

جامعة سعد دحلب بالبلدية

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص: عقود ومسؤولية

أحكام المسؤولية عن فعل الغير

في القانون المدني الجزائري

من طرف

فطيمي الزهرة

أمام اللجنة المشكلة من

رئيسا	جامعة سعد دحلب البلدية	أستاذة محاضرة (أ)	بن عودة ملكية
مشرفا ومقررا	جامعة سعد دحلب البلدية	أستاذ محاضر (أ)	رمول خالد
عضوا مناقشا	جامعة سعد دحلب البلدية	أستاذ محاضر (أ)	عمرو خليل
عضوا مناقشا	جامعة سعد دحلب البلدية	أستاذة مساعدة (أ)	طيب عائشة

البلدية. جوان . 2012

شكر

أقدم بشكري و عرفاني لكل الذين ساعدوني و شجعوني على انجاز هذا العمل، ولو بالتشجيع المعنوي وهم كثر استسمحهم بأن أخص بالذكر الدكتور رامول خالد على قبوله الإشراف على هذه الرسالة وصبره على تتبع خطوات انجازها الدكتورة بن عودة مليكة والدكتور خليل عمرو على تشجيعاتهما ومساعدتهما المستمرة والأستاذة طيب عائشة على قبولها الاشتراك في مناقشة هذه الرسالة. كما أشكر جميع أساتذتي، أساتذة كلية الحقوق .

ملخص

تعتبر المسؤولية عن فعل الغير استثناء عن القاعدة العامة، و التي مفادها أن الشخص لا يسأل إلا عن أخطائه الشخصية والتي تسبب ضرر للغير. وهذا ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري بقولها " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ". وقد نظم المشرع الجزائري هذه المسؤولية في المواد: المادة 134. 136. 137. من القانون المدني .

والقاسم المشترك بين هذه الحالات أن الغير هو الذي يرتكب الفعل غير المشروع أو الفعل الضار ومع ذلك يسأل عنه شخص آخر وهو إما متولي الرقابة أو المتبوع، فالمضروب يرجع بالتعويض على شخص آخر غير مرتكب الفعل الضار

و المسؤولية عن فعل الغير مثلها مثل بقية أنواع المسؤوليات الأخرى أراد المشرع من خلال أحكامها أن يضمن للمضروب إمكانية الحصول على تعويض لجبر ضرره ، و لذلك أحاله على شخص غير الذي ارتكب الفعل الضار ، ففي مسؤولية المكلف بالرقابة ، فإن الذي يرتكب الخطأ ، هو الخاضع للرقابة ، و الذي قد يكون صبيا ، لا يستطيع أن يعرض المضروب ، و لذلك كلف المشرع من هو مكلف برقابته بالتعويض نيابة عنه ، و في مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه فإن الذي يرتكب الفعل الضار هو التابع و الذي رأى فيه المشرع كذلك عدم القدرة على تعويض المضروب، و لذلك كلف المتبوع بالتعويض نيابة عنه ، على أنه في الحالتين أجاز لكل من المكلف بالرقابة أو المتبوع حق الرجوع على الخاضع للرقابة و التابع بما دفعاه من تعويض للمضروب .

وما يلاحظ أن المشرع قد أقدم وبموجب القانون رقم 05-10 الموافق ل 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني إلي إدخال تعديلات جوهرية وأساسية علي أحكام هذه المسؤولية عن الغير، بحيث أنه الغي المادة 135 بكاملها كما أعاد صياغة المواد 134، 136، 137، وهذا نزولا عند كثير من الانتقادات التي وجهت له منذ صدور القانون المدني بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975

إلا أن السؤال الذي يطرح هو ما مدي نجاح المشرع في تجاوز تلك الانتقادات أي هل أن المشرع و بالتعديل الذي اجراه قد نجح في ذلك، أم أنه وإن تجاوز بعض تلك الانتقادات إلا أنه وقع في أخطاء أخرى مما يحتم تدخله مرة أخرى لمعالجتها .

ومن هنا جاء اختياري لهذا الموضوع الذي سأتناول من خلاله أحكام المسؤولية عن فعل الغير وفق التعديلات التي جاء بها المشرع الجزائري لمقارنتها مع النصوص القديمة لنقف ونحلل هذه النصوص لتحديد ما هي الجوانب الايجابية و الجوانب السلبية في هذا التعديل.

إن دراسة مثل هذه الموضوعات يحتم سلوك المنهج التحليلي مادام أن الأمر يتعلق بتحليل النصوص القانونية و التعليق عليها ، كما أن اعتماد المنهج المقارن هو ضرورة لا يمكن تجاوزها في مثل هذه الموضوعات مادام أن الأمر يتعلق بمقارنة نصوص قانونية تمت في مرحلتين مختلفتين من مراحل تطور التشريع الجزائري .

إن موضوع المسؤولية عن فعل الغير وإن كان من حيث الأصل موضوع قديم إلا إن التعديلات التي أجراها عليه المشرع الجزائري بموجب القانون 05/ 10 المعدل والمتمم للقانون المدني، تفترض الوقوف عنده بالدراسة والتحليل مساهمة في إثراء المكتبة لمثل هذه الموضوعات. خاصة أن المشرع قد أثار كثيرا من الغموض و اللبس حول بعض المسائل ، كإقدامه مثلا على إلغاء المادة 135 من القانون المدني و التي كانت تتناول مسؤولية المعلمين و المربين و أرباب الحرف مما طرح سؤالا ملحا عن غرض المشرع من ذلك . هل هو إلغاء لهذا النوع من المسؤوليات أم ماذا ؟ ثم أن الفقرة الثانية من هذه المادة كانت تتضمن شرطا أساسيا لقيام مسؤولية الأب و الأم و هو شرط المساكنة ، فإذا ألغى المشرع هذه المادة فهل معناه أنه ألغى هذا الشرط

ثم أن كل الدارسين للقانون الجزائري بصفة عامة و القانون المدني بصفة خاصة يعانون من مشكلة أساسية، وهي عدم وجود مذكرة توضيحية لأي قانون ، أو لأي تعديل، مما يجعل كل الذين يشتغلون في مجال القانون في حيرة من أمرهم عند محاولتهم تفسير بعض النصوص بغرض الوقوف على معانيها ، و تحديد هدف المشرع منها، و لذلك يكون لمثل هذه الدراسات أهمية بالغة في محاولة المساهمة و لو بالقسط البسيط في تفسير هذه النصوص، و محاولة البحث عن أسباب تعديل المشرع لها، و مدى نجاحه في ذلك ، و الوقوف على مواطن الضعف فيه

و لقد قسمنا موضوعنا هذا إلى فصلين تناولنا في الفصل الاول منهما أحكام مسؤولية المكلف بالرقابة و قد قسمناه هو بدوره إلى مبحثين درسنا في الأول منهما شروط قيام هذه المسؤولية. و رأينا أنها تقوم على شرطين و هما أن يتولى شخص الرقابة على شخص آخر في حاجة إلى هذه الرقابة بسبب

حالاته العقلية أو الجسمية ، و أن يحدث الخاضع للرقابة ضررا للغير و درسنا كل شرط في مطلب خاص أما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه إلى الاساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية و كيفية نفيها ، فدرسنا في المطلب الأول الأساس القانوني لها من وجهة نظر الفقه، و حددنا في المطلب الثاني موقف المشرع الجزائري ، أما المطلب الثالث فقد درسنا فيه كيفية نفي هذه المسؤولية و قد لاحظنا أن المكلف بالرقابة يستطيع أن يتخلص من هذه المسؤولية بإحدى وسيلتين و هما إما نفي الخطأ او قطع علاقة السببية

قد اكتشفنا في خاتمة هذا الفصل أن المشرع قد اهمل تنظيم بعض أنواع مسؤولية المكلف بالرقابة و هي مسؤولية المعلمين و المربين و أرباب الحرف في الوقت الذي يكونون فيه في المدرسة أو أثناء تعلم الحرفة، مما أثار سؤالا كبيرا حول ما إذا كان المشرع قصد ذلك فعلا أم أن لا يعدو أن يكون مجرد سهو وقع فيه

كما اكتشفنا أن المشرع قد الغى شرطا كان موجودا في ظل القانون القديم بالنسبة لمسؤولية الأبوين و هو شرط المساكنة ، بما قد يستنتج معه أن الأب و بعد وفاته الام قد يبقيا مسؤولين عن الضرر الذي يحدثه أولادهما القاصرون حتى إذا ثبت أنهم قد استقلوا عنهم في معيشتهم ، و هذا ما قد يوقع المشرع في تناقض إذ أنه من جهة هو يسائل المكلف بالرقابة على أساس خطأ في الرقابة ، و من جهة أخرى يسأله حتى و لو لم يكن مساكن له، و كيف لولي أن يراقب صبي و هو بعيد عنه

و لعل أهم ملاحظة سجلناها على المشرع الجزائري في هذا التعديل انه لم يتطرق إلى مسألة حلول الدولة محل المعلمين و المربين في تحمل المسؤولية عن الأفعال الضارة التي يرتكبها التلاميذ في الوقت الذي يكونون فيه في المدرسة و هل معنى ذلك أن المشرع قد رفع الحماية عن المعلم و تركه يتحمل مسؤولية ما قد يرتكبه التلاميذ من أضرار ، و يكون بذلك قد هدر الحكمة التي قصدها المشرع سابقا و هي توفير كل الظروف للمعلم للقيام برسالته الاساسية و هي التربية و التكوين بدل من الرقابة و الحراسة

أما الفصل الثاني فقد درسنا فيه أحكام مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه و قد قسمناه هو بدوره إلى مبحثين ، خصصنا الأول منهما إلى شروط قيام هذه المسؤولية، و لاحظنا أنها تقوم على شرطين: و هما أن تكون هناك علاقة تبعية بين التابع و المتبوع ، و أن يحدث التابع ضررا للغير أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها و قد درسنا كل شرط في مطلب خاص، أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية و قسمناه إلى ثلاثة مطلب تطرقنا في الأول منها إلى الرأي الذي

يقول أنها مسؤولية شخصية و درسنا في المطلب الثاني الرأي الذي يقول بأنها مسؤولية عن الغير و حددنا في المطلب الثالث موقف المشرع الجزائري

و قد لاحظنا كذلك أن المشرع قد أدخل كثيرا من التعديلات على هذه المسؤولية فقد أزال التناقض الذي كان موجودا بين النص العربي و النص الفرنسي للمادة 136، كما لاحظنا كيف أن المشرع قد وسع من نطاق مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، إذ أنه و بموجب التعديل الذي جاء به المشرع بالقانون رقم 05 - 10 لسنة 2005 فإن المتبوع أصبح يسأل حتى عن الأضرار التي يحدثها التابع للغير بمناسبة الوظيفة . كما سجلنا أن المشرع قد استحدث شرطا جديدا لهذه المسؤولية و هو شرط أن يكون التابع " يعمل لمصلحة المتبوع " بحيث أن الشرط الذي كان سابقا هو " أن يكون للمتبوع سلطة الرقابة و الإشراف و التوجيه على التابع "

و لعل أهم تعديل جاء به المشرع هو التعديل الذي أدخله على المادة 137 هذه المادة التي كانت تنص على أنه " للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولا عن تعويض الضرر " إلا أن المشرع قد عدل هذا النص و أصبح يقضي بأنه " للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالته ارتكابه خطأ جسيما" ومعنى ذلك انه و بموجب التعديل الأخير فإن حق الرجوع لم يعد جائزا إلا بالنسبة للمتبوع على تابعة و بشرط ان يثبت ان هذا التابع قد ارتكب خطأ جسيما اما المكلف بالرقابة فلم يعد جائزا له ان يرجع على الخاضع للرقابة بما دفعه من تعويض للمضور و هذا يدفع للتساؤل عما إذا كانت مسؤولية المكلف بالرقابة لازالت تشكل احد صور المسؤولية عن الغير

و قد ختمنا المذكرة بخاتمة لخصنا فيها كل الملاحظات و الاستنتاجات التي توصلنا إليها من خلال مباحثها المختلفة و هي خصوصا توصيتنا للمشرع بضرورة اعتماده على المذكرات الإيضاحية في كل تعديل يجريه على أي قانون من القوانين، لأن المذكرة الإيضاحية هي التي تبين للدارسين لماذا اختار المشرع هذا الموقف أو ذاك كما أوصينا بضرورة تدخل المشرع مرة أخرى لتعديل المادة 134 و المادة 137 بما ينسجم مع فكرة المسؤولية عن فعل الغير .

الفهرس

رقم الصفحة	الموضوع
9	مقدمة
13	1. أحكام مسؤولية المكلف بالرقابة
14	1.1. شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة
14	1.1.1. قيام الالتزام بالرقابة
14	1.1.1.1. مصادر الالتزام بالرقابة
14	1.1.1.1.1. مصدر الالتزام بالرقابة هو القانون
17	1.1.1.1.2. مصدر الالتزام بالرقابة هو الاتفاق
18	2.1.1.1. أسباب الالتزام بالرقابة
19	1.2.1.1.1. قيام الالتزام بالرقابة بسبب القصر
20	2.2.1.1.1. قيام الالتزام بالرقابة بسبب الحالة العقلية أو الجسمية
22	2.1.1. إتيان الخاضع للرقابة فعلا ضارا بالغير
24	1.2.1.1. حالة ما إذا كان الخاضع للرقابة مميزا
24	2.2.1.1. حالة ما إذا كان الخاضع للرقابة غير مميزا
25	1.2.2.1.1. أنها مسؤولية احتياطية
25	2.2.2.1.1. أنها مسؤولية جوازية
25	3.2.2.1.1. أنها مسؤولية مخفة
26	4.2.2.1.1. أنها مسؤولية موضوعية
27	2.1. أساس مسؤولية المكلف بالرقابة و كيفية نفيها
28	1.2.1. تحديد معنى الخطأ وتبيان عناصره
28	1.1.2.1. التعريفات المختلفة للخطأ
28	1.1.1.2.1. تعريف الفقيه بلانيول للخطأ
28	2.1.1.2.1. تعريف إيمانويل ليفي

29	3.1.1.2.1. تعريف الفقيه ديموج
29	4.1.1.2.1. تعريف الفقيه كابيتان
30	5.1.1.2.1. الفقيهان مازووالفقيه أوندرى تونك
30	2.1.2.1. عناصر الخطأ
30	1.2.1.2.1. الركن المادي أو الإنحراف في السلوك
33	2.2.1.2.1. الركن المعنوي الإدراك و التمييز
34	2.2.1. أساس مسؤولية المكلف بالرقابة
34	1.2.2.1. أساس مسؤولية المكلف بالرقابة في الفقه
37	2.2.2.1. موقف المشرع الجزائري في تحديد أساس مسؤولية المكلف بالرقابة
38	3.2.1. كيفية دفع مسؤولية المكلف بالرقابة
38	1.3.2.1. دفع مسؤولية المكلف بالرقابة بنفي الخطأ المفترض
40	2.3.2.1. دفع مسؤولية المكلف بالرقابة بقطع علاقة السببية
45	2. أحكام مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه
45	1.2. شروط قيام مسؤولية المتبوع
46	1.1.2. قيام علاقة تبعية بين التابع والمتبوع
46	1.1.1.2. أنواع التبعية
47	1.1.1.1.2. تبعية القانونية
47	2.1.1.1.2. تبعية الإقتصادية
48	2.1.1.2. عناصر علاقة التبعية
48	1.2.1.1.2. سلطة فعلية للمتبوع على تابعه
49	2.2.1.1.2. عنصر الرقابة والتوجيه
51	3.2.1.1.2. قيام التابع بهذا العمل لحساب المتبوع
51	3.1.1.2. بعض المسائل التي تثيرها علاقة التبعية
51	1.3.1.1.2. حالة المتبوع العرضي
52	2.3.1.1.2. حالة التابع الظاهر
52	3.3.1.1.2. حالة تعدد المتبوعين
52	2.1.2. وقوع فعل ضار من تابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها
53	1.2.1.2. وقوع الفعل الضار من التابع يضر بالغير

53	2.2.1.2. إتصال الفعل الضار بالوظيفة
54	1.2.2.1.2. وقوع الفعل الضار حال تأدية الوظيفة
55	2.2.2.1.2. وقوع الفعل الضار بسبب الوظيفة
56	3.2.2.1.2. وقوع الفعل الضار بمناسبة الوظيفة
58	4.2.2.1.2. فعل ضار الأجنبي عن الوظيفة
58	2.2. أساس مسؤولية المتبوع من أفعال تابعه
59	1.2.2. مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه مسؤولية شخصية
59	1.1.2.2. نظرية الخطأ المفترض
61	2.1.2.2. نظرية تحمل التبعية
62	1.2.1.2.2. أنه يتعارض مع حكم نص المادة 136 من القانون المدني
62	2.2.1.2.2. أنه يتعارض مع نص المادة 137
63	2.2.2. مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه مسؤولية عن فعل الغير
63	1.2.2.2. نظرية النيابة
65	2.2.2.2. نظرية الحلول
65	3.2.2.2. نظرية الضمان
67	3.2.2. موقف المشرع الجزائري
68	1.3.2.2. كيفية تنظيم المشرع لمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه
71	2.3.2.2. اساس مسؤولية المتبوع في القانون الجزائري
74	خاتمة
77	قائمة المراجع

مقدمة

تعتبر المسؤولية عن فعل الغير استثناء عن القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، هذه القاعدة التي تقضي أن الشخص لا يكون مسؤولاً إلا عن أفعاله الشخصية، و لا يكون مسؤولاً عن أفعال غيره، و قد كان المشرع الجزائري يتناول هذه المسؤولية في أربعة مواد و هي المواد 134 إلى المادة 137، فكانت المادتان 134 و 135 تتناول مسؤولية المكلف بالرقابة ، و المادة 136 تتناول مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة، و المادة 137 تتناول حق الرجوع بالنسبة للمسؤول عن فعل الغير و هو المكلف بالرقابة و المتبوع على هذا الغير و هو الخاضع للرقابة و التابع .

و قد انتقد كثير من الفقهاء المشرع الجزائري في الطريقة التي نظم بها هاتين المسؤوليتين و يأتي على رأس هؤلاء كل من الأستاذين: الدكتور المرحوم علي علي سليمان[14] والدكتور نور الدين تركيل[47 ص 79] في كتاب له باللغة الفرنسية، فقد لاحظ هؤلاء الفقهاء أن تنظيم المشرع الجزائري جاء متذبذبا في بعض الأحيان، و متناقضا في أحيان أخرى بين النصوص العربية من جهة و بين النصوص العربية والفرنسية من جهة أخرى.

ومما لوحظ على المشرع الجزائري أنذاك التناقض بين المادتين 134 و 135 من جهة، و تناوله لفئة معينة من المكلفين بالرقابة مثل فئة المؤدبين و المربين، بالإضافة إلى فئة المعلمين مما دفع للتساؤل عما إذا لم تكن فئة المعلمين هم أنفسهم المؤدبين و المربين ، و طرح التساؤل حينذاك حول ما إذا لم يكن المعلم هو نفسه المربي و المؤدب.

كما أن المشرع قد أهمل التطرق إلى حالة الطلاق بين الزوجين، و التي تسند فيها حضانة الابن القاصر لأمه، و يكون أبوه لا يزال على قيد الحياة. بحيث إذا أحدث الابن ضررا للغير و رجع المضرور على الأب فسيصطدم بعدم تحقق شرط المساكنة، لأن الابن في هذا الفرض يكون في حضانة أمه. و إذا رجع على الأم، فيصطدم بشرط كون الأب لا يزال على قيد الحياة، و أن مسؤولية الأم هي مسؤولية احتياطية لا تقوم إلا بعد وفاة الأب

كما لوحظ الفرق البين في المادة 136 بين نسختيها العربية و الفرنسية فيما يتعلق بعبارة "بمناسبة" أو "بسبب" فقد جاء في نص المادة 136 في النسخة العربية " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر ...

متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها " بينما جاء في المادة 136 في نسختها الفرنسية Le commettant est responsable ... dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions فعبارة " à l'occasion de ses fonctions تعني بمناسبة و لا تعني بسبب كما جاء في النص باللغة العربية، مما يطرح إشكالا في تحديد النص الذي يؤخذ به عند التطبيق، هل هو النص العربي أو النص المكتوب باللغة الفرنسية ؟

و قد تكون هذه العيوب هي التي دفعت بالمشرع إلى الإقدام على تعديل هام للقانون المدني بموجب القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 أعاد من خلاله صياغة أحكام المسؤولية بصفة عامة، و أحكام المسؤولية عن فعل الغير بصفة خاصة، بعد أكثر من ربع قرن من التطبيق، و بعد ما قام بعض الفقهاء منذ السنوات الأولى لتطبيق هذا القانون بالمناداة بضرورة تعديله [14] و إعادة النظر فيه بعدما انكشف لهم من العيوب أظهرها التطبيق العملي لهذه النصوص

فقد أقدم المشرع على تعديل أحكام المسؤولية عن فعل الغير بشكل هام جدا بحيث مس كثيرا من جوانبها، سواء المتعلقة منها بالشروط أو بفكرة رجوع المسؤول عن فعل الغير على هذا الغير بما دفعه للمضرور من تعويض

فقد أقدم المشرع على إعادة صياغة المادة 134 بحيث أصبحت تنص على أنه "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار

و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية " .

وكانت هذه المادة قبل التعديل تنص على أنه " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار، و يترتب هذا الالتزام و لو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز "

وبمقارنة هذين النصين نلاحظ أن المشرع قد حذف فقرة كاملة مما كان منصوص عليه سابقا، وهي فقرة " و يترتب هذا الالتزام و لو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز" مما يطرح تساؤل عن سبب إلغاء المشرع لهذه الفقرة. فهل أن المشرع رأى فيها تزييدا لا فائدة منه ؟ أم أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد سقوط لهذه العبارة وقع سهوا ؟

كما أن المشرع قد ألغى المادة 135 من القانون المدني و التي كانت تنص على أنه " يكون الأب و من بعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما، كما أن المعلمين و المؤدبين و أرباب الحرف مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم و المتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم . غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين و المربين

و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الوقاية [38] أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية "

و بالتالي فالسؤال الذي يطرح هو ما مصير المسؤوليات التي كان يتناولها هذا النص مثل مسؤولية المعلمين، و مسؤولية أرباب الحرف ؟ فهل أن المشرع قد تراجع عن تنظيم هذه المسؤوليات؟ و إذا كان الأمر كذلك فما مصير المضرور الذي يصاب بضرر من تلميذ في الوقت الذي يكون فيه في المدرسة، أو من طرف متعلم الحرفة في الوقت الذي يكون فيه عند الحرفي ؟ أم أن الأمر يتعلق كذلك بمجرد سقوط سهوا مثل ما هو الشأن في الحالة السابقة ؟

ثم أن المشرع قد أسقط مع هذه المادة شرط المساكنة بالنسبة للأبوين الذي كانت تتناوله ، مما يدفع للتساؤل عن نتيجة ذلك. هل أن المشرع قد ألغى هذا الشرط عن دراية و دراسة، مما يستنتج معه إمكانية قيام مسؤولية الأب و من بعد وفاته الأم حتى و لو لم يكن الابن مساكنا لهما، مما يشكل تشديدا على مسؤولية هؤلاء ؟ أم أن الشرط سقط مع سقوط النص بدون دراسة و لا دراية ؟

كما قام المشرع بتعديل المادة 136 من القانون المدني التي تتناول مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه فقد أصبحت تنص على أنه " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها

و تتحقق علاقة التبعية و لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع " و الملاحظ أن المشرع قد أضاف عبارة "بمناسبتها " التي كان قد انتقد فيها سابقا .

و لعل أهم تعديل هو الذي جاءت به المادة 137 لما قضت بأنه " للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما " بحيث أن المشرع قد قصر حق الرجوع - بموجب هذا النص - على المتبوع وحده دون المكلف بالرقابة خلافا لما كان معمول به سابقا من أنه كان يجوز للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولا عن تعويض الضرر . و هذا الحكم يفتح مجالا للتساؤل عما إذا بقيت مسؤولية المكلف بالرقابة إحدى صورتها المسؤولية عن فعل الغير ؟

إن كل هذه التعديلات جديرة بالدراسة و التحليل لتقييم موقف المشرع منها و الوقوف على المزايا التي حققها من ورائها ، و الانتقادات التي تجاوزها. و الوقوف عند النفاص التي وقع فيها ،حتى إذا رجع لتعديل القانون المدني مرة أخرى سيتفادها

و لعل أهمية الدراسة تكمن في المنهج الذي اتبعت فيه و هو المنهج التحليلي و الذي يعتمد على دراسة النصوص بتحليلها و تحديد معني مصطلحاتها ، و هو العمل الذي حاولنا القيام به من خلال هذه الدراسة فقدد تتبعنا كل النصوص التي عدلها المشرع بالشرح و التحليل ، مع محاولة الوقوف عند مزايا و عيوب كل تعديل من هذه التعديلات .

أن كل التساؤلات التي سبق و أن طرحناها تشكل محور هذه الدراسة، و التي تهدف إلى تقييم التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري على أحكام المسؤولية عن فعل الغير، لنرى ما إذا كان المشرع قد تجاوز فعلا الانتقادات التي كانت قد وجهت له في هذا المجال، أم أنه كان تعديلا ارتجاليا وقع المشرع من خلاله في أخطاء و انتقادات أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها ؟

و للإجابة عن هذه التساؤلات ارتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول منهما أحكام مسؤولية المكلف بالرقابة ، و قسمناه إلي مبحثين، تناولنا في المبحث الأول شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة ، و حصصنا المبحث الثاني إلى دراسة أساس قيام هذه المسؤولية و كيفية نفيها ، أما الفصل الثاني فقد خصصناه لأحكام مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، فتناولنا في المبحث الأول من هذا الفصل شروط قيام هذه المسؤولية ، و تناولنا في المبحث الثاني الأساس قيام هذه المسؤولية و كيفية نفيها، و ختمنا هذه المذكرة بخاتمة أجمعنا فيها كل الملاحظات التي توصلنا إليها من خلال المباحث المختلفة لهذه الدراسة ، و كذا الاقتراحات التي ارتأينا توجيهها للمشرع إذا جاءت الفرصة مرة ثانية لتعديل القانون المدني .

الفصل 1

أحكام مسؤولية المكلف بالرقابة

كانت نصوص القانون المدني قبل التعديل بالقانون رقم 05_10 لعام 2005 تعالج مسؤولية المكلف بالرقابة من خلال مادتين وهما المادة 134 التي كانت تنظم مسؤولية المكلف بالرقابة بصفة عامة أي بنص عام، و المادة 135 كانت تعالج صورة خاصة لمسؤولية متولي الرقابة و هي مسؤولية الآباء والأمهات بعد وفاتهم عن أعمال أولادهم القاصرون الساكنون معهم، ومسؤولية المعلمين والمؤدبين وأرباب الحرف عن أفعال التلاميذ والمتمرنين في الوقت الذي يكونون فيه في المدرسة أو أثناء تعلم الحرفة .

ولقد اتبع المشرع مثل هذه الطريقة محاولة منه التوفيق بين أحكام القانون المدني المصري الذي اعتمد مبدأ عاما يشمل كل شخص تولى الرقابة على شخص آخر بسبب قصرة أو حالته العقلية أو الجسمية ، والقانون المدني الفرنسي الذي اقتصر أحكام مادته 1384، 4، 5، 6 على بعض الحالات لمسؤولية متولى الرقابة، أوردها على سبيل الحصر، وهي نفس الحالات التي ذكرها المشرع في المادة 135 ومحاولة التوفيق هذه التي قام بها المشرع أظهرت بعض التناقضات مما دفع المشرع إلى إعادة النظر في هذه الأحكام من خلال التعديل الذي قام به على القانون المدني ، حيث اكتفى المشرع بالمبدأ العام الذي يطبق على كل الحالات، ووفق هذا التعديل تناول المشرع في الفقرة الأولى من المادة 134 شروط قيام مسؤولية متولى الرقابة و تناول في الفقرة الثانية منها أساس هذه المسؤولية و كيفية نفيها .

وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل إذ سنتطرق في المبحث الأول منه إلى شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة ، و نتناول في المبحث الثاني أساس هذه المسؤولية و كيفية نفيها و ذلك على النحو التالي:

1.1. شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة

لقد تناول المشرع شروط قيام مسؤولية المكلف بالرقابة في الفقرة الأولى من المادة 134 بقوله " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار ".

يظهر من خلال دراسة هذا النص أن مسؤولية المكلف بالرقابة تقوم على شرطين وهما : تولى شخص الرقابة على شخص آخر في حاجة إليها بسبب قصره، أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، و هو ما يعبر عنه بقيام الالتزام بالرقابة، و إتيان الخاضع للرقابة فعلا ضارا بالغير، وهو ما نتناوله في المطلبين التاليين: بحيث سنخصص المطلب الأول لشروط قيام الالتزام بالرقابة و ندرس في المطلب الثاني إتيان الخاضع للرقابة فعلا ضارا بالغير:

1.1.1. قيام الالتزام بالرقابة

سبق أن قلنا أن الشخص في الأصل لا يكون مسؤولا إلا عن أفعاله الشخصية، و إذا التزم شخص بالتعويض عن أفعال غيره الضارة، فيجب أن يكون ذلك بناء على وجود التزام على عاتقه سواء أكان مصدر هذا الالتزام هو القانون أو الاتفاق، و يجب بعد ذلك أن يكون لهذا الالتزام سبب يبرره. و لذلك فإن دراسة شرط قيام التزام بالرقابه يفترض أن نحدد مصادر هذا الالتزام أولا، ثم نتطرق إلى أسباب قيام هذا الالتزام ثانيا كل في فرع خاص على النحو التالي :

1.1.1.1. مصادر الالتزام بالرقابة

من خلال دراسة المادة 134 من القانون المدني يظهر أن للالتزام بالرقابة مصدران و هما القانون والاتفاق فهذه المادة تنص على أنه " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ... " و هكذا فإن مصدر الالتزام بالرقابة إما أن يكون القانون او الاتفاق و هو ما نتناوله تباعا فيما يلي :

1.1.1.1.1. مصدر الالتزام بالرقابة هو القانون

كان المشرع الجزائري يحدد الأشخاص الذين يجب عليهم الرقابة قانونا على أشخاص آخرين بالمادة 135 من القانون المدني فكانت هذه المادة تنص على أنه "يكون الأب و من بعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما، كما أن المعلمين و المؤدبين

وأرباب الحرف مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم و المتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم . غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين و المربين".

و بناء عليه فإن هذه المادة تحدد من يجب عليهم قانونا الرقابة على القصر و هم الأب و من بعد وفاته الأم، ثم المعلم أو المؤدب في الوقت الذي يكون فيه القاصر في المدرسة ، ثم رب الحرفة في الوقت الذي يكون فيه القاصر في الورشة من أجل تعلم الحرفة .

إلا أن المشرع قام بعد ذلك بإلغاء المادة 135[14 ص 15] فطرح التساؤل بعد ذلك عن المصدر الذي يتحدد به من هم الأشخاص الذين يجب عليهم قانونا الرقابة على القاصر، و الواقع أن هؤلاء هم الأولياء الشرعيون و الذين حددهم المشرع بموجب المادة 87 من قانون الأسرة بقولها " يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد و في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد " وهكذا يظهر أن المشرع قد حدد الأشخاص الذين يكونون مكلفين برقابة القصر قانونا و هم الأب و من بعد وفاته الأم و في حالة الطلاق فإن الرقابة تتبع الحضانة بحيث أن الذي تسند له الحضانة هو الذي يكون رقيقا على القاصر ونلاحظ أن المشرع قد عالج بهذا الحكم قصورا كان واقعا فيه سابقا و كان محل انتقاد من طرف الفقه و هو حالة الطلاق مع إسناد حضانة القاصر للأم إذ قد يؤدي إلى ضياع مصلحة المضرور في الحصول على تعويض من الأب أو من الأم وذلك لعدم إمكانية قيام مسؤولية أي منهما في هذه الحالة التي يكون فيها طلاق، و تسند الحضانة للأم مع بقاء الأب على قيد الحياة، فالأب قد لا يلتزم بالتعويض لأنه قد يتمسك بشرط المساكنة وهذا شرط أساسي لقيام مسؤوليته طبقا للمادة 135، والقاصر لا يسكن معه في هذا الفرض لأنه محضون عند أمه ، والأم كذلك لا يمكن مساءلتها، لأن مسؤوليتها احتياطية ولا تتحقق إلا عند وفاة الأب طبقا للفقرة الأولى من المادة 135 و الأب في هذا الفرض لا يزال على قيد الحياة، وهكذا فإن المضرور في هذه الحالة إذا رجع على الأب فيجد نفسه أمام تخلف شرط المساكنة وإذا رجع على الأم فيتخلف شرط وفاة الأب، ما يترتب على ذلك أن انفصال الوالدين قد يحرم المضرور من التمسك بقريضة الخطأ المنصوص عليها في المادة 135 في مواجهة الوالدين ولا يستطيع الحصول على تعويض إلا بعد إثبات الخطأ في جانب من يرجع عليه من الأب أو الأم طبقا للقواعد العامة[40].

ويقول الاستاذ بوبكر مصطفى في هذا المجال " و هنا نعتقد بأن الحل الذي اهتدى إليه المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 70- 459 الصادر بتاريخ 4 جوان 1970 و الذي جعل مسؤولية الأب والأم تضامنية بالنسبة للأضرار التي يسببها أولادهما القاصرون هو أنسب حل لهذه المسألة ، إذ أن هذا

الحل يمكن المضرورة من الرجوع على الأب أو على الأم أو عليهما معا بالتضامن دونما إتفاعة إلى شرط المساكنة "[26 ص 98].

و لكن هذا الحل كان ضروريا قبل التعديل الذي أجراه المشرع على قانون الأسرة بالأمر رقم 05 - 02 ، لأن بعد هذا العديل فإن المشرع يكون قد عالج هذا القصور و ذلك لما قضى في الفقرة الثالثة من المادة 87 بأن الولاية على القاصر في حالة الطلاق يمنحها القاضي لمن تسند له الحضانة[38] ذلك أن المسؤولية على القاصر تناط بمن تكون له الولاية الشرعية على النفس

كما أن المشرع لما ألغى المادة 135 ألغى معها المسؤولية القانونية للمعلمين والمؤدبين وأرباب الحرف عن التلاميذ و المتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه في المدرسة أو في تعلم الحرفة، كما ألغى معها الحكم الذي كان يقضي بطول مسؤولية الدولة محل مسؤولية المعلمين و المربين مما قد يثير شكاً حول طبيعة هذا الإلغاء، هل هو إلغاء لمسؤولية هؤلاء عن الأفعال الضارة التي تصدر ممن هم تحت رقابتهم بالكامل ؟ أم فقط إلغاء لهذه المسؤولية باعتبارها مسؤولية قانونية و لا يمنع من قيامها كمسؤولية اتفاقية ، لأن المشرع لم يبين موقفه من ذلك بصفة واضحة ، و هو الموقف الذي انتقده فيه الأستاذ بوبكر مصطفى من أن المشرع لم يكلف نفسه شرح هذا الموقف بواسطة مذكرة توضيحية[26 ص 94]

الواقع أن الأستاذ بوبكر مصطفى يرى بان هناك ما يبرر موقف المشرع الجزائري من عدم تناوله لهذه الحالات في التعديل لما رآه من أن عمومية الفقرة الأولى من المادة 134 تعني عن هذا التنظيم و ذلك تطبيقاً للقاعدة العامة في التفسير التي تقضي بأن النص إذا جاء عاماً فيجب ان يفسر إلى ابعد عمومية ممكنة له و قول المشرع في هذه الفقرة بأن "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية..." هي عبارة عامة تتصرف إلى الأب و من بعد وفاته إلى الأم كرقابة قانونية و تنسحب على المعلم و على معلم الحرفة كرقابة اتفاقية [26 ص 94] أو بمعنى آخر ففيما عدا حالة رقابة الأب أو الأم من بعد وفاته فإن كل رقابة بعد ذلك تكون رقابة اتفاقية

وإذا كان الأمر هين بالنسبة لعدم تنظيمه لمسؤولية المعلمين و أرباب الحرف و أمكن حله عن طريق الاجتهاد على النحو الذي سبق بيانه ، فإن الأمر ليس بذات السهولة فيما يتعلق بإلغائه لمسألة حلول مسؤولية الدولة محل مسؤولية المعلمين و المؤدبين عن الأفعال الضارة التي يرتكبها التلاميذ في الوقت الذي يكونون فيه في المدرسة، فهل يفهم من ذلك أن الأمر لا يعدو أن يكون سهو قد وقع فيه المشرع . وأن المشرع لم يقصد تنصل الدولة من مسؤوليتها في هذا المجال خاصة إذا علمنا أن الهدف

من تقرير هذا الحكم هو " تأمين حماية لهذه الفئة من المسؤولية التي قد تترتب على عاتقهم من الأفعال الضارة التي يرتكبها التلاميذ القصر وتصيب الغير بضرر مما قد يعيقهم عن أداء مهامهم التربوية، ما دام أنهم يعملون في جو ملؤه الخوف من أن يرتكب أي قاصر تهورا ضد زميله أو ضد الغير ويتحمل هو وزر ذلك، مما قد يحول اهتمامه من التعليم والتربية إلى الحراسة والمراقبة، ومن هنا جاء المشرع بهذا الحكم ليوفر للمعلم جوا يسوده الأمن والاطمئنان " [26 ص 94] فإذا ثبت أن المشرع لم يصف هذا الحكم إلى المادة 134 بعدما ألغى المادة 135 فهل يفهم من ذلك أن المشرع قد تنصل من هذه المسؤولية و ترك الأمر للمعلمين ليتحملونها .

و على ما في هذا الأمر من غرابة يبدو أن الأمر كذلك إذ أن المادة 22 من القانون التوجيهي للتربية الوطنية تنص في فقرتها الرابعة على أنه " المعلمون مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم " [40] و بذلك يكون المشرع قد نص صراحة على أن المعلم يكون مسؤولا عن الضرر الذي يسببه تلامذته في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقبته في القسم [40]

على أن الاستاذ بوبكر مصطفى يرى أنه " لا يوجد ما يمنع في اعتقادنا من تطبيق القواعد العامة في هذا المجال بإمكانية رجوع المضرور على الدولة مباشرة في حالة ما إذا أصاب القاصر الغير بضرر أثناء تواجده في المدرسة تطبيقا للمادة 136 من القانون المدني باعتبار أن المعلم هو تابع للدولة و أن الخطأ في هذه الحالة يكون أثناء تأدية الوظيفة . إلا إذا عمد القضاة إلى تطبيق فكرة أن الخاص يقيد العام، و اعتبروا أن المادة 22 من القانون التوجيهي للتربية الوطنية قيد خاص على عمومية المادة 136 من القانون المدني " [26 ص 95]

هذا و نشير أن المشرع الجزائري لم ينظم نوع من الرقابة القانونية التي نظمها المشرع المصري و هي رقابة الزوج على زوجته ان كانت قاصرة، و إذا كان هو بدوره قاصرا فتنتقل الرقابة عليها حينئذ إلى من يتولى الرقابة على الزوج [41]

2.1.1.1.1. مصدر الالتزام بالرقابة الاتفاق

سبق أن رأينا أن المادة 134 من القانون المدني قد نصت على أنه كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار، كما سبق أن رأينا أن الرقابة القانونية عن القاصر أصبحت محصورة في الأب و من بعد وفاته الأم طبقا للمادة 87 من قانون الأسرة و أن المشرع قد ألغى المادة 135 التي كانت تحدد من هم الأشخاص الذين يجب عليهم قانونا الرقابة على

القصر و هم الأب و من بعد وفاته الأم، ثم المعلم في المدرسة، و معلم الحرفة في الورشة ، و بذلك انتهينا إلى أن الرقابة القانونية بموجب التعديل الجديد للقانون المدني أصبحت محصورة في الأب و من بعد وفاته للأم و كذا في حالة طلاق الأم و إسناد الحضانة لها أما ما عدا ذلك من الحالات فإن الرقابة فيها تكون اتفاقية

و لئن كانت الرقابة القانونية واردة على سبيل الحصر، فإن الرقابة الاتفاقية على القاصر تتحقق كلما كان هناك اتفاق أو عقد بين شخصين يعهد من خلاله أحدهما للآخر بأن يتولى الرقابة على شخص آخر في حاجة إلى هذه الرقابة سواء كان هذا العقد بأجر أو بدون أجر، و سواء كان لمدة زمنية طويلة أو قصيرة، و سواء كان هذا العقد تم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. فإذا ثبت مثلا أن أما ما دقت على باب شقة جارتها و رمت لها بابنها داخل البيت وانصرفت على جناح السرعة لقضاء شأن ما، و قامت هذه الجارة بتلقى هذا الطفل ، فإن قبولها لتلقى الطفل و عدم الاعتراض على تركه عندها يعتبر قبولا غير مباشر منها للرقابة على هذا الطفل، في حين أنه لو تقدمت هذه الأم من الجارة و طلبت منها بطريقة مباشرة و واضحة بأن تترك عندها إبنها لمدة زمنية معينة و قبلت بذلك فإن قبولها يكون صريحا

و إذا كانت حالات الالتزام بالرقابة الذي يكون مصدره الاتفاق ليست محددة في نص المادة 134 كما هو الشأن بالنسبة لحالات الالتزام بالرقابة الذي يكون مصدره القانون، فإن ذلك لم ينع الفقه من أن يورد بعض الامثلة على ذلك و اعتبروا ان واجب الرقابة يكون اتفاقا كلما كان اتفاق الاطراف هو المنشئ لهذا الواجب كأن تلتزم مؤسسة مختصة برعاية مريض أو تلتزم سيدة أو دار حضانة أو روضة برعاية الاطفال الصغار إلخ... [13 ص 106] و نختم بالقول انه كلما تولى شخص الرقابة على شخص آخر دون ان يكون ملزما بذلك قانونا فإن رقابته عليه تكون اتفاقية ، لا يستثنى من ذلك إلا حالة الرقابة الفعلية التي قد يمارسها شخص ما على الغير مرتب الضرر ، كالشخص الذي يساعد صديقه الأعمى في عمله أو في الذهاب و الإياب إلى العمل على وجه البر والإحسان[13 ص 106].

2.1.1.1. أسباب الالتزام بالرقابة

يلاحظ أن المشرع لم يحدد في نص المادة 134 الأشخاص الذين يكونون في حاجة إلى الرقابة واكتفى بالنص على أن الحاجة إلى الرقابة مرجعها إما حالة القصر أو الحالة العقلية أو الجسمية، فالقاصر في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره و المجنون و المعتوه و السفیه و ذو الغفلة في حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم العقلية و الأعمى و المعقد و المشلول في حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم الجسمية و على ذلك فان المسؤولية لا تقوم بالنسبة للأشخاص المكلفين بالرقابة خارج نطاق الحالات المذكورة

كرقابة السجان للمسجونين ورقابة رئيس الحزب السياسي على أعضاء حزبه[17 ص 185]. و نتناولها أسباب الحاجة إلى الرقابة تباعا فيما يلي

1.2.1.1.1. قيام الالتزام بالرقابة بسبب القصر

القاصر في نظر القانون المدني الجزائري هو ذلك الشخص الذي لم يصل إلى سن التاسعة عشر من عمره استنادا إلى نص المادة 2/40 منه التي تنص على أنه " سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة " والرقابة على القاصر تبقى قائمة ما بقي القاصر قاصرا فلا ترتفع عنه إلا إذا بلغ سن الرشد، بل ان الرقابة قد تمتد على الشخص حتى بعد بلوغه سن الرشد و ذلك إذا أصيب بعارض من عوارض الأهلية. على أنه يجب أن نميز هنا بين مرحلتين من القصر يمر بهما الشخص و هما مرحلة القاصر الغير مميز و القاصر المميز.

القاصر غير مميز : وهي الحالة التي تكون فيها سن الشخص أقل من 13 سنة، استنادا إلى التعديل الجديد لنص المادة 2/42 التي تنص على أنه " يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة " بعد ما كان النص القديم يجعل سن التمييز ستة عشر سنة [40].

إذ أن القاصر أثناء هذه المرحلة يكون فعلا بحاجة إلى الرقابة كما يؤكد على ذلك اغلب الفقهاء إذ أن الحاجة إلى الرقابة بالنسبة للقاصر غير المميز واضحة و لا أحد ينازع في ذلك كما أن المسؤولية الشخصية بالنسبة له تكون مستبعدة كأصل عام و ذلك لاستحالة وقوع خطأ من جانبه لان الخطأ يفترض التمييز لدى مرتكبه إلا أنه في هذه الحالة الأمر يخص شخص غير مميز بسبب صغر سنه .

و تجدر الإشارة إلى أن نص المادة 134 قبل التعديل كان يشير إلى مسؤولية متولى الرقابة في جبر الضرر الناتج عن فعل القاصر حتى و لو كان هذا الأخير غير مميز. بنصها علي مايلي " ... يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز".

وهو نفس الحكم الذي تناولته جل التشريعات العربية فقد تناوله القانون المصري في المادة 173 من القانون المدني، إذ اعتبر القاصر هو كل من لم يبلغ سن الخامسة عشر ،فالقاصر الذي لم يبلغ هذه السن في حاجة إلي الرقابة ؛ويكون عادة حتى بلوغ هذه السن في كنف من يقوم بتربيته وهو الأب إن وجد فهو الولي الشرعي على النفس ، وهو المكلف قانونا بالرقابة على ولده .

القاصر المميز : وهو الشخص الذي بلغ سن التمييز و هي ثلاثة عشرة سنة من العمر و لم يبلغ سن الرشد و هي تسعة عشرة سنة فبالرجوع إلى نص المادة 43 من القانون المدني نجدها تنص على أنه " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان مجنوناً او ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون " فان القاصر في هذه المرحلة يكون مميزاً ، و المفروض ألا يكون في حاجة إلى رقابة أي شخص لا يكون له قدر من الإدراك و التمييز الذي يستطيع من خلاله ان يتوخى الحيلة و الحذر من أجل عدم إصابة الغير بضرر و إذا أصاب أي شخص بضرر فالقانون يجعله مسؤولاً شخصياً طبقاً لأحكام المادة 125 مدني التي تكفي بالتمييز لمساءلة الفاعل ولم تشترط الأهلية الكاملة [13 ص 110] والتي تنص على أنه " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيلته إلا إذا كان مميزاً" [26 ص 59]

و قد يكون القاصر بنتاً تتزوج قبل بلوغها سن الرشد فتنتقل الرقابة عليها ممن كان قائماً على تربيتها إلى زوجها وهو الذي يكون مسؤولاً عنها ما دامت قاصراً، فإذا كان الزوج نفسه قاصراً، فإن متولي الرقابة على الزوج يتولى الرقابة أيضاً على الزوجة و يكون مسؤولاً عن كل منهما فإذا بلغ الزوج سن الرشد و لم تبلغها الزوجة صار الزوج هو متولي الرقابة على زوجته [10 ص 1001] إما إذا بلغت الزوجة سن الرشد فلا تكون خاضعة لرقابة زوجها عن أفعالها الضارة بل تسأل مسؤولية شخصية وهذا الحكم تناوله المشرع المصري في المادة 2/173 من القانون المدني التي جاء فيها " وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها والى ما يتولى الرقابة على الزوج " و هذا الحكم لم يتناوله المشرع الجزائري بالتنظيم، و لكن عمومية المادة 134 من القانون المدني تؤدي إليه و لو بدون النص عليه صراحة، إذ تعتبر رقابة الزوج في هذه الحالة رقابة اتفاقية

2.2.1.1.1. قيام الالتزام بالرقابة بسبب الحالة العقلية أو الجسمية

الأصل أنه اذا بلغ الولد سن الرشد تحرر من الرقابة ولم يعد احد يسأل عنه لا في البيت و لا في المدرسة و لا في مكان تعلم الحرفة حتى لو استمر يعيش مع والديه أو في كنف غيره .

ولكن قد يعترى الشخص مرض عقلي أو حالة جسمية تجعله في حاجة الى من يتولى الرقابة عليه [2 ص 394] وهذا مانصت عليه المادة 134 من القانون المدني الجزائري بقولها كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية او الجسمية " و بناء على ذلك فإن الشخص لا يكون في حاجة إلى الرقابة بسبب القصر فقط بل يكون كذلك في حاجة إلى الرقابة بسبب الحالة العقلية أو الجسمية و هي الحالات التي سنتناولها تباعاً فيما يلي :

سبب الحالة العقلية : هذه الحالات المرضية تصيب عقل الشخص فتؤثر على قواه العقلية و تصيبه بعراض من عوارض الأهلية كالجنون و العته، فتعدم الإدراك و التمييز عنده بصفة كاملة، و يصبح هذا الشخص في حكم عديم التمييز، بحيث يصبح غير مدرك لما يقوم به، فلا يميز بين ما يضره أو يضر غيره أو ما ينفعه أو ينفعه غيره، ويتعذر عليه فهم حقيقة الأشياء و من ثم لا يمكن مساءلته و يكون الفرد بسبب اختلال وعيه و إدراكه خطر على نفسه وعلى غيره [13 ص 117] كما قد يصاب الشخص بعد بلوغه سن الرشد بسفه أو غفلة و هما كذلك عارضان يصيبان العقل و لكن لا يعدمانه كما هو الشأن بالنسبة للجنون و العته و إنما ينقصان منه فقط و يأخذ صاحبهما حكم الصبي المميز ولقد تناول المشرع هذه الحالات في المادتين 42 ، 43 من القانون المدني إذ نصت المادة 42 على أنه " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة " ومن ثم يظهر أن المشرع قد ربط بين عديم التمييز لصغر في السن و الجنون و العته.

و نصت المادة 43 على أنه "كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون" و بذلك يكون المشرع قد وحد الحكم بالنسبة لناقص الأهلية لصغر في السن أي الذي بلغ سن ثلاث عشر سنة و لم يبلغ سن الرشد أي تسعة عشر سنة و السفيه و ذي الغفلة ، أي أن كل من هؤلاء يعتبر ناقص الأهلية أي في حكم الصبي المميز بسبب الحالة الجسمية: إن الشخص قد لا يكون في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته العقلية فقط كما سبق بيانه بل قد يكون في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته الجسمية كأن يكون مصاباً بعاهة جسدية كفقدان البصر أو الشلل أو الإقعاد و كذلك إذا أصيب هذا البالغ الراشد بمرض شديد أعجزه عن الحركة و جعله في حاجة إلى الرقابة نظراً لحالته الجسمية. فهنا يتولى الرقابة عليه قانوناً ولي النفس أو من تنتقل إليه الرقابة اتفاقاً كمدير المستشفى أو مدير المصحة أو الطبيب أو الممرض أو من يقوم بالرقابة عليه من الأقرباء أو غيرهم. فيكون من تجب عليه رقابة الخاضع للرقابة بسبب حالته الجسمية مسؤولاً عن أفعاله الضارة التي يأتيها هذا الشخص [11 ص 515]

و الحالة الجسمية باعتبارها حالة من حالات التي تنال من الأهلية الفرد من جهة و التي تجعله في حاجة إلى الرقابة من جهة أخرى هو أمر مستحدث في تقنين 1975 و الجدير بالذكر هنا إن مصدر الالتزام بالرقابة بسبب الحالة الجسمية هو اتفاق الأطراف كون القانون لم يتناول هذه الوضعية [13 ص

و يكون صاحب هذه العاهة الجسمانية بحاجة إلى رقابة متى أصبح يمثل عبئاً خطراً على نفسه وغيره و خشية أفاعه الأضرار بالغير ، كأن يكون شخص مصاب بشلل أو برعشة مستمرة فيلحق أضراراً بالغير

فقد يلجأ صاحب العاهة الجسمانية بموجب اتفاق إلى الاستعانة بشخص يتولى رقبته و عند الحاجة يتحمل المسؤولية المترتبة عن الأضرار التي قد يسببها للغير و تجدر الملاحظة إلى أن الأضرار الأخرى التي لا علاقة لها بالحالة الجسمية كان يقوم الأعرج أو الأعمى بثتم الغير فلا يسأل عنها المكلف بالرقابة و إنما يسأل عنها الفاعل نفسه باعتباره ليس بحاجة إلى الرقابة بالنسبة لهذا الفعل [4 ص 300] بالإضافة إلى ذلك فان الرقابة الفعلية كرقابة من يقود أعمى أو مقعداً دون قانون أو اتفاق فإنها لا تدخل في مفهوم الرقابة الواردة في المادة 134 ق م التي تنص على المسؤولية المفترضة و منه فإنه لا يسأل الرقيب الفعلي إلا إذا أثبت انه أخطأ خطأ شخص

2.1.1. إتيان الخاضع للرقابة فعلاً ضاراً بالغير

إن تحقق الشرط الأول لقيام مسؤولية متولي الرقابة من وجود إلزام بالرقابة على القاصر بسبب حالته العقلية أو الجسمية لا يكفي لقيام مسؤولية المكلف بالرقابة بل يجب ان يتحقق الشرط الثاني و هو أن يصدر فعلاً ضاراً من الخاضع للرقابة يصيب الغير . فالالتزام بالرقابة و مهما كان مصدره سواء كان القانون أو الاتفاق و مهما كان سببه سواء القصر أو الحالة العقلية أو الجسمية فإنه لا يكفي لكي تتحقق مسؤولية متولي الرقابة بل يجب فوق ذلك إتيان الخاضع للرقابة فعلاً ضاراً بالغير

فمنص المادة 134 ق م ج يبين هذا الشرط بوضوح لما نص على انه " كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ... يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير " فإذاً ولكي تقوم مسؤولية المكلف بالرقابة فيجب أن يأتي الخاضع للرقابة فعلاً ضاراً بالغير

و هذا الشرط قد جسده المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 1988/07/16 تحت رقم 52862 قضية مدير مستشفى س ضد فريق ب و مما جاء في منطوق هذا القرار " أن متولى الرقابة مسؤول عن الأضرار التي يلحقها للغير الأشخاص الموضوعون تحت رقبته، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير صحيح

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي حمل المستشفى مسؤولية وفاة الضحية نتيجة اعتداء وقع عليها من أحد المرضى المصابين عقلياً اعتبر ذلك إخلالاً بواجب الرقابة الملقى على عاتقها - مما يشكل خطأ مرفقي - يستوجب التعويض طبقاً للمادة 134 من القانون المدني،

وبقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا سليما . و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[40 ص 92] وهكذا يتضح أن هذا القرار قد تطرق إلى الشرطين السابقين معا، وواضح من خلال ما يستشف ان وقائع هذه القضية تتلخص في كون أن هناك شخص كان مصاب بمرض الجنون فأودع مستشفى الامراض العقلية، و هناك قام هذا المجنون بقتل احد مرضى هذا المستشفى فحكم القضاء بمسؤولية المستشفى باعتاره مكلفا اتفقا بالرقابة على شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته العقلية

هذا لكي تحقق مسؤولية المكلف بالرقابة على النحو الذي سبق و أن رأينا يجب أن يثبت أن الخاضع للرقابة هو الذي يحدث الضرر للغير، لا أن يتعرض هو نفسه للضرر، لأن مسؤولية المكلف بالرقابة تفترض أن الخاضع للرقابة هو الذي يصيب الغير بضرر و ليس العكس. و في هذا المعنى جاء حكم للمحكمة العليا بتاريخ 1992/05/11 ملف رقم 77237 تتلخص وقائعه في أن مسيرى فريق كرة قدم تلقوا قاصرا من اجل تدريبه لتعلم كرة القدم إلا ان هذا القاصر جرى لاسترجاع الكرة من الطريق العام فصدته سيارة و مما جاء في منطوق القرار " ... لكن حيث أنه بمراجعة اوراق ملف القضية والحكم المستأنف فيه و القرار المطعون فيه تبين أن قضاة الموضوع التزموا صحيح القانون و لم يخرقوا المادة 124 اذ اتضح لهم - في اطار سلطتهم التقديرية لوقائع الدعوى - أن مسيري فريق كرة القدم الذي انخرط فيه الهالك قصروا في رقابتهم على هذا الاخير باعتباره قاصرا لم يبلغ سن الرشد قد عرض حياته للخطر عندما غادر أرضية الملعب لبيحث عن الكرة بعد خروجها من الميدان خلال المقابلة التي كان يشارك فيها الضحية في صفوف فريق الطاعنة الشيء الذي أدى إلى سقوطه من أعلى سقف مصنع مجاور على الأرض مما أدى بحياته..." فيلاحظ أن القرار هنا يشير إلى المادة 124 و لا يشير إلى المادة 134 من القانون المدني لأن الضرر وقع على الخاضع للرقابة و لم يحدثه الخاضع للرقابة

كما أنه لكي تقوم مسؤولية متولي الرقابة يجب أن يصدر الفعل الضار من الشخص الخاضع للرقابة و يصيب الغير. لا أن يحدث الفعل الضار من الغير و يقع على الخاضع للرقابة، لأنه إذا وقع هذا الفعل الضار على الخاضع للرقابة، فلا نكون أمام مسؤولية متولي الرقابة و لنفس السبب، لأن الضرر لم يحدث من الخاضع للرقابة و إنما وقع عليه ، و كذا الحال لو أن الخاضع للرقابة أصاب المكلف بالرقابة او ان المكلف بالرقابة أصاب الخاضع للرقابة ففي كل هذه الفرضيات لا تتحقق مسؤولية المكلف بالرقابة كمسؤولية مفترضة في جانبه[10 ص 187]

هذا و يجب أن نشير أن الخاضع للرقابة الذي يرتكب الفعل الضار قد يكون مميزا و قد يكون غير مميز . و كان المشرع الجزائري يتناول هذا الحكم في المادة 134 قبل تعديل القانون المدني فكانت

هذه المادة تنص في آخرها على أنه " ... و يترتب هذا الالتزام و لو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز، ثم قام المشرع بإلغاء هذه الفقرة لما جاء بتعديل المادة 134 و لذلك سندرس فيما يلي حالة كون الخاضع للرقابة مميز و حالة كونه غير مميز في الفرعين التاليين :

1.2.1.1. حالة ما إذا كان الخاضع للرقابة مميزا

إذا كان الخاضع للرقابة مميزا فمعنى ذلك أنه في الأصل يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن أفعاله الضارة و ذلك طبقا للمادة 125 من القانون المدني التي تنص على أنه " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا " و هنا فعلى المضرور إذا أراد الرجوع على الخاضع للرقابة أن يثبت مسؤوليته بكامل عناصرها طبقا للقواعد العامة، فيجب عليه أن يثبت خطأ في جانب الخاضع للرقابة و الضرر الذي أصابه هو، و علاقة السببية بين الخطأ المنسوب للخاضع للرقابة و الضرر الذي أصابه، إلا إذا ارتكب الخاضع للرقابة الضرر بواسطة شيء كان في حراسته كأن يحدث هذا الخاضع للرقابة الضرر بواسطة سيارة كان يقودها، لأن مسؤوليته هنا تكون قائمة على أساس خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس [10 ص 1003] . و بجانب هذه المسؤولية تقوم مسؤولية المكلف برقابته طبقا للمادة 134 من القانون المدني وفي هذه الحالة يجد المضرور أمامه مسؤولان، و هما الخاضع للرقابة، و المكلف بالرقابة، و يجوز بناء على ذلك للمضرور أن يرجع على الخاضع للرقابة طبقا للقواعد العامة، أو على المكلف بالرقابة طبقا للمادة 134 او عليهما معا بالتضامن طبقا للمادة 126 من القانون المدني [38]

و في هذه الفرضية فإن الفقه كان يوصف مسؤولية الخاضع للرقابة بأنها مسؤولية أصلية، و مسؤولية المكلف برقابته بأنها مسؤولية تبعية، و أن مسؤولية المكلف بالرقابة لا تقوم إلا إذا قامت مسؤولية الخاضع للرقابة، فإذا تحققت مسؤولية الخاضع للرقابة، قامت إلى جانبها مسؤولية المكلف برقابته تلقائيا [26 ص 96]

2.2.1.1. حالة ما إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز

كان المشرع الجزائري يتناول مسؤولية عديم التمييز في الفقرة الثانية من المادة 125 من القانون المدني و التي كانت تنص على أنه " غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز و لم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض منه جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعي في ذلك مركز الخصوم " و كان الفقهاء يحددون مجموعة من الخصائص لهذه المسؤولية و هي كالتالي :

1.2.2.1.1. أنها مسؤولية احتياطية

إذ أنه لا يلجأ المضرور إليها إلا في حالة عدم وجود مسؤول عن الشخص عديم التمييز أو تعذر الحصول على تعويض من هذا المسؤول و هو المكلف بالرقابة كالأب بالنسبة للصغير عديم التمييز أو المستشفى بالنسبة للمصاب بمرض عقلي أو أنه موجود لكن تعذر على المضرور الحصول منه على تعويض لأي سبب من الأسباب كما لو أفلح في نفي الخطأ عن نفسه أو ثبت أنه معسر [4 ص 80] .

أما في حالة ما إذا كان له مسؤول فتكون مسؤولية هذا الأخير مسؤولية أصلية و مسؤولية الخاضع للرقابة إحتياطية و ذلك تطبيقا للمادة 125 في فقرتها الثانية قبل إلغائها

2.2.2.1.1. أنها مسؤولية جوازية

بمعنى أن أمر تقريرها من عدمه، موكول للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يجوز له أن يحكم بها إذا كانت ظروف عديم التمييز المالية تسمح بإلزامه بالتعويض، و له ألا يحكم بها إذا تبين له أن حالة عديم التمييز لا تسمح بإلزامه بذلك و هذا ما عبر عنه المشرع صراحة بقوله "جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل " فعبارة "جاز" التي استعملها المشرع تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة قد تصل حتى إلى إعفاء عديم التمييز من أي تعويض [10 ص 805]

3.2.2.1.1. أنها مسؤولية مخففة

يرى بعض الفقهاء [16 ص 157] هذه المسؤولية بأنها مسؤولية مخففة، و الواقع أنها ليست كذلك بدليل أن القاضي يمكن أن يحكم بها كاملة إذا كان عديم التمييز ثريا و المضرور فقيرا ، كما يمكن له ألا يحكم بها أصلا إذا تبين العكس ، من ثراء المضرور و فقر عديم التمييز، و هذا تطبيق لما عبر عنه المشرع في نص المادة 125 بقوله " جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم " و هكذا يظهر أن هذه المسؤولية لا تكون مخففة إلا في فرضية واحدة من عدة فرضيات و مقتضى الدقة أن نقول عنها أنها عادلة [26 ص 60] عكس ما ذهب إليه هؤلاء الفقهاء من وصفها بأنها مسؤولية مخففة، خاصة أن هؤلاء الفقهاء يشرحون هذه الخاصية بأن الأمر جوازي للقاضي، و ليس مطلوبًا منه أن يحكم بالتعويض الكامل، فكما يراعي حالة المضرور يراعي كذلك حالة فاقد التمييز الذي لا يكون مسؤولًا حتمًا عن تعويض ما أحدثه من الضرر تعويضًا كاملاً لأن مسؤوليته ليست مبنية على خطأ لعدم توافر ركن الإدراك لديه بل تقوم على تحمل التبعية ، فالقانون لا يحمله التبعية عن أعماله الضارة إلا في حدود عادله .

1.1.2.2.4. أنها مسؤولية موضوعية

أي أن الأساس الذي تقوم عليه هو الضرر و ليس الخطأ ، وذلك اعتبارا من أن عديم التمييز لا ينسب له خطأ ، لعدم إدراكه و تمييزه، وأن الإدراك والتمييز هو الركن المعنوي في الخطأ، يستحيل أن يقوم بدونه، وإذا لم تقم المسؤولية على أساس الخطأ ، فهي بالضرورة حتما تقوم على أساس الضرر. وهذا ما تؤكد صياغة المشرع في حد ذاتها ، إذ يلاحظ أنه قال " إذا وقع الضرر من شخص غير مميز " ولم يقل مثلا إذا "وقع الفعل الضار من شخص غير مميز " بما يؤكد أن المشرع يركز على الضرر أكثر من تركيزه على الفعل، أو صاحب الفعل أي أن المسؤولية قائمة على أساس الضرر و ليس على أساس الخطأ .

وما يجب أن يلاحظ هنا، أن هذه هي الحالة الوحيدة التي أقام فيها المشرع المسؤولية التقصيرية على أساس الضرر بصفة واضحة، ويبدو في نظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن المشرع قد استمد هذا الاستثناء من القانون المصري، والذي يقول بدوره أنه استقاه من أحكام الشريعة الإسلامية، ويجد سنده في المادة 916 من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه " وإذا أتلّف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله، وإذا لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره، ولا يضمن وليه" [10 ص 799، 800].

إلا أن المشرع قد أقدم على إلغاء هذه المسؤولية بموجب القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 الذي ألغى الفقرة الثانية من المادة 125 التي كانت تتناولها، وهو موقف يراه الاستاذ بوبكر مصطفى غريب لا يوجد ما يبرره. " بل يوقعه في تناقض مع الاتجاهات الحديثة في المسؤولية، والتي تميل إلى البحث عن كل الوسائل التي من شأنها أن تضمن للمضرور الحصول على تعويض لجبر ضرره، إلا أن يفسر ذلك بعودة المشرع إلى التأثر الأعمى بالقانون الفرنسي الذي لا يعترف بمسؤولية عديم التمييز، وهو موقف مفهوم بالنسبة للقانون الفرنسي، الذي يقوم على النزعة الشخصية في المسؤولية، في حين يبقى موقف المشرع الجزائري غامض لا نجد له أي تبرير" [26 ص 61].

و يقول في ذلك أيضا الدكتور أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي " أن غرابتنا تزداد إذا علمنا أن القضاء الفرنسي نفسه قد اتخذ مبدأ عاما بمسؤولية عديم التمييز و ذلك بواسطة خمسة أحكام متتالية صدرت عن الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية في 9 مايو 1984 أقرت فيها كلها بإمكان قيام مسؤولية الصغير غير المميز"، مؤكدة أنه " ليس من الضروري البحث عما إذا كان المتسبب في الضرر قد تصرف عن وعي وإدراك أم لا، وليس من الضروري أيضا أن يكون هذا الشخص قادرا على إدراك نتائج أفعاله . وهكذا فإن الفعل غير المشروع للقاصر يوصف - في ظل هذا المفهوم - بأنه خطأ يستوجب قيام المسؤولية الشخصية لفاعله، إلا أنه ليس خطأ «تقليديا» ولكنه خطأ «موضوعي

« ليس له سوى ركن واحد فقط هو الركن المادي. وتكتفي محكمة النقض الفرنسية في الوقت الحالي بالتأكيد على أن المادة 2 / 489 لا تقيم أية مسؤولية جديدة وتنطبق على كافة المسؤوليات الخاضعة للمادة 1382 مدني فرنسي " .

فالقضاء الفرنسي يشير إلى القانون الصادر بتاريخ 3 فبراير 1968 والذي جاء بالمادة رقم 2 / 489 التي تتعلق بمسؤولية المختل عقليا والتي تنص علي أنه " كل من تسبب في الإضرار بالغير تحت تأثير اضطراب عقلي يكون ملزما بتعويض هذا الضرر " ثم ما لبث القضاء الفرنسي أن عمم حكم هذه المادة على كاهه عديمي التمييز سواء بسبب الاختلال العقلي أو صغر السن، بالرغم من أن هذه المادة وردت في الفصل المتعلق بالأشخاص البالغين سن الرشد والمصابين بأمراض عقلية . وتجسيدا لذلك فقد قضت الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها في سنة 1976 بمسؤولية الطفل الذي لم يبلغ سن التمييز « l'infant » كما عمم هذا الحكم على القصر المجانين أيضا[32 ص 134].

وهكذا، فإذا اتضح لنا أن القضاء الفرنسي نفسه و هو الذي لم يكن يتناول مسؤولية عديم التمييز أصلا ، قد عمد إلى توسيع تطبيق المادة 2/489 التي لم تكن تخص في الأصل إلا الأشخاص الراشدين المصابين بأمراض عقلية، لتشمل مساءلة كل من انعدم لديه التمييز سواء لجنون أو لصغر في السن، نجد أن موقف المشرع الجزائري جاء غريبا، ومغايرا لكل الاتجاهات الحديثة في المسؤولية التقصيرية، والمستقرة على مساءلة عديم التمييز تحقيقا للعدالة، ويبقى سبب إلغائه للفقرة الثانية من المادة 125 مجهولا، إلا أن يفسر بتأثره بالقانون الفرنسي لما قبل 1968، وعدم درايته بالثورة التي قادها القضاء الفرنسي في هذا المجال. بالرغم من أن المشرع قد برر سبب تعديله للقانون المدني بالقانون رقم 05 - 10 أنه تم ذلك من أجل مسايرة التطور الذي وصل إليه المجتمع الجزائري، وتكييف القانون مع المفاهيم الحديثة.

2.1. أساس مسؤولية المكلف بالرقابة و كيفية نفيها

متى تحققت مسؤولية المكلف بالرقابة باكتمال شروطها على النحو الذي سبق و أن عرضناه قامت هذه المسؤولية ، الا أن السؤال الذي يطرح بعد ذلك هو : ما هو الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية ، و إن كان الفقه مجمع على أن هذه المسؤولية تقوم على أساس خطأ مفترض يقبل إثبات العكس . إلا أنهم اختلفوا كذلك في تحديد طبيعة هذا الخطأ ، فمنهم من قال بأنه خطأ في التربية ومنهم من قال بأنه خطأ في الرقابة، و منهم من قال بأنه خطأ في الرقابة يشتمل على خطأ في الرقابة .

كما أثير الجدل حول مدى إمكانية نفي هذه المسؤولية و طريقة ذلك و هذا هو موضوع دراستنا في هذا البحث و لقد رأينا و قبل التطرق الى هذا الموضوع أن نتناول في المطلب الأول تحديد معنى الخطأ وتبيان عناصره و ندرس في المطلب الثاني أساس مسؤولية المكلف بالرقابة و نتناول في المطلب الثالث كيفية نفي هذه المسؤولية

1.2.1. تحديد معنى الخطأ و تبيان عناصره

لقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للخطأ إختلافاً بينا ، فتعددت آراؤهم و تشعبت أفكارهم ، و لا يهمننا هنا التطرق إلى كل هذه التعريفات بقدر ما يهمننا التوقف عند أكثرها شيوعاً أو انتشاراً بين الفقهاء ، و عند تحديد التعريف الأقرب الى الصواب سيتضح لنا أن الخطأ فيه يقوم على عنصرين و هو ما نتناوله في الفرعين التاليين :

1.1.2.1. التعريفات المختلفة للخطأ

1.1.1.2.1. تعريف الفقيه بلانيول للخطأ

يعرف الفقيه بلانيول الخطأ بأنه إخلال بالالتزام قانوني سابق[45 ص 470] ولما اعترض على هذا التعريف بدعوى كيفية معرفة الإلتزام السابق الذي يعد الإخلال به خطأ، حاول الفقيه بلانيول أن يحصر هذه الإلتزامات في أربعة أنواع و هي: الكف عن الغش و الامتناع عن العنف والإحجام عن العمل لم تنهياً لصاحبه أسباب القوة و المهارة، و اليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء المنوط بالشخص المسؤول بالرقابة عليها أو حراستها ، ولو أن بعض الفقهاء لا يرون هذا تعريفاً للخطأ، و إنما هو تقسيم لأنواعه، و هناك فرق بين تعريف الشيء وتبيان أنواعه[10 ص 778]

إن هذا التعريف و بالرغم من الانتقادات التي وجهت له إلا أنه هو التعريف الذي أخذ به القضاء الفرنسي لفترة زمنية طويلة، بل نلاحظ أن القضاء قد استعمل نفس العبارات الواردة في تعريف بلانيول لفترات زمنية طويلة

2.1.1.2.1. تعريف إيمانويل ليفي

يعرف الفقيه إيمانويل ليفي الخطأ بأنه إخلال بالثقة المشروعية، وهو يحل هذا التعريف بقوله أنه لكي يعيش الناس بعضهم مع البعض في المجتمع فإنهم بحاجة الى الثقة المتبادلة بينهم و لذا فينبغي أن يكون سلوك كل واحد منهم سوي بحيث لا يخيب ثقة الآخرين فيه، فإذا خيب سلوكه هذه الثقة

المشروعة كان مسؤولاً عن عمله، و من جهة أخرى يجب على كل شخص وقيل أن يقدم على أي عمل من الأعمال أن يكون واثقاً من أن عمله هذا لن يضر أحد و أن يثق الآخرين من جهتهم بأن عمله هذا لن يضرهم، فإن تسبب بعمله هذا في إحداث ضرر للغير فإنه يكون قد خان الثقة المشروعة الموضوعة فيه [15 ص 118]

و يضرب الفقيه امانبول ليفي مثالا بالطبيب الذي يجب أن تكون له ثقة في نفسه من أجل معالجة المريض دون الخوف من المسؤولية التي قد تترتب على فشله في المعالجة، لأنه اذا فقد الثقة في نفسه نتيجة لذلك لما أقدم على معالجة المريض و ثقة المريض فيه بأن يعالجه دون أن يصيبه بضرر

و يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في تحليل هذا الرأي " إن الشخص بين الاقدام و الاحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه و لا يتعارض مع ثقة الناس به و يدعى هذا المذهب مهذب الاخلال بالثقة المشروعة و كما ترى لا يتضمن ضابطاً يبين هذا الطريق الوسط الذي يعصم الشخص من الخطأ اذا هو سلكه " [10 ص 778]

3.1.1.2.1. تعريف الفقيه ديموج

يعرف الفقيه ديموج الخطأ على انه يقوم على عنصرين احدهما موضوعي و الاخر شخصي و فالاول منهما يتجلى بالتعدي على حق الغير و ثانيهما فهو الادراك بهذا الاعتداء على حق الغير بمعنى انه يعلم الفاعل بأنه يرتكب هذا التعدي او بإمكان علمه به ، فالخطأ عنده اذن هو اما ان يقصد من ورائه انه يجب أن يتحقق ضرر و هو شرط مستقل عن الخطأ او انه يعود الى التعريف المنتقد للخطأ الذي يرى انه عمل غير مشروع و يبقى نبحث ما هي الحالات التي يتحقق فيها المساس بحق الغير و الاعتداء على حق بعلم الفاعل به او بإمكان علمه به

4.1.1.2.1. تعريف الفقيه كابيتان

يعرف الفقيه كابيتان الخطأ على أنه يتكون من عنصرين أساسيين ، الأول عنصر التعدي و الثاني عنصر الإسناد فالعنصر الأول و الذي يتمثل في عنصر مادي موضوعي هو أن يسلك المرء طريقاً لم يكن ينبغي أن يتبعه الرجل العادي أو ألا يفعل ما كان ينبغي أن يفعله الرجل العادي و العنصر الثاني معنوي و هو ألا يسأل المرء عن التعدي إلا إذا كان مميزاً يدرك أنه معتد و أنه قام بما لا يجوز له ان يقوم به [14 ص 779]

5.1.1.2.1. تعريف الفقيهان مازو و الفقيه أوندرى تونك

لقد عرف هؤلاء الفقهاء الخطأ بأنه "انحراف في سلوك الشخص عن سلوك الرجل العادي لو وجد في ذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول مع إدراكه و تميزه " فلمعرفة ما إذا كان الشخص قد أخطأ أو لم يخطئ حسب هؤلاء الفقهاء ، يجب أن نقيس سلوك الشخص المخطئ على سلوك شخص آخر يسمى الرجل العادي، ونرى كيف كان سيتصرف الرجل العادي، لو وجد في نفس الظروف الخارجية التي كانت محيطة بالمسؤول، فإذا ثبت أن الرجل العادي لم يخطئ إلا بما قام به المسؤول ، نستنتج أن هذا المسؤول لم يرتكب خطأ ، لأنه تصرف بمثل ما كان تصرف به الرجل العادي ، أما إذا تصرف الرجل العادي بتصرف مغاير و تقادى من خلاله إحداث الضرر للغير ، نقول في هذه الحالة أن المسؤول قد ارتكب خطأ لأنه لم يخطئ بما كان سيقوم به الرجل العادي [10 ص 779]

إن هؤلاء الفقهاء قد قاموا بدراسة كل التعريفات السابقة و درسوا الانتقادات التي وجهت لها، ومن خلال ذلك قدموا تعريفا للخطأ هو أكثر هذه التعريفات دقة و أقرب للصواب لأنه تضمن عنصرا الخطأ المادي و المعنوي على حد سواء ، و هما العنصران اللذان سنتولى شرحها بأكثر تفصيل فيما يلي:

2.1.2.1. عناصر خطأ

الخطأ هو انحراف في سلوك الشخص عن سلوك الرجل العادي مع أدراكه لهذا الانحراف و عليه فإن الخطأ يقوم على عنصرين هامين أو ركنين: الأول مادي، و هو الانحراف أو التعدي و الآخر معنوي و هو الإدراك و التمييز و هو ما سندرسه فيما يلي :

1.2.1.2.1. الركن المادي أو الانحراف في السلوك

لقد قسم الفقه التقليدي الفعل الذي يرتكبه الشخص و يسبب ضررا للغير إلى قسمين : القسم الأول يسمى الجريمة المدنية هو ما يصدر ما يقصد فيه الشخص الإضرار بالغير و القسم الثاني و يسمى شبه الجريمة المدنية و هو ما يصدر منه بغير قصد كما قد يكون عن إهمال و تقصير أو نتيجة عدم اتخاذ الحيطة اللازمة

أما معيار تحديد سلوك الشخص و ما إذا كان مشتملا على انحراف أو لا ، فيرد الى أحد معيارين إما أن يكون معيارا ذاتيا و إما أن يكون معيارا موضوعيا فإذا أخذنا بالمعيار الشخصي الذاتي فيعني أن نضع في الاعتبار كل الظروف الشخصية و الذاتية الخاصة بهذا الشخص الذي ارتكب الفعل

منها سنه ، وحالته الاجتماعية، و جنسه ما إذا كان ذكرا أو أنثى و هذا يعني أنه يجب عند محاسبة الشخص على أفعاله أن ننظر إلى الشخص و تقديره للفعل الذي ارتكبه أي أن الشخص لا يكون مرتكبا لخطأ قانوني إلا إذا أحس هو بأنه ارتكب مثل هذا الخطأ فضميره هو دليله[10 ص 779].

أما إذا أخذنا بالمعيار الموضوعي فيعني هذا أننا لا نضع في الاعتبار سن الشخص أو جنسيته أو حالته الاجتماعية و إنما يجب أن ننظر الى الشخص مجردا لتحديد مدى الانحراف عن السلوك الواجب والشخص المجرد الذي يرجع اليه في قياس الانحراف و التعدي ليس هو الشخص الحريص جدا او اكثر الناس ذكاء و فطنة أو بصيرة ولا هو الشخص المهمل و لا أقل الناس ذكاء و فطنة و بصيرة، وذلك حتى لا تتعرض مصالح الناس للضرر وإنما هو الشخص العادي[22 ص 392]

والشخص العادي هو الذي يمثل جمهور الناس يكون من وسطهم، فلا هو شديد اليقظة والتبصر، و لا هو ضعيف الفطنة و التبصر ، و لكنه وسط بين هذا و ذلك و المعيار الموضوعي هو المعيار السائد لتقدير التعدي ، إذ يضع هذا المعيار قاعدة مجردة بصرف النظر عن الشخص الذي ارتكب الفعل دون اعتبار لصفات الناس و ظروفهم الداخلية ، فإذا تبين أن الشخص العادي لم يكن ليرتكب نفس الفعل لو وجد في ذات الظروف التي أحاطت بالمسؤول فإن هذا الفعل يشكل خطأ، و يمثل سلوكه انحرافا عن السلوك الذي كان يجب أن يسلكه

و في قياس سلوك مرتكب الضرر على سلوك الشخص العادي يجب النظر الى الظروف التي وقع فيها الضرر و الظروف التي يأخذ بها في هذا الشأن هي الظروف الخارجية و هي ظروف الزمان و المكان على وجه العموم[10 ص 784] .

هذا و يجب أن نشير هنا إلى أن المشرع قد أخرج ثلاث حالات من هذا النطاق واعتبر أن التعدي فيها لا يشكل انحرافا في سلوك الشخص عن سلوك الرجل العادي و هذه الحالات هي :

حالة الدفاع الشرعي : فقد نصت المادة 128 من القانون المدني الجزائري على أنه " من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه ، أو عن ماله ، أو عن نفس الغير ، او عن ماله ، كان غير مسؤول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، و عند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي " .

من هذه المادة يتضح أن العمل غير المشروع ، يصبح مباحا، إذا ارتكبه الشخص دفاعا عن نفسه أو ماله، أو عن نفس الغير أو ماله ، لكن يجب أن تتوفر شروط الدفاع الشرعي و إلا ظل العمل غير مشروع و يسأل عنه الشخص بالتعويض ، و هذه الشروط هي:

ان يكون هنالك خطر محقق يخشى من وقوعه و يهدد الشخص في نفسه أو في ماله أو في نفس الغير و ماله ، وهذا يعني أنه لا يشترط وقوع الخطر بالفعل بل فيكفي أن يكون هناك ما يهدد بوقوع هذا الخطر أو شرع في تحقيقه فعلا .

أن يكون إيقاع هذا الخطر عملا غير مشروع ، فالذى يلقي عليه القبض من قبل رجال الشرطة لا يجوز له أن يقاوم رجال الشرطة بحجة الدفاع الشرعي عن النفس لأن العمل الذي يقوم به رجال الأمن هو عمل شرعي .

أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم لدرء الخطر دون مجاوزة أو إفراط .

و يلاحظ أن بعض التشريعات قد اشترطت في الغير الذي تستعمل بصدده فكرة الدفاع الشرعي عن النفس أو عن المال، لا يعني أن يكون أي شخص، وإنما يجب أن يكون أحد الأقارب، و بعض التشريعات تشترط أن ألا تتجاوز درجة قرابته الدرجة الرابعة أو أن يكون عزيزا على مرتكب فعل الدفاع الشرعي إلى درجة كبيرة[17 ص 35]

حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس : تنص المادة 129 من القانون المدني الجزائري على أنه " لا يكون الموظفون، و الأعوان العموميون مسؤولين شخصيا عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم "

هذه المادة تتعرض لمسؤولية الموظف العام أو العامل العموميالذي يقوم بتنفيذ الأوامر التي تصدر إليهم من رؤسائهم ، حيث يستطيع كل من الموظف العام و العامل ان يتخلص من مسؤوليته في حالة وقوع ضرر نتيجة لنشاطهم الذي كان تنفيذا لهده الأوامر و لكن لكي لا تقوم مسؤولية هذا الموظف لابد من توافر الشرطين الأتيين :

أن يكون من صدر منه العمل (التعدي) موظفا عاما أو عاملا عاما وفقا لقانون الوظيفة العامة ، وهذا يعني أن هذا النص لا يجوز أن يتذرع به الموظفون الذين لا يخضعون لقانون الوظيفة العامة وكذلك العمال الخاصون أي الذين يعملون عند الخواص .

أن يكون قد صدر للموظف أو العامل العمومي أمرا من رئيس طاعته واجبة، وبالتالي و لكي يتحقق هذا الشرط يجب أن يتوفر أمران ، الأمر الأول ان يكون الأمر صادر من الرئيس ، الامر الثاني أن تكون طاعة هذا الامر واجبة و إلا فإن الموظف أو العامل العمومي هو الذي سيتحمل المسؤولية[17

حالة الضرورة : تنص المادة 130 من القانون المدني الجزائري على أنه " من سبب ضررا للغير ليقادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره ، لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا "

تعرض هذه المادة للحالة الثالثة التي هي حالة الضرورة فاذا استطاع الشخص المسؤول أن يقيم الدليل بأنه كان أثناء ارتكابه للتعدي في حالة الضرورة أن يتخلص من جزء من مسؤوليته حيث لا يلتزم الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا ، و لكي يستفيد من كان في حالة الضرورة اثناء ارتكابه التعدي، أن يقيم الدليل على توافر الشروط الاتية :

أن يكون هناك خطر حال ، يهدد مرتكب الفعل أو الغير في النفس أو المال ، و هذا الشرط رأيناه في حالة الدفاع الشرعي . و يلاحظ عدم الخلط بين الحالتين ، فحالة الضرورة تفترض أن الضرر يلحق شخصا لا دخل له في غحداث الضرر الذي يحدث بالشخص ،أو بغيره في النفس أو المال و يريد أن يتقيه ، بينما في حالة الدفاع الشرعي فالضرر يصيب المعتدي نفسه .

أن يكون مصدر الخطر أجنبيا عن محدث الضرر و عن المضرور ، فاذا كان الخطر راجعا إلى فعل أحدهما ، انتفت حالة الضرورة و يصبح محدث الخطر هو المسؤول مسؤولية كاملة .

أن يكون الخطر الذي يراد تفاديه أكبر بكثير من الخطر الذي وقع: و على ذلك فلو كان الخطر المراد تفاديه متساويا أو أقل من الضرر الذي وقع فإن حالة الضرورة لا تقوم ، حتى و لو تمسك محدث الضرر بأن ما فعله كان تفاديا للضرر الواقع غيره . و في هذه الحالة يكون الشخص متعديا و تنقرر مسؤوليته التقصيرية كاملة .

و من أمثلة حالة الضرورة اطلاق شخص لمنقولات جاره ليستطيع اطفاء حريق شب في منزله أو ان يصدم قائد سيارة حيوانا تفاديا لإصابة شخص عابر في الطريق ظهر امامه فجأة .

2.2.1.2.1. الركن المعنوي الإدراك و التمييز

الإدراك هو الركن المعنوي للخطأ ، فلا يكفي ركن التعدي ليقوم الخطأ و انما يجب ان يكون هذا الشخص مدركا لأعمال التعدي التي قام بها سواء بقصد أو وقعت منه بغير قصد ، اي قادرا على التمييز بين الخير و الشر ، فلا مسؤولية لعدم التمييز ، ايا كان نوع هذه المسؤولية جنائية او مدنية.

و سن التمييز في القانون المدني الجزائري هو 13 عاما ، فمن بلغ الثالثة عشرة من عمره يكون مسؤولا مسؤولية كاملة عن كل افعاله الضارة و التي نتج عنها ضرر للغير و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 125 من القانون المدني " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله او امتناعه او بإهمال

منه او عدم حيظته إلا اذا كان مميزا ، اما بالنسبة لمن لم يبلغ الثالثة عشر من عمره اي الصبي غير المميز فالقاعدة العامة لا مسؤولية عليه و ذلك لانتفاء الركن المعنوي للخطأ و هو الادراك[10 ص 796].

حتى بالنسبة للمجنون و المعتوه ويقصد بالمجنون الشخص المصاب بالجنون تذهب العقل و تفقده التمييز و الجنون قد يكون مستمر و قد يكون متقطعا بحيث تنتاب الشخص فترات يفقد فيها التمييز و فترات يفيق فيها .

فلاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الجنون المتقطع و الجنون المستمر كلاهما في نفس المرتبة وهما في حكم الصبي الغير المميز ، وكذلك نفس حاله من فقد رشده لسبب عارض كالسكر والغيبوبة والمرض والتنويم المغناطيسي و المصاب بمرض النوم بشرط ألا يكون ذلك باختياره كمن يتعاطى مسكرا أو مخدرا وهو عالم به . فمن هذه الحالة لا تنتفي المسؤولية عن الفاعل إلا اذا أثبت أنه كان مضطرا لذلك لسبب مشروع كالعلاج مثلا .

أما بالنسبة لذى الغفلة و السفية ، و لو كان محجوزا عليهما و المصاب بعاهتين من ثلاث و هي العمى والبكم والصمم و الشخص الذي لديه عجز جسماني شديد ولو تقرررت له المساعدة القضائية فتصح مساءلتهم جميعا لتوافر شرط الإدراك عنهم أو التمييز[17 ص 39] .

2.2.1. أساس مسؤولية المكلف بالرقابة

لقد انقسم الفقهاء في تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية المكلف بالرقابة فمنهم من قال بأنه خطأ في التربية ، و منهم من قال بأنه خطأ في الرقابة و لذلك يجب علينا البحث في هذا الأساس في المجال الفقهي في مرحلة أولى ثم نحدد موقف المشرع الجزائري في مرحلة ثانية و ذلك في الفرعين التاليين .

1.2.2.1. أساس مسؤولية المكلف بالرقابة في الفقه

لقد انقسم الفقه القانوني في تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية المكلف بالرقابة فمنهم من رأى أنها تقوم على أساس خطأ في التربية ، بمعنى أنه اذا ارتكب الخاضع للرقابة فعلا ضارا أصاب من خلاله الغير بضرر ، يفترض أن والده أو والديه قد أساءا تربيته ، اذ أنه لو أحسنا هذه التربية لما أصاب القاصر الغير بضرر إلا أن هذا الخطأ قائم على قرينة قانونية بسيطة يمكن دحضها بإثبات عكسها، بحيث يمكن للمكلف بالرقابة اثبات أنه قام بواجب تربية ابنه بكل ما يجب من الحرص و العناية

اللازمين و أنه قام باتخاذ ما يلزم من تدابير و احتياطات معتادة بما يكفل منعه من الإضرار بالغير و لقد استشهد الأستاذ السنهوري على ذلك بحكمين أحدهما صادر من محكمة أسبوط الكلية بتاريخ 1933/11/08 و الحكم الآخر من محكمة النقض المصرية الدائرة الجنائية بتاريخ 1956/05/14 وقد اتفق الحكمان على ضرورة أن يثبت الوالد أنه لم يسئ تربية ابنه[10 ص 26].

و نجد من الفقهاء الفرنسيين من يعترض على نفي سوء التربية و يقولون أنه اذا كان الخاضع للرقابة لم يرتكب الفعل الضار إلا لشيء سوى أن والداه أساءا تربيته فماذا يكون الحكم لو ثبت أن الوالد أحسن تربية ابنه و مع ذلك فقد ارتكب الفعل الضار فالولد قد يرتكب الفعل الضار للغير بالرغم من أنه حسن التربية و الخلق .

و كأن الفقه الفرنسي يريد أن يشير الى أن الخطأ الذي ينسب للخاضع للرقابة كان نتيجة تقصير منه لا سوء تربية من والديه ، و يضيف الفقهاء الفرنسيين :لماذا لا يسأل الأبوان إذا كان الولد لا يسكن معهما ألا يكون ارتكابه للفعل الضار نتيجة سوء التربية ، و نجد أن الفقه الفرنسي قد استقر على أن المسؤولية تقع على عاتق من له حق في الحضانة ذلك أن القانون الفرنسي يجعل أساس الإلتزام بالرقابة هو الحق في الحضانة في حالة الطلاق أو التفريق الجسماني بين الزوجين[14 ص 27] ، مع أن سوء التربية قد يكون راجع الى الولد المحروم من الحضانة ، لأن حرمانه من الحضانة ، قد يكون نتيجة عدم قدرة متولى الرقابة على القيام بواجب التربية الحسنة و الحميدة .

وفي هذا الصدد يرى الدكتور علي علي سليمان " إن مطالبة الوالدين بنفي سوء التربية يتنافى مع النص سواء في القانون الفرنسي أو في القوانين العربية، فلا نص الفقرة 07 من المادة 1384 مدني فرنسي ولا نص المادة 173 مدني مصري و لا نص الفقرة 02 من المادة 135 مدني جزائري يتكلم عن سوء التربية.

كما أن هذا الرأي انتقد من طرف كثير من الفقهاء ، و لعل أهم الانتقادات الموجهة له هي:

مرونته: ففكرة التربية هي فكرة مرنة ليس لها نفس المعنى بالنسبة لجميع شرائح المجتمع تختلف باختلاف طريقة تربية هذه الشريحة الاجتماعية، و مصادر تربيتها، والاصول التي تنتمي إليها، إذ ما يعتبر تربية حميدة و سوية عند بعض الناس، قد يفسر عند أناس آخرين على أنه تحلف عن الحضارة، و ما يعتبر سوء تربية و قلة حياء عند البعض قد يعتبر شجاعة و جرأة عند البعض الآخر،. كما أن الأولاد أنفسهم أصبحوا لا ينتصحو بنصائح آبائهم أو أمهاتهم، و في ذلك يقول الأستاذ علي علي سليمان بحق أنه " من العسير في عصرنا الحديث أن يراقب الوالدان لاسيما الوالدة بعد وفاة الوالد في الجزائر، شابا

يبلغ من العمر 17 أو 18 سنة أو 20 سنة في مصر. فمثل هذا الشاب أصبح اليوم مستقلا في تفكيره ومختلفا أشد الاختلاف في نمط حياته عن والديه، بحيث لا يقيم وزنا لنصائحهما ولا يذعن لإرشاداتهما، بل وقد يرميهما بالرجعية في آرائهما"[32 ص 34].

أن هذا الأساس لا يكون شاملا بالنسبة لكافة انواع الرقابة فهو لا يستقيم إلا مع فرض أن الرقيب يكون أبا أو أما، لأنهما هما فقط المكلفان بتربية أبنائهما ، في حين أن الرقابة قد تكون لغير الأبوين كرقابة معلم الحرفة، وقد تكون الرقابة اتفافية ، كرقابة المستشفى، أو رقابة الروضة وكل هؤلاء ليسوا مكلفين بتربية من يراقبون ، فكيف ينسب لهم الخطأ في التربية في هذه الحالة؟ [32 ص 34].

و الغريب في الأمر أن المحكمة العليا قد ذهبت في إحدى قراراتها المشهورة و هو القرار المؤرخ في 2 مارس 1983 من أن مسؤولية الأب تقوم على اساس خطأ مفترض فيه أنه أهمل مراقبة ولده ، و لا تسقط هذه القرنية إلا اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة و الرعاية و التوجيه ، و أن ارتكاب هنك العرض من قبل ولد قاصر مميز يثبت بصفة قطعية اهمال الأب في تربية ابنه[17 ص 191] فواضح من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا تدمج بين الخطأ في الرقابة و الخطأ في التربية في آن مرة و هو في نظرنا تحميل للنص أكثر مما يحتمل، لأن المادة 134 فقرة 2 تبين بما لا يدع اي مجال للشك في ان الخطأ المنسوب للمكلف بالرقابة هو خطأ في الرقابة .

كما أن الفقه قد عدل عن الرأي القائل بالخطأ في التربية و استعاض عنه بأساس آخر و هو الخطأ في الرقابة، و قال بأن مسؤولية المكلف بالرقابة تقوم على أساس خطأ في المراقبة، بحيث كلما ارتكب الخاضع للرقابة فعلا ضارا أصاب من خلاله الغير بضرر قامت قرينة قانونية بسيطة مفادها أن المكلف براقبته قد ارتكب خطأ في رقبته، سواء أكان الرقيب أحد الأبوين، أو المعلم في المدرسة، أو معلم الحرفة في الورشة، وسواء أكانت الرقابة قانونية أو اتفافية، ولا يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من هذه المسؤولية إلا بدحض القرينة التي تقوم عليها وذلك بأن يثبت بأنه قام بواجب الرقابة، أو يثبت السبب الأجنبي بإثبات أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من الحرص والعناية إلا أن الضرر وقع بالرغم من ذلك نتيجة لخطأ المضرور، أو خطأ الغير، أو الحادث الفجائي، أو القوة القاهرة[35 ص 798].

فمضمون الخطأ المفترض هو خطأ في الرقابة و هذا الافتراض لا يمتد الى الخطأ في التربية، وبالتالي لا يعتبر الخطأ في التربية اساسا تقوم عليه المسؤولية المفترضة للمكلف بالرقابة[35 ص 785]، وعندهم أن مسؤولية المكلف بالرقابة تقوم على أساس خطأ في الرقابة ، بحيث كلما ارتكب الخاضع للرقابة فعلا ضارا أصاب من خلاله الغير بضرر قامت قرينة قانونية بسيطة مفادها ان المكلف

بالرقابة قد قصر في رقابته، وهذا المضمون يتفق مع المعيار العام للخطأ الشخصي الذي هو انحراف عن مسلك الرجل العادي اذا وجد في نفس الظروف الخارجية التي يوجد فيها الشخص المسؤول اي المكلف بالرقابة، سواء كان الرقيب أحد الأبوين أو المعلم في المدرسة ، أو معلم الحرفة في الورشة وسواء كانت الرقابة قانونية أو اتفاقية ، لا يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من هذه المسؤولية إلا بإثبات عكس القرينة و ذلك بأن يثبت بأنه قام بواجب الرقابة او بإثبات السبب الأجنبي كخطأ المضرور أو خطأ الغير او الحادث الفجائي او القوة القاهرة[4 ص 304] و معيار الرجل العادي كما هو معروف معيار مادي لا ينظر فيه إلى الظروف الداخلية أو الخاصة للشخص و إنما ينظر فيه إلى الظروف الخارجية .

1.2.2.2. موقف المشرع الجزائري في تحديد أساس مسؤولية المكلف بالرقابة

الواقع ان المشرع الجزائري وكغيره من التشريعات العربية ، جعل أساس مسؤولية المكلف بالرقابة هو الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، و لقد تناوله في الفقرة الثانية من المادة 134 من القانون المدني الجزائري بقوله " و يستطيع المكلف بالرقابة ان يتخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية "[38].

فالخطأ المفترض حسب النص في جانب المكلف بالرقابة يتمثل في اهماله القيام بواجب الرقابة الملقى على عاتقه أي أنه لم يبذل العناية الكافية على من يخضع لرقابته ، اي بمجرد ما يأتي الخاضع للرقابة فعلا يصيب الغير بضرر تقوم قرينة قانونية بسيطة مضمونها أن المكلف برقابته قد أهمل في اتخاذ الاحتياطات اللازمة التي تحول بينه و بين إصابة الغير بضرر، إلا أن هذه القرينة هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها و ذلك بأن يسمح للمكلف بالرقابة أن يثبت بأنه قام بواجب الرقابة ، أي اثبات نفي الخطأ في جانبه ، و هكذا فقد نقل المشرع عبء الاثبات من المضرور الى المكلف بالرقابة لأن القاعدة العامة تقضي أن الشخص الذي يزعم بأنه قد أصيب بضرر نتيجة لأن شخصا آخر قد ارتكب خطأ أن يثبت ذلك أي أن يثبت بأن المسؤول قد ارتكب خطأ و أنه قد أصيب هو بضرر و أن هناك علاقة سببية بين الخطى المكنسوب للمسؤول و الضرر اللاحق به . إلا ان المشرع قد أراد التسهيل على المضرور فافتراض الخطأ في جانب المسؤول . و افتراض خطأ المكلف بالرقابة يؤدي حتما الى افتراض العلاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض و بين الفعل الضار[13 ص 125].

و ما يلاحظ ان افتراض هذا الخطأ لا يقوم الا في العلاقة ما بين المكلف بالرقابة و المضرور، فهو افتراض قرره القانون لصالح المضرور اتجاه المكلف بالرقابة و من ثم لا يجوز للمضرور و لا

للمكلف بالرقابة ان يحتجا به على الشخص الخاضع للرقابة[34 ص 95] فالمضروور غير ملتزم بإثبات الإهمال المكلف بالرقابة في رقابة القاصر ، و أن فعل الذي اتاه الخاضع للرقابة قد الحق الضرر به ، بل يكفي يكفي أن يثبت المضروور صدور الفعل الضار من الخاضع للرقابة فتقوم قرينة الخطأ التي افترضها القانون من الاهمال للرقابة من جانب متولى الرقابة .

كما افترض القانون الخطأ في جانب المكلف بالرقابة افترض ايضا وجود علاقة السببية بين الخطأ المفترض و الضرر .

ونقول انه بالرغم من أن الخطأ المفترض كان افتراضه لصالح المضروور غير أنه يمكن للمكلف بالرقابة دفعه ، و ذلك لأن هذا الخطأ المفترض قابل لإثبات العكس أي أنه قائم على قرينة قانونية بسيطة يمكن دحضها هذا ما سوف نتناوله في المطلب التالي:

3.2.1. كيفية دفع مسؤولية المكلف بالرقابة

حفاظا على مصلحة المضروور و مراعاة لها فإن المشرع قد افترض وقوع خطأ المكلف بالرقابة بمجرد صدور الفعل الضار من الخاضع للرقابة ، و أصابة الغير بضرر من هذا الفعل فالتقصير مفترض في جانب المكلف بالرقابة ، و الذي كان سببا في أن يأتي الخاضع للرقابة فعلا ضارا بالغير، ولكننا أمام قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس فمن المقرر أنه يجوز للمكلف بالرقابة التخلص من المسؤولية بإثبات عكس ما افترضه المشرع و ذلك اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية و هذا ما نصت عليه المادة 134 فقرة الثانية من القانون المدني بقولها " و يستطيع المكلف بالرقابة ان يتخلص من المسؤولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة او اثبت ان الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية " و من هنا يستطيع المكلف بالرقابة ان يدفع المسؤولية عنه اما بنفي الخطأ من جانبه و اما بنفي علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض و الضرر الذي لحق المضروور ، و هذا ما سنتناوله في الفروع التالية :

1.3.2.1. دفع مسؤولية المكلف بالرقابة بنفي الخطأ المفترض

أتاح المشرع الجزائري للمكلف بالرقابة ان يدفع مسؤوليته الناتجة عن الفعل الضار الذي اتاه الخاضع للرقابة بنفي الخطأ المفترض في جانبه ، و نفي الخطأ هذا يكون بإثبات انه قام بواجب الرقابة واتخاذ العناية والاحتياطات المعقولة ليحول دون اضرار الخاضع للرقابة بالغير اي أنه لم يرتكب اي اهمال او تقصير بل مارس تلك الرقابة على نحو فعال و بالقدر الذي تقتضيه الظروف ، الا أنه لم يفلح مع ذلك في تجنب الفعل الضار الذي اتاه الخاضع للرقابة .

فائبات القيام بالرقابة لا يكون بصفة عامة ، بل يجب ان يتم ذلك بصدد الوقائع التي قام بها الخاضع للرقابة و أسفرت عن احداث الضرر [19 ص 613]. فمثلا فإذا ترك الأب أو الأم ولده الصغير يذهب الى المدرسة وحده دون أن يرافقه شخص كبير في طريقه اليها، و ارتكب الولد في أثناء ذهابه إلى المدرسة فعلا أصيب من خلاله الغير بضرر، و دفع الأب دعوى المسؤولية المفترضة بنفي الخطأ في الرقابة عن نفسه باعتبار أنه لم يكن واجبا عليه أن يرافق ولده في الذهاب إلى المدرسة، ولا أن يكلف أحدا بمرافقته ، و نازعه المضرور في ذلك يجب على القاضي قبل ان يقرر مدى مسؤولية المكلف بالرقابة أن يقوم بدراسة الظروف التي صاحبت حدوث الضرر، و مسلك الرجل العادي لو وجد في ذات الظروف وما إذا كان سيقوم بمرافقه ولده إلى المدرسة أم لا [35 ص 807]

و من أهم ما تأخذه المحكمة بعين الاعتبار سن الولد و ما يتصف به من أخلاق تسمح بالاطمئنان إلى قطعه الطريق إلى المدرسة دون رقابة أحد أم لا. و كذلك من بين الظروف التي تمنع المكلف بالرقابة من القيام بواجب الرقابة وجوده بعيدا عن الخاضع للرقابة، كأن يكون غائبا وقت وقوع الضرر، أو لكون الخاضع للرقابة موجودا وقت وقوع الفعل الضار تحت رعاية شخص آخر كأن يكون مؤقتا عند أحد الأقارب ... إلخ و يقوم القاضي بتقدير مدى شرعية هذه الاستحالة أي مبرر غياب المكلف بالرقابة ، والتدابير و الاحتياطات التي اتخذها تجاه الخاضع للرقابة خلال مدة الغياب هذه [13 ص 126] فإذا ثبت للقاضي بأن للغياب الذي قام به المكلف بالرقابة دواعي و أسباب و مبررات مشروعة فإن من شأن ذلك أن ينفي عليه المسؤولية ، أما إذا ثبت أن غيابه لم يكن له مبررا أو أنه راجع إلى أي خطأ منه أو أن متولي الرقابة لم يحتط لرقابة الصغير أثناء غيابه عنه مع تمكنه من اتخاذ هذه الحيطة، فإن ذلك يمنع المكلف بالرقابة من التمسك باستحالة أدائه واجب الرقابة و بالتالي يمنع عنه أنه قام بواجب الرقابة [10 ص 1007] .

أما إذا افترضنا أن الخطأ المنسوب للمكلف بالرقابة هو خطأ مزدوج: خطأ في التربية من جهة و خطأ في الرقابة من جهة أخرى، كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء وأخذ به جانب من القضاء المصري في بعض القضايا التي عرضت عليه فقد قضت محكمة النقض المصرية مثلا بان مسؤولية الوالد عن الأفعال التي تقع من ابنه ، المكلف بتربيته و رقابته هي مسؤولية مبنية على خطأ مفترض افتراضا يقبل اثبات العكس، ولا ترتفع إلا اذا أثبت الوالد أنه لم يسيء تربية ولده ، وأنه قام بواجب الرقابة عليه بما ينبغي من العناية و الحرص [18 ص 644] . فإن الوالد في هذه الحالة لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب التربية بما ينبغي ، أي أنه لم يسيء تربية ابنه أولا ثم عليه أن يثبت بعد ذلك انه قام بمراقبته بما يجب من الحرص و العناية ثانيا.

2.3.2.1. دفع مسؤولية المكاف بالرقابة بقطع علاقة السببية

إذا تعذر على المكاف بالرقابة دفع المسؤولية عنه بنفي الخطأ المفترض فإن له وسيلة ثانية يمكن له أن يتخلص بها من المسؤولية و هي اثبات السبب الأجنبي و ذلك بقطع العلاقة السببية بين الخطأ المنسوب للخاضع للرقابة و الضرر الذي أصاب الغير ، وهذا ما عبر عنه المشرع في الجملة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة 134 من القانون المدني بقوله " أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية " و هي أن يقوم بنفي العلاقة السببية المفترض ما بين الفعل الضار الحاصل من الخاضع للرقابة و بين الخطأ المفترض من جانبه اي المكاف بالرقابة . وذلك بأن يثبت أن الفعل الضار الصادر من الخاضع للرقابة لا يرجع الى تقصير أو إهمال في واجب الرقابة بل يرجع للسبب الأجنبي المتمثل في خطأ المضرور نفسه، أو خطأ الغير، أو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وهذا ما سنتناوله كالاتي [13 ص 127]

القوة القاهرة و الحادث الفجائي : حاول بعض الفقهاء التمييز بين القوة القاهرة و بين الحادث المفاجئ ، و اختلفوا في ذلك ، فيرى البعض ان القوة القاهرة تعتبر حادثا خارجيا عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كعاصفة أو زلزال أو انكسار في الأرض أو فيضان .

أما الحادث المفاجئ فهو حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاته ، كإفجار آلة أو خروج قطار عن قضبان السكة الحديدية . رأى البعض الآخر أن القوة القاهرة يستحيل دفعها، أما الحادث المفاجئ فيستحيل توقعه .

و غالبية الفقه الحديث لا يميز بين القوة القاهرة و الحادث المفاجئ فكلاهما شيء واحد لا اختلاف بينهما، يتميز بعدم امكان نسبته الى المدين ، و بعدم امكان توقعه غير أن عدم نسبة الحادث الى المدين لا يكفي لاعتباره قوة قاهرة أو حادثا فجائيا [17 ص 112]، بل يجب أن يتوافر فيهما شرطان و هما : عدم امكان التوقع ، و استحالة الدفع عدم إمكان التوقع : فيجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ حادثا ليس في الإمكان توقع حدوثه ، ليس فقط بالنسبة للمدين ، و إنما لجميع الناس ، و بالتالي لا يصلح قياس مسؤولية المدين في هذه الحالة بمعيار ذاتي و إنما بمعيار موضوعي ، لا يكتفي فيه كذلك بمعيار الرجل العادي .

و عدم إمكان التوقع يجب أن يكون مطلقا ، وليس نسبيا كما ذهب الى ذلك بعض الفقهاء عندما فرقوا بين القوة القاهرة و الحادث المفاجئ وصفة الإطلاق لكل من القوة القاهرة و الحادث المفاجئ على السواء .

و يكون عدم التوقع في المسؤولية العقدية وقت إبرام العقد ، بينما في المسؤولية التقصيرية فيكون وقت وقوع الفعل الضار ذاته[7 ص 253] .

استحالة الدفع : و لكي يكون الحادث من قبيل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ يجب أن يكون هذا الحادث من الحوادث التي يستحيل دفعها ، فإذا كان في الإمكان دفعها ، فلا يعتبر هذا الحادث من قبيل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ، و يشترط كذلك أن يترتب علي هذا الحادث استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة بالنسبة لكل شخص يوجد في الظروف التي كان فيها المدين اثناء تنفيذ الالتزام ، وهذا ما يميز القوة القاهرة عن نظرية الظروف الطارئة التي من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا على المدين دون أن تجعله مستحيل التنفيذ .

و الاستحالة قد تكون مادية و قد تكون معنوية ، و تكون معنوية اذا كان هناك مانع نفسي أو عاطفي يحول بين الشخص و تنفيذه لالتزامه و مثل ذلك ان يتفق أحد المطربين مع شخص ما على إحياء حفلة ، ثم توفى شخص عزيز على المطرب جعله غير قادر على تنفيذ التزامه بإقامة الحفلة ، فهذه الحالة تعتبر من قبيل الاستحالة المعنوية ، و بالتالي تعتبر قوة القاهرة و انما يجب على القاضي في مثل هذه الحالات أن يأخذ احتياطه و هو يجعل الاستحالة المعنوية كقوة القاهرة تعفي المدين من المسؤولية التي تترتب عن عدم تنفيذه للالتزام و الأمثلة على القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ عديدة ، كالحرب أو صدور تشريع أو أمر اداري واجب التنفيذ ، أو زلزال أو حريق أو غرق أو عواصف أو حدوث صاعقة أو انكسار في الأرض أو فيضان[10 ص 879] .

خطأ المضرور: و اذا وقع الخطأ من الشخص الذي وقع به الضرر دون أن يكون المدعي عليه قد ارتكب أو وقع منه خطأ ثابت أو مفروض فإن المدين لا مسؤولية عليه ، اذا هو أقام دليل ، على أن الضرر الذي وقع بالمدعي ، ناجم عن خطأ المضرور نفسه ، و هذا ما نصت عليه المادة 127 من القانون المدني ، والتي اعتبرت خطأ المضرور سببا لإعفاء المدين من المسؤولية .

و مثال مساهمة خطأ المضرور مع خطأ المسؤول ، عبور شخص طريق و هو يقرأ جريدة ، و تأتي سيارة مسرعة فتصدمه . ففي هذه الحالة يساهم خطأ المضرور مع خطأ قائد السيارة (السير بسرعة) في احداث الضرر . و بمعنى آخر يكون الخطأ مشتركا ، غير أنه يجب ألا يكون خطأ أحدهما مستغرقا خطأ الآخر .

استغراق أحد الخطأين للآخر : إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ اخر ، فلا يعتد بالخطأ المستغرق، فإذا استغرق خطأ المدعي عليه خطأ المضرور كانت مسؤولية المدعي عليه كاملة . أما اذا

كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطأ المدعي عليه فلا مسؤولية على المدعي عليه لانعدام رابطة السببية .

و يكون استغراق أحد الخطأين للأخر في الحالتين التاليتين :

الحالة الاولى: أن يفوق أحد الخطأين الخطأ الآخر في الجسامة .

الحالة الثانية: أن يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الأخر. أو أن يكون أحدهما عمدي و الآخر ناتج عن إهمال[17 ص 117] .

خطأ الغير: و يعتبر خطأ الغير وفقا لأحكام المادة 127 من القانون المدني الجزائري سببا من الأسباب التي تؤدي الى نفي علاقة السببية بين الضرر و الخطأ ، و بالتالي يكون سببا لإعفاء المدعي عليه من المسؤولية إذا تبين أن خطأ الغير كان السبب الوحيد في وقوع الضرر الذي وقع بالشخص المضرور ، ويقاس خطأ الغير ، بمعيار الرجل العادي و بالتالي ، يعتبر الفعل الذي وقع من الغير خطأ ، اذا ثبت أن هذا الفعل يمثل انحرافا عن السلوك المألوف للرجل المعتاد[10 ص 897] .

و إنما لكي لا يسأل المدعي عليه عن خطأ الغير ، يجب ألا يكون هذا الغير من الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعي عليه ، كأن يكون الغير ابنا للمدعي عليه ، أو شخصا تابعا له ، فإن المدعي عليه لا تخلو مسؤولية عن الضرر ، و لا يشترط أن يكون الغير معروفا ، كأن يهرب دون أن يتعرف عليه المدعي عليه المهم اقامة الدليل على أن الفعل الخاطئ لم يصدر من المدعي عليه و إنما من شخص آخر.

لكن اذا ثبت لدى المحكمة أن الضرر ما كان يمكن أن يقع بخطأ الغير فقط و إنما بفعل المدعي عليه ، فعلى المحكمة في هذه الحالة أن تتحقق فيما إذا كان أحد الخطأين يستغرق الآخر أم لا ، فإذا تبين لها أن خطأ الغير استغرق خطأ المدعي عليه ، فان الغير هو المسؤول وحده دون المدعي عليه ، وبالتالي يكون خطأ الغير من الأسباب التي تجب مسؤولية المدعي عليه ، أما اذا استغرق خطأ المدعي عليه خطأ الغير ، فيكون المدعي عليه هو المسؤول وحده عن التعويض بكامله ، و استغرق أحد الخطأين الآخر ، لا يكون الا في حالة ما يكون أحد الخطأين قد صدر بطريقة عمدية[7 ص 257] .

و قد يحدث أن خطأ الغير و خطأ المدعي عليه و خطأ المضرور ساهموا في احداث الضرر الذي وقع بالشخص المضرور ، في هذه الحالة يتحمل كل واحد منهم ثلث التعويض المستحق ، و يستطيع الشخص المضرور الرجوع على الغير المدعي عليه على أساس التضامن بينهما (م 126 من القانون المدني الجزائري) هذا إن لم ير القاضي أن يوزع المسؤولية على أساس جسامة الخطأ الذي صدر من كل منهم[7 ص 257] .

و هكذا ننتهي من دراسة هذا الفصل بملاحظة أن المشرع قد أدخل تعديلات كثيرة على مسؤولية المكلف بالرقابة نتيجة بعض الانتقادات التي كانت قد وجهت له قبل هذا التعديل فقام بإلغاء المادة 135 من القانون المدني ، إذ أنه أثار بذلك كثيرا من التساؤلات، خاصة أنه لم ينتقل من هذه المادة إلى المادة 134 إلا الفقرة الأخيرة التي كانت تتكلم عن كيفية نفي المسؤولية عن المكلف بالرقابة و بذلك فقد أثير التساؤل عن موضوعين أساسيين و هما :

أولا : فباعتبار أن الفقرة الثانية من المادة 134 كانت تنص على أنه " يكون الاب و من بعد وفاته الام مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما... " فهذه المادة كانت تفترض لقيام مسؤولية هؤلاء ان يكون الابن ساكنا لهما فلما جاء المشرع وألغى هذه المادة، فهل هذا معناه أن المشرع قد ألغى هذا الشرط و ما يترتب على ذلك أنه بمجرد ما يصيب القاصر الغير بضرر تقوم مسؤولية أبية ، و في حالة وفاة هذا الاب تقوم مسؤولية أمه بصفة تلقائية دونما حاجة لطلب المضرور بإثبات أن هذا القاصر يسكن مع المسؤول بما يؤدي لقيام هذه المسؤولية حتى في حالة تشرّد هذا الولد ، أو استقلاله عن أبوية في حياته و معيشته في سن مبكرة

إن المشرع لم يبين موقفه من ذلك بصفة واضحة مما يجعل شراح القانون المدني يقعون في لبس في هذه المسألة، خاصة ان المشرع لم يعتمد على مذكرة إيضاحية يحدد من خلالها سياسته التشريعية ، و يبين بواسطتها لماذا اتخذ هذا الموقف أو ذاك

ثانيا : كما أن المشرع قد ألغى مع هذه المادة الفقرة التي كانت تنص على انه " كما أن المعلمين و المؤدبين و أرباب الحرف مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم و المتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم " مما أثار كذلك تساؤلا عن نتائج هذا الإلغاء و هل أن المشرع قد قصد به إلغاء هذا النوع من المسؤولية بالكامل أم مجرد سهو لم ينتبه له أن إغائه لهذه المادة . و لو أن الأستاذ بوبكر مصطفى لا يرى في ذلك مشكلة ما دام أن عمومية المادة 134 عنده تكفي لتقرير هذه المسؤولية[26 ص 94]

ثالثا : أنه لم يفصل في مسألة حلول مسؤولية الدولة محل مسؤولية المعلمين و المؤدبين التي كانت تشير إليها المادة 135 قبل إغائها مما يطرح معه التساؤل حول ما إذا كان موقف المشرع مقصودا أو مجرد سهو خاصة إذا كان الغرض من تقرير هذه المسؤولية " هو تأمين حماية لهذه الفئة من المسؤولية التي قد تترتب على عاتقهم من الأفعال الضارة التي يرتكبها التلاميذ القصر و تصيب الغير بضرر مما قد يعيقهم عن اداء مهامهم التربوية ، ما دام أنهم يعملون في جو ملؤه الخوف من أن يرتكب أي قاصر تهورا ضد زميله أو ضد الغير و يتحمل هو وزر ذلك مما قد يحول اهتمامه من التعليم و التربية إلى

الحراسة و المراقبة ، من هنا جاء المشرع بهذا الحكم ليوفر للمعلم جوا يسوده الامن و الإطمئنان" [26 ص 94] فهل بإقدام المشرع على إلغاء المادة 135 و عدم نقل هذا الحكم إلى المادة 134 كما فعل بالنسبة لنقله لطريقة نفي المسؤولية ما يوحي بأن المشرع قد تراجع على هذا الموقف . إن هذه المسألة تفترض تدخل المشرع مرة اخرى و تحديد موقفه بوضوح و صراحة من هذا الموضوع لأهميته

الفصل 2

أحكام مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه

تمهيد و تقسيم

تعتبر مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه النوع الثاني من أنواع المسؤولية عن فعل الغير، بل تعتبر في اعتقادنا هي التطبيق الحقيقي للمسؤولية عن فعل الغير فقد سبق و أن رأينا أن الخطأ المنسوب للمكلف بالرقابة هو إما خطأ في الرقابة أو خطأ في التربية، أو خطأ فيهما معا ، و هو بذلك يكون دائما منسوبا للمكلف بالرقابة نفسه. و يبدو أن المشرع الجزائري قد جسد هذه الفكرة من أن مسؤولية المكلف بالرقابة لم تعد مسؤولية عن فعل الغير بمناسبة تعديله للقانون المدني بالقانون 05-10 لعام 2005 فقد جاء في نص المادة 137 من هذا القانون " للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما " بينما كان هذا النص يقضي قبل التعديل ب " للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولا عن تعويض الضرر "

و ما يستنتج من ذلك أن حق الرجوع بعد التعديل أصبح قاصرا على المتبوع فقط، ما يفهم من ذلك أن المكلف بالرقابة لم يعد باستطاعته الرجوع على الخاضع للرقابة في حالة ما إذا اختار المضرور الرجوع عليه و قام هذا الاخير بدفع التعويض له على نحو سنعود إليه باكر تفصيل لاحقا

و قسمنا دراستنا لمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه إلى مبحثين نتناول في الأول منهما شروط قيام هذه المسؤولية، و نخصص الثاني لدراسة طبيعتها القانونية و ذلك على النحو التالي :

1.2. شروط قيام مسؤولية المتبوع

تنص المادة 136 من القانون المدني على أنه " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها .

و تتحقق علاقة التبعية و لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا يعمل لحساب

المتبوع"

و يتضح من نص هذه المادة أن مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه تفترض وجود علاقة التبعية بين شخصين أحدهما يسمى المتبوع و الذي يملك سلطة الرقابة و التوجيه على شخص ثاني و هو التابع ، وأن يرتكب التابع فعلا ضارا يصيب الغير أثناء تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها ، و بذلك فإن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا إذا تحقق شرطان و هما : قيام علاقة تبعية بين التابع و المتبوع و وقوع فعل ضار من التابع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها و هذا ما سنتناوله في المطلبين الآتيين :

1.1.2. قيام علاقة تبعية بين التابع و المتبوع

تتشرط المادة 136 السابقة الذكر لقيام مسؤولية المتبوع أن توجد علاقة تبعية تربط بين شخصين يكون أحدهما متبوعا[13 ص 130] و الأخر تابعا و لقد امتنع المشرع عن تعريف رابطة التبعية سواء وقت وضعه النص الأصلي للمادة 136 سنة 1975 أو عند تعديلها بمقتضى القانون 05 – 10 –

و موضحا فقط في الفقرة الثانية من هذه المادة أن علاقة التبعية تقوم حسب المادة القديمةو تقوم رابطة التبعية و لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته و في توجيهه، و حسب الصياغة الحالية اي بعد التعديل و تقوم رابطة التبعية و لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه ،متى كان هذا الاخير يعمل لحساب المتبوع يتضح من خلال هاتين الصيغتين للفقرة الثانية من المادة 136 من القانون المدني أن المشرع اخذ بالحلول التي انتهى اليها الفقه و القضاء الفرنسي و التي تتماشى مع التطور الذي عرفه المجتمع في المجال الصناعي و الحاصل ان رابطة التبعية عرفت تطورا تماشيا مع متطلبات المجتمع بعدما كان المتبوع حرا في اختيار تابعه و خضوعه لأوامر المتبوع يمثلان عنصرا رابطة التبعية ، اصبحت حالة خضوع التابع لأوامر المتبوع التي تقابل سلطة المتبوع في رقابة و توجيه تابعه معيار رابطة التبعية أخذ به المشرع عند وضعه للقانون المدني ثم في التعديل الأخير اعتمد على معيار لرابطة التبعية هو العمل لحساب المتبوع[13 ص 130]

و قبل أن نتناول عناصر علاقة التبعية لابد أن نحدد الأساس الذي تقوم عليه سلطة المتبوع على

تابعه

1.1.1.2. أنواع التبعية

تنازعت فكرة التبعية بين التابع و المتبوع اتجاهات مختلفة ، اتجه يرى أن تبعية التابع للمتبوع هي رابطة قانونية مصدرها العقد ، و اتجه يرى أن تبعية التابع للمتبوع لا تنبثق من المركز القانوني

المستمد من العقد بل تنبثق من العمل الذي يؤديه التابع لمصلحة المتبوع ، فالتبعية هي تبعية اقتصادية بين التابع و المتبوع .

1.1.1.1.2. التبعية القانونية

هذا الاتجاه يرى ان تبعية التابع للمتبوع و خضوعه له هي رابطة قانونية ترتبطه به منشؤها ، العقد المبرم بينهما ، فالتابع عندما ينعهد بتقديم عمله الى المتبوع ، انما يلتزم بان يقوم بذلك تحت اشراف المتبوع و ارادته و هو التزام قانوني يجعله خاضعا لأوامره و تعليماته في تنفيذ العمل[26 ص 140] ، و من ثم اذا انعدم السند القانوني ، فلا تتحقق علاقة التبعية .

و يقول اصحاب هذا المذهب ان الرابطة التبعية بين التابع و المتبوع ، و خضوع الأول لأوامر الثاني فيما يتعلق بتنفيذ العمل ، نتيجة طبيعية لكون المتبوع يتحمل مخاطر المشروع الذي يعمل فيه التابع ، في حين لا يتحمل التابع اية مخاطر ، بل له أجره سواء كان المشروع رابحا أو خاسرا ، لذلك كان للمتبوع أن يمارس سلطة الرقابة و التوجيه على التابع خلال تنفيذ العمل الموكول اليه ، و له أن يستفيد من جهود التابع على الشكل الذي يريد[6 ص 179].

و لقد وجه الى هذا الإتجاه انتقادات عديدة :

ان وجود علاقة القانونية بين شخصين لا يتطلب بالضرورة وجود علاقة تبعية ، فعلاقة التبعية لا توجد بين الشركات و الجمعيات الرياضية من ناحية و بين الشركاء في هذه الجمعيات من ناحية اخرى ، كما أن علاقة التبعية لا توجد بين الأعضاء في الشركة بالرغم من وجود رابطة قانونية بينهم .

ان علاقة التبعية قد توجد بين شخصين خارج العلاقة القانونية كعلاقات المجاملة و العلاقات بين افراد الأسرة الواحدة[33 ص 111]

2.1.1.1.2. التبعية الاقتصادية

يرى انصار هذا المذهب ، و هم أنصار نظرية تحمل التبعة ، أن مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه لا تنبثق من مركزه القانوني المستمد من العقد المبرم بينه و بين التابع بل تنبثق من العمل الذي يقوم به التابع لمصلحة المتبوع[28 ص 54]، فالسلطة التي يملكها المتبوع على التابع بمقتضى علاقة التبعية ترجع الى خضوع التابع له اقتصاديا ، لأنه مضطر الى كسب عيشه من عمله اضطرارا يجعله تابعا اقتصاديا لرب العمل أي يعتمد عليه اقتصاديا ، وذهب انصار هذا الرأي الى أن معيار التبعية الاقتصادية ضمان لاعسار التابع ، كما أن هذا المعيار يكون معيارا للتمييز بين التابع و المقاول[6 ص

[108] ، فالتابع في نظرهم هو من لا يستطيع تدبير وجوده المستقل و انما يوجد تحت تبعية شخص اخر في كل شؤونه الاقتصادية و نادوا تبعا لذلك ، بالتبعية الاقتصادية كمعيار يمكن التحقق به عن وجود علاقة التبعية الموجبة لمساءلة المتبوع بوصفه كذلك[13 ص 140].

الا أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد ، فقد وجهت له الانتقادات التالية :

أن هذا المعيار من شأنه أن يحصر فكرة التبعية على طائفة رجال الأعمال فقط ، في حين أن اعتبار الشخص متبوعا لا يقتصر فقط على هذه الفئة[24 ص 21]

ذهب البعض الى القول بأن الأخذ بمعيار التبعية الاقتصادية هو اتجاه غير محدود و لا يصلح للوصول الى نتائج واضحة في نطاق تحديد المسؤولية عن فعل الغير ، فلا يوجد شخص لا يعتمد اقتصاديا على اخر بطريقة أو بأخرى بل ان الاعتماد متبادل بين كثير من القطاعات[28 ص 56].

ان فكرة التبعية ليست شرط لوجود الأجر ، فمن الجائز اعتبار الشخص تابعا حتى و لو لم يتلقى اجرا عن عمله ، فالتبعية الاقتصادية هنا منتفية تماما و مع ذلك فانها لا ترفع مسؤولية المتبوع[24 ص 22] .

ان هذه الفكرة ليست صحيحة في ذاتها و أنها تتعارض مع مبادئ القانون ، لأن التسليم بها يؤدي الى عدم قدرة المتبوع الرجوع على تابعه بما دفعه المتبوع للمتضرر ، و ذلك الرجوع الذي نصت عليه المادة 137 من القانون المدني المعدل بموجب قانون رقم 05-10 على انه " للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكاب خطأ جسيما "[13 ص 141] .

2.1.1.2. عناصر علاقة التبعية

حتى تقوم علاقة التبعية لا بد أن تتوفر للمتبوع سلطة فعلية على تابعه و أن تنصب هذه السلطة على الرقابة و التوجيه و ان يعمل التابع لحساب المتبوع و هذا ما سنتناوله كالأتي :

1.2.1.1.2. سلطة فعلية للمتبوع على تابعه

هذه السلطة تفيد بانه يكفي ان تكون السلطة فعلية ، أي حتى و لو لم تستند الى عقد او نص في القانون فالعبرة بما هو واقع فعلا .

لا يهم مصدر السلطة الفعلية فقد يكون مصدرها العقد ، كعقد العمل فالعامل في المصنع أو الشركة، و تتحقق علاقة التبعية و لو كان العقد باطلا لأن مناط وجودها ليس هو العقد بل السلطة الفعلية،

و لذلك ليس من الضروري أن يكون هناك عقد أو لا يكون بين التابع و المتبوع، بل إن العقد قد يوجد دون علاقة التبعية . اذا كان المتبوع لا يمارس السلطة الفعلية في الرقابة و التوجيه ، مثال عقد المقاوله [18 ص 652]

وقد توجد السلطة الفعلية دون سند قانوني ، أي لا يكون للمتبوع الحق في هذه السلطة ، بأن يكون استمدها من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون وجود عقد أصلا ، كمن يغتصب متجرا و يتولى السلطة عليه و على عامليه و إدارته لحساب نفسه ، بل و قد توجد رابطة التبعية بوجود السلطة الفعلية ، و لو كانت في نشاط غير مشروع ، كمن يدير مصنعا لصناعة المواد المخدرة[33 ص 122] .

ولا يشترط في قيام علاقة التبعية بحسب نص المادة 136 من القانون المدني أن يكون المتبوع حرا في اختيار التابع بل قد يكون هذا الاختيار مفروضا عليه من الخارج ، كما هو الحال مثلا بالنسبة لجنود الجيش ، فإن وزارة الدفاع غير حرة في اختيارهم لأن تجنيدهم يتم طبقا للاقتراع العام ، و رغم ذلك تبقى الوزارة مسؤولة عن الضرر الذي يحدثونه باعمالهم غير المشروعة[17 ص 195] .

كذلك لا يشترط أن يتقاضى التابع أجرا على عمله حتى تقوم علاقة التبعية، إذ يستوي أن يعمل التابع باجر أو بدون أجر[4 ص 320]

2.2.1.1.2. عنصر الرقابة و التوجيه

و يجب أن تنصب السلطة الفعلية التي يملكها المتبوع على الرقابة و التوجيه بمعنى أن للمتبوع سلطة في إصدار الأوامر للتابع و محاسبته على الخروج علي هذه الاوامر[33 ص 124] .

يجب لان تتعلق الرقابة و التوجيه بعمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع ، و من هنا يبرز الفرق بين المتبوع و بين الأب أو المدرس المكلف بالرقابة ، فالأب له رقابة على ولده ، و لكنها رقابة عامة لا تتناول عملا معينا، و لذا لا يعتبر الابن تابعا له ، و كذلك معلم الحرفة له الرقابة و التوجيه على الصبي في عمل معين، و لكن الصبي لا يقوم بالعمل لحساب هذا المعلم، بل يقوم به للتدرب على العمل لحسابه، و لذا لا يعتبر تابعا له[17 ص 197]

و ليس ضروري لقيام علاقة التبعية أن يكون المتبوع قادرا على توجيه التابع و رقابته من الناحية الفنية فالرقابة المقصودة هي الرقابة الادارية أو التنظيمية فسائق السيارة يعتبر تابعا لمالكها و لو

كان يجهل السياقة و الطبيب الذي يعمل في المستشفى يعتبر تابعا لصاحبها و لو كان هو نفسه غير متخصص في الطب[10 ص 1022]

و قد يكون المتبوع غير قادر على الرقابة و التوجيه حتى من الناحية الادارية كأن يكون صغيرا أي غير مميز أو مجنون أو معتوه ، فان علاقة التبعية تقوم بينه و بين تابعه ، على أن يتولى الاشراف على التابع و توجيهه النائب القانوني أو القضائي عن غير المميز كالولى أو الوصي أو القيم[4 ص 322] .

و قد يكون المتبوع شخصا طبيعيا أو معنويا ، و بالنسبة لهذا الأخير كالدوله أو الشركة او الجمعية ، فإن أحكام مسؤولية المتبوع وفقا لنص المادة 136 من القانون المدني سواء المعدلة او الغير المعدلة ، لا تقتصر على مسؤولية الافراد عن غيرهم كمتبوعين و تابعين . و لكنها تشمل أيضا مسؤولية الأشخاص المعنوية عن أفعال مستخدميها مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه[32 ص 75] .

حيث يكون الشخص الاعتباري أو المعنوي مسؤولا عن جميع الأفعال الضارة التي يرتكبها التابعون له من الموظفين في حدود ما لهؤلاء من سلطة العمل لحسابه و هذه المسؤولية ، مسؤولية أصلية ، ومباشرة باعتبارها مسؤولية عن عمله الشخصي لكن اذا تجاوز العمال او الموظفون حدود سلطتهم، فإنهم يسألون عن اخطائهم الشخصية باعتبارهم مسؤولين مسؤولية أصلية عن عملهم الشخصي، بينما تكون مسؤولية الشخص الاعتباري او المعنوي مسؤولية تبعية هي مسؤولية المتبوع عن افعال التابع طبقا لنص المادة 136 من القانون المدني[4 ص 324]

و تتراخى علاقة التبعية بتراخي الرقابة و التوجيه ، فالأطباء الذين يعملون في مستشفى لحسابهم لا يعتبرون تابعين لادارة المستشفى ، و الشركاء لا يعتبرون تابعين للشركة ، و المقاول اذا كان مستقلا لا يعتبر تابعا لرب العمل ، اما اذا كان المقاول يعمل تحت اشراف و رقابة صاحب العمل فان هذا الاخير يكون مسؤولا عن الاضرار التي يحدثها المقاول للغير ، كذلك بالنسبة للاب اذا ترك سيارته لابنه يقودها و اشرف عليه في قيادتها اعتبر الابن تابعا لأبيه[10 ص 1019] ، حتى الزوجة يمكن ان تكون تابعة لزوجها اذا كان عملها يدخل ضمن العمل الموكول اليها من قبل الزوج ، و تنفيذها لاوامره و تعلماته في كيفية انجاز هذا العمل .

"و يظهر ان الفقه و القضاء لم ينكر وجود رابطة التبعية و لو كانت هذه العلاقات العائلية أو غيرها تخول للشخص الذي يعتبر تابعا سلطة عامة على الشخص الذي يحل محل المتبوع ، كأن يكون الزوج تابعا لزوجته ، او يكون الأب تابعا لابنه فالسلطة العامة التي يتمتع بها الزوج تجاه زوجته ، او

تلك التي تكون للاب نحو ابنه لا تمنع قيام رابطة التبعية ، و اعتبار كل من الزوج و الأب تابعا على التوالي للزوجة و الابن ، طالما يتعلق الأمر بالقيام بالعمل الموكل اليها "[13 ص 135]

بحيث يكون الأب هو المتبوع و الابن أو الزوجة هي التابع و ذلك اذا قامت سلطة الأب على اعطاء التعليمات و الأوامر ، لإبنه أو زوجته بصدد عمل معين بحيث تكون له سلطة الرقابة و التوجيه و المحاسبة عن اتيان هذا العمل[33 ص 129]

و على ذلك اذ انعدمت سلطة الرقابة و التوجيه انتفت تبعاً لذلك علاقة التبعية ، فعلاقة التبعية شرط جوهري لقيام هذه المسؤولية .

3.2.1.1.2. قيام التابع بهذا العمل لحساب المتبوع

و يبدو أن المشرع قد تخلى عن هذا الشرط أي شرط السلطة الفعلية في الرقابة و التوجيه واستعاض عنه بشرط جديد و هو أن يكون التابع يعمل لمصلحة المتبوع فقد عدل المشرع الفقرة الثانية من المادة 136 بحيث أصبحت تنص على أنه " و تتحقق علاقة التبعية و لو لم يكن المتبوع حراً في إختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع " فالعنصر المعول عليه الآن هو البحث عما إذا كان التابع يعمل أولاً يعمل لحساب المتبوع ، فإذا كان يعمل لحسابه فإن رابطة التبعية تتحقق بغض النظر عما إذا كان للمتبوع سلطة على التابع في الرقابة و التوجيه ، و بغض النظر ما إذا كان يستطيع أن يمارس هذه السلطة فعلاً أو لا يستطيع ممارستها

و يبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر في تنظيمه لهذا الشرط بما كان قد نادي بعض الفقهاء من أن " السلطة الفعلية وحدها لا تكفي لتحقق رابطة التبعية بل يجب أن تكون متعلقة بعمل يؤديه التابع لحساب المتبوع[6 ص 184]

3.1.1.2. بعض المسائل التي تثيرها علاقة التبعية

هناك بعض الحالات التي تطرحها علاقة التبعية منها :

1.3.1.1.2. حالة المتبوع العرضي

قد تنتقل سلطة المتبوع في رقابة و توجيه تابعه الى الغير ، كأن يضع المتبوع تابعه تحت رقابة و توجيه شخص آخر من أجل القيام بعمل من الأعمال ، فعلى ذلك تنتقل السلطة في الرقابة و التوجيه الى هذا الشخص و يسمى المتبوع العرض ، و لكن المسؤولية لا تنتقل اذا بقي التابع بتلقي التعليمات

والاوامر و التوجيه من المتبوع الأصلي[36 ص 104] ، فاذا اعار شخص سيارته مع سائقها الى صديق له ، و ترك حرية التصرف بها و استعمالها بطريقة التي يريد ، يكون قد تنازل له عن سلطة و توجيه الاوامر الى السائق ، فيكون الصديق متبوعا عرضيا و يكون السائق تابعا و خاضعا لتوجيهه و رقابته ، اما اذا بقى السائق خاضعا لاوامر و تعليمات مالك السيارة و سلطته يبقى هذا الأخير مسؤولا عن اعمال سائقه[10 ص 1022] .

2.3.1.1.2. حالة التابع الظاهر

التابع الظاهر هو الذي يتخذ له تجاه الغير صفة التابع لشخص اخر لا يمارس عليه هذا الشخص سلطة فعلية في الرقابة و التوجيه فهل يسأل هذا الشخص عن فعل التابع الظاهر ؟
يتجه الفقه الى ان المتبوع لا يسأل الا عن فعل التابع الذي كان يتلقى الأوامر فعليا وقت وقوع الحادث و يضيف انه لا محل لنظرية التابع الظاهر في اطار مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه لأنه لا يمكن تصور ممارسة السلطة الفعلية على التابع الظاهر[36 ص 105] .

3.3.1.1.2. حالة تعدد المتبوعين

و قد تتوزع سلطة الرقابة و التوجيه بين اكثر من شخص واحد ، فاذا استخدم مجموعة من الاشخاص شخصا واحد لانجاز عمل مشترك لهم كان هؤلاء الاشخاص جميعا متبوعين بالنسبة لهذا الشخص المستخدم و يسألون جميعا عن اعماله بالتضامن ، و مثال ذلك الراعي الذي يقوم برعي الاغنام لمجموعة من الاشخاص فانه يعتبر تابعا لهم و يسألون عن فعله[10 ص 1021] .

اما اذا كان التابع يعمل لدى مجموعة من الاشخاص على التوالي بينهم فان المتبوع الذي يسأل عن اعماله هو الذي كان التابع يعمل لحسابه و خاضعا لسلطته في الرقابة و التوجيه عند وقوع الفعل الضار، كما هو الحال بالنسبة لشخص الذي يعمل في مطعم في الصباح و في مطعم اخر في المساء ، فان المسؤول عن فعله هو المتبوع الذي كان يعمل في مطعمه وقت وقوع الفعل الذي ادى الى الضرر[36 ص 106] .

2.1.2. وقوع فعل ضار من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها

يشترط لتحقق مسؤولية المتبوع بالاضافة الى قيام رابطة التبعية تتحقق مسؤولية التابع ،اي ان يرتكب التابع فعل ضار يلحق به ضررا بالغير،وان يكون ذلك حال تادية الوظيفة او بسببها او بمناسبةها

وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة 136 من القانون المدني على انه " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تادية وظيفته او بسببها او بمناسبةها " فيشترط اذا مسألتين اولها ان يرتكب فعل ضار من التابع يضر بالغير و ثانيها ان يرتكب هذا الفعل حالة تادية الوظيفة او بسببها او بمناسبةها و هذا ما سنبحث فيه في الفروع التالية :

1.2.1.2. وقوع فعل ضار من التابع يضر بالغير

حتى تقوم مسؤولية المتبوع يجب أن تتحقق أولا مسؤولية التابع بأركانها الثلاثة الخطأ و الضرر و علاقة السببية ، و ذلك لان مسؤولية المتبوع مسؤولية تبعية ، فهي لا تقوم الا اذا تحققت مسؤولية التابع . فيجب ان يقع من التابع خطأ تقصيري و ان يلحق هذا الخطأ ضررا بالغير، و ان تتحقق علاقة السببية بين خطأ التابع و الضرر الذي لحق المضرور و ذلك طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني أي طبقا للقواعد العامة [4 ص 326] .

فيجب إذن على المضرور بإثبات خطأ التابع الا اذا كان هذا الخطأ مفترضا ، كما لو كان التابع مدرسا في احدى المدارس تابعه لدولة، فنقوم مسؤوليته على اساس الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة و تترتب بالتالي مسؤولية الدولة باتبارها متبوعة [2 ص 100] .

و مثل ذلك ايضا ان يقود التابع سيارة هو الحارس لها ، و يدهس احد العابرة حال تادية وظيفته او بسبب هذه الوظيفة ، فان مسؤوليته تحقق في هذه الصورة على اساس خطأ مفترض افترضا لا يقبل اثبات العكس باعتباره حارسا للسيارة و تتحقق معها مسؤولية المتبوع .

فالقاعدة اذن انه حيث تتحقق مسؤولية التابع ، بناء على خطأ واجب الاثبات او بناء على خطأ مفترض افترضا قابلا لإثبات العكس او غير قابل لذلك، فان مسؤولية المتبوع تقوم الى جانب مسؤولية التابع [10 ص 1024]

2.2.1.2. اتصال الفعل الضار بالوظيفة

بعد أن تثبت علاقة التبعية بين التابع و المتبوع و وقوع الفعل الضار من التابع فانه يشترط أيضا أن يتصل الفعل الضار بالوظيفة و هذا الشرط يتحقق إذا ثبت أنه يقع حالة تادية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها و هذا ما تناولته المادة 136 من القانون المدني في الفقرة الأولى التي جاء فيها أنه " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار ، متى كان واقعا منه في حالة تادية الوظيفة أو بسببها او بمناسبةها " [13 ص 152]

فالمتبوع لا يسأل عن أي ضرر يرتكبه التابع ، بل يسأل عن الضرر الذي يرتكبه التابع اثناء تادية الوظيفة او بسببها او بمناسبةها لأن سلطة المتبوع في توجيه و رقابة التابع لا يكون الا اثناء تادية الوظيفة او بسببها او بمناسبةها ، أي أن يكون التابع قد ارتكب فعلا يتصل بالوظيفة فان لم يتحقق هذا الاتصال لا تكون هناك علاقة تبعية ، و بالتالي لا يسأل المتبوع . و لكي يتحقق شرط اتصال الفعل بالوظيفة يجب ان يتحقق أحد الفرضيات الثلاثة التالية :

1.2.2.1.2. وقوع الفعل الضار حال تادية الوظيفة

إن الفعل الضار يعتبر واقعا حال تادية الوظيفة إذا تم ارتكابه من التابع و هو يقوم بعمل من اعمال وظيفته ، فسائق السيارة الذي يدهس شخصا في الطريق و هو يقود السيارة متبوعه ، فالسائق هنا ارتكب فعل و هو يؤدي عملا من اعمال الوظيفة ، فيكون المتبوع هو صاحب السيارة مسؤولا عن هذا الفعل . او ان يلقي خادم شيئا من النافذة فهو ينظف مسكن مخدمه فيصيب احد المارة بضرر فهنا يكون المخدم مسؤولا عنه بوصفه متبوعا ، و كذلك الطبيب الذي يعمل لحساب مستشفى إذا أخطأ في علاج مريض يكون قد ارتكب الفعل الضار و هو يؤدي عملا من اعمال وظيفته [32 ص 55]

كذلك لا بد أن يكون فعل التابع مرتبطا بالوظيفة ، فإن لم يكن مرتبطا بالوظيفة فلا تقوم مسؤولية المتبوع فعلاقة السببية بين الفعل الضار و وظيفة التابع هي الأساس لتحقيق مسؤولية المتبوع ، و يستوي في ذلك ان يكون فعل التابع و قد وقع بناء على امر المتبوع او تغير امر منه ولكن يعلمه ، او بغير علم منه ولكن دون معارضته ، او وقع الفعل بالرغم من معارضة المتبوع [10 ص 1028] .

و ما دام ان مسؤولية المتبوع تقوم على أساس الضمان ، فإن مسؤوليته تتحقق و لو كان المتبوع لا يعلم بوقوع الفعل من التابع . و حتى و لو كان هذا الفعل وقع رغم الاعتراض من المتبوع [11 ص 198] .

و لا يكفي لقيام مسؤولية المتبوع أن يكون التابع قد ارتكب فعله اثناء فترة العمل أي خلال الوقت المحدد للعمل . بل لا بد أن يكون فعل التابع قد حدث عند قيامه بأعمال الوظيفة، فإذا لم يكن عند قيامه بأعمال الوظيفة اي مرتبطا بالوظيفة فلا تقوم مسؤولية المتبوع، فإذا ذهب شخص حيث يعمل مدينة في إحدى المؤسسات و طالبه بالدين و نتيجة لذلك حصلت بينهما مشاجرة انتهت بالضرب المتعمد للشخص الدائن [36 ص 110] .

و هذا ما اكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 11/05/1988 حيث مما جاء في هذا الرار " حيث أن الضرب المتعمد باعتباره فعل شخصي جنائي لا يدخل في إطار الخطأ غير المشروع الذي تشير اليه المادة 136 من القانون المدني".

لأن الفعل هنا و لو أنه وقع في مكان العمل و زمانه الا أنه غير مرتبط بالوظيفة و بالتالي لا تسأل المؤسسة التي يعمل فيها باعتبارها متبوعا .

2.2.2.1.2. وقوع الفعل الضار بسبب الوظيفة

لقد نصت المادة 136 من القانون المدني على أنه يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار ، متى كان واقعا منه في حالة تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبة ، و يقصد بذلك الفعل أو الخطأ الذي يقع من التابع ، و هو لا يؤدي عملا من أعمال الوظيفة ، و لكن تربطه مع ذلك بالوظيفة علاقة سببية وثيقة ، أي يتصل مع ذلك بالوظيفة اتصال العلة بالمعلول ، بحيث لولا الوظيفة ما كان يستطيع التابع ارتكابه، أو حتى التفكير فيه [18 ص 365]، ولو جاوز فيه التابع حدود وظيفته أو اساء فيه استعمالها، أو انطوى على استغلالها .

و لا يؤثر في ذلك ارتكاب التابع الفعل الضار بهدف خدمة متبوعه أو بقصد تحقيق غرض شخصي له. ويستوي أن يكون الفعل قد وقع بعلم أو بغير علم المتبوع أو رغم معارضته ، يسأل المتبوع عن فعل التابع في كل حالات طالما وقع بسبب الوظيفة [4 ص 330].

ولقد اختلف الفقهاء في تحديدهم لمعنى الخطأ بسبب الوظيفة على الوجه الآتي:

أولاً: فمنهم من يرى بأن التابع لم يكن يستطيع أن يرتكب الخطأ لو لا الوظيفة ، أي متى كانت هناك علاقة سببية مباشرة بين الخطأ وبين الوظيفة ، حيث إما أن يكون قد جاوز حدود الوظيفة أو أساء إستعمالها ومثال على ذلك: أن يقوم السائق المكلف بنقل الرسائل "موزع البريد" بفتحها والإطلاع على محتواها ثم يقوم بإفشاء ما ورد في هذه الرسائل ، ففي مثل هذه الحالة يسأل المتبوع عن فعل تابعه على اعتبار أن فعل التابع جاء مرتبطاً بالوظيفة ولم يكن ليقع لولاها [15 ص 154].

ثانياً: و منهم من يقول بأن التابع لم يكن ليفكر في ارتكاب الفعل الخاطئ لو لا الوظيفة.

ومثال على ذلك: اعتداء خادم على شخص كان يتشاجر مع سيده ، مما أدى إلى إصابته أو وفاته ، فالخادم هنا لم يكن ليفكر في ضرب المعتدي على سيده لو لا أنه خادم هذا السيد [10 ص 1033].

وبعد استعراض آراء الفقهاء والأمثلة في تحديد معيار الخطأ بسبب الوظيفة نجد الفقهاء توصلوا إلى نتيجة واحدة وهي أن الخطأ بسبب الوظيفة الذي يقع من التابع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته، فيمثل فيه الإخلال بواجبات هذه الوظيفة وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري، بأنه يعتبر الخطأ واقعا بسبب الوظيفة إذا كانت الوظيفة ضرورية لوقوعه أو داعية إلى التفكير فيه [4 ص 330].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 32817 الصادر في 25/03/83 قضية (م 1) ضد (س ج). و مما جاء في منطوقه أنه " من المقرر قانوناً أن المتبوع يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه بمناسبة تأدية وظيفته أو بسببها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق أحكام المادة 136 من القانون المدني.

ولما قضي قضاة الموضوع بمسؤولية المتبوع (رب العمل) المدنية عن فعل مستخدميه الذي أخذ في غيابه السيارة خلسة من المستودع وإستعمالها لأغراض شخصية لا صلة لها بالوظيفة ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد أخطأوا في تطبيق القانون ،ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه "[39 ص 96] .

ومن هذا المنطلق يرى الدكتور علي فلالي أن "العمل لحساب المتبوع هو فعلاً معيار لرابطة التبعية ، غير أن خروج التابع عن حدود وظيفته ، كأن يستعمل الوظيفة لتحقيق مصلحة شخصية ، لا يعني إنهاء أو وقف رابطة التبعية مما يحول دون تمكين الضحية من المطالبة بمسؤولية المتبوع هذا من جهة ، وأن الفعل الضار تم بوسائل الوظيفة من جهة ثانية ، فلا بد - حينئذ - من مساءلة المتبوع ، و في اعتقادنا هذا هو الحل الذي كان يسعى إليه المشرع من خلال تعديل المادة 136 من القانون المدني ، حيث أضاف عبارة (أو بمناسبة الوظيفة) "[13 ص 159]

و يلاحظ أن مسؤولية المتبوع تنتفي و لو وقع الفعل أو الخطأ بسبب الوظيفة إذا كان المضرور يعلم أو كان في استطاعته ان يعلم بمجاوزة التابع حدود الوظيفة، كما إذا نقل سائق سيارة خاصة شخصاً في الطريق بأجر أو بدون أجر و أصيب هذا الراكب، فلا يستطيع الرجوع بالتعويض على مالك السيارة أي المتبوع لأنه كان يعلم او كان من المفروض ان يعلم بمجاوزة السائق أي التابع لحدود وظيفته عندما طلب منه الركوب [17 ص 203] .

3.2.2.1.2. وقوع الفعل الضار بمناسبة الوظيفة

نصت المادة 136 من القانون المدني بعد تعديلها بالقانون 05-10 علي مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بمناسبة الوظيفة .

ويعتبر الفعل واقعا بمناسبة الوظيفة إذا كانت الوظيفة قد يسرت أو سهلت للتابع فرصة ارتكاب الفعل أو تهيئة الفرصة لإرتكابه، ولكنها ليست ضرورية لإمكان وقوع الفعل أو الخطأ أو للتفكير فيه.

يظهر أن المحكمة العليا لم تستبعد مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في هذه الحالة تماشيا مع الإتجاهات الحديثة للمسؤولية المدنية. حيث جاء في قرارها المؤرخ في 1995/06/21 رقم 125594 مايلي :

"حيث يدعي الطاعنون أن قضاة الموضوع إعتبروا خطأ أن المدعي عليه ليس مسؤولا عن الحادثة التي أصابت مورثهم رغم أن هذا الأخير إعترف أنه إثر وفاة الضحيتين أن هذين الأخيرين كانا يعملان في خدمته كما أنه ثبت أن الضحيتين كانا يسكنان بغرفة توجد بنفس الورشة وهذا يثبت أن الحادثة وقعت بمناسبة العمل..... لكن حيث أن قضاة الموضوع إستنتجوا من عناصر الدعوى والوثائق المقدمة لها أن المطعون ضده لم يكن مسؤولا عن وفاة الضحيتين اللتين أشعلنا النار وأغلقتنا عليهما داخل البيت الذي كانتا تنامان فيه....."[13 ص 161]

فإن القرار المحكمة العليا قبل التعديل المادة 136 من القانون المدني جاء صحيحا لكن بعد تعديل فكان علي القضاة أن لا يستبعدوا مسؤولية المتبوع كون الضرر حصل بمناسبة الوظيفة، حيث ساعدت هذه الأخيرة على وقوع الضرر.

كما أشارت المحكمة العليا في حكمها مؤرخ في 1983/05/25 .

بأنه من المقرر قانونا أن المتبوع يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع كان واقعا منه بمناسبة تأدية وظيفته أو بسببها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق أحكام المادة 136 من القانون المدني ،

ولما قضى قضاة الموضوع بمسؤولية المتبوع رب العمل - المدنية عن فعل مستخدمه الذي أخذ في غيابه السيارة خلسة من المستودع وإستعملها لأغراض شخصية لا صلة لها بالوظيفة فإنهم بقضائهم هذا قد أخطأوا في تطبيق القانون .

ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه .

من خلال هذا القرار فإن القضية واضحة فإن الخطأ أو الفعل واقع بمناسبة الوظيفة، فهذه الأخيرة هي التي سهلت للتابع ارتكاب الفعل أو الخطأ، ولكنها ليست ضرورية لإمكان ارتكاب الفعل أو الخطأ أو للتفكير فيه.

وضح من هذا الحكم أنه جاء موسعا في نطاق مسؤولية المتبوع وذلك لمصلحة المضرور ، ولكن هذا التوسع على حساب نص المادة 136 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 التي تنص صراحة على مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بمناسبة الوظيفة .

4.2.2.1.2. الفعل الضار الأجنبي عن الوظيفة

إذا ارتكب التابع فعلا أو خطأ أجنبيا عن الوظيفة ، فلا تقوم مسؤولية المتبوع عن ذلك ، لأن الخطأ لا يرتبط بأعمال الوظيفة ، أي يكون منقطع الصلة تماما بالعمل أو المهمة الموكولة إليه ، أو بالوسائل المعهود إليه بها لإنجاز الوظيفة ، وأن يكون قد وقع في غير زمان ومكان العمل .

مثال ذلك أن يقع حادث قتل خارج المصنع ، الذي يعمل فيه القتل وفي غير أوقات العمل . ودبره مرتكبه من عمال المصنع خارج المصنع ، فلا يصح إلزام صاحب المصنع بالتعويض عنه مهما كان سبب القتل ، مادامت العلاقة الزمنية والمكانية منعدمة بينه وبين العمل الذي يؤديه الجناة لمصلحة صاحب المصنع.

2.2. أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه

لقد سبق أن رأينا أن مسؤولية المكلف بالرقابة ، و بالنظر إلى الأساس القانوني الذي تقوم عليه و هو خطأ في الرقابة منسوب إلى المكلف بالرقابة فهي بذلك أقرب من المسؤولية عن الأفعال الشخصية منها إلى المسؤولية عن أفعال الغير فقد رأي بعض الفقهاء أنه و ما دام أن الخطأ منسوب إلى المكلف بالرقابة فهي ليست مسؤولية عن الغير ، و نفس هذا الانقسام نجده بالنسبة لمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه و هو التطبيق الثاني للمسؤولية عن أفعال الغير، فقد انقسم الفقه انقساما كبيرا في تحديد طبيعتها القانونية، أو الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية ، بل أن جانب من الفقه أنكر عليها أن تكون تطبيق من تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير أصلا، واعتبرها مسؤولية عن الأفعال الشخصية، ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب سنتناول في الأول منها الاتجاه الفقهي الذي يرى أن مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه هي مسؤولية عن الأفعال الشخصية، و ندرس من خلال ذلك الأساس القانوني الذي اقترحه هؤلاء الفقهاء لهذه المسؤولية. ونخصص المطلب الثاني للاتجاه الذي يعتبرها مسؤولية عن أفعال الغير، و نبين الأساس الذي قدمه لها، و ندرس في المطلب الثالث موقف المشرع الجزائري ونخصص المطلب الرابع لكيفية نفي هذه المسؤولية و ذلك على النحو التالي :

1.2.2. مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه مسؤولية شخصية

يرى بعض الفقهاء أن مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه هي مسؤولية عن الأفعال الشخصية، وليست مسؤولية عن أفعال الغير، وإن كان اتفاهم على أنها مسؤولية شخصية، إلا أن اختلافهم قد انصب على تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه، فمنهم من قال أنها تقوم على أساس خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، ومنهم من قال أنها تقوم على أساس نظرية تحمل التبعة، وهو ما نتناوله تباعا فيما يلي:

1.1.2.2. نظرية الخطأ المفترض

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه هو الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس، وتعد هذه النظرية من أقدم النظريات التي قيلت لتبرير مساءلة المتبوع، وهي النظرية التقليدية في المسؤولية التقصيرية، وهي ترى أن الخطأ في مسؤولية المتبوع هو أولاً: خطأ مفترض، وليس واجب الإثبات، وهو ثانياً: غير قابل لإثبات العكس أي قائم على قرينة قانونية قاطعة. وهكذا ففي فقه هذه النظرية أنه و بمجرد ما يرتكب التابع فعلا ضارا يصيب يصيب الغير، تقوم قرينة قانونية قاطعة على أن المتبوع قد ارتكب خطأ، إما في اختيار متبوعه أو في رقابته وتوجيهه، أو فيهما معا [10 ص 1041] وتفصيل ذلك أن المتبوع كان يجب عليه - وهو بصدد اختيار تابعه - أن يتحرى الدقة في هذا الاختيار، أما وقد ارتكب هذا التابع خطأ أصاب من خلاله الغير بضرر فإنه يفترض إهمال المتبوع في اختياره، أو التقصير في الرقابة عليه أو في توجيهه، وقد أيد هذا الاتجاه جانب من القضاء الفرنسي وكذا القضاء المصري، الذي اعتبر أن أساس مسؤولية المتبوع هو افتراض خطأ المتبوع في اختيار تابعه [18 ص 673].

أما إذا ثبت أن اختيار المتبوع لتابعه كان سليما فإنه يكون قد ارتكب خطأ في مراقبته وتوجيهه في حالة ما إذا أخطأ هذا التابع وأصاب الغير بضرر، ولا يعفيه من المسؤولية في هذه الحالة إثباته بأنه قد أحسن اختيار تابعه، ولقد سايرت بعض أحكام القضاء هذا الرأي. من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من " أن القانون المدني أقام في المادة 1384 منه مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع على خطأ مفترض في جانب المتبوع، فرضا لا يقبل إثبات العكس، مرجعه سوء اختياره لتابعه أو تقصيره في رقابته " [42 ص 67].

وما قضت به كذلك في قرار آخر من أن " أن السيد مسؤول عن تعويض الأضرار التي تصيب الغير بسبب خطأ خادمه، وأساس هذه المسؤولية سوء اختياره لخادمه و تقصيره في رقابته ولا يندفع

الضمان عن السيد إلا إذا أثبت أن الحادث الضار قد حصل بقوة قاهرة لا شأن فيها لخادمه أو أنه حصل عن خطأ المجني عليه نفسه"[45 ص 249].

ولقد تعرضت هذه النظرية بدورها إلى مجموعة من الانتقادات، يمكننا أن نلخص أهمها فيما يلي:

أولاً: فقد وقع أنصارها في تناقض مع ما وضعوه من مقدمات وما استخلصوه من نتائج : فهم يقولون من جهة أن مسؤولية المتبوع قائمة على أساس خطأ مفترض ، وهو خطأ في الاختيار، أو خطأ في الرقابة والتوجيه، ومقتضى ذلك أن المتبوع يستطيع أن ينفي الخطأ عن نفسه في بعض الفرضيات، خاصة إذا استطاع أن يثبت أن الضرر كان سيقع حتماً، مهما بلغ من حرص في الاختيار، وعناية في الرقابة والتوجيه، أي إذا قطع علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه و الضرر اللاحق للغير، وهو ما لا يقبل به أنصار النظرية، بل كل ما يسمحون به، هو إمكانية نفي علاقة السببية بين الخطأ المنسوب للتابع والضرر اللاحق للغير ، أما خطأه هو فلا يجوز له نفيه، ويبرر أنصار النظرية ذلك، بكون أن خطأ المتبوع، هو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس.

ثانياً: لو كانت مسؤولية المتبوع قائمة فعلاً على أساس خطأ مفترض ،كما يذهب إلى ذلك أنصار هذه النظرية، فإن ذلك يؤدي إلى نتيجة، منطقية قانونياً وهي عدم مساءلة المتبوع إذا كان غير مميز، ما دام أنه لا ينسب لعديم التمييز خطأ لانعدام ركن الإدراك والتمييز لديه، وهو الركن المعنوي في الخطأ، وهي النتيجة التي لا يسلم بها أنصار هذه النظرية[36 ص 89]. بل أن الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمان قد ألف كتاباً تحت عنوان (مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً) و من بين أهم الموضوعات التي ناقشها فيه هي مدى مساءلة عديم التمييز إذا كان متبوعاً أو حارساً للشئء و جمع عدد لا بأس به من الاحكام القضائية المصرية و الفرنسية التي يجمع فيها هذا القضاء على مساءلة المتبوع حتى و لو كان غير مميز

ثالثاً : أنه لو كانت مسؤولية المتبوع قائمة على أساس خطأ مفترض، يتمثل في سوء اختياره لتابعه، ووضع ثقته في شخص ليس جدير بهذه الثقة، لترتب على ذلك ارتفاع مسؤوليته في حالة ما إذا ثبت أن المتبوع لم يكن حراً في اختيار تابعه أو ثبت بان هذا التابع قد فرض عليه فرضاً، وهذه النتيجة لا تسلم بها الأكثرية الغالبة من الفقهاء، ولا تأخذ بها أحكام المحاكم التي درجت على مساءلة المتبوع عن أخطاء تابعه حتى ولو لم يكن حراً في اختياره، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته و توجيهه[38].

بل أنه وحتى في الحالات التي يترك فيها للمتبوع حرية في اختيار تابعه، فإن مساءلته على بعض أخطاء تابعه في فرضيات معينة، وفي ظروف معينة هو أمر فيه كثير من المجافاة للمنطق والقانوني لأنه ومهما كان حرص المتبوع في اختيار تابعه، فإن بعض أخطاء هذا الأخير ستقع حتما، ورغم يقظته في مراقبة متبوعه، ثم أنه وعلى فرض نجاح المتبوع في اختيار تابعه، وأخذ بكل الاحتياطات الضرورية لهذا والاختيار إلا أنه قد يعجز على ومراقبته وتوجيهه في الفرضيات التي يمارس فيها هذا التابع بعض الأعمال التي توصف بأنها فنية أو تقنية، أو علمية، والتي يثبت أن المتبوع لا يملك أي مؤهل فني أو علمي أو تقني يمكنه من بسط رقابته وتوجيهه على التابع، كأن يكون التابع طيارا يشتغل عند مالك طائرة لا دراية له أصلا بفن قيادة الطائرات، أو أن يكون طبيبا جراحا في مستشفى خاص يملكه شخص لا علاقة له بالطب، ففي هذه الفرضية أو تلك، يتعذر على المتبوع مراقبة تابعه وتوجيهه مهما كانت يقظته، وحرصه في اختياره وهكذا يظهر لنا أن فكرة السلطة الفعلية الممنوحة للمتبوع في رقابة وتوجيه تابعه ما هي إلا فكرة نظرية محضة، يتعذر على المتبوع ممارستها فعليا في جل الحالات التي تتحقق فيها رابطة التبعية ويحدث فيها التابع ضررا للغير.

رابعا : نلاحظ أن المشرع قد نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة 136 على أنه "و تقوم علاقة التبعية و لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته و توجيهه " ومقتضى القول بأن أساس المسؤولية هو الخطأ في الاختيار، يفترض أن تكون هناك حرية اختيار.

2.1.2.2. نظرية تحمل التبعية

لقد رأى جانب من الفقه [49 ص 360] أن أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه هي نظرية تحمل التبعية، أو ما يتجسد في عبارة " الغرم بالغنم " ومعنى ذلك أنه لما حدث التطور الاقتصادي الهائل ترتب عن ذلك استحالة قيام شخص واحد بأعمال كثيرة ومتعددة في آن مرة، مما حتم تقسيم العمل، واستعانة كثير من أصحاب المشروعات الكبرى، بأناس آخرين يساعدونهم في تحقيق هذه المشروعات، و يصبحون بذلك تابعين لهم. وقد يترتب على نشاط هؤلاء التابعين عند ممارستهم لأعمالهم أضرارا تصيب الغير، وقد يتعذر على الضحايا الحصول على تعويض من هؤلاء، لأنهم في غالب الأحيان فقراء، فما دام أن المتبوع يستفيد من نشاط تابعه، فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط، و الغرم بالغنم.

فهذا المتبوع الذي يستفيد من نشاط التابع الإيجابي، ويغتنم منه، و ينمي ثروته من أعماله، يجب أن يتحمل مسؤولية ما ينتج عن هذا النشاط من ضرر يصيب الغير. وهذا الرأي فيه ميزتان على رأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري، تجنب بهما الانتقادات الموجهة لنظرية الخطأ المفترض على نحو سنراه فيما بعد، فهو أولا :لا يجيز للمتبوع إمكانية التخلص من المسؤولية بإثبات أنه كان يستحيل عليه أن

يتجنب حدوث الفعل الضار مهما قام من عمل، وذلك بإثبات السبب الأجنبي مثلاً، لأن المسؤولية القائمة على فكرة تحمل التبعة لا تنتفي بهذه الطريقة، لأن المتبوع يبقى ملتزماً بتعويض الضرر الذي سببه تابعه، بنشاطه، لما سبق له من استفادة من هذا النشاط، ثم أنه ثانياً: يجعل المتبوع مسؤولاً، حتى ولو كان غير مميز، لأن عديم التمييز، وإن تعذر قيام مسؤوليته على أساس الخطأ، لأنه غير مميز، فيمكن أن تقوم على أساس تحمل التبعة، لأن هذه الفكرة لا علاقة لها بالتمييز والإدراك [10 ص 1045]

إلا أن الفقه قد انتقد هذا الرأي بالنظر إلى النتائج غير المنطقية التي يؤدي إليها، وهما نتيجتان غير منطقيتين تتلخصان في:

1.2.1.2.2. أنه يتعارض مع حكم نص المادة 136 من القانون المدني

إذ أنه لو كانت مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه تقوم فعلاً على أساس تحمل التبعة، فلماذا يشترط المشرع لقيام مسؤولية المتبوع أن يثبت المضرور خطأ في جانب التابع، إذ أن مقتضى الأخذ بفكرة تحمل التبعة أن تقوم مسؤولية المتبوع تلقائياً، وبمجرد أن يصيب التابع الغير بضرر، لأن الأمر يرتبط بتبعية النشاط، ولا يتعلق بالخطأ الذي يرتكبه التابع، بينما يلاحظ في أغلب القوانين - بما فيها القانون الجزائري - تنص صراحة على اشتراط هذا الخطأ بالنسبة للتابع لكي تقوم مسؤولية المتبوع فبالرجوع إلى نص المادة 136 من القانون المدني يلاحظ بأنه ينص صراحة على أنه " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته، أو بسببها، أو بمناسبةها ... " مما يؤكد اشتراط المشرع قيام خطأ في جانب التابع لقيام مسؤولية المتبوع [13 ص 172]. ولو أن المشرع عبر عن هذا الخطأ بمصطلح الفعل الضار

2.2.1.2.2. أنه يتعارض مع نص المادة 137

إذ أنه لو صح أن مسؤولية المتبوع قائمة على أساس تحمل التبعة، وتحققت هذه المسؤولية، وقام المتبوع بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر نتيجة خطأ التابع، فإنه لا يجوز له بعد ذلك الرجوع على التابع، بما دفعه من تعويض للمضرور، لأن المنطق الذي تفرضه نظرية تحمل التبعة، يقتضي أن المتبوع إنما يعرض على أساس استفادته من نشاط تابعه الإيجابي، فيجب عليه أن يغرم على نشاط هذا التابع السلبي، وبالتالي فلا يجوز له الرجوع عليه بما دفع من تعويض للمضرور، في حين أنه بالرجوع إلى نص المادة 137 من القانون المدني نجد أنها تنص على أنه: " يجوز للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً".

و أخيراً فما هو متعارف عليه لدى أغلب الفقهاء أن مسؤولية المتبوع هي مسؤولية تبعية ، أي أنها لا تقوم إلا إذا قامت مسؤولية التابع، وإذا قامت مسؤولية التابع، قامت إلى جنبها مسؤولية المتبوع تلقائياً، ويبقى للمضروب بعد ذلك الخيار في أن يرجع على التابع أو على المتبوع ، أو عليهما معا بالتضامن وفي فرضية السماح للمضروب في أن يرجع بالتعويض على التابع ما يتنافى والقول أن مسؤولية المتبوع تقوم على فكرة تحمل التبعة ، لأن هذه الفكرة لا تجعل أمام المضروب إلا شخص واحد، وهو الذي غنم من نشاط التابع ، و هذا الشخص هو المتبوع ، و هذا ما يؤكد أن أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه أبعد ما تكون عن فكرة تحمل التبعة.

وهكذا يظهر أن فكرة تحمل التبعة، لا تستقيم مع أحكام مسؤولية المتبوع، و تؤدي إلى نتائج لا تستقيم مع طريقة تنظيم المشرع لهذه المسؤولية من ضرورة إثبات المضروب لخطأ يقع من التابع، وبما ترتبه في العلاقة بين التابع والمتبوع من حق رجوع المتبوع على التابع ، بما دفعه من تعويض للمضروب. و لذلك ظهر رأي آخر يؤسس مسؤولية المتبوع على فكرة الخطأ المفترض الذي لا يبقل للعكس

2.2.2. مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه مسؤولية عن فعل الغير

ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه ليست مسؤولية شخصية كما سبق أن رأينا، وإنما هي مسؤولية عن فعل الغير، إلا أنهم اختلفوا في تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية: فمنهم من قال أنها تقوم على أساس النيابة، ومنهم من قال أنها تقوم على أساس فكرة الضمان وهو ما نتناوله فيما يلي من فروع :

1.2.2.2. نظرية النيابة

يرى أنصار هذه النظرية أن مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه تقوم على أساس فكرة النيابة، أي أن التابع ينوب عن المتبوع نيابة قانونية في ارتكاب الفعل الضار فإذا ارتكب التابع فعلاً ضاراً أصاب الغير بضرر ، فكأنما الذي ارتكب هذا الفعل إنما هو المتبوع، وكأنما الفعل الضار الذي ارتكبه التابع هو فعل ضار ارتكبه المتبوع، إذ أنه و بمثل ما تنسحب آثار التصرفات القانونية التي يبرمها النائب إلى الأصيل، كذلك تنصرف الآثار التي تترتب عن الفعل الضار الذي يرتكبه التابع إلى المتبوع، على أن النيابة هنا هي نيابة في الأعمال المادية وليست في التصرفات القانونية [13 ص 174].

لقد تعرضت هذه النظرية لمجموعة من الانتقادات يمكن أن نلخص أهمها فيما يلي:

أولاً: مخالفتها لما هو مستقر عليه فقها و قانونا ، ذلك أن أنصار هذه النظرية يشبهون علاقة المتبوع بتابعه بعلاقة الأصيل بنائبه، وهذا قياس فيه كثير من التجاوز و هو قياس غير سليم وغير منطقي، ذلك أن المتعارف عليه قانونياً، أن النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية، أين تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام التصرفات القانونية التي تنتصرف آثارها إلى الأصيل، كما أن الفقيه محمد محي الدين إبراهيم سليم يرى أن " ثمة وجه انتقاد آخر يتمثل في أن النائب حينما ينتهي من إبرام التصرف القانوني فإن آثاره تنتصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل دون مرور بذمة النائب، فالأصيل هو المسؤول الأول عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن هذا التصرف، وبذلك يخرج النائب تماماً من دائرة هذا الالتزام ولا يستطيع الأصيل الرجوع علي النائب فيما يتعلق بتنفيذ هذا الالتزام فكيف نوفق بين تلك النتيجة وبين ما هو مستقر قانوناً وفقها وقضاء من إمكانية رجوع المتبوع علي التابع بما دفعه للمضرور من تعويض "[33 ص 44].

ثانياً: إذا سلمنا جدلاً لأنصار هذه النظرية بأن الفعل الضار الصادر من التابع يعتبر كأنه صادر من المتبوع فإن معنى ذلك أنه يجوز للمتبوع في هذه الحالة أن ينفي الخطأ المنسوب له طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية لأن الخطأ في هذه الحالة يعتبر خطأ شخصياً للمتبوع تبعاً لخطأ التابع وهو ما لا يسلم به أنصار النظرية، لأنهم لا يسمحون للمتبوع أن ينفي الخطأ عن نفسه، في حين أنهم يسمحون له بنفي مسؤوليته بالتبعية عن طريق نفي مسؤولية التابع [33 ص 44] .

ثالثاً: بالإضافة إلى ما تقدم فإن التابع يخضع بعلاقة تبعية كاملة للمتبوع الذي تكون له في مواجهة التابع سلطة في الرقابة و الإشراف و التوجيه ، في حين أن تلك التبعية الكاملة لا تتوافر في علاقة الأصيل بنائبه، لأن النائب لا يلتزم إلا بالحدود العامة للنيابة، أما داخل هذه الحدود فهو لا يخضع للأصيل، بل أن النيابة في التعاقد تقوم أصلاً على حرية النائب في إبرام التصرفات القانونية بإرادته و في الأصل بحرية تامة، وكلما تدخلت إرادة الأصيل عن طريق التعليمات و التوجيهات كلما تكمشت فكرة النيابة و تحول النائب من نائب إلى رسول و هكذا فإن الإشراف و الرقابة و التوجيه تعتبر أصلاً في علاقة التابع بالمتبوع ، بينما تعتبر استثناء في علاقة النائب بالأصيل [33 ص 45] .

رابعاً: و أخيراً كيف يتم التوفيق بين الاعتبارات التي يسوقها أنصار هذه النظرية وبين المبادئ المستقرة فقها و قضاء في نطاق مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، إذ تتيح تلك المبادئ للمضرور الرجوع على التابع دون المتبوع إذا أراد، فكيف يستقيم ذلك مع القول بأن الخطأ الصادر من التابع يعتبر وكأنه صادر من المتبوع إذ لو كان الأمر كذلك ، لما أمكن للمضرور إلا الرجوع على المتبوع دون التابع و هذه هي

الاحكام التي تقرها فكرة النيابة أن الغير يرجع مباشرة على الأصيل و لا يجوز له الرجوع على النائب[1 ص 325]

2.2.2.2. نظرية الحلول

تعتبر نظرية الحلول التي قال بها بعض الفقهاء أقل النظريات شيوعا بين مجال البحث القانوني ، و ذلك بالنظر إلى الفكرة الخيالية التي تقوم عليها ، و التي تبتعد بها عن عالم القانون، وتقترب بها من عالم الافتراض . و تتلخص محتوى هذه النظرية في نظر انصارها أن شخصية التابع هي امتداد لشخصية المتبوع ، و لذلك فكل ما يقوم به التابع من أخطأ فكأنما الذي قام بذلك هو المتبوع نفسه ، ويرى الدكتور عاطف النقيب أن الفقيهان هنري و ليون مازو يذهبان في نفس هذا الاتجاه لما يقتران أن الذي يميز " مسؤولية المتبوع في نظرها هو أن المتبوع لا يمكنه أن يعفي نفسه من المسؤولية طالما أن تابعه قد ارتكب خطأ ثبت عليه ، و العلة في ذلك تكمن في الرابطة بين التابع و المتبوع ، فالذي يستعين بتابع يؤدي له خدماته يكون في الحقيقة قد جعل نشاطه يمتد إلى التابع ، فيمسي هذا أداة في يده بمعنى أن عمل التابع يتبدى كأن المتبوع هو القائم به . فاتجاه الغير يكون فعل التابع هو في الوقت ذاته فعل المتبوع بحكم الاختلاط بين شخص هذا و شخص ذاك "[15 ص 107]

و لقد انتقدت نظرية الحلول من حيث أنها تقوم على إفتراض ينافي الواقع ذلك أن شخصية التابع ليست في واقع الامر امتداد لشخصية المتبوع[36 ص 94]

كما انتقدت من حيث عجزها عن تفسير حق رجوع المتبوع على التابع بعدما يدفع التعويض للمضرور ، إذ لو كانت فعلا شخصية التابع هي امتداد لشخصية المتبوع لترتب على ذلك أنه إذا دفع احدهما التعويض ، فتبرأ ذمة الآخر من من ذلك ، و لا يجوز للمتبوع الرجوع على التابع لأنهما شخص واحد . في حين أن المشرع يسمح للمتبوع بالرجوع على التابع فيما دفعه من تعويض للمضرور، ما يؤكد أن أساس مسؤولية المتبوع على أفعال تابعه لا تقوم على فكرة الحلول[13 ص 176] .

3.2.2.2. نظرية الضمان

أمام فشل كل النظريات السابقة في تقديم تبرير مقنع و أساس متين لمسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه ، اتجه معظم الفقه إلى فكرة الضمان، و التي وجدوا فيها تبريرا مناسباً يتحاشى معظم الانتقادات التي وجهت لهذه النظريات.

وتقوم فكرة الضمان على أساس أن المتبوع هو ضامن للتابع فيما يرتكبه من أخطاء تصيب الغير، فالمتبوع في نظر هذا الفقه هو كفيل متضامن مع التابع، ومن ثم فهو يسأل عن تعويض الأضرار التي يحدثها هذا الأخير بأفعاله الضارة ، إلا أن هذه الكفالة هي كفالة قانونية و ليست كفالة مصدرها العقد[43 ص 482].

ويلاحظ أن فكرة الضمان تشبه فكرة الكفالة، في كون أن المضرور يستطيع الرجوع على المتبوع تماما مثلما يرجع الدائن على الكفيل، إلا انها تختلف عليها في كون أن المتبوع لا يستطيع أن يتمسك بالتجريد في مواجهة المضرور إذا اختار المضرور الرجوع عليه بالتعويض. ولا يجوز أن يستنتج من اعتبار المتبوع متضامن مع التابع، أنه مسؤول معه، لأن المتبوع في حقيقة الأمر مسؤول على التابع و ليس معه[33 ص 46] .

و يرى بعض الفقهاء أن هذه النظرية تقوم على أساس الحالة الاقتصادية التي يوجد عليها التابع، حيث اعتبرت أن مسؤولية المتبوع ترجع إلى النظر إليه باعتباره أنه موسرا و ضامنا لحالة الإعسار التي غالبا ما يكون عليها التابع ، و هو الأمر الذي يؤدي إلى إلحاق الأذى بالمضرور فيما لو ترك بدون تعويض[36 ص 92].

كما أنه يمكن أن يعترض البعض على تأسيس مسؤولية المتبوع على فكرة الضمان ،خاصة أن الكفالة فيها فرضت على إرادة الكفيل، خلافا للمبادئ العامة لفكرة الكفالة، فيمكن الرد على ذلك بأن الضمان هنا مصدره القانون وليس العقد[5 ص 620].

والأخذ بفكرة الضمان كأساس لمسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه، يحقق - على حد تعبير بعض الفقهاء[5 ص 620] - بعض الميزات التي لا تتاح في ظل الأخذ بالنظريات السابقة، فالقول بضمان المتبوع لخطأ التابع يتفادى مسألة إعسار التابع إذ قد يفاجأ المضرور - وهذا ما يحدث غالبا - بأن التابع معسر مما قد يحول دون وصوله لحقه في التعويض، فأراد المشرع أن يقدم له مسؤولا موسرا، وهو المتبوع ليضمن له الحصول على تعويض لجبر ضرره.

كما أن هذه النظرية تحقق للمضرور ميزة أخرى و هي أن المتبوع لا يستطيع أن يتخلص من هذه المسؤولية حتى ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر، لأن التزامه هنا هو التزام بتحقيق غاية وليس مجرد التزام ببذل عناية[35 ص 909].

كما أن الأخذ بفكرة الضمان، يمكن من مساءلة المتبوع حتى في الحالات التي يكون فيها عديم تمييز مما يوسع من حماية المضرور وتأمين حصوله على تعويض لجبر ضرره.

وأخيرا فإن هذه الفكرة تبرر رجوع المتبوع بما دفعه من تعويض للمضرور على التابع لأن المسؤول الأصلي في هذه المسؤولية هو التابع و ليس المتبوع، ولذلك لا بد أن تستقر المسؤولية في النهاية على كاهله.

و لعل كل هذه المزايا هي التي دفعت بالقضاء لتبرير بعض احكامه بالاعتماد عليها[41].

و في هذا المجال يرى الاستاذ بوبكر مصطفى أن " الفقه قد انتهى إلى عدم الاتفاق على تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية، فتشعبت آراؤهم واختلفت اتجاهاتهم، ولعل عدم اتفاقهم هذا يرجع في اعتقادنا إلى سببين أساسيين :

الأول: منهما أن كل فريق من الفريقين انطلق من خلفيته الإيديولوجية و الفكرية التي تشكل فلسفة الاتجاه الذي ينتمي إليه وهكذا نلاحظ مثلا أن الفريق المنتسب بالأفكار الفردية، والمؤيد للاتجاه الشخصي في المسؤولية، يقول بنظرية الخطأ أو النيابة أو الحلول، وذلك لإصباح النظرية بالصبغة الذاتية: فالخطأ لا يقوم إلا بتحقق عنصره المعنوي هو الإدراك والتمييز والنيابة هي عقد، والعقد لا يقوم إلا بتطابق الإرادتين.

وملخص الاتجاه كما نلاحظ مصبوغ بالصبغة الذاتية أو الشخصية بينما الاتجاه المتأثر بأفكار التضامن الاجتماعي والفكر الاشتراكي بصفة عامة فيذهب إلى تأسيس هذه المسؤولية على فكرة تحمل التبعة أو فكرة الضمان ، وهي أفكار تقوم على اعتبارات مادية بحتة.

والثاني: أن مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه هي التطبيق الوحيد للمسؤولية عن عمل الغير بالمعنى الدقيق للكلمة وهو استثناء عن القاعدة العامة، التي تقضي بأن الشخص لا يسأل إلا عن أفعاله الشخصية، و لذلك لم يحض بنفس الاهتمام الذي حضيت به بقية أنواع المسؤوليات"[26 ص 112، 113] .

وإذا كان هذا هو موقف الفقه بصفة عامة فما هو موقف المشرع الجزائري؟

3.2.2. موقف المشرع الجزائري

الواقع إن موقف المشرع الجزائري من أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه مر بمرحلتين مختلفتين مرحلة ما قبل تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05 - 10 / 2005 و المرحلة الحالية و لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول منهما كيفية تنظيم المشرع لمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه ثم نطرق بعد ذلك للأساس الذي أعطاه لها في الفرع الثاني :

1.3.2.2. كيفية تنظيم المشرع لمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه

كان المشرع يتناول مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه في مادتين من مواده فكانت المادة 136 منه خاصة بهذه المسؤولية لوحدها بحيث حدد فيها المشرع شروط قيام هذه المسؤولية وعناصرها إذ كانت تنص على أنه: " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها [10 ص 1028].

وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته و في توجيهه".

أما المادة 137 من القانون المدني فكانت تنطرق لحق رجوع المسؤول عن عمل الغير سواء أكان المكلف بالرقابة أو المتبوع ، على هذا الغير سواء اكان الخاضع للرقابة أو التابع بما دفعه من تعويض للمضرور، وكانت تنص على أنه

"للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر". وهي مادة مشتركة كما نلاحظ تتناول أحكام الرجوع بالنسبة لنوعي المسؤولية عن الغير: مسؤولية المكلف بالرقابة، ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

و لكن لما عدل المشرع القانون المدني أعاد تنظيم المسؤولية عن الغير بصفة عامة و بالنسبة لكل المواد التي كانت تتناولها ابتداءً بالمادة 136 و انتهاءً بالمادة 137

فقد أصبحت المادة 136 تنص على أنه " 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 و لو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع "

و يلاحظ أن التغيير هنا قد لحق هذه المادة في كثير من الجوانب يمكن أن نحددها فيما يلي :

أولاً - أنه استعمل مصطلح "بفعله الضار" بدلاً عن مصطلح " بعمله غير المشروع " ما يستنتج أن المشرع أصبح أميل للاتجاه الموضوعي للمسؤولية و الذي يقيمها على أساس الضرر فاستعمل عبارة "فعله ضار" و هو بذلك قد ابتعد عن الاتجاه الشخصي للمسؤولية و الذي كان يقيمها على أساس الخطأ لما أهمل إستعمال مصطلح " بعمله غير المشروع "

و ما يستنتج من ذلك أن المشرع أصبح يكتفي بمجرد إلحاق التابع "فعلا ضارا" بالغير، و لم يعد يشترط في هذا الفعل أن يكون "غير مشروع" و هكذا نستنتج على الأقل أنه أصبح أميل للاتجاه الذي يقيم المسؤولية على الاعتبارات المادية [13 ص 149]

ثانيا - أن المشرع قد استعمل مصطلح "فعل" بدل من مصطلح "عمل" فنص على أنه: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار..." بعد أن كان ينص قديما على "... بعمله غير المشروع..." و هناك كثير من الفقهاء يفرقون بين هذين المصطلحين فقد رأى الدكتور على فيلالي أنه "يقصد عادة بالعمل l'acte كل عمل مادي مباح يقوم به شخص لفائدة الغير بإذن من هذا الأخير أو بدون إذنه، و يستحق الشخص الذي قام بهذه الأعمال التعويض عنها كالأعمال العلاجية actes médicaux التي يقوم بها الطبيب على المريض أو الترميمات التي يقوم بها الفضولي في ملك الغير في حين يراد "fait". عادة الأفعال غير المباحة التي تلحق ضررا بالغير و يترتب على من قام بها بالالتزام بتعويض الضرر الذي لحق الغير" [13 ص 5]. كما رأى الاستاذ بوبكر مصطفى أن الفرق بينهما يكمن في كون أن "العمل" لا يصدر إلا ممن تكون له إرادة كالإنسان، بينما الفعل فيصدر ممن لا إرادة له مثل الحيوان والشيء، وما يؤكد عنده هذا الاستنتاج أن المشرع الجزائري قد اعتمد على نفس المصطلحات في النصوص المكتوبة باللغة الفرنسية فقد استعمل مصطلح "عمل" في المسؤولية عن الأعمال الشخصية فعنون القسم الأول ب " De la responsabilité de l'acte Personnel " وعنون القسم الثاني ب " De la responsabilité de l'acte d'autrui " وهذه كما يلاحظ هي مسؤولية منسوبة للإنسان كأصل عام فاستعمل فيها المشرع مصطلح "acte" بينما عنون القسم الثالث ب " De la responsabilité du fait des choses " وتناول فيه المسؤولية عن فعل الأشياء و عن فعل الحيوان و لذلك استعمل مصطلح "fait" [26 ص 115].

ولو أن هذا المصطلح لم يستعمله المشرع في مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه فقط، إنما هو المصطلح الذي عمد إلى استعماله بالنسبة لكل أنواع المسؤوليات بعدما غير عنوان القسم الأول من هذا الباب من "المسؤولية عن الأعمال الشخصية" إلى "المسؤولية عن الأفعال الشخصية" وعنوان القسم الثاني من "المسؤولية عن عمل الغير" إلى "المسؤولية عن فعل الغير" فدل بذلك أن المشرع قد عمد إلى اختيار هذا المصطلح بصفة مقصودة لما له من معنى مختلف عن مصطلح "العمل".

ثالثا - أن المشرع قد أضاف عبارة " أو بمناسبةها " لنص المادة 136 أي أنه تجاوز الانتقاد الذي كان قد وجه له الفقه من أنه لم ينسق بين النص العربي والنص الفرنسي للمادة 136 من القانون المدني [4 ص 335]. فالنص باللغة العربية كان يستعمل عبارة " بسببها " أي (en raison) في حين أن النص

بالغة الفرنسية كان يستعمل عبارة " بمناسبةها " (ou à l'occasion) فجاء المشرع بعد التعديل و أضاف عبارة بمناسبة ويكون بذلك قد وسع من نطاق مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، ففي الوقت الذي كان فيه المتبوع سابقا يسأل فقط عن أفعال التابع التي تحدث منه أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها، أصبح بموجب التعديل الجديد، يسأل حتى عن تلك الأفعال التي يأتيها التابع بمناسبة الوظيفة، وهناك فرق بين هذا و ذاك من حيث المجال.

رابعاً أنه قد أعاد صياغة المادة 137 بصفة كاملة كان لها أثر بالغ على هذه المسؤولية خاصة من جانب الموضوع، فأصبح حق الرجوع مقرراً للمتبوع وحده دون المكلف بالرقابة، إذ نص المشرع صراحة على أنه: " للمتبوع حق الرجوع على تابعة... " بما يجزم أن حق الرجوع أصبح قاصراً على المتبوع دون المكلف بالرقابة[38]. كما أنه جاء بحكم جديد، قيد بموجبه حق المتبوع في الرجوع على التابع بأن اشترط أن يكون هذا الأخير قد ارتكب خطأ جسيماً ، بمعنى أنه لا يجوز للمتبوع أن يرجع على التابع بعد دفعه التعويض للمضروب إلا إذا أثبت أن هذا التابع قد ارتكب خطأ جسيماً، وبذلك يكون المشرع قد استحدث حكماً فريداً من نوعه، لا نعتقد أنه يوجد من التشريعات من سبقه إليه، كما نعتقد بأن المشرع قد نسي الحكمة التي توختها التشريعات الحديثة من تقرير المسؤولية عن أعمال الغير كاستثناء عن القاعدة العامة التي تقضي بأن الشخص لا يكون مسؤولاً إلا عن أعماله الشخصية، والتي هي ضمان حصول المضروب على تعويض لجبر ضرره، ذلك أن هؤلاء المشرعين كانوا يعتقدون أن المتبوع، والمكلف بالرقابة أكثر ملاءمة من التابع ، والخاضع للرقابة، وأن حض المضروب في الحصول على تعويض بالرجوع عليهما أوفر من حظه في الحصول على هذا التعويض فيما لو رجع على التابع أو المشمول بالرقابة، ويبقى بعد ذلك للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما دفعه من تعويض للمضروب، لكن المشرع باستحدثه لهذا الحكم، باشترطه على المتبوع، حتى يتسنى له الرجوع على التابع أن يثبت خطأ جسيماً في جانبه، ما يذهب بهذه الحكمة و يجعل المشرع الجزائري يبسط حمايته إلى التابع و إلى المضروب في ذات الوقت و هو الموقف الذي لم يقل به أحد من الفقهاء، و لم تأخذ به أي من التشريعات فيما نعتقد، لأن الهدف من تقرير مسؤولية المتبوع هو حماية المضروب فقط [42 ص 218]. لأن تطبيق هذا النص يفترض أن المتبوع لا يستطيع الرجوع على التابع إلا إذا أثبت أن هذا الأخير قد ارتكب خطأ جسيماً. أما إذا ثبت أنه لم يرتكب إلا خطأ بسيطاً، أو عجز المتبوع عن إثبات أي خطأ في جانب التابع فإنه لا يستطيع إن يرجع عليه بأي تعويض.

2.3.2.2. أساس مسؤولية المتبوع في القانون الجزائري

الواقع أن كثيرا من الفقهاء وبالرجوع إلى نص المادة 136 من القانون المدني لاحظوا انفرادها بحكم غير مأخوذ به في أي نوع من أنواع المسؤولية التي نظمها المشرع الجزائري، فهي المسؤولية الوحيدة التي لم يبين فيها المشرع طريقة النفي، إذ أنه و بالرجوع إلى كل أنواع المسؤوليات يلاحظ أن المشرع قد حدد طريقة نفي كل منها. فنلاحظ مثلا أنه في مجال المسؤولية عن الفعل الشخصي تنص المادة 127 على أنه: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك. " وفي مجال مسؤولية المكلف بالرقابة فنجد أن الفقرة الثانية من المادة 134 تنص على أنه: " و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية " .

في حين أنه بالرجوع إلى المادة 136 لم يبين طريقة نفي هذه المسؤولية و لذلك فالمتبوع لا يستطيع على حد تعبير الدكتور على فيلاي دفع المسؤولية المترتبة عليه "بإثباته مثلا أنه كان يستحيل عليه منع فعل التابع، أو أن هذا الأخير خالف أوامره أو أنه لم يرتكب خطأ لا في اختيار تابعه و لا في ممارسة سلطته الفعلية في توجيهه و رقابته " [13 ص 165] .

إن كل هذا الاختلاف الفقهي في تحديد أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه في الفقه العربي و القانون الجزائري يرجع في نظر الدكتور على فيلاي للموقف الذي اتخذه المشرع الفرنسي و المشرع المصري لما لم يبين طريقة نفي مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه في الفقرة 6 من المادة 1384 إذ و بعدما تناول أحكام المسؤولية عن الغير بصفة عامة: مسؤولية المكلف بالرقابة في الفقرة 4 ومسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه في الفقرة 5 من هذه المادة، قضى في الفقرة 6 منها بأنه "وتقوم المسؤولية أعلاه إلا إذا أثبت الأب والأم أو معلم الحرفة أنهم لم يستطيعوا منع الفعل الذي أدى إلى إحداث الضرر" [42].

فالملاحظ هنا أن المشرع الفرنسي بين كيفية نفي مسؤولية المكلف بالرقابة بصفة عامة، وذلك بأن يثبت أنه لم يستطع منع وقوع الفعل الضار، ويكون ذلك طبعا بنفي الخطأ عن نفسه ولم يتكلم عن كيفية نفي مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه، وقد تساءل الفقهاء أندري تونك، وليون و هنري مازو، عما إذا كان هذا مجرد سهو من المشرع أم أمر مقصود [45 ص 999].

ويجبون عن هذا التساؤل بالقول أن دراسة القانون الفرنسي القديم من طرف الفقهاء الفرنسيين تبين بوضوح أن الفقيه "دوما" لم يبني نظرية عامة لمسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه، ولكن الفقيه "بواتي" [10 ص 151] كان صارماً لما قال أنه " يجب أن نجعل السادة مسؤولين عن الجرائم وشبه الجرائم التي يرتكبها خدمتهم والعمال الذين يشتغلون عندهم في بعض المهام، ويجب مساءلتهم حتى في الحالة التي لم يكن في استطاعتهم منع حدوث هذه الجريمة أو شبه الجريمة، إذا ثبت أنها وقعت منهم أثناء تأديتهم للوظائف التي تم تعيينهم لأدائها، ولو في غياب مستخدميهم. وهذا ما من شأنه أن يحث المستخدمين في ألا يستعينوا إلا بأحسن الخدم [45 ص 999].

وهذا ما يوحي أن واضعي القانون المدني الفرنسي قد تعمدوا عدم تبيان الطريقة التي تنتفي بها مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه، متأثرين في ذلك برأي الفقيه « بواتي » وتاركين المجال لاستنتاج بأن هذه المسؤولية تقوم على أساس الضرر. أو ببساطة لأنهم لم يستطيعوا تحديد طبيعة الخطأ الذي ينسب إلى المتبوع، فإذا اعتبروه بأنه خطأ في الاختيار أو في الرقابة والتوجيه، فإن من نتائج ذلك أن المتبوع يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قد أحسن اختيار تابعه أو أنه قام برقابته وتوجيهه بما ينبغي من الحرص والعناية، كما قد يؤدي إلى عدم قيام مسؤوليته، في حالة ما إذا لم يكن له أي دور في اختيار هذا المتبوع كما هو الحال بالنسبة للمتبوع العرضي، كما أن في اعتبار أساس مسؤولية المتبوع هو الخطأ، ما يؤدي إلى نتيجة لا يقبل بها واضعي قانون نابليون وهي عدم مساءلة المتبوع إذا كان عديم تمييز، لأن عديم التمييز لا ينسب له خطأ.

وهكذا يبدو لنا أن الأمر بالنسبة لواضعي قانون نابليون كان مقصوداً، أكثر من مجرد سهو وقع فيه المشرع.

والغريب في الأمر أن مشرعي البلدان العربية الذين أخذوا قوانينهم المدنية عن القانون الفرنسي، قد ساروا على نهجه في عدم النص على طريقة نفي مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه، ولو أن المشرع المصري كان قد نص في المشروع التمهيدي للقانون المدني على فقرة في المادة 242 تنص على أنه: " ولا يستطيع المتبوع أن يتخلص من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر " إلا أن لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قامت بحذف هذه الفقرة بحجة أن "...حكمها يفضي إلى جعل قرينة المسؤولية من قبيل القرائن البسيطة في هذه الحالة، ولا محل للدول عما قرره القانون الحالي من جعل هذه القرينة قاطعة لا تسقط بإثبات العكس" [10 ص 1013].

ولكن بالرغم من ذلك، فإن هذه الحجة تبقى قاصرة على أن تحل الإشكال المطروح لأن المشرع المصري، وإن كانت رغبته هي عدم جعل قرينة مسؤولية المتبوع بسيطة، إلا أنه نسي أن ينص على أن

القرينة هي قرينة قاطعة، وهكذا يظهر لنا أن المشرع المصري و من بعده كل التشريعات التي حذت حذوه، كانوا أمناء في تقفي آثار القانون الفرنسي حتى بالنسبة لتلك الأمور التي سهى فيها عن تنظيم بعض المسائل القانونية.

و هكذا و بالرجوع إلى المصدر التاريخي لنص المادة 136 للقانون المدني و هما القانون الفرنسي و القانون المصري ننتهي إلى خلاصة أن أساس مسؤولية المتبوع عن افعال تابعه في القانون الجزائري تقوم على أساس الضرر

خاتمة

و هكذا نخلص من هذا البحث أن المشرع قد أقدم على تعديل كثير من الاحكام المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الغير، محاولا بذلك تفادي بعض الانتقادات التي كانت قد وجهت له أثناء تطبيق القانون المدني قبل تعديله.

فقد قام مثلا بإلغاء المادة 135 من القانون المدني و التي كانت تتناول مسؤولية الأب و من بعد وفاته الأم و مسؤولية المعلمين و المؤدبين و أرباب الحرف في الوقت الذي يكون فيه التلاميذ في المدرسة و متعلمو الحرف في الورشات ، و لم ينقل منها إلى المادة 134 إلا طريقة نفي المسؤولية ذلك لأن الدكتور على على سليمان كان قد انتقده في ذلك لما رأى أن المشرع قد نقل المادة 134 من القانون المدني المصري و نقل المادة 135 من القانون المدني الفرنسي ، و انه لم يكن موفقا في ذلك لأن إحدى المادتين كانت تغني - في نظره - عن المادة الأخرى .

فجاء المشرع و ألغى المادة 135 بكاملها ، و أثار شكا كبيرا حول مجموعة من القضايا لعل أهمها:

- 1- ما مصير شرط المساكنة الذي يتطلبه المشرع لقيام مسؤولية الأب أو الأم بعد وفاته و هو شرط لا يكاد يخلو منه أي نص من نصوص القوانين المختلفة
- 2 - ما مصير مسؤولية المعلمين و المؤدبين و أرباب الحرف عن الأضرار التي يحدثها التلاميذ و المتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه في المدرسة أو في تعلم الحرفة
- 3- ما مصير حكم حلول مسؤولية الدولة محل مسؤولية المعلمين و المربين عن الأضرار التي تصيب الغير .

إن موقف المشرع من كل هذه القضايا يبقى غامضا و غير مفهوم خاصة أنه لا توجد مذكرة إيضاحية يستطيع الباحث اللجوء إليها لتبيان أسباب أخذ المشرع لهذا الموقف أو ذلك

إن كل هذه الملاحظات التي توصلنا إليها تفرض علينا توجيه نداء للمشرع للتدخل مرة أخرى من أجل معالجة هذه العيوب، خاصة فيما يتعلق بشرط المساكنة، وكذا حلول مسؤولية الدولة محل مسؤولية المعلمين

كما أن المشرع قام بتعديل المادة 136 المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه بأن وسع من نطاق هذه المسؤولية، وذلك بأن ألزم المتبوع بالتعويض عن أفعال تابعه الضارة التي تقع بمناسبة الوظيفة في أنه لم يكن يسأله في ظل القانون المدني قبل التعديل إلا عن الأفعال الضارة التي تقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها . إلا أنه استبدل شرط سلطة الرقابة و التوجيه التي تكون للمتبوع حتى تقوم مسؤوليته على أفعال التابع بشرط جديد و هو أن يكون التابع يعمل لحساب المتبوع ، محاولاً بذلك تجاوز الانتقاد الذي وجه له من حيث أنه يتعذر على المتبوع أن يقوم بالرقابة و التوجيه على التابع إذا كان هذا الأخير يقوم بعمل فني أو تقني لا يعرفه المتبوع

و لعل أهم تعديل قام به المشرع هو ذلك الذي أحدثه على المادة 137 من القانون المدني ، والذي يتناول مسألة رجوع المسؤول عن فعل الغير على هذا الغير بما دفعه من تعويض للمضرور ، فكانت المادة 137 من القانون المدني قبل التعديل تنص على جواز رجوع كل من المتبوع و المكلف بالرقابة على كل من التابع و الخاضع للرقابة بما دفعه من تعويض للمضرور، لأن هذه المادة كانت تنص على أنه " يجوز للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه " إلا أن المشرع قام بتعديل هذه المادة فأصبحت تنص على أنه " للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً " و يظهر من ذلك أن حق الرجوع أصبح قاصراً على المتبوع دون المكلف بالرقابة أي بمعنى أن المكلف بالرقابة لم يعد بإمكانه الرجوع على الخاضع للرقابة بما دفعه من تعويض للمضرور ، و هو ما يستنتج منه أن مسؤولية المكلف بالرقابة لم تعد مسؤولية عن فعل الغير، بل أصبحت مسؤولية عن الفعل الشخصي، لأنها لو كانت فعلاً مسؤولية عن الغير لأمكن للمكلف بالرقابة الرجوع على الخاضع لها

و نرى أن في هذا الحكم إجحاف في حق المكلف بالرقابة خاصة إذا كان الخاضع للرقابة مميزاً

كما لاحظنا أن المشرع قد استحدث شرطاً جديداً للمتبوع من أجل الرجوع على تابعه بما دفعه من تعويض للمضرور و هو أن يصدر من التابع خطأ جسيماً، و بمعنى آخر أن المتبوع لا يسلط على يرجع على التابع ، إلا إذا أثبت أن التابع قد ارتكب خطأ جسيماً، و معنى ذلك أنه إذا لم يرتكب التابع إلا خطأ بسيطاً فإنه لا يجوز للمتبوع الرجوع عليه، و هذا شرط انفرد به المشرع الجزائري عن بقية التشريعات الأخرى، و هو يشكل في الواقع حماية للتابع أكثر مما هو حماية للمتبوع ، لأن المشرع و بإضافته لهذا الشرط قد نسي الحكمة الأساسية من تقرير فكرة المسؤولية عن الغير، و هي حماية

المضرور ، لأن المشرع يفترض أن التابع في مسؤولية المتبوع عن افعال تابعه ، و الخاضع للرقابة في مسؤولية المكلف بالرقابة أقل ملاءة من الناحية المالية من المتبوع و من المكلف بالرقابة، و لذلك سمح للمضرور أن يرجع على هذا أو ذاك لضمان حصوله على تعويض، و لكن هذا لا يمنع من ان المسؤول الاصيل هو إما التابع أو الخاضع للرقابة ، و لذلك يجوز للمتبوع و للمكلف بالرقابة الرجوع عليهما بما دفعاه من تعويض للمضرور و هو الامر الذي خفي على المشرع و لم ينتبه له فيما أقدم عليه من تعديلات للقانون المدني

أن كل هذا الغموض ما كان ليحدث لو أن المشرع قد اعتمد على مذكرة إيضاحية يبين من خلالها الأسباب التي دفعته لإلغاء المادة 135 ، و توسيع نطاق المادة 136 و قصر الرجوع على المتبوع دون المكلف بالرقابة ، مما يجعل كل التعديلات التي جاء بها المشرع محل نظر .

تم بحمد الله و توفيقه .

قائمة المراجع

1. د/ أحمد سلامة: نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام. طبعة 1995.
2. د/ أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، (مصادر الالتزام)، دارالجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005 .
3. د/ أمير فرج يوسف: المسؤولية المدنية و التعويض عنها طبقا لأحكام القانون المدني وما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني، والمبادئ المستقرة لدى محكمة النقض في عام 2000 ،دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية 2006 .
4. د/ بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية (الفعل الغير مشروع – الاثراء بلا سبب - والقانون) ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر 1999 .
5. د/ حسام الدين الأهواني: النظرية العامة للالتزام، (مصادر الالتزام)، طبعة 1995 بدون مكان طبع.
6. د/ حمزة محمود جلال: العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، القواعد العامة، دراسة مقارنة 1985 .
7. د/ خليل أحمد حسن قدارة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول،مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة ،ديوان المطبوعات الجامعية 2010 .
8. د/ عبد القادر الفار: مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الاولى، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الاردن ، 2004.
9. د/ عبد الودود يحي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، طبعة عام 1981 دون مكان الطبع
10. د/عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ، 1952 .
11. د/ عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانون اللبناني، والمصري، دار النهضة العربية 1974 القاهرة .
12. د/عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشوارمي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة السابعة، الاسكندرية 2000 .

13. د/ على فيلالي :الالتزامات ، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، دار موفم للنشر، الجزائر، 2010 .
14. د/ علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1993
15. د/ عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، منشورات عويدات ، لبنان 1983 .
16. د/ محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1998.
17. د/ محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية : الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2011 .
18. د/ محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2006.
19. د/ محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة 1978.
20. د/ مصطفى العوجي: القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2004 .
21. د/ محسن عبد الحميد ابراهيم البية : النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الثاني (المصادر غير الإرادية) مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، مصر بدون تاريخ .
22. د/ نبيل ابراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة ، الازرطية، 2004
23. د/ أحمد ابراهيم الحياي: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر 2003.
24. د / أحمد شوقي محمد عبد الرحمان: مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا ، دار الفكر العربي، دون بلد النشر، 1976 .
25. د/ أسامة أبو الحسن مجاهد: الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، القاهرة 2004
26. د/ بوبكر مصطفى : أساس المسؤولية التقصيرية بين الخطأ و الضرر في القانون المدني الجزائري، رسالة دكتوراه دولة ، جامعة منتوري قسنطينة 2011-2012

27. د/ جمال مهدي محمود الأكثشة : مسؤولية الأباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2006.
28. د/ حماد رأفت محمد أحمد: مسؤولية المتبوع عن إنحراف "خطأ" تابعه، دار النهضة العربية، القاهرة .
29. د/ حسن عبد الباسط جميعي: الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة 2000 .
30. د/ عبد الحكيم فودة: الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية تحليلية عملية علي ضوء الفقه وقضاء النقض، رسالة دكتوراة، الإسكندرية.
31. د/عاطف نقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الغير، الطبعة الثانية، المنشورات الحقوقية، دون بلد النشر 1999 .
32. د/ علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية، المسؤولية عن الغير - المسؤولية عن الاشياء، التعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1984
33. د/محمد محي الدين إبراهيم سليم: أحكام مسائل المتبوع عن خطأ التابع في الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2010.
34. د/محمد علي محمد جباري: مسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المصري والشريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق، جامعة القاهرة 2002.
35. / سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، في الإلتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المسؤوليات المفترضة، الطبعة الخامسة، تنقيح الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي، المنشورات الحقوقية، لبنان 1989.
36. القاضي طلال عجاج: مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع في القانون المدني اللبناني والأردني (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2003.
37. ربيع ناجح راجح أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني (دراسة مقارنة)، جامعة النجاح الوطنية، 2008 .
38. القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
39. القانون المدني، النص الكامل للقانون وتعديلاته مدعم بالنصوص التشريعية التكميلية والإجتهد القضائي، برتي للنشر 2011-2012 .
40. قانون الأسرة الجزائري رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم
41. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل و المتمم
42. القانون المدني الفرنسي لعام 1804 قانون نابليون المعدل و المتمم

43. Borisse Stark. Essai d'une théorie général de la responsabilité civile, considérée en son - Double Fonction de garantie et de peine privé thèse. Paris, 1947.
44. H. et. L. Mazeoud. A. Tank. Traite Théorique et pratique de, Tome Premier, Sixième Edition, la, responsabilité Civile Montchrestien .1957
45. H. et. L. Mazeaud et A . Tunk : leçons de droit civil tome 2 les obligations : théorie générale , biens, droit de propriété et ses démembrements édition montchrestien Paris195646. Josserand Louis : cours de droit civil positif, Tome 2, 2é éd 1933
47. Nour – Eddin Turki : Les obligations ; responsabilité civile et régime générale, O P U, Alger .1982
48. Planiol. Ripert et Esmein : Traité pratique de droit civil français. Obligations, tome, 6.
49. René Savatier : traité de la responsabilité civile en droit Français. Tome 2, 2é éd Paris 1951
50. Ripert : la regle morale dans les obligations civiles 4eme édition L.G.D.G paris / 1949
51. Salleilles :les accidents du travail et la responsabilité civile, paris, 1897