الحالة الأولى كصورة من صور الخطأ التقصيري والحالتين الباقيتين كتطبيق للخطأ شبه التقصيري (الخطأ بإهمال).

#### 2.2.3.2.2.1. موقف المشرع الجزائري حول أساس نظرية التعسف في استعمال الحق بعد إلغاء نص

##### المادة 41 ق.مدني

بعد إلغاء المشرع الجزائري نص المادة 41 ق.م.ج بموجب القانون رقم 05-10 واستبدالها بالمادة 124 مكرر ق.م.ج، اتخذ المشرع موقفا صريحا وواضحا حول مسألة الأساس القانوني لنظرية التعسف، إذ نص في المادة 124 مكرر ق.م.ج: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية :....."، فالمشرع من خلال هذه المادة اعتبر التعسف في استعمال الحق أحد صور الخطأ التقصيري وألحقه بالمسؤولية التقصيرية، إذ جاء نص المادة 124 مكرر ق.م.ج تحت الفصل الثالث من القانون المدني تحت قسم المسؤولية عن الأفعال الشخصية.

## خلاصة الفصل الأول

تطرقنا في هذا الفصل إلى دراسة مدلول الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، ومن خلاله تبين لنا أن الخطأ فكرة ذات مدلول معنوي لم يحدد المشرع الجزائي المقصود بها وترك ذلك للفكر القانوني، وقد اختلفت التعريفات المقدمة للخطأ وكان أكثرها قبولا هو تعريف الخطأ على أنه "الإخلال بالتزام قانوني عام هو عدم الإضرار بالغير".

ومن خلال دراسة أنواع الخطأ (المدني والجنائي) تبين الاتصال المحتم بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية، حيث أن كل خطأ جنائي يشكل بالضرورة خطأ مدنيا والعكس غير صحيح، وأن أساس التمييز بين المسؤوليتين لم يكن الفعل ووصفه بل كان الضرر واختلاف شكله في كل منهما.

كما تبين لنا اختلاف الخطأ الأخلاقي عن الخطأ القانوني، فالخطأ الأخلاقي هو خطأ شخصي يقوم على معيار ذاتي بغض النظر عن أثاره الخارجية، بينما الخطأ القانوني هو خطأ موضوعي يقوم على معيار مجرد.

أما عن أوصاف الخطأ فنجد أن الخطأ نظرا لمدى توافر نية الإضرار لدى صاحبه قد يوصف بالعمدي أو غير العمدي، ونظرا لدرجة جسامة التعدي قد يوصف بالجسيم أو البسيط. وفي نظر المشرع الجزائي فإن الخطأ سواء كان عمديا أو غير عمدي، جسيم أو بسيط، فإنه يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية وهو ما يستفاد من نص المادة 125 ق.م.ج.

ولكي يتحقق الخطأ لا بد من اكتمال مقوماته المادية والمعنوية، أما عن الركن المادي المتمثل في التعدي فقد عرفه الفقه على أنه "الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي"، وقد تعددت معايير تقدير التعدي ما بين معيار شخصي يقوم على اعتبار السلوك المألوف للفاعل المرجع الذي يتحدد به وجود التجاوز أو الانحراف في ممارسة السلوك، وبين معيار موضوعي مؤداه قياس فاعل الضرر على سلوك الشخص المجرد وهو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس.

وقد أختار المشرع الجزائي المعيار المجرد لتحديد تصرف المخطأ فهو المعيار الأقرب للمنطق والأكثر قبولا.

ولا يكتمل الخطأ بوجود التعدي وإنما يشترط أن يكون صاحبه مدركا لهذا الانحراف فالتمييز أو الإدراك هو الركن الثاني للخطأ يشترط توافره في الشخص الطبيعي حتى يسأل فلا مسؤولية على غير مميز، وهذا ما جسده المشرع الجزائي من خلال نص المادة 125 ق.م.ج، فقد اتضح لنا من دراسة مسؤولية عديم التمييز قبل وبعد تعديل نص المادة 125 ق.م.ج أن المشرع قد كرس القاعدة العامة للخطأ التقصيري، وقرر عدم مساءلة عديمي التمييز عن أفعالهم التي تسبب ضررا للغير.

أما المبحث الثاني من هذا الفصل فقد تطرقنا فيه إلى تطبيقات الخطأ التقصيري، واتضح لنا أن الخطأ قد يتحقق عند تجاوز حدود الحق أو الرخصة الممنوحة من قبل القانون ومن أمثلة ذلك: الخطأ المهني

الاعتداء على السمعة والشرف،البلاغ الكاذب ، كما قد يتحقق الخطأ عند استعمال الحق بشكل يخالف مضمونه أو بما يلحق ضررا بالغير وهو ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق.  
إذ أوضحت لنا دراسة أساس التعسف في استعمال الحق أن المشرع الجزائري قد اتخذ موقفا صريحا من ذلك بعد التعديل الذي جاء به بموجب القانون رقم 10-05 واعتبر التعسف في استعمال الحق أحد صور الخطأ التقصيري.

## الفصل 2

### دور الخطأ في تحديد أساس المسؤولية التقصيرية

أقام التقنين المدني الفرنسي لعام 1804 المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ كقاعدة عامة. وأفرد لها المواد 1382-1386 يقابلها في التشريع الجزائري المواد من 124 إلى 140 ق.م.ج. هذه المسؤولية الفردية كانت تتفق وظروف الحياة في بداية القرن التاسع عشر، إذ كان من السهل تجنب الخطأ، وكذا إثباته وحتى آثار الخطأ الضارة كانت محدودة يمكن للمسؤول أن يتحملها في ذمته، فهذه المسؤولية كانت تكفي لحماية المضرور.

غير أن التطور التكنولوجي والصناعي الذي شهده المجتمع في أواخر القرن التاسع كان كفيلا بزعة فكرة الخطأ التي انتقدت بشدة بعد ما أظهرت عجزها عن مواكبة الأوضاع المستجدة، وعدم قدرتها على توفير الحماية للعديد من الضحايا.

وتلبية لنداء العدالة، بذل الفقه والقضاء الفرنسي جهدا بارزا في هذا الصدد وحاولوا تقديم أسس بديلة للمسؤولية التقصيرية تكون بعيدة عن المفاهيم الأخلاقية والاعتبارات النفسية. فراحوا إلى تأسيس المسؤولية التقصيرية على الضرر.

وإزاء هذه الاختلافات حول أساس المسؤولية التقصيرية كان من الضروري البحث في هذه النظريات (الشخصية والموضوعية)، ثم نعقب بإيضاح موقف المشرع الجزائري منهما وذلك في المبحث الأول من هذا الفصل.

ولما كان الفقه والقضاء الجزائري قد اتفقا على قيام المسؤولية الشخصية على الخطأ الواجب الإثبات، فإني سأكتفي في المبحث الثاني من هذا الفصل بدراسة دور الخطأ في المسؤولية عن فعل الغير والشئ، ذلك أن الفقه والقضاء لازالا يبحثان عن الأساس السليم لهذه المسؤوليات.

وتبعاً لذلك ستكون الدراسة في هذا الفصل مقسمة على مبحثين:

#### 1.2. حول أساس المسؤولية التقصيرية

#### 2.2. حول دور الخطأ في المسؤولية عن فعل الغير والشئ.

## 1.2. أساس المسؤولية التقصيرية

إذا كانت المسؤولية التقصيرية هي الالتزام بتعويض الضرر الذي يلحق بالغير، فإن البحث في أساسها معناه تحديد الأسباب التي دعت الشرائع الوضعية إلى قيام هذا الالتزام. وبتعبير آخر، فإن أساس المسؤولية يقصد به السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين.

فإذا اعتبرنا أن كل فرد في الجماعة مسؤول عن الضرر الناشئ نتيجة انحرافه عن سلوك الرجل العادي، كنا بصدد النظرية التقليدية التي تؤسس المسؤولية على فكرة الخطأ. أما إذا اعتبرنا أن كل من يباشر نشاطا يتحمل نتائجه، وعليه أن يعرض الغير الذي يلحقه ضرر منه ولو كان سلوكه غير مشوب بخطأ ما، فهذه نظرية تحمل التبعية فيلقى عبء الضرر على كاهل من أحدثه. والظاهر أن كلا من هاتين النظريتين تختلف عن الأخرى بالنسبة للأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، فبينما تقوم النظرية المادية على فكرة الضرر وحده ولا تقيم وزنا للخطأ، تتطلب الأخرى إلى جانب الضرر ضرورة توافر خطأ من تسبب في الضرر حتى تترتب مسؤوليته التقصيرية. وفي ما يلي عرض تحليلي لكل من النظرية الشخصية (المطلب الأول)، والمسؤولية الموضوعية (المطلب الثاني).

### 1.1.2. النظرية الشخصية

لم يجادل الفقهاء حتى أواخر القرن التاسع عشر في تأسيس المسؤولية التقصيرية على فكرة الخطأ. فالمبدأ العام أن كل خطأ يترتب عليه ضرر يلزم المخطئ بالتعويض، كما أن الحق في التعويض مقيد بالخطأ، فالفعل غير الخاطئ لا يترتب مسؤولية مرتكبه. والمضروب في سعيه لتعويض ما لحقه من ضرر، لا يجد أمامه إلا الفرد المسؤول الذي حددته قواعد المسؤولية، فإذا لم يجد المضروب مسؤولاً يتحمل التعويض، كان هذا هو قدره فيتحمل وحده الأضرار التي لحقت به.

#### 1.1.1.2. مضمون النظرية الشخصية

تقيم هذه النظرية المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ سواء كان الخطأ واجب الإثبات أو خطأ مفترضا قابلا لإثبات العكس أو لا، فهي تعتد بسلوك الشخص المسؤول وحالته النفسية. ويعرف أنصار هذه النظرية الخطأ على أنه "الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي" فهو لا ينسب إلا لمن له إرادة حرة ومدركة. [79] ص 10

ويذهب أنصار نظرية الخطأ إلى القول بأنه إذا كان الفقه مجمع على أن لا مسؤولية بدون ضرر، فإنه وبالمقابل لا مسؤولية بلا خطأ، بل إن الخطأ هو أساس المسؤولية التقصيرية منطقاً وقانوناً. فالمسؤولية في نظرهم هي الحكم المحيط بالخطأ، أما الحماية الموضوعية فهي الحكم المحيط بالضرر. فحيث لا مسؤولية بغير خطأ لا حماية بلا ضرر.

#### 1.1.1.1.2. حجج نظرية الخطأ

##### 1.1.1.1.1.2. الحجج التاريخية

بدأت بوادر فكرة الخطأ تتسرب إلى أفكار القانون الفرنسي القديم بفضل القانون الكنسي الذي مارس تأثيراً أخلاقياً كبيراً على أفكار المسؤولية، فاتجه الأمر نحو البحث عن النية "وراء الفعل"، ونتيجة لهذه النظرة الأخلاقية كان يجب إذاً تقدير سلوك محدث الضرر وقياسه بمقياس أخلاقي [80] ص. 99 لذلك جرى التمييز بين الخطأ الأخلاقي والخطأ القانوني إلى أن تم الفصل التام بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية، وذلك عن طريق استبعاد فكرة العقوبة تماماً من نطاق التعويض المدني، والتفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني. وهذا ما استخلصه الفقيه "دوما" في مؤلفه "القوانين المدنية" حيث أكد أن كل الأضرار التي تقع بخطأ شخصي مهما كان هذا الخطأ نلزمه بالتعويض عنها. وصاغ من ذلك مبدأ يجعل الفرد ملزماً بالتعويض عما يسببه بخطئه من أضرار للغير [22] ص. 51 فكان دوما أول من نادى بفكرة الخطأ أساساً للمسؤولية المدنية.

##### 2.1.1.1.1.2. الحجج القانونية

أخذ واضعو التقنين المدني الفرنسي لعام 1804 تلك الأفكار التي جاء بها الفقيه "دوما" وقاموا بصقلها وإبراز الاتجاهات الأساسية لها، فتم صياغة المبدأ العام للمسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي على أن "كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه"، أما المادة 1383 ت.م.ف فقد نصت على أن "كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ليس بفعله فحسب بل أيضاً بإهماله أو بعدم تبصره". فحسب أنصار النظرية الشخصية أن المشرع كان صريحاً بالنص على الخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية [81] ص 70 من خلال نص المادة 1382 ت.م.ف

### 3.1.1.1.1.2. الحجة الأدبية

كما ذهب أنصار نظرية الخطأ إلى توجيه حجة أخرى أدبية مفادها أن تأسيس المسؤولية التقصيرية على الخطأ أمر تدعمه الأخلاق، وأن التعويض الناجم عن المسؤولية التقصيرية ما هو إلا جزاء، والسند الأخلاقي يلزم بأن لا يقع أي جزاء على شخص إلا عن فعل ينطوي على لوم أخلاقي. لذا لا بد من توافر قصد الإضرار لدى الفاعل لكي يلزم بأداء التعويض، وهذا هو العنصر النفسي في الخطأ [82] ص 70

فتأسيس المسؤولية على غير الخطأ مدعاة للإهمال وعدم التحوط، كما أنه فيه تجاهل للأساس الأخلاقي للمسؤولية.

### 2.1.1.1.2. رد أنصار نظرية الضرر على حجج نظرية الخطأ

-ذهب أنصار نظرية الضرر رداً على الحجة القانونية وعلى رأسهم الفقيه "سالي" إلى أن معنى الخطأ وفق المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي ليس إلا الفعل المنشئ للضرر. كما ذهب الفقيه "سالي" إلى استبعاد فكرة الخطأ تماماً كأساس للمسؤولية التقصيرية مستندا إلى أن فحوى نصوص المواد 1382، 1383 من ت.م.ف لا يقتصر على الفعل العمدي فقط بل أن كل فعل ضار يتضمن الحق في التعويض. فلفظ الخطأ لم يظهر في المادة إلا عرضاً من أجل تحديد المسؤول أو الفاعل عن الضرر [81] ص 22-23.

أما بالنسبة للمادة 1383 فإنها لا تنفصل عن المادتين 1384، 1382، حيث حددت المادة 1383 حالات أربع للمسؤولية الأولى هي حالة الامتناع المجرد وهذه لا تقيم المسؤولية، الثانية حالة الاشتراك غير المباشر وهذا لا يجب فيه إثبات الإهمال وفقاً لنص المادة 1383، الثالثة حالة الاشتراك المباشر الكافي بذاته طبقاً لنص المادة 1382، الرابعة الحالة التي تتعلق بالأعمال الصناعية ويطبق بشأنها نص الفقرة الأولى من المادة 1384 والتي يعمل بشأنها الخطأ الموضوعي.

كما ذهب إلى أن التفسير الدقيق للمادة 1384 يجعل المسؤولية تؤسس على علاقة السببية المرتبطة بالفعل المادي أي على فكرة المخاطر وليس الخطأ [83] ص 17

-رد أنصار النظرية الموضوعية على الحجة التاريخية بقولهم أن المسؤولية الجنائية هي أول ما ظهر من أنواع المسؤولية، وقد كانت تؤسس على الخطأ وظل الحال هكذا إلى أن تم الفصل التام بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية فأصبحت للمسؤولية المدنية نظام قائم بذاته، إلا أنها احتفظت بالخطأ أساس لها. فإذا كانت المسؤولية الجنائية والخطأ ألزم لها قد تخلت عن فكرة الخطأ، وهي التي تهدف إلى العقوبة جزاء ما اقترفت يد المجرم من خطأ نحو الفرد والمجتمع؛ فكان من الأولى بالمسؤولية المدنية أن تتحرر من فكرة الخطأ وهي التي لا تهدف إلى العقوبة بل إلى جبر الضرر [82] ص 129

ج- كما ذهب أنصار النظرية الموضوعية رداً على الحجة الأدبية بالقول أنه إدعاء غير مقبول، خاصة وأن أنصار نظرية الخطأ أقاموا في بعض الحالات نظريتهم على أساس المسؤولية المادية، ووضعوا هذه التشريعات موضع التنفيذ منها مسؤولية رب العمل والتي تقوم على أساس فكرة المخاطر المستحدثة [83] ص 19.

وفيما يخص حجة أنصار نظرية الخطأ بأن نظرية الضرر ضد العدالة والأخلاق، فقد رد أنصار النظرية الموضوعية على ذلك بأن هدف المسؤولية هو جبر الضرر بتعويض المضرور فكان من غير العدالة أن نترك مرتكب الفعل الضار ونحمل المضرور كافة الضرر [84] ص 1135.

#### 2.1.1.2. موقف المشرع الجزائري من النظرية الشخصية

لمعرفة موقف المشرع الجزائري من النظرية الشخصية وجب دراسة ذلك قبل وبعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

#### 1.2.1.1.2. موقف المشرع الجزائري من النظرية الشخصية قبل التعديل

أخذ المشرع الجزائري أحكام المسؤولية التقصيرية عن القانون الفرنسي، ووضع القاعدة العامة وأسسها على الخطأ الواجب الإثبات إذ نص في المادة 124 على أن "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

ثم نص في المادة 134 ق.م.ج بما يقرر مسؤولية متولي الرقابة عن من هم تحت رعايته بنصه "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار فأقام هذه المسؤولية على الخطأ المفروض على نحو ما جرى به القانون الفرنسي ثم عرض بعد ذلك لحالات الخطأ المفروض الأخرى وهي مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع المادة 136 ق.م.ج، والمسؤولية عن الحيوان المادة 139 ق.م.ج، والمسؤولية عن البناء المادة 140 ق.م.ج.

إلا أن صياغة المادة 124 ق.م.ج أثارت بعض الاختلافات بين الفقه حول موقف المشرع من النظرية الشخصية، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن المشرع أخذ بالنظرية الموضوعية بناء على عدة اعتبارات أهمها اختلاف صياغة نص المادة 124 ق.م.ج عن نص المادة 1382 من ق.م.ف والتي تقضي بأن "كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه"، إذ جاء النص الجزائري خالياً من الربط بين الخطأ والضرر على نحو ما جرى به النص الفرنسي المقابل، مما يوحي أن المشرع يعتنق المسؤولية الموضوعية فهو يلزم بالمسؤولية والتعويض عن الضرر الذي ينشأ عن

الفعل أيا كان سواء انطوى على تعد أو خطأ أم لا، فهو جعل بذلك الضرر علة وسببا للمسؤولية، فإذا وجدت العلة ترتب المعلول.

بينما يذهب الرأي الغالب من الفقه إلى القول أن المشرع قد أخذ بالنظرية الشخصية وحجتهم في ذلك هو أن النص الفرنسي والذي يمثل المصدر الأصلي لنص المادة 124 يشترط صراحة الخطأ، كما أن أحكام المادة 125 ق.م.ج تشترط التمييز في المسؤول. إضافة إلى أحكام المادة 127 التي أشارت صراحة إلى خطأ المضرور أو الغير كوسيلة إعفاء من المسؤولية. [46] ص 51-52

#### 2.2.1.1.2. موقف المشرع الجزائري من النظرية الشخصية بعد التعديل

أورد المشرع الجزائري في القانون المدني جملة من النصوص (المواد من 124 إلى 140 ق.م.ج) تحت عنوان الفعل المستحق التعويض واستهل النصوص بالقاعدة الأساسية في المسؤولية عن الخطأ الواجب الإثبات في نص واضح، إذ قضى في المادة 124 ق.م.ج بأن "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" ثم نص في المادة 125 ق.م.ج "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزا".

فبمقتضى هذان النصان أرسى المشرع أركان المسؤولية عن الفعل الشخصي وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وأن الخطأ يتطلب ضرورة التمييز.

ثم نظم المشرع الجزائري المسؤولية عن فعل الغير في المواد 134، 136، 137 و 138 ق.م.ج والمسؤولية الناشئة عن الأشياء في المواد من 138 إلى 140 مكرر 1 ق.م.ج. فمن خلال استقرار هذه النصوص يتضح بأن القانون المدني جعل المسؤولية عن الأعمال الشخصية قائمة على الخطأ الواجب الإثبات والمسؤولية عن فعل الغير والشئ على الخطأ المفترض، أي أن المشرع الجزائري وبشكل صريح اختار الخطأ أساس للمسؤولية التقصيرية وإن كان قد توسع في الأخذ بالخطأ المفترض على نحو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، إلا أنه لم يأخذ بالمسؤولية الموضوعية أو التي تقوم على تحمل التبعة إلا بشكل استثنائي وفي مجالات محددة.

#### 2.1.2. النظرية الموضوعية

كان للتطور الاقتصادي والصناعي خلال القرن التاسع عشر السبب المباشر في إظهار قصور وعجز النظرية الشخصية عن حماية المضرورين من الحوادث التي تزايدت في عددها وجسامتها.

لذلك ظهرت النظريات المختلفة للتبعة والتي تنادي بقيام المسؤولية لا على أساس الخطأ، وإنما على أساس التزام كل من أحدث نشاطا ضارا بالمجتمع، ويجني من ورائه ربحا بتعويض الأضرار الناجمة عن هذا النشاط وقد تنوعت هذه النظريات عند واضعيها.

وتعتبر نظرية تحمل التبعة من أبرز النظريات التي قدمت كأساس للمسؤولية المدنية وقد جمعت حولها فقهاء لهم في علم القانون مكانتهم من أمثال سالي وجوسران وسافيتيه. أما ستارك فقد لجأ إلى تأسيس المسؤولية المدنية على فكرة الضمان.

وفيما يلي عرض لهذه النظريات مع الملاحظة أنها تتفق على فكرة واحدة وهي عدم اشتراط الخطأ.

### 1.2.1.2. نظرية تحمل التبعة

بعد أن ثبت للفقهاء عجز فكرة الخطأ عن ضمان حقوق ضحايا الحوادث والأعمال المتزايدة يوما بعد يوم خاصة في المجتمعات التي عرفت تطورا اقتصاديا وصناعيا، راحوا يبحثون عن أساس آخر تقوم عليه المسؤولية التقصيرية يكون بعيدا عن المفاهيم الأخلاقية والاعتبارات النفسية ويكون أكثر قدرة على توفير الحماية للعديد من الضحايا.

فكانت نظرية تحمل التبعة التي قدمها الفقهاء كأساس بديل للخطأ بحيث أنها تتلاءم مع الواقع الصناعي. وفيما يلي عرض تحليلي لهذه النظرية من خلال عرض مضمون هذه النظرية وذكر الحجج التي استندت عليها ثم نعرض لتقييم هذه النظرية.

### 1.1.2.1.2. مضمون نظرية تحمل التبعة

### 1.1.1.2.1.2. مفهوم نظرية تحمل التبعة

تقيم نظرية تحمل التبعة المسؤولية التقصيرية على عنصر الضرر، ولا تعتد بالخطأ كركن من أركان المسؤولية، فبموجبها تتعقد مسؤولية من أتى فعلا ضارا بمجرد حدوث الضرر وما على المضرور إلا أن يثبت الضرر وعلاقة السببية بين الضرر والفعل الضار.

ولقد ظهرت هذه النظرية في أواخر القرن التاسع عشر على يد الفقيهان "سالي" و"جوسران" محاولين فرضها كنظرية عامة تحل محل نظرية الخطأ كأساس للمسؤولية [32] ص. 128

### 2.1.1.2.1.2. أسباب ظهور نظرية تحمل التبعة

### -التطور الاقتصادي

لا شك أن السبب الرئيسي في ظهور نظرية تحمل التبعة يرجع إلى التطور الاقتصادي الهائل الذي حدث في نهاية القرن التاسع عشر، والذي ترتب عليه انتشار الصناعة انتشارا كبيرا باستخدام التقنية

الصناعية المتطورة، وهو ما أدى إلى ظهور قوتين اقتصاديتين اختل التوازن القانوني بينهما، الأولى تمثل أصحاب رؤوس الأموال في الصناعة والثانية هي فئة العمال التي تعتبر الآلة بالنسبة لهم مصدر خطر جسيم [85] ص 131

ولمعالجة حالة التوازن المختل علت الصيحات بشأن وجود العدالة الاجتماعية والتضامن الاجتماعي، التي توجب على أصحاب رؤوس الأموال وهم المنتفعون من الآلة أن يتحملوا تبعه خطرهم [86] ص 443 -النزعة المادية:

ساهمت النزعة المادية في القانون في تبرير نظرية تحمل التبعة فهي تعنى بالمظهر الخارجي للإرادة -دون غيرها مما يتعلق بالأمر النفسية - من وجوب التعويض لما حدث من نقص الذمة المالية بغير اعتبار لما أدى إليه من فعل سواء كان خاطئاً أو غير خاطئ، ما يستدعي بحث الناحية النفسية للفاعل وهو ما لا شأن له بالعلاقات المالية [32] ص 121

#### -المذهب الوضعي

ساعد على ظهور نظرية تحمل التبعة ما ذهب إليه المذهب الوضعي فيما يراه من وجوب الاعتبار في النطاق الجنائي بالجرم ذاته، فيعاقب المجرم لا بالنظر إلى ما يستحقه لشخصه وما انطوت عليه نفسه من عوامل دفعته إلى ارتكاب جريمته، ولكن بالنظر إلى ما تقتضيه حماية المجتمع. كما يرى أصحاب هذا المذهب أن العقوبة تقاس بقدر خطورة الجرم على المجتمع دون البحث في النوايا، وعلى ذلك فإنه إذا أمكن القول بأن المسؤولية الجنائية يمكن أن لا تقوم على الخطأ، فإنه يجب من باب أولى أن لا تقوم المسؤولية المدنية على الخطأ [15] ص 178

#### -آراء المدرسة التاريخية في القانون

المدرسة التاريخية في القانون هي من المدارس المهمة التي ظهرت في تفسير وظيفة القانون يبرز عمها الفقيه الألماني "سافيني" وقد نشأت في بداية القرن التاسع عشر. فالقانون من وجهة نظر هذه المدرسة هو وليد البيئة وثمره التطور يتغير من تلقاء نفسه، فوفقاً لذلك فإن القاعدة التي جعلت الخطأ أساساً هاماً للمسؤولية المدنية إنما تقررت في ظروف لم تكن فيها المدينة الحديثة قد بلغت هذا الحد من التقدم الذي نراه اليوم. فلن تكون هذه القاعدة صالحة لمجتمع تقدمت فيه الحضارة بالشكل الذي يعتمد فيه على الآلات الميكانيكية والكهرباء، وعلى التقدم التقني الحاضر.

فمادام المجتمع في تغير وتحول فإن القانون هو الآخر في متابعته لمجتمع يرد عليه التحول والتغيير ولو كان شريعة مقدسة [87] ص 218-219.

-النزعة الاشتراكية

ساهمت النزعة الاشتراكية التي انتشرت في أوروبا في تغيير نظرة القانون إلى الفرد، حيث لم يعد ينظر إليه باعتباره محورا للقانون، فليس هناك في الفكر الاشتراكي سوى المجتمع فقط أما الإنسان كفرد فإنه لا يدخل في الاعتبار.

فالقانون يقع على عاتقه تأمين تقدم المجتمع وذلك بتقديم المصلحة العامة على مصلحة الأقلية، وعلى ذلك فإنه إذا وقع ضرر ما فإن الأمر لا يتعلق بالبحث فيما إذا كان المتسبب في حدوثه قد ارتكب خطأ أم لا، وإنما بالبحث فيما إذا كانت مصلحة المجتمع تقتضي تعويضه أم لا [08] ص 126

-مبادئ العدالة والأخلاق

لاشك في أن العدالة تقضي بإلزام الفاعل بتعويض ما أحدثه من ضرر بخطئه، فإذا لم يكن هناك خطأ من جانبه فإن تلك العدالة تأبى أن يتحمل المضرور ما وقع من ضرر [86] ص 443 إذ يرى أنصار نظرية تحمل التبعة أنه إذا وقع ضرر ولم يكن هناك خطأ فالعدالة تقتضي أن يلزم محدثه بالتعويض عنه، لأننا في هذه الحالة عندما يكون ضرر ما قد وقع وأمامنا شخصان لم يصدر من أي منهما خطأ فأيهما أجدر بتحملة، محدث الضرر أم الذي وقع ضحية محدث الضرر؟ فلا شك في أن المنطق والعدالة تقتضي بأن يتحملة محدث الضرر. وهكذا بدأت تظهر في أفق الفكر القانوني الغربي نظرية موضوعية كمسؤولية مادية مقابل المسؤولية الشخصية.

3.1.1.2.1.2 صور نظرية تحمل التبعة

نظرية تحمل تبعة المخاطر المستحدثة أخذت في بادئ الأمر صورة عامة مطلقة تقيم المسؤولية على مجرد الضرر وعلاقة السببية بين الفعل والضرر، ولا تشترط أي شرط آخر ولكن سرعان ما تحولت هذه الفكرة إلى صورة خاصة مقيدة عرفت بإسم نظرية تحمل تبعة المخاطر المقابلة للربح. ونستعرض فيما يلي هاتين الصورتين:

-نظرية تحمل تبعة المخاطر المستحدثة

أول من قال بفكرة تحمل التبعة بصورتها المطلقة هو الفقيه "لابيه" الفرنسي سنة 1890 ورأى الاكتفاء بها بدلا من فكرة الخطأ بعد أن ثبت له عدم كفايتها.

ومؤدى هذه الفكرة أن من أنشئ بفعله في المجتمع مخاطر مستحدثة يتعين عليه أن يتحمل تبعاتها [13] ص 146، وأساس هذه النظرية أنه ينبغي أن لا يكون هناك تفرقة بين الفعل الخاطئ والفعل غير

الخطأ، حيث المسؤولية مقررة على كلا الفعلين عند وجود الضرر ومن دون البحث في سلوك الفاعل فالذي يباشر نشاطا يتحمل تبعته وعليه أن يعرض الغير الذي لحقه الضرر ولو كان سلوكه غير مشوب بخطأ ما. [16]ص 338

وقد تبع "لابيه" في المناداة بفكرة تحمل التبعة في صورتها المطلقة الفقيه "سالي" الذي ذهب إلى أن المادة 1382 ت.م.ف لا تجعل الخطأ أساسا ضروريا للمسؤولية المدنية بحجة أن عبارتها عامة، وعليه فإنه ترتب المسؤولية على أي فعل يحدث ضررا.

وما يلاحظ على هذه النظرية أنها تضع أساسا عاما مطلقا لجميع صور النشاط الفردي سواء كان اقتصاديا أو اجتماعيا.

#### -نظرية تحمل تبعة المخاطر المقابلة للربح

ظهرت هذه النظرية بعد ما تبين للفقهاء أن الأخذ بنظرية تحمل التبعة بصورتها المطلقة من شأنه أن يجعل الشخص مسؤولا عن النتائج الضارة لأي نشاط يبذله، وأن هذه المسؤولية المطلقة التي تهدد أي نشاط إنساني من شأنها تثبيط النشاط النافع.

لذلك رأى بعض الفقهاء وفي مقدمتهم جوسران أن نظرية تحمل التبعة يجب أن لا تطبق بصورتها المطلقة، وإنما ينبغي أن تطبق فقط في الحالات التي يكون فيها الشخص قد زاد من المخاطر العادية الملازمة للحياة في المجتمع، وذلك بإنشاء مشروع يدر عليه ربحا بحيث يكون تحمل تبعة هذه المخاطر مقابلا لما يربحه من ذلك الاستغلال على أساس قاعدة الغرم بالغنم التي تجعل مخاطر الملك أو المصنع أو المشروع أو أي مستغل آخر يقع على عاتق من يعود عليه ربحه. وقد عرفت هذه النظرية لدى الفقه بنظرية الغرم بالغنم [88]ص 435

ومع ذلك لم تقلح فكرة الغرم بالغنم في الحد من تطرف المسؤولية الموضوعية المبنية على تحمل التبعة، كما لم تسلم من النقد، فقد أخذ عليها أن التوسع في معنى الغنم أو الفائدة هو توسع في النظرية لا نهاية له، كما أنها لا سبيل إلى تعيين الحد الفاصل الذي يبرر تحمل التبعة والنفع الذي لا يبرر ذلك إلا عن طريق تشريع خاص.

و بذلك يتضح أن نظرية تحمل التبعة مع تقييدها بفكرة الغرم بالغنم لا يمكن أن تكون إلا في حالات

معينة وبنصوص خاصة [15]ص 183

### 2.1.2.1.2. تقييم نظرية تحمل التبعة

لم تسلم نظرية تحمل التبعة من الانتقادات، وما لبث أن تحول عنها الفقه ولم يسعه إلا أن يسلم بقيام المسؤولية المادية إلى جانب المسؤولية التي تقوم على الخطأ، وذلك احتراماً للنصوص التي تقيم المسؤولية على أساس الخطأ.

ومن أهم الانتقادات التي وجهها أنصار نظرية الخطأ إلى هذه النظرية ما يلي:

1- إن فكرة تحمل التبعة وإن كانت توحى بالبساطة إلا أنها بعيدة عن الواقع القانوني، فمن ناحية يرى الفقه التقليدي أن المسؤولية في القانون الفرنسي تنبني بوجه عام على نظرية الخطأ أما نظرية تحمل التبعة فهي فكرة استثنائية لا يجوز اللجوء إليها إلا في نطاق ضيق وبمقتضى نص قانوني يقرها. [81] ص 24

وإن كان المشرع الفرنسي قد أخذ بها في بعض الحالات كحوادث العمل فلا يعني ذلك خروج عن القاعدة العامة في المسؤولية على أساس الخطأ. [32] ص 137

2- إن كان تطبيق نظرية تحمل التبعة على أصحاب المشروعات الاقتصادية خاصة في نطاق إصابات العمل لا يثير أية صعوبات، فإن تعميمها أمر غير مقبول خاصة بالنسبة للأنشطة غير الاقتصادية [80] ص 132

فربط التعويض عن الضرر بالطبيعة الخاصة لنشاط المسؤول سواء فيما يخص تبعة الربح أو تبعة النشاط لا يتفق والمنطق القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية [32] ص 138

3- إن الأخذ بنظرية تحمل التبعة كنظرية عامة للمسؤولية التقصيرية من شأنه قتل المبادرة الفردية وتثبيط الهمة لإقامة مشروعات نافعة. [81] ص 24

فالشخص الذي يمارس نشاطه في حدود حقوقه المشروعة متخذاً جميع الإحتياطات اللازمة لتجنب الأضرار بالغير مع الحصول على الترخيص اللازم لمزاولة النشاط، إذا ما تم إلزامه بتعويض الغير عن المضار التي تقع له من جراء هذا النشاط على أساس نظرية تحمل التبعة، لقتلنا الحافز الفردي لديه وذلك نظراً لأن النشاط بدلاً من أن يعود عليه بالفائدة سيعرضه لمطالبات بالتعويض. [40] ص 449

### 2.2.1.2. نظرية الضمان

في ضوء الانتقادات التي وجهت لكل من نظرية الخطأ ونظرية تحمل التبعة، حاول جانب من الفقه وعلى رأسهم الفقيه "ستارك" تجاوز هذه المشكلة، فتقدم بنظرية الضمان كأساس قانوني للمسؤولية المدنية. ونقطة البداية لدى ستارك هو إظهار خطأ الفقه في محاولة حصر مشكلة أساس المسؤولية المدنية بين فكرتي الخطأ والخطر وفي نظر ستارك فإن السبب الذي أدى إلى الوقوع في هذا الخطأ هو أن المشكلة طرحت بطريقة غير منطقية، فعلى صعيد التساؤل لماذا يلتزم الإنسان بتعويض الأضرار التي يتعرض لها الغير؟ فإن البحث عن الإجابة اقتصر على الاعترافات التي تتصل بفاعل الضرر، وأغفل كل الاعترافات

التي تتصل بالمضرور الذي تعرضت حقوقه للاعتداء، وهذا يفسر أن الحلول التي قاد إليها البحث لم تكن لتصل إلى مستوى المشكلة [89] ص 34  
فما هو مضمون نظرية الضمان؟

### 1.2.2.1.2. مضمون نظرية الضمان

يذهب ستارك إلى أن الالتزام بالتعويض يقوم على أساس فكرة الضمان منطلقاً من أن نظرتي الخطأ و المخاطر، فهما فكرتان شخصيتان تبحثان عن سبب وتبرير الالتزام بتعويض الضرر من وجهة نظر محدث الضرر و حسب، وتتجاهلان تماماً حقوق المضرور.

ويذهب ستارك أن لكل إنسان حق ذاتي في الاحتفاظ بحياته و حياة الأقربين له وفي سلامة جسمه، وكذلك حقه في التمتع بجميع حقوقه المادية والمعنوية دون منازع، وهو ما يمكن تسميته إجمالاً بالحق في الأمن والاستقرار.

فهذه الحقوق لا يمكن إنكار وجودها دون إنكار الضرورات الأساسية للحياة الاجتماعية فإذا سلمنا بوجود مثل هذه الحقوق، فإننا يجب أن نكفل لها الحماية القانونية، وبعبارة أدق الضمانات القانونية.

وليست هذه الحقوق وحدها محل اعتبار وخاصة في نطاق الحياة الاجتماعية، فلكل منا الحق في التصرف لذلك يجب التوفيق بين الحق في الأمن والحق في التصرف، وفي محاولة التوفيق يسلم ستارك بأن الحق في التصرف يبرر في بعض الحالات الاعتداء على حقوق الغير، فيصبح هذا الاعتداء مشروعاً كحالة الدفاع الشرعي مثلاً [32] ص 146

لهذا يميز ستارك بين نوعين من الأضرار : أضرار جسمانية ومادية من ناحية، والأضرار ذات الطابع الاقتصادي أو الأدبي من ناحية أخرى.

فبالنسبة للفئة الأولى من الأضرار الجسمانية و المادية، فإنها تعطي الحق في الحصول على تعويض دون استلزام إقامة الدليل على الخطأ المسؤول.

أما الفئة الثانية وهي الأضرار الاقتصادية أو الأدبية البحتة فلا يسأل عنها فاعلها إلا إذا ثبت عليه الخطأ [90] ص 395

فهذه النظرية تفسر لنا في آن واحد مسؤولية دون خطأ بالنسبة للأضرار الجسمانية والمادية، وتلك المتعلقة بالمسؤولية التي يستمر وجود الخطأ فيها قائماً حتى يمكن إدانة المسؤول وذلك بالنسبة للأضرار الاقتصادية والمعنوية.

وإذا كان الضمان يقوم في نظر ستارك على تحقق الضرر وحده دون مسوغ من القانون، ودون حاجة إلى تطلب خطأ ثابت أو مفترض في جانب محدث الضرر، فهل يبقى الخطأ الصادر من المسؤول غير ذي أثر في نطاق المسؤولية المدنية؟

يرى ستارك أن وجود الخطأ يؤدي إلى إعمال الوظيفة الثانية للمسؤولية المدنية وهي العقوبة الخاصة، فالوظيفة المانعة للقانون هي إحدى وظائفه الجوهرية، ومن الخطأ قصر هذه الوظيفة على القانون الجنائي وحده، فالتعويض لوحده لا يكفي لمنع الأخطاء بسبب ما قد يفيد المسؤول من الفعل الضار أو بسبب ثروته.

لهذا وجب تقرير عقوبة خاصة حين ثبوت خطأ في جانب المسؤول، إذ على القاضي في هذه الحالة إلى جانب تقرير التعويض، اتخاذ كافة الإجراءات التي من شأنها أن تحول دون وقوع مثل هذا الخطأ. ففي رأي ستارك أن الأساس الوحيد للمسؤولية هو ضمان الحقوق الأساسية للفرد والجماعة.

### 2.2.2.1.2. تقييم نظرية الضمان

- إن النقد الأساسي الذي يوجه إلى نظرية الضمان ينصب على فكرة الحقوق التي يتحدث عنها، فهذه الحقوق في نظر البعض ما هي إلا حريات فقط، لذلك فإن ضعف فكرة الحقوق هذه، وخاصة عندما تقود إلى نتائج مغالى فيها، دفع واضع النظرية إلى الحديث عن حقوق شخصية مقابلة، كالحق في التصرف الذي يبرر في بعض الحالات الاعتداء. [32] ص 146

- إن فكرة الضمان ليست بالفكرة الجديدة في نطاق المسؤولية المدنية، إذ هي لا تعدو أن تكون ترديدا لأفكار نظرية تحمل التبعة - خاصة بالنسبة للأضرار الجسمانية - التي تقيم المسؤولية على الضرر وحده دون استلزام توافر الخطأ ثابتا كان أو مفترضا بل إنها تعتبر أكثر تطبيقات نظرية تحمل التبعة تشددا حيث لا تعلق الضمان وبالتالي المسؤولية على أية شروط ويكفي مجرد حدوث الضرر من الشيء. [91] ص 267

- إن ما تقرره النظرية من أن أساس المسؤولية هو المساس بحقوق الغير دون وجه حق هو ذات المساس الذي اعتمده كثير من فقهاء النظرية التقليدية في تعريفهم للخطأ، وإن كل ما جاءت به النظرية هو إضفاء اسم جديد فحسب على أساس المسؤولية هو "الضمان" بدلا من "الخطأ". فالتفرقة التي قام بها ستارك بين حالتين من الأضرار لا تؤدي في النهاية إلا إلى الأخذ بنظرية تحمل التبعة في الحالة الأولى ونظرية الخطأ المادي في الحالة الثانية. [80] ص 154

- كما أن إقامة المسؤولية على فكرة الضمان لا تبرره إلا اعتبارات مادية أو اجتماعية بعيدة كل البعد عن الاعتبار الفنية التي تقوم عليها المبادئ القانونية التي تحكم المسؤولية المدنية.

فلا اعتبارات المادية أو بتعبير أكثر دقة السببية المادية يستحيل أن تفسر الأخذ في القانون الوضعي بمبدأ التعويض الكامل، فإذا كانت فكرة الضمان تجسد في جوهرها السببية في مفهومها المادي، بحيث يثبت الحق في التعويض في مواجهة الشخص الذي كان بنشاطه المادي مصدرا للضرر، فإنه يتعذر النظر إلى الضمان كأساس منطقي وقانوني للمسؤولية المدنية.

فإذا كانت فكرة الضمان تصلح لإقامة نظام اجتماعي يجسد روح التضامن بين أفراد المجتمع كالتأمين الاجتماعي، فإنها لا تصلح لإقامة نظام للمسؤولية الفردية، فالمسؤولية الفردية تقوم على اعتبارات وضرورة التقييم القانوني لسلوك الفاعل للضرر، وهذا يفسره أساس دورها الوظيفي بوصفها نظام قانوني للجزاء [32] ص 148.

### 3.2.1.2. موقف المشرع الجزائري من النظرية الموضوعية:

اتخذ المشرع الجزائري ذات الموقف الذي اتخذه المشرع الفرنسي من النظرية الموضوعية، فقد حدد نطاقا ضيقا للمسؤولية الموضوعية وترك للتشريعات الخاصة الأخذ بهذه المسؤولية في بعض المسائل التي يقتضي التطور الاقتصادي والصناعي الأخذ بها، وفيما يلي عرض لأبرز الأمثلة عن تلك التشريعات:

#### 1.3.2.1.2. حوادث المرور

بعد صدور الأمر رقم 15/74 الصادر في 1974/01/30 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار [92] استبدل المشرع الجزائري النظام التقليدي بنظام جديد وهو نظام التعويض خارج نطاق المسؤولية القائمة على أساس الخطأ، وهذه الفكرة وجدت مبررها في مبدأ الضمان لحماية الضحايا من المخاطر الكبرى الناتجة على انتشار الآليات.

وباستقراء المادة الثامنة من الأمر 15/74 بنصها "كل حادث سير يسبب أضرار جسمانية يترتب عليه التعويض لكل ضحية أو ذوي حقوقها وإن لم تكن للضحية صفة الغير تجاه الشخص المسؤول مدنيا عن الحادث ويشمل هذا التعويض كذلك المكتتب في التأمين ومسبب الحادث ضمن نفس الشروط المنصوص عليها في المادة 13."

مما يفيد أن التشريع الجزائري يقضي بضرورة تعويض الضحايا في حوادث المرور سواء النقل بأجر أو بغير أجر، أي أن التعويض عن حادث المرور مضمون قانونا في كل الحالات.

وحول أساس هذا التعويض فلقد استقرت المحكمة العليا حسب اجتهاداتها، أن نظام التعويض في حوادث المرور يقوم على أساس المخاطر فمنذ صدور الأمر 15/74 والمراسيم المطبقة له، وهي كلها من النظام العام وذلك حسب اجتهاد المحكمة العليا في القرارين الصادرين الأول بتاريخ 1990/02/27 تحت رقم 62688 والثاني بتاريخ 1990/3/13 تحت رقم 58564 عن الغرفة الجنائية الثانية والذين جاء فيهما:

"إن التعويضات المحددة بالجدول المرفقة بالأمر 15/74 هي من النظام العام وأن عدم مراعاتها يترتب عليه البطلان والنقض."

فأصبح نظام التعويض-حسب هذا الموقف-عن الأضرار الجسمانية الناجمة عن حوادث المرور مبنيا على نظرية المخاطر والإطار العام لذلك هو المادة الثامنة من الأمر التي ألغت عنصر الخطأ لقيام المسؤولية المدنية.

ولعل هذا ما جسده المحكمة العليا في قراراتها تكريسا لهذا المبدأ ومثال ذلك القرار رقم 66203 المؤرخ في 1990/7/9 عن الغرفة الجنائية الثانية وجاء في حيثيات القرار "أنه إلى غاية 1980 وهو تاريخ صدور المراسيم التطبيقية للأمر 15/74 كانت تطبق أمام الجهات القضائية في دعاوى حوادث المرور نظرية الخطأ التي تشترط من الضحية إثبات الخطأ المرتكب من قبل السائق وكون هذا الخطأ هو الذي كان سببا في الضرر الذي لحقها ثم أخذ المشرع بنظرية الخطر التي تشمل التعويض التلقائي دون مراعاة مسؤولية أي طرف في الحادث حسب القواعد المحدد للأمر 15/74 وقانون 13/88. [93]ص45 إذن فحسب هذا القرار وعدة قرارات أخرى [94] سايرت هذا الموقف للمحكمة العليا فإن أساس التعويض هو المخاطر، ولعل الغاية من وراء ذلك هو حماية ضحايا حوادث المرور بصفتها خطرا اجتماعيا وعلى المجتمع ككل التكفل به.

#### 2.3.2.1.2. حوادث العمل

بعد ما كانت الأضرار التي تلحق العامل جراء حادث عمل تعوض على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، الأمر الذي حال دون تمكين بعض الضحايا من الاستفادة من التعويض بسبب الصعوبات التي تواجههم بشأن إثبات أركان المسؤولية، لاسيما خطأ رب العمل من جهة وعسر المسؤول أي رب العمل من جهة أخرى، والذي يصعب عليه في الكثير من الأحيان دفع التعويضات، ومع التزايد الملحوظ والمستمر لحوادث العمل خاصة بعد تطور المكنة والآلات الصناعية، أصبح من الضرورة إيجاد حل لهذا الوضع. وهو ما دفع أغلب التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري إلى وضع تشريع خاص بتعويض الأضرار المترتبة على حوادث العمل قوامه التضامن بين فئتي العمال وأرباب العمل بموجب القانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية [95].

#### 2.2. دور الخطأ في المسؤولية عن فعل الغير والشئ

حتى تقوم المسؤولية التقصيرية يتعين اجتماع ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ووفقا للقواعد العامة فإن هذه الأركان يقع عبء إثباتها على عاتق المضرور. وقد خرج كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي على هذه القواعد في مجال المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء، وتبدو هنا أهمية التعرف على حدود الاستثناء من القواعد العامة فيما يتعلق بعناصر هذه المسؤولية حيث ينبغي على ذلك تحديد أساسها القانوني.

فتحقق الضرر أمر ضروري بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، حيث أن انتفاءه يعني انعدام المصلحة في دعوى التعويض، والقاعدة أنه لا دعوى دون مصلحة. كما أن تقدير التعويض يتوقف على مقدار الضرر الذي يلحق بالشخص، ولا يجوز بالتالي أن تقوم مسؤولية تقصيرية بناء على ضرر افتراضي أو محتمل، لهذا كان على المتضرر إثبات الضرر.

وللتقليل من كاهل المتضرر الذي وقع عليه عبء الإثبات هذا، فإن المشرع أحيانا ما يفترض الرابطة السببية وأحيانا أخرى يفترض الخطأ في جانب الشخص الذي يطالبه المتضرر بالتعويض. وفي هذا المبحث سأحاول دراسة دور الخطأ باعتباره أساسا في المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن فعل الشيء من خلال المطلبين الآتين:

### 1.2.2. دور الخطأ في المسؤولية عن فعل الغير

تبنى المشرع في كل الجزائر وفرنسا منهجا متقاربا في شأن تقرير الأحكام الخاصة بالمسؤولية عن فعل الغير بالنظر إلى ما يفرضه واقع المجتمع من ضرورة توفير قدر أكبر من الحماية للمضرور في الحالات التي قد يواجه فيها بمدين معسر (كالقاصر أو العامل). لذلك فقد تقررت تلك الحماية في كل من التشريع الجزائري والفرنسي عن طريق جملة من الأحكام، ولعل ما يهم فيها هو مسألة افتراض الخطأ ودوره باعتباره أساسا في مسؤولية عن فعل الغير. وهو ما سندرسه من خلال البحث في دور الخطأ المفترض في مسؤولية متولي الرقابة (المطلب الأول)، ودور الخطأ المفترض في مسؤولية المتبوع (المطلب الثاني).

### 1.1.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية متولي الرقابة

نظم المشرع الجزائري مسؤولية متولي الرقابة من خلال نص المادة 134 والتي جاء نصها كالآتي:

"كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار.

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت انه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية."

فوفقا لهذه المادة يتضح لنا شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة وهي:

- صدور فعل ضار من الخاضع للرقابة.

- وجود التزام بالرقابة مصدره القانون أو الاتفاق.

فتمتى تحققت هذه الشروط قامت مسؤولية متولي الرقابة ،وهي مسؤولية مفترضة خلافا للقواعد العامة تتطلب من المضرور إثبات ركن الضرر ولكنها لا تتطلب منه إثبات الخطأ والعلاقة السببية وتفترض توافرها،ولذا يصح القول بأن هذه المسؤولية تقوم على أساس افتراض خطأ متولي الرقابة وافتراض السببية بين خطئه المفترض والضرر الثابت.

ومن هنا تظهر الحاجة إلى دراسة مدى افتراض الخطأ وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ومدى إمكانية تخلص متولي الرقابة من هذه المسؤولية.للوصول إلى تحديد الأساس القانوني لمسؤولية متولي الرقابة عن أفعال الخاضعين لرقابته.

#### 1.1.1.2.2. قرينة مسؤولية متولي الرقابة

اتجه المشرع الجزائري إلى إقامة المسؤولية التقصيرية لمتولي الرقابة عن أفعال الخاضعين إلى رقابته،عند تحقق وقائع مادية يتولى المضرور إثباتها،وفي هذا الصدد تبرز أهمية دراسة قرينة الخطأ في مسؤولية متولي الرقابة إلى جانب دراسة قرينة السببية.

#### 1.1.1.1.2.2. قرينة الخطأ في مسؤولية متولي الرقابة

إن القول بأن مسؤولية متولي الرقابة هي مسؤولية مفترضة تقوم على أساس قرينة الخطأ،يقتضي منا تعيين محل هذه القرينة أي الواجب المفترض الخطأ في مباشرته،حتى يستطيع المدعى عليه إثبات عكس هذه القرينة فيما يتعلق بهذا الواجب على وجه الخصوص. فما هو محل هذه القرينة،و ما هي حدودها؟ بالرجوع إلى نص المادة 134 ق.م.ج يتضح لنا أن الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة هو الإخلال بواجب الرقابة،إذ يقع على عاتق متولي الرقابة التزام برقابة وتوجيه الخاضع للرقابة،وبذل العناية اللازمة في رعايته على النحو الذي يحول بينه وبين الإضرار بالغير.

فإذا ارتكب الخاضع للرقابة عملا غير مشروع،أو فعلا ضارا فإن المشرع افتراض خطأ متولي الرقابة،إذ يعد وقوع الضرر قرينة على إخلاله بالتزامه بالرقابة والتوجيه. فافتراض الخطأ مصدره واجب الرقابة الملقى على عاتق متولي الرقابة اتجاه من هم تحت رقابته[96]ص311 ، وعليه فإن المشرع كان واضحا حسب نص المادة 134 ق.م.ج حينما حدد نوع الخطأ محل الافتراض ،إذ افتراض الخطأ في الرقابة فقط ولم يفترض الخطأ في التربية والرقابة كما ذهب إلى ذلك الفقه الفرنسي.

إذ يرى جانب من الفقه الفرنسي أن افتراض الخطأ يمتد إلى مدى أبعد ،فيفترض أيضا أن متولي الرقابة قد أساء تربية الشخص المعهود إلى رقابته فهياً له بسوء التربية سبل ارتكاب الفعل الضار .ومثال ذلك ارتكاب القاصر فعل ضارا وكان يتولى الرقابة عليه ويقوم على تربيته أبوه،فالمفروض أن الأب إما أن

يكون قد قصر في رقابة ولده أو أنه أساء تربيته أو أنه ارتكب الخطأين معا: قصر في الرقابة وأساء في التربية [97]ص398

ويجب أن ننوه هنا إلى أن الفقه الفرنسي الحديث يوجه انتقادا لامتداد قرينة الخطأ لتشمل بجانب الإهمال في الرقابة، سوء تربية الشخص الخاضع للرقابة، إذ أنه لا توجد علاقة من الناحية الواقعية بين سوء تربية الشخص الخاضع للرقابة وتورطه في حادثة سببت ضررا بالغير، فهل يتمتع على من تلقى تربية حسنة أن يرتكب خطأ غير عمدي يلحق بالغير أضرارا، ومعنى ذلك أنه يمكن قبول افتراض وقوع الحادث بسبب الإهمال في الرقابة من قبل المكلف بالرقابة، ولا يقبل افتراض ذلك بسبب سوء التربية؛ فسوء التربية لا يمكن افتراضه وإنما يجب إثبات أمر مشين، بالإضافة إلى ذلك فإن الإهمال يكون معاصرا لارتكاب الشخص المشمول بالرقابة فعلا ضارا، في حين أن التصيير في التربية أمر سابق على ارتكاب هذا الفعل فكيف يمكن أن نسوي بينهما من حيث الافتراض [98]ص202

أما عن حدود افتراض الخطأ في جانب متولي الرقابة، فالملاحظ هنا أن هذا الافتراض قد تقرر بموجب القانون لمصلحة المضرور من عدم مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة تجاه متولي الرقابة، لذلك فإن رجوع المضرور على الخاضع للرقابة لا يمكن أن يستند على الخطأ المفترض بل لا بد من إعمال القواعد العامة في المسؤولية التصيرية والتي تقضي في هذا الصدد بضرورة إثبات الخطأ في جانبه، ما لم يكن خطؤه مفترضا لسبب آخر. [99]ص12-13

ويلاحظ أيضا أنه لا مانع من اجتماع هذه المسؤولية القائمة على خطأ مفترض والمسؤولية القائمة على خطأ واجب الإثبات. فيجوز للمضرور ألا يعتمد على الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة ويتقدم هو لإثبات خطأ في جانبه، فيمنعه بذلك من نفي الخطأ المفترض.

#### 2.1.1.1.2.2. قرينة السببية

إن الافتراض في مجال مسؤولية متولي الرقابة ليس افتراضا للخطأ فقط، وإنما هو افتراض لعلاقة السببية بين هذا الخطأ وبين الضرر الذي يصيب الغير، فلقد جاء نص الفقرة الثانية من المادة 134 ق.م.ج موضحا بمفهوم المخالفة اتجاه المشرع لافتراض رابطة السببية، حيث ورد بأن متولي الرقابة يستطيع التخلص من المسؤولية "إذا أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".  
فافتراض علاقة السببية هو نتيجة منطقية لافتراض الخطأ، لأن القانون لو ألقى المضرور من إثبات الخطأ وكلفه بإثبات علاقة السببية لأضطر المضرور وهو بسبيل إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر أن يثبت الخطأ، وبذلك تنتفي الغاية من وراء افتراض الخطأ [83]ص30

غير أن افتراض السببية لا يعنى عدم لزوم توافرها لقيام المسؤولية وإنما كل ما في الأمر أن عبء الإثبات المتعلق بها انتقل من المضرور إلى المسؤول مدنيا عن فعل غيره فتعبر السببية متوافرة إلى أن يتمكن هذا من نفيها، فيدفع بذلك المسؤولية المفترضة عن نفسه. [84]ص 794.

#### 2.1.1.2.2. طرق نفي قرينة مسؤولية متولي الرقابة

تختلف قرائن المسؤولية المقررة قانونا من حيث قوتها، ومن هنا يثار التساؤل حول مدى قوة افتراض مسؤولية متولي الرقابة عن أفعال الأشخاص الخاضعين لرقابته، فيما يتعلق بعنصري الخطأ وعلاقة السببية بينه وبين الضرر.

#### 1.2.1.1.2.2. طرق نفي الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة

بالرجوع إلى نص المادة 134 ق.م.ج فقد نصت صراحة على أنه "يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة" وهو ما يستفاد منه أن خطأ متولي الرقابة مفترض افتراضا يقبل إثبات العكس.

فإذا كان الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة يتمثل في تقصيره في توجيه الخاضع للرقابة وإهماله لواجب الرقابة، فإن متولي الرقابة يستطيع التخلص من مسؤوليته بإثبات أنه قام ببذل الجهد والعناية اللازمة، أو أنه قام باتخاذ ما يلزم من تدابير واحتياطات معتادة بما يكفل منعه من الإضرار بالغير [100]ص 172

والجدير بالتنكير هنا أن واجب الرقابة هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية، ومن ثم عدم تحقق النتيجة ألا وهي "عدم الإضرار بالغير" لا يعني أن المدين لم يحم بتتنفيذ واجبه بل يكون قد وفى بالتزامه، وهو ما جعل المشرع يفترض خطأ المكلف بالرقابة افتراضا بسيطا قابلا لإثبات العكس.

فمتى لم ينجح متولي الرقابة في إثبات حسن رقابته للخاضع للرقابة أو في اتخاذ التدابير الكفيلة بمنعه من الإضرار بالغير، قامت في جانبه المسؤولية والتزم بالتعويض المضرور. [11]ص 376

#### 2.2.1.1.2.2. طرق نفي قرينة السببية

متى تعذر على متولي الرقابة نفي الخطأ المفترض، أجاز له القانون أن ينفي عن نفسه المسؤولية إذا استطاع نفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه وبين الضرر، ويكون ذلك كما يقرر نص المادة 134 في فقرتها الأخيرة "أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

وغنى عن الذكر أن المشمول بالرقابة هو شخص ذو إرادة مستقلة، ولا يمكن فرض رقابة مستمرة على تصرفاته غير المحدودة. فإذا ما صدر فعل ضار عن المشمول بالرقابة بطريقة مفاجئة، بحيث ما كان ليمنع وقوعه أي عناية أو احتياط مبذول، فإن علاقة السببية تنتفي بين الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة والضرر الناشئ عن الفعل المفاجئ للمشمول بالرقابة.

أي أن متولي الرقابة حتى يتلخص من مسؤوليته المفترضة عليه أن يثبت أن الضرر الصادر من الخاضع للرقابة كان نتيجة سبب أجنبي أو ظرف مفاجئ، وكذا قوة قاهرة لا قبل له بردها، أو خطأ شخص المتضرر في حد ذاته أو خطأ الغير. [99]ص104

والجدير بالملاحظة أن إثبات المكلف بالرقابة للسبب الأجنبي لقطع علاقة السببية بين خطئه المفترض والفعل الضار الصادر من الخاضع للرقابة من جهة والضرر الذي حدث من جهة أخرى، يترتب عليه انتفاء مسؤولية المكلف بالرقابة والخاضع لها معاً، فإذا اقتصر إثبات

السبب الأجنبي على نفي علاقة السببية بين خطأ المكلف بالرقابة والضرر فقط، فإن ذلك لا ينفي مسؤولية الخاضع للرقابة أمام المضرور فيجوز لهذا الأخير مساءلته وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الشخصي [101]ص150

وبهذا يمكننا القول بأن مسؤولية متولي الرقابة عن أفعال الأشخاص الخاضعين لرقابته تتضمن مسؤولية مفترضة يتقرر بمقتضاها افتراض الخطأ وعلاقة السببية بينه وبين الضرر أساسها القانوني هو الخطأ المفترض، طالما أنه من الجائز الإثبات العكسي بما يؤدي إلى نقض هذه القرينة، فالعبرة إذن في تحديد الأساس القانوني للمسؤولية المفترضة المستندة للخطأ أن يتاح للمسؤول أوجه الدفاع التي من شأنها التخلص من مسؤوليته سواء بإثبات انتفاء خطئه، أو انعدام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، حتى ولو استلزم المشرع لذلك إثبات السبب الأجنبي.

وهذا ما تجسد في قرار المجلس الأعلى [102]ص27 الذي جاء في حيثياته " أن مسؤولية الاب تقوم على أساس خطأ مفترض فيه، أنه أهمل مراقبة وتربية ولده، ولا تسقط هذه القرينة إلا إذا اثبت الأب أنه قام بواجب الرعاية والتوجيه - ارتكاب هتك العرض من قبل ولد قاصر مميز يثبت بصفة قطعية أهمل الاب تربية ابنه".

فمن خلال هذا القرار يتبين لنا ان القاصر قد ارتكب جريمة هتك العرض، وأن ارتكابه لهذه الجريمة يثبت بأن اباه قد فرط في واجب الرعاية و التوجيه، ومن ثمة فإن مسؤولية الأب تكون مفترضة لخطأ فيه، ولا يستطيع أن يتخلص من هذه المسؤولية إلا اذا اثبت العكس؛ أي بأنه قام بواجب الرعاية التامة.

### 2.1.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه

تعتبر مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه من أبرز صور المسؤولية عن فعل الغير، فلكي تقوم مسؤولية المتبوع ينبغي أن تقوم مسؤولية المتبوع أولاً، وهي بهذا تعد استثناء على القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية أقرها القانون لمصلحة المضرور.

ولقد تناول المشرع الجزائري هذه المسؤولية من خلال نصي المادتين 136 و 137 ق.م.ج والتي جاء نصهما كالآتي:

نصت المادة 136 ق.م.ج على ما يلي: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع." ونصت المادة 137 ق.م.ج على ما يلي: "للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً."

ويتضح من خلال نص المادة 136 ق.م.ج أن مسؤولية المتبوع تتحقق متى توافرت الشروط الآتية وهي:

-قيام رابطة التبعية بين المتبوع وتابعه.

-إحداث فعل ضار من قبل التابع.

-وجود صلة بين الفعل الضار للتابع ووظيفته.

فمتى استطاع المضرور إثبات وجود علاقة تبعية بين التابع المتسبب في الضرر والمتبوع وأن الضرر الذي لحقها هو من فعل التابع الضار، وقد حصل ذلك حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها قامت مسؤولية المتبوع، غير أن الملاحظ هنا أن المضرور غير مطالب بإثبات خطأ المتبوع خلافاً للقاعدة العامة الواردة بنص المادة 124 ق.م.ج، لهذا تعد مسؤولية المتبوع مفترضة، تفترض خطأ المتبوع لما له على التابع من سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه [46]ص162

وفي هذا الصدد تبرز أهمية دراسة قرينة الخطأ في مسؤولية المتبوع إلى جانب البحث في الأساس القانوني لهذه المسؤولية.

### 1.2.1.2.2. قرينة خطأ المتبوع

إن افتراض خطأ المتبوع يقتضي منا البحث في أساس هذا الافتراض وكذا حدوده القانونية.

### 1.1.2.1.2.2. محل افتراض خطأ المتبوع

بالرجوع إلى نص المادة 136 ق.م.ج نجد أن قرينة الخطأ تتمثل في خطأ المتبوع في الإدارة والتوجيه والرقابة على التابعين التي ينفذونها تحت سلطة المتبوع. [18]ص498  
فمتى تحققت شروط مسؤولية المتبوع الواردة نص المادة 136 ق.م.ج. افتراض تبعا لذلك غياب الرقابة والتوجيه و الإدارة، وما يؤكد هذه القرينة هو عدم مساءلة المتبوع متى وقع فعل ضار من التابع خارج نطاق الوظيفة، أو دون إذن المتبوع أو كان لمصلحة التابع الشخصية.  
إذ يقع على عاتق المتبوع التزام برقابة وتوجيه تابعيه مصدره رابطة التبعية التي تربط المتبوع بالتابع.

### 2.1.2.1.2.2. حدود افتراض خطأ المتبوع

إن قرينة افتراض خطأ المتبوع لا تكون إلا في العلاقة بين المتبوع والمضروب، بمعنى أن المتبوع أو الغير لا يصح لهما أن يحتجا بفكرة افتراض الخطأ قبل التابع بل لا بد للمتبوع أو الغير للرجوع على التابع أن يثبتا خطأ التابع، إذ نصت المادة 137 ق.م.ج: "للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما." فالمتبوع حسب نص هذه المادة عليه إثبات الخطأ الجسيم في رجوعه على التابع، فالغاية من وراء افتراض خطأ المتبوع هو التيسير على المضروب، ولذلك لا يكون الافتراض إلا في العلاقة بين المتبوع والمضروب [103]ص374

### 3.1.2.1.2.2. مدى افتراض خطأ المتبوع

إن الأثر القانوني المباشر لافتراض خطأ المتبوع هو أن المشرع أزاح عبء الإثبات عن المتضرر وأعفاه منه بهذا الافتراض بعد أن قرر النص قرينة قانونية لمصلحته، وهو بذلك لم يعد مطالبا بإثبات خطأ المتبوع بل هو مطالب بإثبات وجود علاقة تبعية بين التابع والمتبوع وأن هناك فعل ضار من قبل التابع وأن هذا الفعل له صلة بوظيفة التابع، فإذا ثبت ذلك انعقدت العلاقة السببية بين الضرر والخطأ المفترض بقوة القانون [104]ص357

و من أجل تحقيق مصلحة المضروب وضمان حقه في التعويض، قرر المشرع أن هذا الافتراض لا يجوز إثبات عكسه ويتضح ذلك من خلال نص المادة 136 ق.م.ج الذي جاء خاليا من وسائل نفي مسؤولية المتبوع.

فلقد اتبع المشرع الجزائري مسلك المشرع الفرنسي حيث لم يتناول مسألة دفع مسؤولية المتبوع لهذا كانت مسألة عدم جواز نفي قرينة خطأ المتبوع محلا لاختلاف الفقه.

إذ يذهب جانب من الفقه [105] ص 902 إلى أن سكوت المشرع عن ذكر طرق دفع مسؤولية المتبوع هو إعطاء الصبغة القطعية لهذه القرينة بحيث لا يمكن إثبات عكسها، وهو نوع من التشدد في المسؤولية أرادته المشرع لتحقيق مصلحة المضرور.

غير أن جانب آخر من الفقه [37] ص 166 ذهب إلى القول بأن حرمان المتبوع من إثبات عدم ارتكابه خطأ لا يحول دونه وإثبات عدم قيام مسؤوليته تبعا لعدم توافر شروطها، فمسؤوليته مشروطة بارتكاب تابعه فعلا ضارا أثناء الوظيفة أو بسببها أو بمناسبة فلا مانع من إثبات أن الخطأ لم يقع أثناء العمل ولا بسببه ولا بمناسبة. كما لا شيء يمنع من إثبات أن الضرر اللاحق بالمضرور هو نتيجة خطأ هذا الأخير، كما يمكن للمتبوع أن يثبت أن المضرور كان على علم بأن التابع تجاوز صلاحياته ولم يكن يعمل ضمن إطار وظيفته.

لهذا لا يصح القول بأن ليس باستطاعته المتبوع التحرر من مسؤوليته، ولكن يصح القول أنه متى أثبت المضرور شروط الواردة بالمادة 136 ق.م.ج قامت قرينة مسؤولية المتبوع ومن ثم لا يمكن للمتبوع إثبات عكسها. [18] ص 490

وخلاصة القول أن نص المادة 136 ق.م.ج أقامت على عاتق المتبوع مسؤولية حكومية دون أن تمنح له حق إزالتها، على خلاف مسؤولية متولي الرقابة، وبالرغم من ذلك للمتبوع أن يتخلص من المسؤولية الملقاة على عاتقه بإثبات السبب الأجنبي.

#### 2.2.1.2.2. الأساس الفقهي لمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه

على الرغم من أن التصنيف التقليدي لمسؤولية المتبوع عن أفعال التابعين يدخل هذه المسؤولية تحت إطار المسؤولية القائمة على افتراض الخطأ، إلا أن الأساس القانوني لافتراض هذه المسؤولية كان ولا زال محلا للخلاف فقهي.

إذا لا شك أنه ينبغي أن نميز بين قرينة المسؤولية من ناحية، وأساسها القانوني من ناحية أخرى فإذا كان الفقه قد اتفق على اعتبار مسؤولية المتبوع مسؤولية مفترضة لا تقبل إثبات العكس، فإن التساؤل لازال قائما بشأن تحديد الأساس الذي تبنى عليه هذه المسؤولية خاصة وأن النص القانوني لهذه المسؤولية لم يوضح الأساس الذي تستند إليه.

وفيما يلي نعرض لمختلف النظريات التي قيلت حول أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال التابعين، والتي انقسمت إلى قسمين، فهناك أنصار المذهب الشخصي وهناك أنصار المذهب الموضوعي.

#### 1.2.2.1.2.2. أساس مسؤولية المتبوع حسب أنصار المذهب الشخصي

أنصار المذهب الشخصي أقاموا مسؤولية المتبوع على أساس الخطأ المفترض، والنيابة والحلول.

-نظرية الخطأ المفترض

تعتبر نظرية الخطأ المفترض من أولى النظريات التي لجأ إليها الفقهاء لإيجاد أساس قانوني لمسؤولية المتبوع، إذ يقيم أنصار هذه النظرية مسؤولية المتبوع على الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس.

وأن أساس هذا الافتراض في جانب المتبوع يكمن في سوء اختياره لتابعه أو تقصيره في رقابته وتوجيهه. [106]ص 119

فالتابع إذا ارتكب خطأ كان المتبوع مسؤولاً عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه في جانب المتبوع، حتى ولو أحسن المتبوع اختيار التابع ولم يقصر في رقابته وتوجيهه، فإنه وحسب أنصار هذه النظرية مجرد وقوع الخطأ من التابع فإنه يفترض تبعاً لذلك إهمال المتبوع في اختياره، فضلاً عن تقصيره في رقابته وتوجيهه. ولا يقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر. [07]ص 931  
إلا أن هذه النظرية تعرضت للعديد من الانتقادات أهمها:

-لو كانت مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه أساسها افتراض الخطأ افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، لأستطاع المتبوع أن يتخلص من المسؤولية بنفي علاقة السببية بين خطأه المفترض والضرر الذي حصل. وهذا الأمر لا يجيزه الفقه والقضاء. [48]ص 370

فالمتبوع له أن ينفي علاقة السببية بين الضرر الذي وقع وخطأ التابع لا خطأه هو فيتخلص من المسؤولية، ولكن لا عن طريق أنه غير مسؤول عن تابعه بل عن طريق أن التابع نفسه غير مسؤول، لأن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا إذا قامت مسؤولية التابع أولاً. [107]ص 196

-لو كان أساس مسؤولية المتبوع هو فكرة الخطأ المفترض لوجب استبعاد هذه المسؤولية عن المتبوع إذا كان غير مميز، إذا لا يتصور ارتكاب الخطأ من قبل غير المميز فكيف يمكن افتراض الخطأ في جانبه. وهو ما لم يسلم به أنصار هذه النظرية إذ أن الرأي المعتبر لديهم أن انعدام التمييز لدى المتبوع لا يمنع من مساءلته وأن نائبه كالولي أو الوصي أو القيم يقوم مقامه في الرقابة على التابع وفي توجيهه.

-إن القول بان أساس مسؤولية المتبوع يكمن في افتراض خطأ المتبوع نتيجة إساءته لاختيار تابعه، لأستطاع المتبوع أن ينفي مسؤوليته إذا كان التابع مفروضاً عليه ولم تتح له فرصة اختياره [108]ص 36. إلا أن هذا الاستنتاج لا يتوافق مع ما ذهب إليه أنصار هذه النظرية لان مسؤولية المتبوع في نظرهم تقوم قانوناً حتى في الحالات التي لا يكون المتبوع فيها حرة في اختيار التابع.

مما يعني أن أساس المساءلة ليس هو ذلك الخطأ المفترض، وإنما يكمن في قيام رابطة التبعية ذاتها [109]ص 115

-إن إقامة مسؤولية المتبوع على الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس، يعني في حقيقة

الأمر إقامة المسؤولية بدون خطأ إذ تقوم المسؤولية من الناحية القانونية بغض النظر عن ارتكاب هذا التابع فعلا ضارا أو عدم ارتكابه لمثل هذا الفعل. [97]ص 431

لهذا يرى جانب من الفقه أن الخطأ المفترض لا يعتبر في الأصل خطأ، فإذا فرض القانون الخطأ على شخص ما دون أن يسمح له بنفيه فإنه ينشئ بذلك التزام على عاتق ذلك الشخص، أي أن هذا الافتراض ما هو إلا إجراء صوري استخدم لتوضيح ذلك الالتزام التقصيري الذي فرض على الشخص فرضا غير قابل لإثبات العكس.

وهو ما يجعل مسؤولية المتبوع أقرب إلى المسؤولية الموضوعية [106]ص 120

-إن مساءلة الشخص بناء على القاعدة العامة تقتضي وجود صلة أو رابطة سببية بين الخطأ المباشر والضرر الذي يلحق بالغير، أما خطأ المتبوع فهو خطأ غير مباشر لذلك الضرر فكيف نترك إقامة المسؤولية على الخطأ المباشر ونؤسسها على خطأ آخر معدم الصلة بالضرر الذي أصاب الغير.

#### -نظرية النيابة

يرى أنصار هذه النظرية أن الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع يظهر في فكرة النيابة، على اعتبار أن التابع يعتبر نائبا عن المتبوع في تأدية أعماله، وهو ما يترتب عليه أن خطأ التابع هو في ذات الوقت خطأ المتبوع وبالتالي فإن المتبوع يساءل عما يقع من تابعه من أفعال ضارة باعتبار أنها وقعة منه شخصيا [110]ص 279

ومن مميزات نظرية النيابة أن قرينة المسؤولية التي تقع على عاتق المتبوع غير قابلة لإثبات العكس طالما أصبح خطأ التابع هو خطأ المتبوع، الأمر الذي لا يتصور معه أنه يمكن إعفاؤه إذا أقام المضرور الدليل على خطأ التابع [111]ص 237

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد لأنها عاجزة عن إعطاء التفسير السليم لأساس مسؤولية المتبوع ومن أهم الانتقادات التي وجهت إليها نذكر:

-أن النيابة لا تكون إلا في التصرفات والأعمال القانونية، في حين أن الأعمال التي تسند إلى التابع هي أعمال مادية. ولذلك لا يمكن اعتبار الشخص نائبا عن غيره في ارتكاب أفعال ضارة. [112]ص 93

-يتساءل البعض عن كيفية تبرير حق المضرور بالرجوع على التابع إذا اعتبرنا هذا الأخير نائبا له فحسب، فالنيابة تقتضي رجوع المضرور على المنيب وبالتالي فإنه كان يتعين على المضرور أن يسقط من اعتباره أفعال التابع ناظرا إلى المتبوع فحسب، بينما في الواقع رجوع ذلك المضرور على التابع أمر قد انعقد عليه

إجماع الفقهاء [110]ص 278

-إن الرأي الذي يؤسس مسؤولية المتبوع على فكرة النيابة يقوم على مجرد حيلة قانونية لا أساس لها من الواقع فهي تعتبر وصفية أكثر منها تحليلية بالنسبة لتفسير أساس هذه المسؤولية.

فهذه النظرية تصف أساس مسؤولية المتبوع بفكرة النيابة من غير تحليل فكرة النيابة وبيان الأساس القانوني الذي تركز عليه. [105]ص 46

### -نظرية الحلول

ذهب جانب آخر من الفقه إلى تأسيس مسؤولية المتبوع على فكرة الحلول أي أن التابع يحل محل المتبوع في القيام بالأعمال التي عهد بها إليه. [113]ص 650  
 فيعد التابع بمثابة امتداد لشخصية المتبوع بحيث إذا ارتكب التابع خطأ أو فعلا ضارا فكأنما المتبوع هو الذي ارتكب هذا الخطأ أو الفعل الضار. [112]ص 94  
 وقد تعرضت هذه النظرية هي الأخرى إلى النقد ومن أهم تلك الانتقادات:  
 -مما يعاب على هذه النظرية أنها تقوم على مجرد افتراض ينافي الواقع، فلا يمكن نسبة الخطأ إلا إلى الشخص الذي وقع منه [106]ص 124  
 -كما يؤخذ على نظرية الحلول أنها لا تصلح أساسا لمسؤولية المتبوع لأنها عاجزة عن تبرير حق المتبوع في رجوعه على التابع، فكيف يمكن اعتبار التابع والمتبوع شخصا واحدا مع تمكين المضرور من الرجوع على أيهما. [07]ص 483  
 -كما أنها تبقى عاجزة عن تبرير فكرة عدم نفي الخطأ المفترض في جانب المتبوع، فكيف يمكن القول أن شخصية التابع تختلط مع شخصية المتبوع بحيث تعتبر شخصية واحدة ولا يجيز القانون للمتبوع أن ينفي الخطأ عن نفسه [52]ص 285

### 2.2.2.1.2.2. أساس مسؤولية المتبوع حسب أنصار المذهب الموضوعي

### -نظرية تحمل التبعة

تقوم هذه النظرية على أساس تحمل التبعة من جانب المتبوع مقابل ما يستفيد من نشاط تابعه إذ عليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط تأسيسا على قاعدة الغرم بالغنم [112]ص 89  
 ويذهب أنصار هذه النظرية إلى أنها وبالإضافة إلى مبرراتها العملية تتفادى الانتقادات التي وجهت إلى نظريات المذهب الشخصي، وبالأخص نظرية الخطأ المفترض، ذلك أن تحمل الضرر بسبب إنشاء المخاطر أو بسبب ما يتحقق منها من منفعة لا يتعلق بافتراض يثور بشأنه خلاف حول مدى إمكان إثبات العكس من عدمه [109]ص 129  
 كذلك فإن نظرية تحمل التبعة تجعل المتبوع مسؤولا ولو كان غير مميز فهذا الأخير إذا كان لا يجوز قيام مسؤولية على الخطأ؛ فإنه يجوز قيامها على أساس تحمل التبعة. [108]ص 32  
 وقد انتقدت نظرية تحمل التبعة من عدة نواحي منها:

-لو صح أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه تقوم على تحمل التبعة ،لما أجاز للمتبوع أن يرجع على تابعه بما دفع من تعويض[106]ص124  
مع أن القانون ينص على حق المتبوع في الرجوع على تابعه بموجب المادة 137 ق.م.ج بنصها: "للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً".  
-إن القانون يبني فكرة المسؤولية على السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه وليس على أساس فكرة المنفعة.[114]ص163

### -نظرية الضمان

يرى بعض الفقه أن مسؤولية المتبوع تستند إلى فكرة الضمان، ومفاد هذه النظرية التي تقدم بها ستارك أن كل عمل ضار ينشأ عنه حقان متعارضان، الأول يتمثل في حق فاعل الضرر أن يقوم بنشاطه، والثاني يتمثل في حق المضرور في سلامته المادية والأدبية.[46]ص172  
فإذا كان حق المدعي عليه يفوق حق المضرور فلا يكون هناك مجال للتعويض، أما إذا فاق حق المضرور حق المدعي عليه فإنه يكون في حاجة إلى تعويض دون البحث عن سلوك الشخص المسؤول.[105]ص51  
ويرى ستارك أن أساس المسؤولية عامة هو أن الإنسان يسأل عن كل ما ينشأ عن نشاطه من ضرر ينزل بجسم المضرور أو بأمواله العادية. والمتبوع قد يمارس نشاطه إما بواسطة التابع أو بواسطة الشيء، وبما أن أحدا لم يقل أن مسؤولية الإنسان عن فعل الشيء هي مسؤولية غير مباشرة عن خطأ الشيء فالأمر كذلك في مسؤولية المتبوع حين يمارس نشاطه بواسطة التابع فهي مسؤولية مباشرة لا مسؤولية عن الغير[115]ص108

ومن خلال فكرة الضمان فإن القضاء الحديث لازال يحاول تبرير مسؤولية المتبوع. فبعض القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي تنص صراحة على أن الهدف الأساسي من المادة 1384 ق.م.ف هو ضمان إعسار التابع[114]ص171  
ويترتب على هذا الأساس القانوني أن المتبوع يتحمل التعويض بصفة مؤقتة لأن المسؤول الحقيقي هو التابع وهو الذي يتحمل التعويض في نهاية الأمر[106]ص125، إذ يكون للمتبوع حق الرجوع على التابع حسب المادة 137 ق.م.ج لاسترداد ما دفعه من تعويض للضحية.  
وقد تعرضت نظرية الضمان إلى النقد الآتي:

-تقدم فكرة الضمان وصفا لأحكام مسؤولية المتبوع دون أن تفسر لنا لماذا يتحمل المتبوع عبء الرجوع عليه من قبل المضرور ،مما يجعل مصدر هذا الضمان مجرد تصور لا أساس له من الواقع.[108]ص84  
-إن نظام الضمان مقرر في الأصل لمصلحة المدين أكثر من مصلحة الدائن ،بينما مسؤولية المتبوع تقرضها مصلحة المضرور وهو في مركز الدائن. [112]ص32

حاول بعض الفقهاء تبرير مسؤولية المتبوع استنادا إلى فكرة الكفالة. فالمتبوع في نظرهم يكفل التابع فيما يرتكبه من أفعال ضارة، مادام للمتبوع سلطة الرقابة والتوجيه على التابع [106] ص 126، ومادام الفعل الضار الذي قد ارتكب من التابع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها. فالمتبوع في هذه الحالة يكون له حق التجريد، فيجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع [14] ص 1047 والكفالة هنا مصدرها القانون لا الاتفاق. [31] ص 353

إذا رجع المضرور على تابعه حسب المادة 137 ق.م.ج فإن المتبوع مسؤول عن التابع لا مسؤول معه، فهو ضامن له فيما يخص الوفاء بالتعويضات التي يتحملها بسبب الأضرار التي ألحقها بالغير [46] ص 174

وقد تعرضت نظرية الكفالة إلى النقد الآتي:

-إن الكفالة مصدرها العقد وليس القانون. كما أن فكرة الكفالة تستند إلى إعتبرات مختلفة ومتميزة تماما عن تلك التي تبرر مسؤولية المتبوع. [116] ص 106  
-أنها مجرد حيلة قانونية لا أساس لها من الواقع.

تلك هي أهم النظريات التي قيلت في أساس مسؤولية المتبوع عن فعل التابع والتي تعرضنا لها بشكل موجز، وتبين لنا من خلال هذه النظريات أن أيا منها لم يسلم من النقد وبقي الأمر مدار خلاف بين الفقهاء حول أساس مسؤولية المتبوع.

ومع هذا فإن فقهاء القانون الجزائري [37+46+105] ص 193 يميلون إلى الأخذ بنظرية تحمل التبعة كأساس لمسؤولية المتبوع على الرغم من تعارض هذه النظرية مع حق رجوع المتبوع على التابع (المادة 137 من ق.م.ج) لعدة إعتبرات أهمها:

-إن المشرع حسب نص المادة 136 ق.م.ج لم يشترط الخطأ في جانب التابع بل اشترط الفعل الضار وهي دلالة واضحة على أن مسؤولية المتبوع موضوعية تقوم على الضرر لا على الخطأ.  
-إن مصلحة المتبوع هي المعيار الذي ينبغي أن يؤخذ بعين الإعتبار عند إلقاء المسؤولية على عاتقه أو نفي المسؤولية عنه.

-إن تقييد حق رجوع المتبوع على التابع بارتكاب هذا الأخير خطأ جسيما، هو جعل التابع أكثر حرصا وأكثر يقظة بتحميله المسؤولية عند مباشرة عمله. وليس تحويل المسؤولية من المتبوع إلى التابع. وبهذا يتضح لنا أن الخطأ وإن كان مقترضا في جانب المتبوع إلا أنه ليس أساسا لمسؤولية المتبوع، فهذه المسؤولية هي مسؤولية موضوعية تجد أساسها في نظرية تحمل التبعة.

### 2.2.2. دور الخطأ في المسؤولية الناشئة عن الشيء

لقد تناول المشرع الجزائري المسؤولية الناشئة عن الأشياء من خلال المواد 138 الى 140 مكرر من ق.م.ج، حيث عالج مسؤولية حارس الشيء في المادة 138 ق.م.ج، ومسؤولية حارس الحيوان في المادة 139 ق.م.ج، ومسؤولية حائز العقار والمنقول الذي يحدث فيه حريق في الفقرة الأولى من المادة 140 ومسؤولية المالك عن تدهم البناء في الفقرة الثانية من المادة، بينما تعرض إلى مسؤولية المنتج في المادة 140 مكرر.

ورغم عمومية نص المادة 138 ق.م.ج إلا أن المشرع ميز بين حالات المسؤولية عن الشيء وجعل لكل مسؤولية منها نص خاص، ولعل السبب وراء هذا هو تأثيره العميق بالتقنين المدني الفرنسي، إذ أن هذا الأخير لم يعالج بنص صريح وواضح المسؤولية عن الأشياء غير الحية و اعتبر أن نص المادة 1/1384 هو تمهيد للنصين التاليين لها وهما المادتين 1385 و 1386 و اللتان تتناولان على التوالي المسؤولية عن فعل الحيوان ومسؤولية مالك البناء عند تدهمه.

وفيما يلي نعرض لدراسة دور الخطأ في تحديد أساس كل نوع من هذه المسؤوليات على النحو

الآتي:

### 1.2.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية حارس الشيء

لقد تناول المشرع الجزائري مسؤولية حارس الشيء من خلال نص المادة 138 ق.م.ج والتي جاء نصها كالآتي:

"كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.

ويعفي من هذه المسؤولية، الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة."

فمن خلال استقراء هذه المادة يتضح لنا أن نظام مسؤولية حارس الأشياء غير الحية هو نظام مستقل عن نظام المسؤولية عن العمل الشخصي طبقاً للمادة 124 ق.م.ج التي تقوم على خطأ واجب الإثبات.

كما يتضح لنا من المادة 138 ق.م.ج أنها عينت الشخص المسؤول، وقررت أنه كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، كما بينت شروط هذه المسؤولية وهي وقوع ضرر من شيء محل للحراسة، ونصت على وسائل دفع المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي.

ولكنها لم توضح الأساس القانوني لهذه المسؤولية. وبما أن القانون المدني الجزائري لم يرفق بمذكرة إيضاحية ولا أعمال تحضيرية كان علينا الرجوع إلى القانون الفرنسي، وخاصة الفقه الفرنسي وما قدمه

من اقتراحات ونظريات حول أساس مسؤولية حارس الشيء. ثم نعرض لموقف الفقه والقضاء الجزائري من أساس هذه المسؤولية.

#### 1.1.2.2.2. الاقتراحات الفقهية والقضائية حول أساس مسؤولية حارس الشيء

لقد حظيت مسألة أساس مسؤولية حارس الأشياء غير الحية عناية فائقة من قبل الفقه والقضاء الفرنسي، إذ تعددت الحلول لحسم الخلاف الفقهي حول أساس هذه المسؤولية. وذلك منذ اكتشاف الفقرة الأولى من المادة 1384 ق.م.ف. ويمكن رد هذه الحلول إلى اتجاهين أساسيين أحدهما يميل إلى جهة المتضرر فيستقي من فكرة ضمان حقه في التعويض عن ضرره الأساس القانوني للمسؤولية التي تترتب على من يلزم بهذا التعويض وهو ما يسمى بالنظريات الموضوعية والاتجاه الثاني يعرض لوضع المسؤول عن الضرر في سلوكه أو نشاطه ليستخرج من هذا العرض تفسيراً للتبعة التي تتحقق على صاحب هذا السلوك أو النشاط وهو ما يسمى بالنظريات الشخصية.

#### 1.1.1.2.2.2. النظريات الشخصية كأساس للمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية

إن أنصار النظرية الشخصية يرون بأن أساس المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية يقوم على فكرة الخطأ المفترضاً كان أو ثابتاً. ويرون أن الفقرة الأولى من المادة 1/1384 ق.م.ف لا تعتبر قاعدة موضوعية ولكنها تعتبر قاعدة إثبات جاءت لصالح المتضرر، إذ ينقلب عبء الإثبات من المتضرر إلى الحارس بدلاً من أن يبقى عبء الإثبات على المتضرر طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية التي تلزم المتضرر بإثبات خطأ المسؤول [117] ص 113

#### -نظرية الخطأ المفترض-

يرى أنصار هذه النظرية أن إخضاع الأضرار الناشئة عن حراسة الأشياء للقواعد العامة يثقل كاهل المضرور، فهو مطالب بتقديم الدليل على خطأ الحارس بإثبات أنه لم يتخذ التدابير اللازمة لمنع وقوع الضرر. ولا شك أن عبء الدليل هذا يرهق المضرور ومما يؤدي إلى فقدانه لحقه في التعويض.

لذلك ذهب الفقه والقضاء إلى افتراض خطأ الحارس، فإذا وقع ضرر من الشيء اعتبر حارسه

مسؤولاً لافتراض خطئه. [118] ص 354

وقد ظهر أول تطبيق لنظرية الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية حارس الشيء استناداً إلى نص المادة 1/1384 ق.م.ف في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية عام 1896 بشأن مسؤولية هيئة السكك الحديدية عن حادثة ناجمة عن انفجار إحدى القاطرات البخارية وما تترتب عن تلك الحادثة وتسببها في وفاة أحد العمال. وبعد صدور هذا الحكم تواترت أحكام القضاء الفرنسي على اعتبار خطأ الحارس

المفترض في رقابة الشيء وتوجيهه الأساس القانوني لمسؤولية حارس الشيء التي ورد بها نص المادة  
1384 ق.م.ف[109]ص151

غير أن القضاء الفرنسي وفي مرحلته الأولى كان يقيم المسؤولية على الخطأ المفترض القابل  
لإثبات العكس، أي أن الحارس كان يستطيع التخلص من مسؤوليته بإثبات اتخاذه جميع الاحتياطات اللازمة  
لمنع الشيء من الإضرار بالغير. ثم تحول عن هذا الموقف، واعتبر قرينة الخطأ القائمة في مواجهة الحارس  
هي قرينة قاطعة وليست بسيطة، بحيث لا يستطيع الحارس دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي والذي  
يتمثل في إثبات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ المضرور أو خطأ الغير[119]ص376  
غير أن فكرة الخطأ المفترض وجهت إليها عدة انتقادات نوجزها فيما يلي:

-إن وصف قرينة قانونية ما بأنها قاطعة أو بسيطة هو من اختصاص المشرع وليس القاضي، والمشرع لم  
يمنح لقرينة الخطأ المفترض هذا الوصف.

-إن فكرة افتراض خطأ الحارس لا تستقيم مع ما ذهب إليه القضاء من أن حارس الأشياء لا يقبل منه دفع  
مسؤوليته بإثبات عدم خطئه، فلو كان أساس المسؤولية عن حراسة الأشياء هو الخطأ لسمح للحارس بأن  
ينفي عن نفسه هذا الخطأ، ويقول الدكتور شنب في هذا الصدد "إن افتراض الخطأ بصفة قطعية ما هو إلا  
حيلة لجأ إليها الفقه والقضاء الفرنسي للإبقاء على الخطأ كأساس للمسؤولية عن الأشياء رغم أن هذه  
المسؤولية لا تركز مطلقاً على وقوع الخطأ من الحارس." [91]ص270

3-إن القول بوجود قرينة قاطعة على خطأ حارس الأشياء وفق نص المادة 1/1384 ق.م.ف المقابلة للمادة  
138 ق.م.ج هو قول غير وجيه، لأن التسليم بذلك يتعارض مع نص المادة 1/1352 ق.م.ف المقابلة  
للمادة 337 ق.م.ج، والتي تقرر أن القرائن القانونية هي قرائن بسيطة كقاعدة عامة ولا تكون قاطعة إلا  
بنص صريح، ولا وجود لأي نص يقرر قطعية القرينة في المسؤولية عن الأشياء لا في القانون الفرنسي  
ولا في القانون الجزائري[120]ص205.

-توجد حالات ينعدم فيها خطأ الحارس بتاتا ومع ذلك يسأل الحارس ولا يعفى من المسؤولية، كما إذا كان  
الحادث يرجع إلى شيء معيب ذاتيا وغير معلوم من الحارس، ولم يكن في استطاعته أن يعلمه ومع ذلك  
يكون الحارس مسؤولاً مع انتفاء الخطأ. [121]ص200-201

وأمام هذه الانتقادات التي وجهت إلى نظرية الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية عن الأشياء حاول  
أنصار نظرية الخطأ المفترض إيجاد صيغة أخرى يدافعون بها عن نظريتهم فكانت نظرية الخطأ في  
الحراسة.

-نظرية الخطأ في الحراسة

في ضوء الانتقادات التي وجهت إلى نظرية افتراض خطأ حارس الشيء في رقابته، توجه أنصار المسؤولية الشخصية إلى التوفيق بين مقتضيات ركن الخطأ وبين القواعد العامة لنظام الإثبات، والى أن خطأ حارس الشيء ليس بخطأ في رقابة الشيء محل الحراسة، وإنما هو الخطأ في الحراسة [109] ص 153

ويقصد بالخطأ في الحراسة أن حارس الشيء ملتزم بتحقيق نتيجة معينة وهي ألا يلحق الشيء الذي تحت حراسته أي ضرر بالغير، فهو مطالب بأن يراقب الشيء، وأن لا يترك زمامه يفلت من يده [80] ص 112

وعلى ذلك فإن حدوث الضرر بسبب الشيء محل الحراسة ينبني بذاته عن ثبوت خطأ الحارس، إذ أن حدوث الضرر يعني أن الشيء قد أفلت من سيطرة الحارس ومن رقابته، وهو ما يعني أن المضرور لا يكلف بإثبات خطأ الحارس أو تقصيره بل يكفي إثباته لصفة الحراسة وأن الضرر وقع بفعل الشيء محل الحراسة.

وقد تبنى قرار محكمة النقض الفرنسية في ماي 1944 هذه النظرية بقوله أن قرينة المسؤولية قائمة على أساس الالتزام بالحراسة. وهكذا أدخل الاجتهاد القضائي الفرنسي لأول مرة نظرية "قرينة المسؤولية" بدلا من "قرينة الخطأ". [119] ص 378

أما الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية فهي عديدة منها:

-إن نظرية الخطأ في الحراسة تخلط بين الخطأ والضرر حينما تقول أنه بمجرد حدوث الضرر يثبت الخطأ فعلا، مع أن هناك فرقا بين الخطأ والضرر وهما ركنان متميزان في المسؤولية. [22] ص 81  
-إن الالتزام المفروض على الحارس بمقتضى أحكام هذه النظرية والمتمثل في منع الشيء محل الحراسة من الإضرار بالغير، هو التزام مبالغ فيه من الناحية العملية، ذلك أن الالتزام بمنع الشيء من الإفلات من رقابة حارسه لا يمكن الوفاء به دائما، فقد يصادف في بعض الأحيان رغم كل الإحتياطات التي يقوم بها الحارس أن الشيء يحدث ضررا بالغير [117] ص 118

وعليه فمن غير الممكن اعتبار إفلات الشيء من رقابة حارسه المادية خطأ مادام الحارس لا يمكنه تجنب الحادث بأي حال من الأحوال، وكذلك أي شخص آخر وجد في مركزه وظروفه ذاتها. [80] ص 116  
-كما يعاب على نظرية الخطأ في الحراسة أنها تقرر أن كل مخالفة للالتزام بالحراسة تكون خطأ دونما فحص لمسلك الحارس، وفي ذلك أخذ بالعنصر المادي فقط لمخالفة الالتزام وإغفال لعنصره الأدبي. [120] ص 208

-إن استبدال "قرينة الخطأ" بقرينة المسؤولية أو المسؤولية المفترضة انتقده بعضهم بأنه بداية من النتيجة التي تبنى عليها المسؤولية.

فالمفروض هو البحث عن الشروط التي تتحقق بها هذه المسؤولية أولاً خاصة وأنها لم توضح الوسيلة التي بواسطتها يمكننا إضفاء صفة الخطأ على فعل معين [80]ص119

#### 2.1.1.2.2.2. النظريات الموضوعية كأساس للمسؤولية عن الأشياء غير الحية

يرى أنصار النظرية الموضوعية أن فكرة الخطأ التي يعتنقها أنصار النظرية الشخصية لا تقدم أية حماية للمتضرر، خاصة أمام التطور الصناعي وكثرة الحوادث التي جعلت الفقه يعيد النظر في قواعد المسؤولية بالتخلي عن فكرة الخطأ، وإقامة المسؤولية على أساس الضرر. وأهم النظريات الموضوعية التي قدمت كأساس لمسؤولية حارس الشيء هي: نظرية تحمل التبعة ونظرية الضمان.

#### -نظرية تحمل التبعة-

وجد أنصار نظرية تحمل التبعة أن المسؤولية عن فعل الأشياء تعتبر الحالة التطبيقية الأساسية لهذه النظرية. سواء تعلق الأمر بفكرة المخاطر المستحدثة أو بفكرة المخاطر فإن كليهما تستتبعان إلقاء المسؤولية على عاتق الحارس. [08]ص392

فهذا الأخير يكون مسؤولاً من ناحية عن الأضرار الناجمة عن الأشياء التي توجد في حراسته بالنظر إلى أن هذا الشيء قد يكون مستخدماً في نشاط يعود عليه بمنفعة اقتصادية (تحمل التبعة مقابل المنفعة)، أو لأن وجود الشيء تحت سيطرته هو السبب في استحداث المخاطر التي يترتب عنها الإضرار بالغير (نظرية المخاطر المستحدثة) [122]ص226

ولقد استند أنصار هذه النظرية إلى نص الفقرة الأولى من المادة 1/1384 ق.م.ف والتي ورد بنصها مسؤولية الشخص عن فعل الأشياء التي يقوم بحراستها دونما إشارة إلى تطلب توفر الخطأ لقيام هذه المسؤولية [121]ص160-161

وعلى ذلك تقوم المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية بمجرد تحقق ضرر بفعل شيء ما ووجود رابطة سببية بين هذا الضرر وفعل الشيء، فلا يلزم المضرور بإقامة الدليل على خطأ حارس الشيء الذي تقوم مسؤوليته متى تسبب الشيء الواقع تحت حراسته في حدوث ضرر ما. [120]ص212

ولا يستطيع حارس الشيء أن يدفع مسؤوليته وفقاً لأحكام هذه النظرية بالسبب الأجنبي وإنما بخطأ المضرور أو خطأ الغير. كما لا يستطيع دفعها بوجود عيب أو خلل في ذات الشيء الذي نشأ عنه الضرر، لأن وجود هذا العيب أو الخلل من أولى المخاطر المتصور انطواء الشيء عليها وبالتالي تحمل التبعة عنها، كما لا يستطيع دفع المسؤولية إذا كان الضرر قد نشأ عن الشيء وهو تحت يد أحد من تابعيه أو ممن له عليهم واجب الرقابة. [123]ص370

ولقد وجهت لنظرية تحمل التبعة عدة انتقادات أهمها:

-إن هذه النظرية لا تشمل بتطبيقها كل المسؤولين ،فالحارس هو من له السيطرة الفعلية على الشيء وليس من الضروري أن يكون هو المنتفع دائما ،في حين أن النظرية تشترط انتفاع المستعمل من الشيء لتحمل التبعة عن الضرر الناجم عن نشاطه.

-استبعدت هذه النظرية الخطأ باعتباره ركنا في المسؤولية ،إلا أنها استبدلت صعوبة بأخرى فهي تعتمد أساسا على التسبب في إحداث الضرر وهذا يقود إلى صعوبة كبرى لتعدد الأسباب التي تساهم في وقوع الحادث لأن الضرر لا يحدث إلا نتيجة عوامل عديدة تظافرت على إحداثه .

### -نظرية الضمان

إلى جانب نظرية تحمل التبعة هناك أيضا نظرية الضمان التي تنسب إلى الفقيه ستارك.ومؤدى هذه النظرية أن المسؤولية عن الأشياء غير الحية تقوم على أساس الضمان لا على أساس الخطأ. إذ يرى ستارك أن المسؤولية بكل أنواعها تقوم على أساس فكرة الضمان ،فالعبرة لديه أن يكون الفعل ماسا بحق المرء في سلامته، أو في ماله حتى تتوجب الضمانة لصالح المتضرر بغض النظر عما إذا كان النشاط الذي أحدث الضرر هو في ذاته وبصفة عامة نشاطا مشروعاً أو غير مشروع. فالملاحظ أن نظرية الضمان تركز على نتائج أفعال الأشخاص و ليس على الشخص أو طبيعة سلوكه، فالإنسان في ظل نظرية الضمان يضمن الضرر الذي يحصل للغير، سواء حصل الضرر بفعل صدر عنه أو بدور الشيء تحت حراسته ،وعلى ذلك فإن هذه النظرية توجب مساءلة عديم التمييز مدنيا إذا أتى سلوكا ضارا بالغير ،وكل من سلك سلوكا ضمن القوانين والأنظمة فإنه يكون ضامنا مدنيا لأي ضرر يحصل للغير بفعل سلوكه هذا.

فصاحب المصنع المرخص قانونيا يظل مسؤولا عن الضرر الذي يصيب الغير بفعل نشاطه الصناعي مع العلم أن نشاطه هذا مشروع قانونا، فنظرية الضمان توسع من المسؤولية المدنية[120]ص220

وقد تعرضت نظرية الضمان إلى انتقادات عديدة أهمها:

-إن نظرية الضمان ما هي إلا صورة من صور تحمل التبعة ،فهي لا تقيم المسؤولية على أية شروط بل يكفي فيها حدوث ضرر من فعل الشيء.

-إن نظرية الضمان التي جاء بها ستارك تميز بين الأضرار الجسدية والتي تصيب الممتلكات، وبين الأضرار الأدبية بغير سند من القانون أو من أحكام القضاء.

فمن الثابت أن الضرر الذي يصيب الأشخاص من جراء فعل الشيء قد يكون ضررا معنويا

بالإضافة إلى الإصابات الجسدية وإتلاف الممتلكات. [22]ص92

وهكذا يظهر لنا مما تقدم أن كل النظريات التي قيلت في أساس المسؤولية عن فعل الأشياء سواء منها النظرية الشخصية أو النظرية الموضوعية هي نظريات فلسفية لم تسلم من النقد، ولم تصلح أي واحدة منها لأن تكون أساسا سليما للمسؤولية لذلك ذهب الفقيه "راساه" إلى القول "أن المسؤولية عن فعل الأشياء هي من خلق القضاء فهو الذي ابتكرها وطورها بحسب الظروف ووفقا لتطور الأحداث وقد تجنب القضاء توضيح أساسها القانوني..." [124] ص 159

#### 2.1.2.2.2. أساس مسؤولية حارس الشيء وفقا لنص المادة 138 ق.م.ج

ليس من السهل معرفة الأساس القانوني الذي تبناه المشرع الجزائري في المسؤولية عن الأشياء نظرا لعدم ذكره في النص القانوني، ويجب أن يستشف من خلال استقراء نص المادة 138 ق.م.ج. كما أن أحكام وقرارات القضاء الجزائري في تطبيقاته عرفت اختلافا حول تأسيس هذه المسؤولية، ولكن في الحقيقة فإن أساس مسؤولية عن الأشياء طبقا للمادة 138 ق.م.ج لا يخرج عن إحدى الحالات التي تقدم بها الفقه والقضاء الفرنسي، خاصة وأن المشرع الجزائري أخذ بعين الاعتبار أحدث الأحكام التي توصل إليها القضاء الفرنسي في هذا الخصوص.

وفيما يلي نعرض لموقف الفقه والقضاء الجزائري من أساس مسؤولية حارس الشيء طبقا لنص المادة 138 ق.م.ج.

#### 1.2.1.2.2.2. موقف الفقه

انطلاقا من نص المادة 138 ق.م.ج فقد ذهب أغلب فقهاء [42+120+46] ص 355 القانون الجزائري أن أساس مسؤولية حارس الشيء هو الخطأ الثابت في جانب الحارس، أي أن المشرع افترض مسؤولية حارس الشيء متى استطاع المضرور إثبات أن الضرر اللاحق به هو من فعل الشيء وأن هذا الشيء هو محل لحراسة من قبل الحارس المسؤول.

فما محل هذه القرينة وما هي قوتها القانونية؟

تقتضى المسؤولية عن حراسة الأشياء الخطأ في الحراسة وهذا الخطأ هو إفلات زمام الشيء من يد حارسه مادامت يده عليه، وما دامت صفة الحارس توليه حراسة الشيء أي إدارته ومراقبته والإشراف عليه والقدرة على التصرف بأمره. [36] ص 278-279

فمتى كان الحارس قابضا على زمام الشيء فكل ضرر يحدث يعتبر من فعله لا من فعل الشيء ولا يكون مسؤولا في هذه الحالة إلا إذا ثبت الخطأ في جانبه، أما إذا افلت الشيء من سيطرة الحارس وخرج زمامه من يده وحدث ضررا، وكان الضرر من فعل الشيء لا من فعل الحارس كان هذا الأخير مسؤولا بمقتضى الخطأ المفترض، ذلك أن مجرد حدوث الضرر بفعل الشيء يدل على تقصير حارسه في حراسته.

والملاحظ هنا أن الحراسة تفرض على حارس الشيء التزاما بتحقيق غاية لا التزاما ببذل عناية، فمتى وقع الضرر بفعل الشيء فإن هذا يعني أن الغاية لم تتحقق وبذلك يكون الخطأ قد قام فلا يرد عليه إثبات عدم قيامه [119]ص263

أما عن قوة هذه القرينة، فهي قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس افترضها المشرع لمصلحة المضرور، وهو بذلك لم يعد مطالباً بإثبات خطأ الحارس بل هو مطالب بإثبات أن المدعي عليه هو الحارس وأن الشيء الذي يحرسه قد تدخل إيجاباً في إحداث الضرر، فإذا ثبت ذلك انعقدت العلاقة السببية بين الضرر والخطأ المفترض بقوة القانون. [46]ص230

فحسب نص المادة 138 ق.م.ج فإن المشرع الجزائري وتحقيقاً للمصلحة التي أرادها قرر أن هذا الافتراض لا يجوز إثبات عكسه وإنما يجوز نفي المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي. كما أن المشرع حينما اعتبر خطأ حارس الشيء مفترضاً بمجرد وقوع الضرر نتيجة لفعل هذا الشيء لم يخرج عن الأصل العام، وإنما اعتبر أن الدليل على خطأ حارس الشيء قائم بمجرد وقوع الضرر من هذا الشيء، لهذا ألقى المتضرر من إثبات ركن الخطأ الذي اعتبره ثابتاً والثابت لا يحتاج إلى إثبات. وهذا الافتراض لا يشمل الخطأ فقط بل يشمل إلى جانب ذلك علاقة السببية، فمتى قامت قرينة الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس قامت معها قرينة علاقة السببية. وهي قرينة لا يجوز دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهو حسب نص الفقرة الثانية من المادة 138 ق.م.ج عمل الضحية أو عمل الغير أو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة [36]ص280

#### 2.2.1.2.2.2. موقف القضاء الجزائري

إذا ما بحثنا عن أساس مسؤولية حارس الشيء في أحكام القضاء الجزائري فإننا نجد بعض الاضطراب الواضح في أحكامه عند تأسيس هذه المسؤولية. فقد أسس القضاء هذه المسؤولية في بعض أحكامه على الخطأ المفترض في جانب الحارس (الخطأ في الرقابة)، وهو ما يظهر من خلال عدة قرارات للمحكمة العليا. [118]ص414 ولعل ذلك يرجع بلا شك إلى تأثير القضاء بما كان عليه أساس هذه المسؤولية في مرحلة من مراحل تطورها.

ومن ناحية أخرى نجد أن القضاء الجزائري قد اعتبر مسؤولية حارس الشيء مسؤولية مفترضة في عدة قرارات له نذكر منها:

القرار الصادر بتاريخ 2000/02/6 تحت رقم 215653 إذ أقر مسؤولية الشركة الوطنية للكهرباء والغاز عن الضرر اللاحق بالضحية من جراء احتراق كهربائي طبقاً للمادة 1/138 لأنها لا تستطيع نفي مسؤوليتها بإثبات السبب الأجنبي وفقاً للمادة 2/138. [125]ص127

والقرار الصادر من المجلس الأعلى في 17/03/1982 حيث جاء فيه "حارس الشيء مسؤول مسؤولية مفترضة ولا يعفى منها إلا اذا أثبت أن الضرر كان بسبب الضحية أو الغير أو حصل نتيجة لحاجة طارئة أو قوة قاهرة حتى ولو حكم ببراءته جزائيا عملا بالمادة 138 مدني." [126] ص 140 فمن خلال هذه القرارات وعدة قرارات أخرى [127] ص 68، يتضح لنا بأن قضاء المحكمة العليا قد جعل حارس الشيء مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه الشيء دون أن يتطرق إلى افتراض الخطأ. ومع ذلك فإن الرأي الراجح عند الفقه والقضاء الجزائريين بخصوص المسؤولية عن حراسة الأشياء طبقا لنص المادة 138 ق.م.ج هي مسؤولية مفترضة بقوة القانون.

إلا أنه تجدر بنا الإشارة هنا أن فكرة المسؤولية بقوة القانون التي ردها كل من القضاء الفرنسي والقضاء الجزائري لا تزال محل نقد من قبل الفقه، فهي لا تحدد أساس المسؤولية عن الأشياء بقدر ما تبين مصدر هذه المسؤولية في حين أن بين المصطلحين اختلاف واضح.

كما يرى جانب من الفقه [118] ص 406-407 أن القول بأن مسؤولية حارس الشيء هي مسؤولية بقوة القانون يجعل منها مسؤولية موضوعية في جوهرها، أي أنها تتحقق متى حصل ضرر من فعل الشيء وتوافرت علاقة السببية بين الضرر والشيء، مادام أن الخطأ مفترضا كان أو ثابتا ليس بشرط لازم لتحقيق هذه المسؤولية. فلا يكلف المضرور بإثبات خطأ الحارس أو إثبات هذا الأخير بأنه لم يرتكب خطأ، أو أنه قام بواجب العناية في حراسة الشيء لمنع وقوع الضرر بل عليه للتخلص من مسؤوليته أن يثبت السبب الأجنبي حسب المادة 138 ق.م.ج.

فكانت هذه الاعتبارات دافعا لهم للقول بأن مسؤولية حارس الشيء هي مسؤولية موضوعية تقوم على تحمل التبعة.

وبهذا نخلص إلى نتيجة مفادها أن الأساس القانوني لمسؤولية حارس الشيء وفق نص المادة 138 ق.م.ج هو الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس، وما من طريق لنفيه إلا إثبات السبب الأجنبي متمثلا في خطأ المضرور، أو عمل الغير، أو القوة القاهرة. فإذا كان القضاء الفرنسي قد انطلق دون نص قانوني صريح ينص على مسؤولية حارس الشيء، فإن التشريع الجزائري قد تضمن نصا صريحا ومطلقا لتقرير مسؤولية الحارس، يستوعب بذلك في تأسيس هذه المسؤولية نظرية الخطأ المفترض من جهة، ولم يقطع من جهة أخرى بعدم إمكان بناء هذه المسؤولية على قاعدة الضرر لا الخطأ. كما لم يستبعد إمكان تأسيس المسؤولية على نظرية تحمل التبعة.

## 2.2.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية حارس الحيوان

نظم المشرع الجزائري مسؤولية حارس الحيوان في المادة 139 ق.م.ج والتي تنص:

"حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه." ويتضح لنا من خلال هذا النص أنه يشترط حتى تقوم مسؤولية حارس الحيوان أن يتولى أحد الأشخاص حراسة حيوان وأن يحدث هذا الحيوان ضررا يلحق بالغير. فمتى تحققت هذه الشروط قامت مسؤولية حارس الحيوان وهي حسب نص المادة 139 ق.م.ج مسؤولية مفترضة تقوم على افتراض خطأ حارس الحيوان. فما مضمون هذه القرينة؟

#### 1.2.2.2.2 محل قرينة الخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان

إن محل هذه القرينة هو الخطأ في الحراسة، هذا الخطأ يتمثل في إفلات الحيوان من سيطرة الحارس، لأن هذا الإفلات هو الذي أحدث الضرر ولا يكلف المضرور بإثباته وإنما يكلف بإثبات الشروط التي تتحقق بها مسؤولية حارس الحيوان، فعليه أن يثبت أن المدعي عليه هو الحارس للحيوان كما يثبت أن الضرر قد وقع بفعل الحيوان [83]ص13

#### 2.2.2.2.2 مدى افتراض الخطأ في جانب الحارس

تنص المادة 139 ق.م.ج على أنه "حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسؤول... ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه." فمن خلال هذا النص يتضح أن الخطأ في مجال حراسة الحيوان مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس. وعلى ذلك لا يجوز للحارس أن ينفي الخطأ المفترض عن طريق إثبات قيامه بكل ما يلزمه من رعاية ورقابة، و احتياطات لمنع الحيوان من إحداث الضرر بالغير [14]ص708 فالالتزام القانوني الذي فرضه المشرع على الحارس ليس التزام ببذل عناية، وإنما هو التزام بنتيجة مضمونه عدم إفلات الحيوان من سيطرة حارسه، فإذا أفلت الحيوان من زمام حارسه كان هذا هو الخطأ، ولا جدوى من إثبات الحارس لما قام به من مجهودات في توجيه ورقابة الحيوان. وحيث أن إفلات الحيوان من سيطرة صاحبه هو الخطأ ذاته فإنه يستحيل أن يتم إثبات عكس ذلك. كما لا يستطيع حارس الحيوان أن ينفي المسؤولية عن نفسه إلا بنفي علاقة السببية بين فعل الحيوان وبين الضرر الذي لحق بالغير. ولا يكون ذلك إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ، أو خطأ الغير، أو خطأ المضرور [42]ص406-407

### 3.2.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية حائز العقار و المنقول ومسؤولية مالك البناء

تضمنت المادة 140 من ق.م.ج أحكام مسؤولية حائز العقار و المنقول في الفقرة الأولى منها بينما تضمنت الفقرة الثانية أحكام مسؤولية مالك البناء عن تهمدهم. وفيما يلي نعرض لدراسة الأساس القانوني لكل من مسؤولية حائز العقار و المنقول عن الحريق ومسؤولية مالك البناء عن تهمدهم.

#### 1.3.2.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية حائز العقار و المنقول عن الحريق

جاء نص الفقرة الأولى من المادة 140 ق.م.ج كالآتي: "من كان حائزا بأي وجه كان لعقار أو جزء منه أو منقولات ،حدث فيها حريق لا يكون مسؤولا نحو الغير عن الأضرار التي سببها هذا الحريق إلا إذا ثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم."

يتضح لنا من خلال هذه الفقرة أن كل حائز لعقار أو منقول مسؤول عن الأضرار التي سببها الحريق الذي ارتكبه الحائز أو بسبب الخطأ الذي ارتكبه الأشخاص المسؤول عنهم، وهو ما يعني أن مسؤولية عن الحريق قوامها الخطأ الواجب الإثبات في جانب الحائز أو الأشخاص الذي يسأل عنهم ،فإذا ثبت الخطأ قامت المسؤولية عن الحريق واستحق المضرور التعويض وعلى هذا الأساس فان المسؤولية عن الحريق تخضع للقواعد العامة الواردة في المادة 124 ق.م.ج التي تقوم على الخطأ الواجب الإثبات [42]ص406-407

وحتى يتخلص الحائز من هذه المسؤولية ،عليه نفي الخطأ عن نفسه أو بنفي الخطأ عن الذين يسأل عنهم وذلك بإثبات انه لم يصدر منه أو من هو مسؤول عنهم أي إهمال أو تقصير أو انحراف في سلوك أدى إلى نشوب حريق في عقاراته أو جزء من عقاراته أو في منقولاته وانتقل هذا الحريق إلى ممتلكات الغير وإصابتها بضرر.

كما يستطيع المسؤول الحائز أن يتخلص من هذه المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ صادر من المضرور. [37]ص 310

#### 2.3.2.2.2. دور الخطأ المفترض في مسؤولية مالك البناء عن تهمدهم

جاء نص الفقرة الثانية من المادة 140 ق.م.ج كالآتي: "مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة ،أو قدم في البناء ،أو عيب فيه."

من خلال هذه الفقرة يتضح لدينا أن هناك شرطين لا بد من توافرها حتى تقوم مسؤولية مالك البناء عن تدممه، فأما الأول فهو ملكية البناء وأما الثاني فهو تدهم البناء كلياً أو جزئياً بما يحدث ضرراً للغير.

فالمشرع الجزائري وفق نص الفقرة الثانية من المادة 140 ق.م.ج ألقى المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن تدهم البناء على عاتق المالك بغض النظر عن السبب الذي أحدث الضرر للغير وسواء كانت حراسة البناء للمالك أو لغيره، وهو ما يعني أن المشرع قد أقام مسؤولية المالك عن تدهم البناء على أساس الخطأ المفترض.

ولتحديد الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية مالك البناء وجب علينا البحث في هذه القرينة من خلال النقاط الآتية:

#### 1.2.3.2.2.2. محل قرينة الخطأ المفترض في جانب المالك:

يقع على مالك البناء التزام بصيانة البناء وتجديده وإصلاح ما فيه من عيوب، فمالك البناء يكون مسؤولاً عن تقصيره في الوفاء بهذا الالتزام.

فمتى تدهم البناء كلياً أو جزئياً وأحدث ضرراً للغير، فيفترض أن التدهم يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب في تشييده. [117]ص122

#### 2.2.3.2.2.2. مدى افتراض خطأ مالك البناء

حسب نص الفقرة الثانية من المادة 140 ق.م.ج، فإن خطأ مالك البناء المفترض يقبل إثبات العكس حيث يستطيع الحارس أن يثبت أن تدهم البناء ليس راجعاً إلى إهمال في الصيانة أو تجديد في البناء، أو إصلاحه [109]ص136

فإذا عجز المالك عن نفي قرينة تدهم البناء بسبب إهماله في واجبه في صيانة البناء أو تجديده، فإن المالك لا يستطيع دفع المسؤولية بإثبات أن هذا الإهمال لا يرجع إلى خطئه الشخصي، وإنما يجب عليه لدفع هذه المسؤولية أن ينفى علاقة السببية بين التدهم وبين الضرر، كأن يثبت أن سبب الضرر هو خطأ المضرور، أو خطأ الغير، أو القوة القاهرة.

لهذا يرى الفقه أن قرينة الخطأ تنقسم إلى شقين:

الشق الأول: يفترض أن التدهم سببه الإهمال في الصيانة، أو عدم التجديد، أو الإصلاح. وهذا الشق مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس وهو ما يعني أن مالك البناء يستطيع نفي المسؤولية بإثبات أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة، أو إلى تجديد أو إصلاح.

الشق الثاني: يتعلق بافتراض الإهمال في الصيانة منسوب لمالك البناء، وهو افتراض لا يقبل إثبات العكس. لهذا لا يستطيع المالك دفع المسؤولية إلا من خلال نفي علاقة السببية بين تدهم البناء والضرر الذي وقع أي بإثبات السبب الأجنبي. [25]ص288

وعليه يمكننا القول بأن مسؤولية مالك البناء في القانون المدني الجزائري تقوم على خطأ مفترض في جانبه فرضا يقبل إثبات العكس، فمتى أثبت المضرور أن ضررا قد أصابه من جراء تدهم البناء وأن المدعي عليه هو المالك لهذا البناء وقت الحادث، افترض القانون خطأ المالك هذا الأخير الذي يستطيع دفع المسؤولية بإثبات احد الأمرين الآتيين:

الأمر الأول: أن يقدم الدليل على أن التدهم سواء كان كلياً أو جزئياً لم يكن وليد العيب في البناء أو قدمه أو نقص في الصيانة، وإنما كان نتيجة لأسباب أخرى غير تلك المذكورة في المادة 2/140 ق.م.ج، كأن يثبت أن التدهم نتيجة لاندلاع حريق مهول أدى إلى سقوط البناء أو يثبت أن البناء لم يكن في حاجة إلى الصيانة أو تجديد أو إصلاح.

الأمر الثاني: ويتعلق بالحالات التي يرجع فيها التدهم أو الانهيار إلى السبب الأجنبي، كتهدم البناء بفعل قوة قاهرة أو خطأ المضرور [42]ص427

بقي أن نشير في نهاية هذا البند إلى أن افتراض الخطأ المنصوص عليها في المادة 2/140 ق.م.ج، والذي يتحمل المالك بموجبه تبعة انهيار البناء بفعل أحد الأسباب الثلاثة المذكورة في نص المادة، لا يمنع من الرجوع على غيره من الأشخاص الذين كان لهم دور في حدوث التدهم كالمقاول وغيره من المعماربيين الذين شيّدوا البناء بطريقة معينة، ورجوع المالك على هؤلاء المعماربيين يتم وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية التي تستوجب ضمان العيب الذي كان سبب في حدوث الانهيار [128]ص11

### خلاصة الفصل الثاني

تطرقنا في هذا الفصل إلى دراسة أساس المسؤولية التقصيرية واستعرضنا النظريات التي تنازعت هذا الأساس ما بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، ووصلنا إلى أن اختلاف أسس المسؤولية التقصيرية يعكس مدى اهتمام الفقه والقضاء بحماية "الحق في التعويض"، فقد قدمت كل من النظرية الشخصية والموضوعية ما يبرر الالتزام بالتعويض، وهو خطأ المسؤول أم الضرر الذي لحق بالمتضرر؟ ومع هذا الاختلاف لا يمكننا إلا القول بأن المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن تقوم على أساس واحد فقط، ولكن الخطأ وتحمل التبعة والضمان يمكن أن تساهم بدرجات مختلفة ووفقاً لتنظيمات متنوعة في تأسيس هذه المسؤولية، ولعل ما يؤكد ذلك هو موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات إذ أنه أقام المسؤولية التقصيرية على الخطأ كقاعدة عامة إلى جانب الأخذ بنظرية تحمل التبعة والضمان في تشريعات خاصة منها : قانون حوادث المرور وقانون حوادث العمل والتأمينات الاجتماعية.

أما المبحث الثاني من هذا الفصل فقد تطرقنا فيه إلى دور الخطأ في المسؤولية عن فعل الغير والشيء، ووضح لنا من خلال البحث أن النصوص التشريعية التي وردت في القانون المدني الجزائري والتقنين المدني الفرنسي قد اعتبرت الخطأ المفترض أساساً للمسؤولية عن فعل الغير و فعل الشيء ويظهر ذلك بصفة خاصة في مجال مسؤولية متولي الرقابة وفي مجال المسؤولية عن حراسة الأشياء، ومع ذلك فإن الفقه والقضاء لازالاً يبحثان عن تأسيس المسؤولية في هذه الحالات على نظرية تحمل التبعة والضمان. مستنديين في ذلك إلى أن المسؤولية المفترضة ما هي إلا تسبب مقنع للمسؤولية الموضوعية.

أما مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه فقد اتجه الفقه التقليدي في كل من الجزائر وفرنسا إلى تأسيس هذه المسؤولية على أساس خطأ المتبوع المفترض وعلى اعتبار أن هذا الافتراض غير قابل لإثبات العكس. ومع ذلك فإن الفقه الحديث يرى أن مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه هي قاعدة موضوعية تجد أساسها في نظرية تحمل التبعة.

وما يمكن قوله هنا أن التعارض الموجود بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية حول تأسيس المسؤولية التقصيرية تقل أهميته بالنسبة للمسؤولية المفترضة التي تقوم على قرائن قانونية عند ثبوت وقائع مادية معينة، ولكن يبقى الخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية المفترضة (المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن فعل الشيء) طالما أنه يجوز للمدعي عليه التخلص من المسؤولية، بإثبات سلامة سلوكه، بما يتوافق مع سلوك الشخص المعتاد في ضوء الظروف الخارجية، أو تحقق سبب أجنبي أدى إلى وقوع الضرر.

## خاتمة

إن الدراسة التحليلية المنهجية للخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري وهل يصلح الخطأ ليكون أساسا لهذه المسؤولية أم لا؟ استدعى منا البحث والتحليل في جزئيات عديدة أهمها فكرة الخطأ في حد ذاتها وتحليل مضمونها و صورها، وكيف أصبحت هذه الفكرة أساسا قامت عليه المسؤولية التقصيرية، إلى جانب البحث في دور الخطأ باعتباره أساسا في مجال المسؤولية عن فعل الغير والشيء.

ولقد توصلت من خلال البحث التحليلي لهذه الموضوعات إلى النتائج التالية:

- أن التشريع المدني الجزائري قد اعتنق في تعديلاته الحديثة صراحة فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية، فقد ربط بين المسؤولية و الخطأ، و ربط الخطأ بالتمييز، وهو عنصر ذاتي وعامل أدبي يخفف من حده العنصر الموضوعي الذي يهيمن على مقياس الشخص المجرد.

لذلك وحتى تنعقد المسؤولية التقصيرية يجب أن يثبت المضرور أن الفاعل قد أخل بالتزامه القانوني باتخاذ الحيطة واليقظة في سلوكه حتى لا يضر بالغير، وأنه انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي فألحق الضرر بالدائن هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن المسؤولية تقوم على التمييز، والشخص الذي لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا تجوز مساءلته لا أدبيا ولا جنائيا ولا مدنيا، مادامت المسؤولية تقوم على الخطأ بركنيه المادي والمعنوي. وهو ما جسده نصوص القانون المدني الجزائري في المادة 124 والمادة 125.

- إن المسؤولية الطبية المدنية هي مسؤولية مهنية بالدرجة الأولى، قائمة على اساس خطأ مهني يتمثل في الخروج عن الأصول المستقرة لمهنة الطب ومخالفة قواعدها، وهو ما جسده نصوص المواد الآتية: المادة 13 من مدونة اخلاقيات مهنة الطب، إضافة الى المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا القانون رقم 90-17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها في مادته 08، حيث نصوا صراحة وبشكل واضح على تأسيس مسؤولية الطبيب المدنية على الخطأ.

-إن المشرع الجزائري قد اتخذ موقفا صريحا حول أساس التعسف في استعمال الحق، حيث اعتبر التعسف أحد تطبيقات الخطأ التقصيري، وهو ما ظهر لنا جليا من خلال الدراسة التحليلية لحالات التعسف الواردة بالمادة 124 مكرر من ق.م.ج.

-إن رسوخ النظرية الشخصية في كل من التشريع الجزائري والفرنسي لم يمنع النظريات الموضوعية من التسلل إلى نقطة ضعف المسؤولية الشخصية والتي تتمثل في حالات الخطأ المفترض في المسؤولية التقصيرية لانتقاد هذه الأخيرة من ناحية، ولإزاحتها واستبدالها بالمسؤولية الموضوعية في هذه الحالات الخاصة من ناحية أخرى.

لهذا فإن التحول نحو المسؤولية الموضوعية ليس في حقيقة الأمر توجهها فقهيًا أو قضائيا إلى استبدال المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية، وإنما ينحصر في حقيقة الأمر في مجال تلك الحالات الخاصة بافتراض الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية.

فقد أوضحت لنا دراسة دور الخطأ المفترض في مجال المسؤولية عن فعل الغير وفعل الأشياء أن الصراع لا زال قائما بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، لهذا فقد كان موقف المشرع الجزائري بالتدخل بالنصوص الصريحة حاسما في شأن مسؤولية متولي الرقابة وتأسيسها على الخطأ المفترض الذي يقبل إثبات العكس، وفي شأن مسؤولية حارس الحيوان وبشأن مسؤولية حارس الأشياء والبناء وتأسيسها على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس.

على أن ذلك الموقف التشريعي يوضح أنه حتى بتدخل المشرع لوضع الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الغير أو فعل الأشياء، فإن تطور الحاجيات الاقتصادية والاجتماعية يتجاوز الحدود التي وضعتها النصوص التشريعية وينطلق في تفسيرها إلى ما يسمح بتحقيق المتطلبات التي يفرضها واقع التطور.

وليس هناك أدل على ذلك من أن نصوص التقنين المدني الفرنسي ذاتها والتي تم صياغتها عام 1804م قد تم تجاوزها تحت ضغوط الفقه، وانتزاع القضاء سلطة التشريع من خلال التوسع في التفسير. وقد ظهر لنا ذلك بشكل خاص لدى دراسة الأساس القانوني لمسؤولية حارس الشيء ومسؤولية المتبوع.

وبناء على ذلك، فإنه لم يبق أمام المشرع حتى يوازن بين مواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية وبين استقرار المبادئ العامة، إلا التدخل من خلال نصوص خاصة تعالج حالات استثنائية كما هو الشأن في المعالجة التشريعية الخاصة بمسؤولية المنتج وحوادث المرور وكذا حوادث العمل.

و مما تقدم يظهر لنا جليا أن نظام المسؤولية التقصيرية في التشريع الجزائري يقوم على ركن الخطأ، وإن كان مفترضا. غير أن نصوص القانون المدني الجزائري بعد التعديل الذي جاء به القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005 تحمل في طياتها عوامل التطور، وعمومية نصوصه والمعايير المرنة

وما يفسحه للقاضي من سلطة تقديرية واسعة تيسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف. ويمكن إجمال تلك العوامل إلى عاملين أساسيين:

-التعريف الموضوعي للخطأ والسببية المادية بين السلوك والضرر، إذ تنص المادة 124 ق.م.ج أن "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض." فقد استخلص الفقه والقضاء من هذا النص القاعدة العامة في أركان المسؤولية عن الأفعال الشخصية أي الخطأ والضرر والعلاقة السببية. غير أن المشرع لم يعط تعريفا للخطأ وهذا المسلك ينطوي على عمومية ومرونة تمكن الفقه والقضاء من تفسير النص على نحو ما تفرضه مستجدات ومتطلبات العصر.

-توسع المشرع في الأخذ بالخطأ المفترض، إذ أقام المسؤولية عن فعل الغير في المواد من 134، 136 و 137 ق.م.ج والمسؤولية عن الأشياء في المواد 138 و 139 و 140 ق.م.ج على أساس الخطأ المفترض، غير أن الفقه والقضاء يستطيع بالنصوص المنظمة لهذه الحالات أن يوجهها وجهة أخرى غير الوجهة التي رسمها واضعو القانون المدني، فبعد الخطأ الثابت الخطأ المفترض، وبعد الخطأ المفترض، المسؤولية المفترضة، وبعد هذا لن يكون إلا تحمل التبعة والمسؤولية الموضوعية وهو ما ظهر لنا وبشكل خاص لدى دراسة مسؤولية المتبوع.

وبهذا نصل الى القول بأن فكرة الخطأ قابلة للتطور، وليس ثمة ضرورة لإنكاره ما دام أنه يتسع للحالات التي تطورت فيها المسؤولية التقصيرية، وأن هذه المسؤولية ولدت لتبقى، وأن ركنها الأساس هو "الخطأ" قد بقي، وأنه بدون الخطأ لا تكون هناك مسؤولية إلا في الحقول الضيقة.

اذ أن الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية يجسد مفهوما ساميا للإنسانية، ويحقق أملا من أئمن أمانيتها على مر العصور، ألا وهو الأمل في الحرية التي ترتبط دون شك بالمسؤولية الشخصية. كما يرتبط بالمدينة المعاصرة في ذات الوقت الذي يمثل فيه تراثا إنسانيا وأخلاقيا قيما.

لذلك نعتقد أنه من أجل الاحتفاظ بالمفهوم الحقيقي للخطأ دون تشويه أو تحريف، يجب تبني مفهوم مبسط ومرن له، مع ضرورة تنقية فكرة الخطأ مما قد يشوبها من غموض وخط. هذا كله مع الاعتراف بوجود أنظمة أخرى للتعويض التلقائي والمحدد للأضرار، باعتبارها ليست بديلا عنه، وإنما تتعاون معه لملاحقة التطورات العلمية والاجتماعية المتنوعة والمعاصرة، في ظلها يتمتع المضرور بميزة أساسية ومهمة، وهي الاعفاء من عبء اثبات خطأ المسؤول.

## قائمة المراجع

- 1- محمود عبابنة، أنواع تأمينات المسؤولية والمسؤوليات المهنية بين التشريع والقضاء، مجلة الرائد العربي، العدد الثامن، 2003.
- 2- طارق عبد الرؤف صالح، إشكالية المسؤولية المدنية عن ضمان أذى النفس في القانون المدني الكويتي، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2008.
- 3- محمد يوسف الزعبي، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، العدد الأول، 1987.
- 4- عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار)، أساسها وشروطها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2002.
- 5- زكي الخرابة، المسؤولية التقصيرية في حوادث السير، نصوص القانون وأحكام التأمين، مجلة المحامون، العدد العاشر، 1995.
- 6- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78 مؤرخة في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 16 فبراير 1975، المعدل والمتمم
- 7-Mazeaud et Tunc :Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle ,Tome 1,5ème edition , Montchrestien, paris,1957.
- 8- أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراء، جامعة عين شمس، القاهرة، 1998.
- 9- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الخطأ، ج2، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
- 10- هدى عبد الله، الأعمال غير المباحة، المسؤولية المدنية، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دت.
- 11- جريج خليل، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات الخارجة عن الإرادة، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط4 بيروت، 1998.

- 12- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 1996.
- 13- صلاح حلمي، أساس المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراء، القاهرة، 1978.
- 14- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الكتاب الأول ،مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 15- حسين عامر وعبد الرحيم، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ،دار المعارف ،ط 2، الاسكندرية، 1979،
- 16- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، منشورات الحلبي الحقوقية ط2، بيروت، 1999
- 17- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مطبعة السلام، ط 5 القاهرة، 1998
- 18- مصطفى العوجي ،القانون المدني ،المسؤولية المدنية ،ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2004
- 19- عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني ،مصادر الالتزام، ج2، منشأة المعارف ،الاسكندرية، 2004
- 20- أحمد شوقي ،البحوث القانونية في مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية، منشأة المعارف ،الاسكندرية، 2002
- 21- محمد حسين منصور ،مصادر الالتزام، الفعل الضار-الفعل النافع-القانون، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2002
- 22- ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دار الفكر العربي ،الاسكندرية، دت،
- 23- علي النجيدة ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول ،دار النهضة العربية ،القاهرة، 2005/2004.
- 24- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الاسلامية، ج2، دار الثقافة ط2، بيروت، 1961.
- 25- حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر غير الارادية، دن، القاهرة.
- 26- مصلح عبد الرحمان ،الخطأ في المسؤولية التقصيرية الشخصية، اطروحة لنيل دكتوراء الدولة في القانون الخاص، الرباط 1979.
- 26- شريف طباح، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقهاء، دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية 2007.
- 27- نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة نظرية مقارنة، مجلة المنارة، المجلد السابع، العدد الثاني، لسنة 2001.

- 28- علي بدوي، النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام، ج1، منشورات الجامعة المفتوحة، ط 2، القاهرة 1993، .
- 29- محسن عبد الحميد ابراهيم، النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام غير الارادية، ج2، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، دت.
- 30- عبد الحي حجازي ،النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام ،ج2، مطبعة النهضة ،مصر، 1954.
- 31- عادل الجبري، المفهوم القانوني لرابطة السببية و انعكاساته في توزيع عبأ المسؤولية المدنية ،دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،2003.
- 32- جلال العدوي، مصادر الالتزام ،دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني،الدار الجامعية،الإسكندرية ،1994 .
- 33- عبد الحكم فودة ،الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،1996 .
- 34- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ط5، الجزائر، 2003 .
- 35- خليل احمد حسن قعادة ،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،مصادر الالتزام ،ج1، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،1994.
- 36- محمود جلال حمزة ، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1985 .
- 37- مصطفى الجمال ورمضان ابو السعود و نبيل ابراهيم سعد ،مصادر وأحكام الالتزام،دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان، 2003.
- 38- صبري السعدي ،النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام ،(المسؤولية التقصيرية –العمل النافع – القانون)،الكتاب الثاني دراسة مقارنة في القوانين العربية ،دار الكتاب الحديث ،الاسكندرية ،2002.
- 39- جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية،القاهرة، 1993.
- 40- فتحي عبد الرحيم ،شرح النظرية العامة للالتزام ،مصادر التزام ،الكتاب الأول، منشأة المعارف، ط3، الاسكندرية 2001.
- 41- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1995 .
- 42- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ،القسم الأول ،الأحكام العامة ،معهد البحوث و الدراسات العربية القاهرة ،1960 .
- 43- عز الدين الديناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ،منشأة المعارف ،ط7، الاسكندرية ،2000، .

- 44-المنجد في اللغة والاعلام، دار المشرق،بيروت، الطبعة الثلاثون،1988
- 45-علي فيلاللي،الالتزامات،الفعل المستحق التعويض،موفم للنشر،ط2،الجزائر،2010 .
- 46-ابو زيد عبد الباقي،بحث في مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن :القانون المصري والفرنسي وفق الشريعة الاسلامية والقانون الكويتي،مجلة الحقوق،جامعة الكويت ،السنة السادسة، العدد الثالث،1982.
- 47-انور سلطان،مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ،دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ،منشورات الجامعة الاردنية ط1،عمان ،1987.
- 48-عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ،دار النهضة العربية ،بيروت ،1979،ص:205
- 49-عبد المنعم البدر اوي ،النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري،مصادر الالتزام،ج1،دار النهضة العربية،بيروت،1975،فقرة102
- 50-ج.ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.
- 51-يحي عبد الودود، الموجز في النظرية العامة للالتزامات (المصادر-الاحكام -الاثبات)،القسم الأول ،مصادر الالتزام،دار النهضة العربية، القاهرة ،1994،ص:235
- 52-سمير عبد السيد تناغو ،النظرية العامة للالتزام ،دار المعرفة الجامعية،الاسكندرية،1993،ص:312
- 53-موريس نخلة ،الكامل في شرح القانون المدني ،دراسة مقارنة،ج 2،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان،2001.
- 54-وفاء حلمي ابو جميل، الخطأ الطبي،دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا،دار النهضة العربية،القاهرة،1991.
- 55-منذر الفضل،المسؤولية الطبية،مجلة القانون ،العدد السادس،السنة الثانية،الاردن،1995.
- 56- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 جويلية 1992 المتضمن مدونة اخلاقيات الطب.ج.ر عدد 52 الصادرة بتاريخ 8 يوليو 1992.
- 57-جاسم علي سالم ،مسؤولية الطبيب والصيدلي،المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين،ج1،المسؤولية الطبية،منشورات الحلبي الحقوقية،ط2،بيروت،2004.
- 58-القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها ،المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990،ج عدد 35.
- 59-المرسوم التنفيذي رقم 91-471 المؤرخ في 7 ديسمبر 1991،ج.ر رقم 66،الصادرة بتاريخ 22 ديسمبر 1991.
- 60- المرسوم التنفيذي رقم 91-106 المؤرخ في 27 افريل 1991،ج.ر رقم 22،الصادرة بتاريخ 15 ماي 1991.

- 61- المرسوم التنفيذي 66-67 المؤرخ في 04 افريل 1966، ج.ر. رقم 67، السنة الثالثة، الصادرة بتاريخ 05 افريل 1966.
- 62- الأمر رقم 76-79 المؤرخ في 23 اكتوبر 1976، ج.ر. رقم 101، السنة 13، الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1976.
- 63- عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الاسكندرية مصر، 1988.
- 64- بوجمعة صويلح، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، العدد 1، الجزائر، 2001.
- 65- محمد رابيس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون المدني الجزائري، دار الهومة، الجزائر، 2007.
- 66- مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "يتعين على الطبيب وجراح الاسنان تقديم المساعدة لعمل السلطات المختصة من أجل حماية الصحة العمومية، وهما ملزمان على الخصوص بتقديم المعونة طبيا لتنظيم الإغاثة، ولا سيما في حالة الكوارث". وتنص المادة 09 من نفس المدونة على أنه: "يجب على الطبيب أو جراح الاسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري".
- 67- محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص: 537.
- 68- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، ط1، مطبعة جامعة دمشق، 1967، ص: 564.
- 69- عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل الى علم القانون، نظرية القانون نظرية الحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، 2005.
- 70- محمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 1993.
- 71- رمضان ابو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ط1، الاسكندرية، 2002.
- 72- شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، ط1، 2008.
- 73- احمد الصويعي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن والثلاثون، افريل 2009.
- 74- حسن كيرة، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، ط6، الاسكندرية 1993.

- 75- المحكمة العليا ، غ.أ.ش، بتاريخ 2000/11/21، ملف رقم 251682، قضية بص ف ضد س ا ، جاء في حيثياته: "حيث أن الامتناع عن مساكنة اقارب الزوج لا يعتبر نشوزا من طرف الطاعنة الأمر الذي يجعل المطعون ضده قد تعسف في ايقاع الطلاق على الطاعنة والتي تستحق التعويض جبرا للضرر"، المجلة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، لسنة 2001 العدد الأول.
- 76- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 23775، بتاريخ 1981/5/11، قضية ج م ضد ش و- ح ص ، جاء في حيثياتها: "التسريح الذي وقع للطاعن لم يكن لأي سبب غير ممارسة حقوق نقابية...، فإن أحكام الدستور تنص على حرية العمل النقابي، والحال الذي وقع تسريح تعسفي."، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني .
- 77- شمس الدين وكيل، دروس في القانون، منشأة المعارف، ط1، الإسكندرية، 1966.
- 78- محمد سوار الدين، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج 1، منشورات جامعة دمشق، ط9، 2000، دمشق.
- 79- سمير سهيل، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية والتأمين الإلزامي عليها، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، 2005.
- 80- فتحي عبد الرحيم، دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية)، منشأة المعارف، الإسكندرية 2005.
- 81- جبار صابر طه، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، جامعة صلاح الدين، العراق، 1984 .
- 82- احمد محمد عطية، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية 2008.
- 83- سليمان مرقس، الوافي المدني في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الثاني، الفعل الضار، القسم الثاني، المسؤولية المفترضة، دار الكتب القانونية، ط5، 1989، القاهرة، فقرة 356.
- 84- Georges Hubrecht et Eric Agostini, Droit Civil, 13<sup>ème</sup> édition, Sirey 1983.
- 85- عصام أحمد البهجي، حماية الحق الخاص في الحياة الخاصة في ضوء حقوق الانسان والمسؤولية المدنية، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 86- محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني قبل التعريف، دراسة تحليلية تركيبية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2009.
- 87- Gabriel Marty et Piere Rayand : « ...le commettant qui profited l'activité du préposé doit répondre du risque q'elle provoque... », Droit Civil, Les obligations, Tom II , Sirey 1962 paris.
- 88- Boir Stark , Droit Civil, Les Obligations, Edition 1972

- 89-محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دت .
- 90-محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، مكتبة نهضة مصر، القاهرة، دت.
- 91-ج.ر عدد 15 الصادرة بتاريخ 19 فيفري 1974.
- 92-المحكمة العليا، غ.ج، قرار مؤرخ في 1990/7/9، ملف رقم 66203، المجلة القضائية لسنة 1999، العدد الأول .
- 93-انظر كذلك، المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 1998/12/15، ملف رقم 197248، والذي جاء فيه "إن المادة 8 من الأمر 15/74 تخضع التعويض الى نظرية الخطر وليس نظرية الخطأ"، المجلة القضائية لسنة 1999، العدد الأول.
- 94-القانون رقم 83-13 المؤرخ في 02 يوليو 1983، ج.ر عدد 28 الصادرة بتاريخ 28 يوليو لسنة 1983، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-19 المؤرخ في 6 يوليو 1996.
- 95-امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الاردني والمصري والفرنسي ومجلة الاحكام العدلية والفقہ الاسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتميز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2003.
- 96-Jean Carbonnier , Droit Civil, Tome 4 , Les obligations.
- 97-شحاته غريب شلقامى، سعد قنديل، مصادر الالتزام، ج1، دن، 2004.
- 98-احمد شوقي عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، المجلد الثاني، المسؤولية المدنية عن فعل الغير والمسؤولية الشنيئية، في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، مطبعة عباد الرحمن، 2007.
- 99-حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج4، المسؤولية عن فعل الغير، دار و وائل للنشر، الاردن، 2006.
- 100-مصطفى عبد الحميد عياد، مصادر الالتزام اللارادية في القانون المدني الليبي، جامعة قاريونس، بنغازي، 1990.
- 101-انظر المجلس الأعلى، غ.م، 1983/03/02، ملف رقم 30064، الاجتهاد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 102-محمد علي الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري واليمني والفقہ الاسلامي، رسالة دكتوراء في الحقوق، جامعة عين شمس، 1989.
- 103-يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2009.

- 104- مخلوفي محمد، مسؤولية المتبوع في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987.
- 105- بشار الملكاوي وفيصل العمري، مصادر الالتزام، الفعل الضار، دار وائل للنشر، ط1، عمان، 2006.
- 106- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر التزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1983.
- 107- محمد محي الدين، احكام مساءلة المتبوع عن خطأ التابع بين القانون المدني والفقہ الاسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007.
- 108- حسن عبد الباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراء.
- 109- عز الدين الدينصاروي وعبد الحميد الشورابي، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2009.
- 110- Jacques flour et Jean-Luc Aubert , Droit civil ,Les obligations, Volume 2, Edition 1981.
- 111- طلال عجاج، مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع في القانون المدني اللبناني والاردني، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2003.
- 112- ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1، عمان، 2008.
- 113- رأفت حماد، مسؤولية المتبوع عن انحراف خطأ تابعه، دار النهضة العربية، القاهرة، دت.
- 114- عاطف النقيب، عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، بيروت 1999.
- 115- الشيخ محمد عمر، مسؤولية المتبوع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراء، دون ناشر، دون بلد نشر، 1970.
- 116- محمد زهدور، المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية ومسؤولية مالك السفينة في القانون البحري الجزائري، دار الحدثة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، دت.
- 117- محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، 118- فريد عقيل، نظرية مسؤولية حارس الآلات الميكانيكية والأشياء الخطرة، في القانون والاجتهاد القضائي المقارن والمعاصر مع تأصيلها في الشريعة الاسلامية، دمشق، دن، دت.
- 119- فاضلي ادريس، المسؤولية عن الاشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2006.
- 120- عبد الجبار ايد ملوكي، المسؤولية عن الاشياء وتطبيقها على الاشخاص المعنوية بوجه خاص، دار الثقافة، عمان، 2009.

- 121- يحيى موافي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث.
- 122- محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري.
- 123- رساه، المسؤولية المدنية، ط 1973، ص: 74، 75 مشار إليه في مؤلف علي علي سليمان دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري.
- 124- المحكمة العليا، غ. م.، 16/2/2000، رقم القرار 215653، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2001.
- 125- المجلس الأعلى، غ.ج، 17/03/1982، ملف رقم 24192، نشرة القضاة، عدد خاص، سنة 1982 .
- 126- المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 14/05/1986 تحت رقم 43237 حيث جاء فيه "متى كانت مسؤولية حارس الشيء مفترضا قانونا، وسمح له بالتخلص منها بإثبات خطأ الضحية أو فعل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة، ولذلك فإنه كان يجب على القضاة إلا يكفلوا الضحية أو ذوي حقوقها بجلب محضر التحقيق الخاص بالحادث، لأن عب الإثبات في هذه الحالة يقع على عاتق حارس الشيء." المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول.