مسؤولية الصغير غير المميز عن الضمان في القانونين المدني الاردني والبحريني

دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية

أ.د محمد يحيى المحاسنه

كلية الحقوق - جامعة الزيتونة

المملكة الأردنية الهاشمية

الملخص

مسؤولية الصغير غير المميز عن الضمان في حالة الحاقه للضرر بغيره تثير اشكالات فقهية وقانونية ليست بالقليلة ، خصوصا وان القوانين جرت العادة لديها على بناء المسؤولية عن الفعل الضار على ركن الخطأ كما هو الحال في القانون البحريني، او الفعل الضار في حده الادنى التعدي كما هو الحال في القانون المدني الاردني ، وفي كل من الحالتين سواء بنيت المسئولية على الخطأ او التعدي فان غير المميز الذي هو دون سن السابعة يصعب ان ينسب اليه الخطأ او التعدي خصوصا عندما يكون رضيعا او في سني عمره الاولى، الامر الذي دفع تجاه اعتبار مسؤولية الصغير غير المميز احيانا مسؤولية موضوعية ، ولغايات الوقوف على ابعاد هذه المسألة الهامة كان هذا البحث .

Abstract

Little is distinctive for security responsibility in the case of attachable damage to other raises problematic doctrinal and legal is not uncommon, especially since the law has been the practice has to build responsibility for the harmful act on the wrong corner as is the case in Bahraini law, or tort in its lowest infringement as in the Jordanian civil law, and in both cases, whether built responsibility for the error or infringement of the non-privileged, which is below the age of seven are difficult to attribute to him error or infringement, especially when the baby or the first old Sunni, prompting toward small undistinguished responsibility considered sometimes objective responsibility, but the goals stand on the dimensions of this important issue was this search.

المقدمة.-

تثير مسؤولية الصغير غير المميز عن الضمان اشكالات تفسير ليس لها حصر في الوقت الحاضر ، خصوصا وان بعض القوانين العربية تاثرت بموقف الفقه الاسلامي من هذا الموضوع ، ففي القانون المدني الاردني وردت النصوص الخاصة بالمسؤولية عن الفعل الضار بدءا من المادة ٢٥٦ التي جاء فيها (كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بضمان الضرر) ، ثم المادة ٢٥٧ يكون الاضرار بالمباشرة او التسبب .

فان كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له واذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي او التعمد او ان يكون الفعل مفضيا الى الضرر) . وفي القانون المدني البحريني ورد النص على المسؤولية عن الفعل الضار في المادة ١٥٨ والتي جاء فيها القول (كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من احدثه بتعويضه) ، والمادة ١٥٩ (يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشيء عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز) .

هذه النصوص تجعل الاسئلة كثيرة وتطرح بقوة عما اذا كان الصغير غير المميز مسؤولا عن التعويض مسؤولية موضوعية ام مسؤولية تقوم على اساس من الخطأ او بحده الادنى التعدي وللفقه الاسلامي اقوال مختلفة في هذه المسألة ، الامر الذي جعل الموضوع يستحق البحث والدراسة . وعليه سنقسم الدراسة في هذا البحث الى مبحثين رئيسيين ، نخصص الاول منها لمسؤولية الصغير غير المميز في الفقه الاسلامي ، ونخصص الثاني منها لمسؤولية الصغير غير المميز في القانون المدني الاردني والقانون المدني البحريني .

المبحث الاول

مسؤولية الصغير غير المميز عن الضمان في الفقه الاسلامي

يناقش الفقه الاسلامي هذه المسألة من منظورين ، الاول منهما هو مناقشة هذه المسئولية من حيث اساسها ، والثاني مناقشتها من حيث المسؤولية عن فعل الاضرار الذي يقع من الصغير غير المميز في حالتي المباشرة والتسبب ، ولذلك سنتناول كل من هذين الموضوعين في مطلب مستقل .

المطلب الاول :- مسؤولية الصغير غبر المميز عن الضمان واساس هذه المسؤولية في الفقه الاسلامي .- اختلف الفقه الاسلامي حول مسؤولية الصغير غير المميز عن افعاله الشخصية التي تلحق ضررا بالغير ، وقد ظهر وكنتيجة لهذا الاختلاف اتجاهات رأي عدة كما يلي :- **الاول** :- اصحاب هذا الرأي هم جانب من الفقه المالكي ، وهم يرون عدم مسؤولية الصغير غير المميز عن ضمان الاضرار التي تحدث بفعله مطلقا ، وقد انزل هؤلاء الصغير غير المميز منزلة العجماء في عدم المسؤولية عن فعله ، على اعتبار ان كلا منهما غير عاقل لعدم فهمه للخطاب الشرعي [1] .

الثاني :- ويذهب اهل هذا الرأي الى ان عديم التمييز يعد مسؤولا في الجناية على النفس ، وغير مسؤول في الجناية على المال ، بمعنى انه غير ضامن للمال ، اما الدية فيرون انها على عاقلته ان بلغت الثلث من ماله والا ففي ماله [2] . **الثالث** :- ويرى اصحاب هذا الاتجاه وهو الجمهور من اهل الفقه مسؤولية عديم التمييز مطلقا سواء كان في الجناية على النفس ام في الجناية على المال ، وعليه فانه يضمن المال ، ويضمن الدم ان لم يبلغ الثلث فيالـه وان بلغ الثلث فعلى عاقلته ، وهذا الرأي هو الراجح في مذهب المالكية [3] ، وهو ايضا الراجح لدى الاحناف [4] والشافعية [5] والحنابلة [6] .

الرابع :- وهو اتجاه اهل الظاهر وهؤلاء يفرقون بين الاضرار التي تحيق بنفس الانسان او بجسمه وبين تلك التي تقع على ماله ، فعديم التمييز لدى اصحاب هذا الرأي مسؤول عن الجناية على المال دون الجناية على النفس ، ويؤسس هؤلاء رأيهم على الحديث الشريف القائل (رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق) ويؤخذ على هذا الرأي من قبل جانب من الفقه (٥) ان الاستدلال بحديث رفع القلم لا ينهض حجة للظاهرية ذلك ان رفع القلم محدد فقط عن العقوبات لاشتراط تحقق القصد في اتيان ما يوجبها ، ولما كان عديم التمييز لا يتصور وجود هذا القصد لديه فلا يكون اهلا لتلك المؤاخذة ، بيد ان الامر على خلاف ذلك لضمان الاضرار اذ ان ضمان الاضرار هو من قبيل خطاب الوضع .

ولما كانت خلاصة القول في هذا المقام هو ان رأي الجمهور ذهب الى تضمين الصغير غير المميز عن الاضرار التي يلحقها بالغير ، فان المهم لدينا الان هو التعرف على حجج جمهور الفقهاء في هذا القول، فبناء على الحجة يظهر الاساس الذي يقيم الفقه الاسلامي عليه مسؤولية الصغير غير المميز عن الضمان، فهل هو نفس الاساس الذي جعل بناء عليه الصغير غير المميز في المادة ٢٥٦ مدني اردني وان كان يصعب القول بذلك بالنسبة للمادة ١٥٩ مدني بحريني .

وقد احتج جمهور الفقه الاسلامي لما ذهبوا اليه بما يلي من الحجج [7] :-

١- ان خطاب المشرع ينقسم الى نوعين ، الاول تكليف الانسان بفعل شيء او تركه (التخيير بينهما) لاختبار مدى امتثال المكلف للامر ، وهذا ما يعرف بخطاب التكليف ، ولا يوجه هذا الخطاب الا لمن لديه القدرة على الفهم والادراك ، ومن ثم كان البلوغ والعقل مناط التكليف ، والنوع الثاني يتوجه به المشرع للمخاطب لا بقصد التكليف الذي يستلزم الفهم والادراك وانما لابراز منهج المشرع في ربطه بين امرين ، بحيث يكون احدهما سببا للاخر او شرطا له او مانعا منه ، وهو ما يعرف بخطاب الوضع ، ومن المسلم به اجماعا ان تضمين الاضرار انما هو من قبيل خطاب الوضع ، ويستوي ازاء هذا الخطاب الشرعي للضمان ان يكون محدث الضرر عالما او جاهلا ، عاقلا او مجنونا ،مميزا او غير مميز ، عامدا او مخطئا ، ناسيا او غير ناس، وهذا ما يفضي الى القول بحتمية ضمان الاضرار التي تنشأ عن فعل عديم التمييز لكونه اهلا لخطاب الوضع [8] .

١- د.عبدالسميع عبدالوهاب ابو الخير - التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز - دار النهضة العربية - القاهرة ط ١٩٩٤ ص ٣٠ .

٢- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار احياء الكتب العربية - تاريخ النشر بلا - ص ٢٩٦ .

٣- الدسوقي - حاشية الدسوقي - المرجع السابق -٣/٢٨٦ .

٤- الامام ابو بكر بن مسعود الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع -دار الكتاب العربي -بيروت -طبعة ١٩٨٢ - ١٧١٧ .

٥- سليمان البيجرمي - حاشية البيجرمي -مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة ط ١٩٥٢ - ٤/١٣٤ .

٦- الامام عبدالله بن محمد شمس الدين بن قدامة - المغني - دار الكتاب العربي - بيروت - ط١٩٨٣ - ٤/٤٧١ .

د عبالسميع ابو الخير - المرجع السابق - ص٣٣ .

٧- د.عمر هاشم الحياري - الضمان بالتسبب في القانون المدني الاردني -رسالة دكتوراة - جامعة عمان العربية -٢٠٠٦ - ص ٣٨٥-٢٨٦.

٨- د عبدالسميع ابو الخير - المرجع نفسه .

٢- ان المشرع الاسلامي في معرض التعويض عن الاضرار لا يعتد بالظروف الداخلية للفاعل ، فيستوي لديه ان يكون المخاطب مكلفا او غير مكلف ، عاقلا او مجنونا ، وانما العلة في الضمان هي جبر ما فات من المصالح احياء لحق المضرور لا الى الزجر والعقوبة ، وقد كان اعفاء المشرع الاسلامي لعديم التمييز من العقوبة البدنية على افعاله الضارة لان العقوبة تستلزم اتجاه الارادة الى اتيان الفعل المؤثم ، وعديم التمييز يفقد الاهلية لهذه العقوبة لكن الامر على خلاف ذلك في الضمان اذ هو يهدف الى جبر الضرر ، وبالتالي فان عدم التمييز لا يكون مانعا من وجوب الضمان .

٣- ان الضمان في الفقه الاسلامي ينهض على فكرة البدل لا على فكرة الجزاء .

٤- ان القول بضمان الاضرار بفعل عديم التمييز هو من القواعد العامة في الفقه الاسلامي التي تقضي بوجوب رفع الضرر مطلقا ايا كان سببه بدليل حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار في الاسلام) حيث لم يستثن صلى الله عليه وسلم مكلفا او غير مكلف .

وبناء عليه نخلص الى القول بان الرأي لدى الفقه الاسلامي هو ان الصغير غير المميز ومهما كان عمره يعتبر مسؤولا عن الضمان اذا ما الحق ضررا بالغير ، وان اساس هذه المسؤولية هو خطاب وضع يربط ما بين الفعل والضرر بغض النظر عن ارادة الفاعل وقصده وقدراته العقليه [١] فهي بالتالي مسؤولية موضوعية بمنطق القانون اليوم .

المطلب الثاني :-مسؤولية الصغير غير المميز في الفقه الاسلامي في حالتي المباشرة والتسبب :-لقد تقررت هذه المسؤولية في الفقه الاسلامي في حالة المباشرة على اساس من خطاب الوضع الذي مر معنا انفا ، وهو الخطاب الذي بموجبه يتوجه المشرع للربط بين امرين بحيث يكون احدهما سببا للاخر او شرطا له او مانعا منه ، وقد اجمع الفقه على ان تضمين الاضرار في هذه الحالة هو خطاب وضع وحيث يثبت الربط بين الفعل والضرر بشكل قاطع في حالة المباشرة فان مسؤولية الصغير قد تقررت على اساس من خطاب الوضع [٢] .

اما في حالة التسبب فان الرابط بين الفعل والضرر غير مؤكد بسبب تدخل فعل اخر ، فتصبح عملية الربط بين النتيجة (الضرر) والسبب (الافعال) غير متيسرة كما هي في حالة المباشرة ، ولاجل ذلك فان الفقه الاسلامي عمل على البحث لايجاد الدليل او الرابط (علاقة السببية) فيما بين الضرر وواحد او اكثر من الافعال في حالة التسبب ، وقد كان ذلك عن طريق اشتراط التعدي او التعمد في الفعل تسببا حتى يثبت الرابط (علاقة السببية) وبالتالي تقرر المسؤولية[٣] ولاجل ذلك فان الصغير غير المميز هنا في حالة التسبب قد لا يكون مسؤولا لعدم تحقق التعمد او التعدي بالنسبة لبعض من هم غير مميزين .

وقد ظهر اتجاه فقهي بهذا الخصوص يرفض مسؤولية المتسبب عديم التمييز وكان السبب في ظهور هذا الاتجاه هو المادة ٩٣ من مجلة الاحكان العدلية ، والتي تقول بان المتسبب لا يضمن الا بالتعمد ، ولما كان عديم التمييز لا يمكن تصور وقوع التعمد منه فان ذلك يفضي الى القول بعدم وجوب الضمان عليه في حالة التسبب ، لان التسبب لا ينسب الى غير المميز ، وقد انتقد جانب من الفقه المادة ٩٣ من المجلة[٤] وقال بان ما ورد فيها خالف ما جرى عليه الفقه الاسلامي عامة والفقه الحنفي خاصة الذي يعبر بلفظ التعدي لا التعمد ، ودليل هذا الفقه الذي ينتقد المادة ٩٣ ما ورد في المادة ٩٢٤ من المجلة نفسها والتي تقضي صراحة باشتراط التعدي وحده دون القصد لوجوب الضمان تسببا في حالة الاتلاف . وايا ما كان وجه الخلاف فنحن نرجح رأي اغلب الفقه وهو ان الحد الادنى الذي يجب توافره في التسبب هو التعدي .

وما دام ان هذه المسؤولية لا تثبت الا بتوافر التعدي فهل يسأل الصغير غير المميز لدى الفقه الاسلامي في حالة التسبب ؟ يقول في ذلك جانب من الفقه[٥] انا لو سلمنا بان المشروط في حالة التسبب هو التعدي لا التعمد فان الاو ل(التعدي) يتحقق كلما كان هنالك مجاوزة للحق شرعا او عرفا فان من المسلم به كذلك ان عديم التمييز ليس له من الادراك ما يميز به بين ما له وما عليه كذلك ، وما دام هذا الادراك قد انعدم لديه فان ذلك يستتبع القول بعدم وجوب الضمان في تلك الحالة ، والا لما كان هنالك فرق بين المدرك وغيره، ويذهب جانب اخر من الفقه [٦] الى القول بانه لو قيل بمسؤولية الصغير غير المميز تسببا بالتعدي بالنظر الى الفعل مجردا عن الفاعل ، فان ذلك سيؤدي الى الغاء

١- د الدسوقي - المرجع نفسه .

٢- قرب ذلك - الحياري -المرجع نفسه .

٣- د.محمد يوسف الزعبي - مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الاردني - مجلة مؤتة للبحوث والدراسات - عدد ١ سنة ١٩٨٧ - ص ١٨٩ .

٤- الامام ابو محمد بن محمد البغدادي - مجمع الضمانات -دار الكتاب الاسلامي - ط١٨٨٨- ص١٤٦.

٥- د بدر جاسم اليعقوب - المسؤولية عن استعمال الاشياء الخطرة في القانون الكويتي - رسالة دكتوراة - جامعة القاهرة ١٩٧٧ - ص ١٠٢ -١٠٣ .

٦- الحياري - المرجع السابق - ص ٣٨٩ .

التفرقة بين المباشرة والتسبب، وهنالك امثلة وردت لدى الفقه الاسلامي تقضي بعدم وجوب الضمان في حالة التسبب بالنسبة لعديم التمييز ، من ذلك ما ورد في المبسوط (انه لو سار الصغير على الدابة فوطىء انسانا فقتله فان كان هو ممن يمسك عليها فديته على عاقلة الصبي ، وان كان ممن لا يسير على الدابة لصغره ولا يستمسك عليها فدم القتيل هدر [1] (،ووجه الاستدلال ان الصغير لا يملك الفهم والتمييز اللازمين للاستمساك على الدابة ، وبالتالي عدم الضمان لعدم امكانية توافر القصد او التعدي المشروط في الاتلاف وهو ما استوجبه الفقه في مثل هذه الحالة .

والحقيقة ان القضاء المشار اليه في المبسوط كان يتضمن التساؤلات عن وجود التعدي من عدمه من قبل الصغير وليس عن كونه مميزا او غير مميز اي من ناحية السن ، وهذا الرأي المشار اليه لم يسلم من النقد من قبل بعض الفقهاء [2] ، الذين يرون ان جناية الوطء تقع مباشرة لا تسببا في راي الحنابلة ، الا ان الفقه الذي ايد الرأي [3] زاد في القول بان الصغير الذي لا يستمسك لا قدرة له بل هو بمنزلة المتاع فكان سير الدابة مضافا اليها لا اليه ولهذا اهدر ، وكل التساؤلات تدور حول ما اذا كان الصغير يستمسك على الدابة او لا يستمسك ، ولم تكن عن التمييز وعدمه بمعنى بلوغ السن وهذا دليل لدينا على ان الصغير غير المميز ممن يعرف نوع السلوك ومسطرة السلوك قد يحصل منه التعدي ، وما نقوله هذا سبق اليه الفقه فالشيخ الخفيف نفى ان يكون قد وقف على شيء في كلام الفقهاء تصريحاً باعتبار التمييز او عدمه في التسبب [4]، وقد ايد ذلك الدكتور العكام [5] الذي كرر عبارة الشيخ الخفيف واستنصر لها ثم استشهد بشاهدين :- الاول من قول الدسوقي في حاشيته (لان الشارع جعل الترك سببا في الضمان وغيره) [6] وقال والترك من حالات التسبب الى الاضرار .الثاني :- ما جاء في كتاب النيل عن الديوان ان جساسة (اي دلالة) الطفل والمجنون فيها قولان اي اذا دل طفل او مجنون على ما هو لاخر يضمنان في احد القولين والدلالة تسبب [7]، واضاف غيره شواهد اخرى فقد جاء في الهداية (ومن قاد دابة ونخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس فاذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا فالضمان في ماله لانهما مؤخذان بافعالهما)[8] .وفي مجمع الضمانات (ثور يعتاد اكل الثياب وساقه صبي صاحب الثور الى فناء فيه تجار ثياب فقيل للصبي احفظ الثور وجد ، فلم يفعل حتى اكل ثوبا منها يضمن الصغير ، وان لم يكن متمكنا من دفعه لا يضمن الا اذا اقر به [9] . وفي هداية الراغب (ومن قتل نفسا محرمة خطأ او شبه عمد مباشرة او تسببا كحفر بئر بغير حق فعليه ولو كان كافرا اوقنااو صغيرا او مجنونا كفارة [10] .

ويمكن تلخيص نتائج هذا المبحث بما يلي :-

١-ان الصغير غير المميز في حالة المباشرة ضامن على اساس خطاب الوضع (المسؤولية الموضوعية).

٢- ان الصغير غير المميز دون سن السابعة في حالة التسبب يضمن ان كان يملك القدرة ويعلم قواعد السلوك عادة او عرفا اوشرعا وان كان دون ذلك فلا . (٤)

٣- ان عدم ضمان الصغير غير المميز (غير القادر على الفعل وممارسة التعدي) ليس بسبب اشتراط التعدي في التسبب وانما لان علاقة السببية لا تثبت بين الفعل والضرر في حالة التسبب بدون تعد ، فلماذا اذا توجه الفقه الاسلامي الى تقرير مسؤولية الصغير غير المميز مسؤولية موضوعية وما الذي يشجع على هذه المسؤولية ، ونرجح الاجابة على هذا التساؤل بالقول ان المسؤولية تتجه نحو المسئولية الموضوعية لجبر اكبر كم من الاضرار كلما كانت هذه المجتمعات اكثر قدرة على التكافل واوجدت المصادر التي تكفل ذمم الافراد في عملية التعويض ، ولدى الفقه الاسلامي يكفل الصغير في الجناية على النفس عاقلته وفي حالة عدم وجود العاقلة فبيت مال المسلمين ، [11] ، حتى ان جانبا من الفقه الشافعي والحنبلي [12] يرون سقوط الدية في حالة عدم قدرة بيت مال المسلمين ، وجمهور الفقه الاسلامي المعاصر يجعل تعويض الاضرار بمال الغير في مال الصغير [13] في حين يراها الفقه الاباضي على متولى الرقابة

١- شمس الدين السرخسي - المبسوط - مطبعة السعادة - مصر - تاريخ بلا ٢٦ / ١٨٧.

٢- الكاساني - المرجع السابق - ٧ / ٢٧١ -٢٧٢.

٣- السرخسي - المرجع السابق - ٦/١٨٥-١٨٧.

٤- د محمد فاروق بدري العكام - الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي رسالة دكتوراة جامعة القاهرة - بلا تاريخ - ص ١٠٢-١٠٣.

٥- العكام محمد فاروق - المرجع نفسه .

٦- الدسوقي - المرجع السابق - ٢/١١١.

٧- محمد يوسف اطفيش - شرح كتاب النيل وشفاء العليل - المطبعة السلفية -القاهرة ١٩٢٣-١٧/٦٧٠.

٨- الامام على بين ابي بكر الميرغناني - الهداية شرح بداية المبتدئ -مطبعة الحلبي - القاهرة بلا تاريخ نشر - ١٠/٢٦٣

٩- البغدادي - مجمع الضمانات -ص١٩٤.

١٠- عثمان بن احمد البخدي - هداية الراغب لشره عمدة الطالب - تحقيق الشيخ حسين مخلوف - مطبعة المدني - مصر ص٥٢٨.

١١ د عبالسميع ابو الخير - المرجع السابق - ص٧٨-٧٩.

١٢- ابراهيم بن على يوسف ابو اسحاق الشيرازي - النهذب في فقه الامام الشافعي - مطبعة الحلبي مصر - بلا تاريخ نشر - ٢/٢١٣.

ابن قدامة - المغني - المرجع السابق - ٧/٢٧٢-٢٩٣.

١٣- البيجرمي - الحاشية - المرجع السابق - ص٤ / ١٨٤ .

[1]لان عليه الحفظ والرعاية ، وحيث تتسع دائرة التكـــافل في المجتمع الاسلامي فان المسؤولـــية الموضوعية تجد طريقها الى القبول ،فبيت مال المسلمين ضمان للمسلمين ، والزكاة فيها باب للغارمين ، حتى المجتمعات الحديثة المعاصرة حيث التقدم الاقتصادي واتساع مظلة التامينات تبرر وجود المسؤولية الموضوعية وفتح طرقها الى هذه التشريعات . فما هو الحال في القانون المدني الاردني او البحريني ، وكيف يكون الرضيع مسؤولا ، فهل تنص المادة ٢٥٦مدني اردني والمادة ١٥٩ مدني بحريني على مسؤولية موضوعية ، الاجابة على هذا التساؤل ستكون هي موضوع المبحث الثاني والاخير من هذا البحث .

المبحث الثاني

مسؤولية الصغير غير المميز عن الضمان في القانونين الاردني والبحريني سوف نقسم الدراسة في هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول منهما الى مسؤولية الصغير غير المميز عن الضمان من واقع نصوص القانونين الاردني والبحريني ، والثاني نخصصه للوقوف على حقيقة مسؤولية الصغير غير المميز عن الضمان في هذين القانونين .

المطلب الاول:-مسؤولية الصغير غير المميز عن الضمان من واقع نصوص القانونين الاردني والبحريني :-القانون المدني الاردني نقل معظم احكامه عن مجلة الاحكـام العدلية بمعنى عن الفقه الحنفي ، ويتلخص موقف الفقه الاسلامي من هذه المسؤولية بقول العز بن عبدالسلام (ولا يشترط في الجوابر اثم من وجبت عليه خلافا للزواجر التي تجب في مقابلة الاثم ، ولهذا شرع الجبر في الخطأ والجهل وعلى المجانين والصغار) [2]، اما في القانون المدني الاردني فحتى يكون الشخص ضامنا للضرر الذي يلحقه بالغير فيجب ان يكون اتى عملا يتصف بعدم المشروعية وقد اطلق القانون المدني الاردني على العمل غير المشروع مصطلح الاضرار ، فقد نصت المادة ٢٥٦ على ان كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر ، وقد جاء في المذكرات الايضاحية لهذا القانون [3] ان الاضرار يقصد به مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده او التقصير عن الحد الواجب الوصول اليه في الفعل او الامتناع مما يترتب عليه الضرر ، وفي معرض التوضيح في المذكرات جاء ان هذا القانون قد عرض بالضبط والتحديد لاحكام مختلفة تتعلق بالاحكام العامة في الفعل الضار ، فحدد اولا ان الاضرارهو مناط المسؤولية المدنية ولو صدر عن غير مميز ، وان لفظ الاضرار في هذا المقام يغني عن سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعض في معرض التعبير كاصطلاح العمل غير المشروع ، او العمل المخالف للقانون او الفعل الذي يجرمه القانون ، وفي هذا المعنى نرجح ما ذهب اليه جانب مـــن الفقه[4] بان الاضرار له مفهوم مختلف عن الضرر وهو غير مرادف له ، فالاضرار يعني في الحقيقة احداث الضرربفعل غير مشروع او احداثه على نحو مخالف للقانون ، وقد ايد ذلك جانب اخر من الفقه [5] من ان القانون المدني الاردني قد اقام المسؤولية على الاضرار اي الفعل غير المشروع وليس مجرد الضرر ، وهذا التقييد لمعنى الاضرار والحاق وصف غير المشروع به كفعل لا يستفاد من معنى المادة ٢٥٦ كما يقول جانب اخر من الفقه [6] فهذه المادة اطلقت الاضرار ورتبت الحكم وهو ضمان الضرر على هذا الاطلاق في الاضرار دون تقييد له باي قيد ، وهذا بلا شك ليس على اطلاقه لا بالنظر الشرعي ولا بالنظر القانوني بل هو مقيد في الواقع بما اذا كان الاضرار او الفعل الضار من قبيل التعدي بمعنى مجاوزة الحد وهو احد معاني التعدي [7] .

والحقيقة ان موقف القانون المدني الاردني من هذه المسؤولية موضوع البحث يؤخذ من واقع النصوص وهي المواد ٢٥٨، ٢٥٧، ٢٥٦،كقواعد عامة ولكن دون تحميل هذه النصوص اكثر مما تحتمل كقاعدة اصولية في التفسير، والفقه الاسلامي مرجع للقانون الاردني ومصدرا من مصادر القانون في الاردن، وما ذهب اليه جمهور الفقهاء في الفقه الاسلامي من تقرير المسؤولية الموضوعية على اساس من خطاب الوضع والذي يضمن بموجبه الصغير غير المميز بدون شرط في حالة المباشرة فانه يجد سنده في فضاءات رحبة وفسيحة في الشريعة الاسلامية ويكفي فقط الحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار في الاسلام) الذي لم يستثن بموجبه الرسول صلى الله عليه وسلم لا صغيرا ولا مجنونا للتوصل الى تقرير هذه المسؤولية الموضوعية.

١- محمد ين يوسف اطفيش - المرجع السابق - ٧٧/٧ (جناية طفل في دم او مال على ابيه او وليه ولو كان له مال في الراجح ولا يرجعان في مال الطفل لان الطفل كدابة يجب حفظه فان لم يحفظا فقد ضيعا فلزمهما الغرم) .

٢- الامام عزالدين عبد السلام السلمي - قواعد الاحكام في مصالح الانام -دار الجبل - بيروت - ط ١٩٨٠ -١٧٨/١.

٣- المذكرات التوضيحية للقانون المدني الاردني - مطبعة التوفيق - ط٣- ١٩٩٢ -٢٧٥/١.

٤- د عدنان السرحان ود نوري خاطر - مصادر الحقوق الشخصية -دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان -ط٢٠٠٠- ص٣٧٧.

٥- الحياري - د همر هاشم - المرجع السابق - ص ٨٩ .

٦- د وحيد الدين سوار - الاتجاهات العامة في القانون المدني الاردني - دراسة موازنة بالفقه الاسلامي والمدونات العربية - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - ط١٩٩٦- ص١٣٣.

٧- الاستاذ مصطفى الزرقا- الفعل الضار والضمان فيه -دار القلم - دمشق - ط١ - ١٩٨٨- ص ٧١.

اما في القانون المدني الاردني فقد حصر الامر في المواد المشار اليها سابقا ولا يبق امام من يطبق القانون الا ان يركن الى هذه المواد فهل تقرر هذه المواد مسؤولية موضوعية ؟ في معرض الجواب على هذا السؤال نقول بان القانون الاردني رغم تاكيده على معنى الاضرار وهو العمل غير المشروع في المادة ٢٥٦ الا انه قيد الاعتداد بالاضرار في حالة المباشرة في المادة ٢٥٧ بقوله بان الضمان في حالة المباشرة لا شرط له ، ووضوح العبارة هنا بالقول ولا شرط له يمنع من محاولة اعطاء معنى يستفاد عن طريق الاستنتاج اذا ما قيل بان المادة ٢٥٧ انما نصت على ذلك لتفرق بين المباشرة والتسبب على اساس ان المباشرة تتضمن التعدي في كل الاحوال ولذلك نص المشرع بان لا شرط للضمان في هذه الحالة ، ولاجل ذلك نقول بان المادة ٢٥٧ لا يمكن الا وان تؤخذ على المعنى الماخوذ من العبارة وليس من المعنى الماخوذ من الفحوى وبالتالي فان المسؤولية الموضوعية تتقرر بنص المادة ٢٥٧ ويكون الصغير غير المميز مسؤولا عن ضمان ما يلحقه من ضرر بالغير مباشرة ، وفي ذلك يتفق المعنى مع ما هو معمول به في الفقه الاسلامي الذي نقل عنه القانون المدني الاردني هذه الاحكام ، وما يؤيد هذا القول ان جانبا من الفقه يرى ان تقييد الاضرار الذي نصت عليه المادة ٢٥٦ بانه عمل غير مشروع يجب ان يكون بالنص على ذلك في المادة ٢٥٦ [١] ولم تكن وجهة نظر هذا الفقه الا بسبب القلق الذي يقف عنده من يفسر القانون بخصوص المادة ٢٥٧ وما اذا كان تقييد معنى الاضرار بانه عمل غير مشروع يمتد اليها ام لا لان المشرع جعل الضمان في هذه المادة لا شرط له ، وهو نفس القلق الذي حدا بالبعض للقول بان المادة ٢٥٧ انما القصد منها التفرقة بين المباشرة والتسبب للخروج من مازق ان الفعل غير مشروع ثم القول بالضمان بدون شرط . والحقيقة ان وضع هذه النصوص وهما المادتين ٢٥٦، ٢٥٧، من القانون المدني الاردني قد افضى وبحق الى الخلاف الفقهي ، والذي راى من خلاله جانب من الفقه في الاردن اقامة مسؤولية الصغير غير المميز على مجرد الضرر [٢] وعلى الارجح ان هذا الراي الاخير لم يكن الا من اجل الهروب من مقولة ان الاضرار بمعنى العمل غير المشروع ينصرف الى المادة ٢٥٧ وبالتالي ان الصغير الذي لا يعرف قواعد السلوك لا يضمن لانه لا يكون عارفا ولا عالما بالخطأ . اذا يمكن القول بان القانون الاردني قرر مسؤولية موضوعية على الصغير غير المميز في حالة الحاقه ضررا بالغير عن طريق المباشرة ، اما في في حالة التسبب فان المادة ٢٥٧ تجعل شرط المسؤولية تسببا ان يتوفر التعدي او التعمد وبما ان التعدي يشتمل على التعمد فيمكن القول بان المطلوب هو فقط الحد الادنى التعدي ، والتعدي هو انحراف بالسلوك ومجاوزة للحد وهذا لا يتاتى الى رضيع او ابن سنة وانما يمكن ان يحصل ممن يعرف ما هو ممنوع وغير ممنوع من التصرفات بمعنى ان يكون لديه الحد الادنى من الفهم الذي يمكنه من معرفة حدود بعض السلوكيات ويمكن ذلك ان يتوفر حقيقة للصغير دون سن السابعة في سن الخامسة او بعدها بقليل .

اما الموقف في القانون البحريني فانه يقود الى صعوبة اكبر مما كانت عليه في القانون الاردني ، فالمادة ١٥٨ مدني بحريني بنت المسؤولية عموما على الخطأ فكان الخطأ هو الركن الاول في هذه المسؤولية دون تمييز في ذلك بين من هو مميز او غير مميز ،ثم زادت المادة ١٥٩ مدني بحريني الامور تعقيدا اكثر بنصها على ان (يلتزم الشخص بتعويض فعله الخاطئ ولو كان غير مميز) وهنا تاكيد على الفعل شرطه ان يكون فعلا خاطئا وتعتبر ان الصغير غير المميز ان صدر عنه هذا الفعل الخاطئ فهو مكلف بالتعويض عن الضرر . والحقيقة ان التوصل الى ان القانون البحريني يقرر مسؤولية موضوعية يقف في طريقه عقبة كأداء تتمثل فيما ورد في المادتين ١٥٨،١٥٩، حيث اكدتا على وصف الفعل بالخطأ وعلى كونه فعلا خاطئا حتى لو صدر عن عديم التمييز ، وبذلك يحسم الامر والاجتهاد في تفسير هاتين المادتين بالقول ببقاء ركن الخطأ والخطا في حده الادنى هو التعدي اي مجاوزة الحد ، وبالتالي يمكن الوصول الى نتيجة في القانون البحرين وهي ان الصغير غير المميز ان صدر عنه خطأ ولو بحده الادنى وهو التعدي وهذا لا يحصل الا لمن قارب سن الخامسة ربما وغير وارد بالنسبة الى رضيع يكون مسؤولا عن تعويض الاضرار الناجمة عن هذا الفعل الخاطئ كما وصفه القانون البحريني .

المطلب الثاني :-حقيقة مسؤولية الصغير غير المميز عن الضمان في القانونين المدني الاردني والمدني البحريني :- لقد وقفنا على ان معنى الاضرار في القانون المدني الاردني هو العمل غير المشروع ، وان هذا الاضرار ولا شك يتضمن في حده الادنى التعدي والتعدي يشتمل على التعمد ، وبما ان القانون المدني البحريني قد اقام المسؤولية بالنسبة للصغير غير المميز على الفعل الخاطئ ، والخطأ في ادنى درجاته او معانيه هو التعدي، بمعنى ان كلا من القانونين يكفي فيه التعدي لقيام هذه المسؤولية ، ويقول جانب من الفقه [٣] بخصوص التعدي انه كان من الممكن الاستغناء عن شرط التعمد في القانون المدني الاردني ويكتفى فيه بشرط التعدي لان التعدي

١- الاستاذ مصطفى الزرقا- المرجع السابق – ص ٧٣.

٢- د. وحيد الدين سوار – المرجع السابق – ص ٣٣١ .

٣- د محمد يوسف الزعبي – المرجع السابق – ص١٩٥.

قد يكون مقصودا وقد يكون غير مقصود، وبالتالي فان القصد او العمد هو جزء من التعدي وان التعدي اشمل ويتسع للعمد لان القانون ان اشترط ما هو اشمل فقد اشترط الاقل شمولية من باب اولى . والتعدي هو المجاوزة على ما عرف سابقا ، واختصره ابن العربي بالقول هو مجاوزة ما يجوز الى ما لا يجوز [1] ، وقال عنه الرازي بان التعدي هو تجاوز ما ينبغي ان يقتصر عليه [2]، ويكون بالفعل الايجابي والامتناع كما اوضحت المذكرات الايضاحية ، والفقه هنا يؤكد وبما لا يدع مجالا للشك ان التعدي هو مجاوزة ما اعتاد عليه وما تعارف عليه الناس بالعادة ، فاذا كان الفعل على خلاف ما جرى عليه الناس من سلوك فانه يعد تعديا ، اما اذا كان معتادا وموافقا للسلوك بين الناس فلا يعتبر تعديا اذ ان رضائهم به يعتبر كالاذن من الشارع[3] ، ومن باب اولى فان الفعـــــل المخالف لنصوص التشريع والقانون يعد تعديا ولا وجود لمباشرة بدون تعد . وهذا التعدي اي مجاوزة الحد هو المطلوب توافره لمسؤولية الصغير غير المميز عن الفعل الضار عموما في القانون البحريني كما اسلفنا ، وهو المطلوب توافره في حالة التسبب فقط في القانون المدني الاردني ، اما الاضرار بالمباشرة فقد وقفنا عند صراحة النص في القانون المدني الاردني الذي قرر مسؤولية الصغير غير المميز في حالة المباشرة دون اي شرط وقلنا بان القانون المدني الاردني قد اخذ بهذا الخصوص بالمسؤولية الموضوعية او ما يسمى بخطاب الوضع في الفقه الاسلامي .

وحيث لم يعتمد المشرع البحريني فكرة المباشرة والتسبب للربط بين الفعل والضرر باعتبار الضرر ناتجا عن الفعل وانما اعتد بركن علاقة السببية لقيام المسؤولية وبالتالي تقرير مسؤولية الصغير غير المميز عن الفعل الضار الذي يلحق به ضررا بالغير عندما ينطوي فعله على ادنى درجات الخطأ وهو التعدي كما اسلفنا .

وحيث ان التعدي هو المطلوب في القانون البحريني وهو مطلوب في حالة التسبب في القانون الاردني فان معيار التعدي هو معيار موضوعي لا يؤبه بموجبه الى الامور الذاتية لتجرده عن الاعتبارات الشخصية ، فابن عابدين يقول ان النائم اذا انقلب على اخر فقتله فالدية على عاقلته والكفارة عليه لتركه التحرز في موضع يتوهم ان يصير قاتلا .

وبذلك فان المسؤولية الموضوعية تتقرر في القانون الاردني على الصغير غير المميز في حالة المباشرة، ويتفق هذا القانون مع موقف الفقه الاسلامي بهذا الخصوص ، في حين لم يقرر القانون البحريني مسؤولية موضوعية حيث لم تسعف نصوص القانون البحريني لاستنتاج وجود هذا النوع من المسؤولية فيه على الصغير غير المميز .

التوصيات

نرى انه من الواجب على كل من يتعامل مع نصوص القانونين المدني الاردني والمدني البحريني بخصوص مسؤولية الصغير غير المميز عن الضمان بان هذه المسؤولية في كل من القانونين تقوم على ركن التعدي في القانون البحريني عموما وتقوم على التعدي في القانون الاردني في حالة التسبب فقط ، في حين تقوم مسؤولية الصغير في هذا القانون الاخير في حالة المباشرة بلا شروط بمعنى انها مسؤولية موضوعية .

نتمنى إن يدخل على نصوص القانون المدني الاردني الخاصة بمسؤولية الصغير غير المميز وكذلك القانون البحريني تعديلات تفضي الى النتائج التي خلص اليها هذا البحث دون تجشم عناء التفسير والاستنتاج.

الخاتمة

ان التعامل مع القانون بلغته الرصينة يتطلب تفسيره ، والتفسير له اصوله المعروفة ، فلا بد من اعادة النظر في ثقافة التفسير الموجودة لدينا ، فعلم التفسير له اصوله ولا يستطيع من يطبق القانون او النصوص الشرعية ان يطلق لنفسه العنان ليفسر حزرا وتخمينا وان ذلك تحكمه اصول وعلم رصين له قواعده فلا بد من تعلم التفسير بالنسبة لصاحب صنعة القانون ولا بد من التشجيع على البحث في علوم التفسير .

١- الامام ابن العربي – اكام القران – دار الجيل – بيروت ١٩٧٨ -٥٧/١ .

٢- الامام محمد بن عمر الرازي – مفاتيح الغيب او التفسير الكبير – دار الغد الاولى – القاهرة ط١٩٩٢ – ٩٢/١.

٣ – العكام – المرجع السابق – ص٨٠ .

قائمة مراجع البحث

١. ١٩٩٦. ابن العربي - الامام -احكام القران- دار الجيل - بيروت ١٩٧٨ .

٢. ابن عابدين - الامام محمد بن عمر -رد المحتار على الدر المختار - مطبعة الحلبي -مصر - ط٣ - ١٩٨٤.

٣. ابن قدامة - الامام عبدالله ابن احمد بن محمد شمس الدين- المغني -دار الكتاب العربي - بيروت ١٩٨٣.

٤. ابو الخير - عبدالسميع عبدالوهاب -التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٤.

٥. اطفيش - محمدبن يوسف - شرح كتاب النيل وشفاء العليل - المطبعة السلفية - القاهرة ١٩٢٣.

٦. البخدي - عثمان بن احمد - هداية الراغب لشرح عمدة المطالب - تحقيق الشيخ حسين مخلوف - مطبعة المدني - مصر - بلا تاريخ نشر .

٧. البغدادي - الامام ابو محمد بن محمد - مجمع الضمانات -دار الكتب الاسلامية - القاهرة ١٩٨٨.

٨. البيجرمي -سليمان -حاشية البيجرمي - مطبعة الحلبي - القاهرة ١٩٥٢.

٩. الجمال - مصطفى -تقييم مواقف الفقه والقضاءمن احكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية - مجلة الامن والقانون - دبي - السنة ٤ - العدد١ - ١٩٩٦.

١٠. الحياري - عمر هاشم - الضمان بالتسبب في القانون المدني الاردني - رسالة دكتوراة - جامعة عمان العربية -٢٠٠٦.

١١. الخطيب - محمد اشربيني -مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج - دار الكتب العلمية - بيروت -٢٠٠٠.

١٢. الدسوقي - محمد بن امين بن عرفة - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار احياء الكتب العربية - مصر - بلا تاريخ نشر .

١٣. الرازي - الامام محمد بن عمر - مفاتيح الغيب او التفسير الكبير - دار الغد - القاهرة - ١٩٢٣.

١٤. الزرقا - الشيخ مصطفى - الفعل الضار والضمان فيه - دار القلم - دمشق - ١٩٨١ ز

١٥. السرحان وخاطر - عدنان السرحان ونوري خاطر - مصادر الحقوق الشخصية - دار الثقافة للنشر والتوزيع -همان ٢٠٠٠.

١٦. السرخسي - شمس الدين - المبسوط -مطبعة السعادة - مصر - بلا تاريخ نشر .

١٧. السلمي - الامام عز الدين بن عبالعزيز عبالسلام - قواعد الاحكام في مصالح الانام - دار الجيل - بيروت ط١٩٨٠.

١٨. الشيرازي - ابراهيم بن على يوسف بن اسحق - المهذب في فقه الامام الشافعي - مطبعة الحلبي - مصر - بلا تاريخ نشر.

١٩. العكام - محمد فاروق - الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي - رسالة دكتوراة - جامعة القاهرة - بلا تاريخ نشر .

٢٠. الزعبي - محمد يوسف - مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الاردني - مجلة مؤتة للبحوث والدراسات - مجلد ٢ العدد١ السنة١٩٨٧.

٢١. الكاساني - الامام ابو بكر بن مسعود - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - دار الكتاب العربي - بيروت ١٩٨٢.

٢٢. المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني - مطبعة التوفيق - عمان ١٩٩٢.

٣٢. الميرغناني - الامام علي بن ابي بكر - الهداية - شرح بداية المبتدي -مطبعة الحلبي - القاهرة - بلا تاريخ نشر .

٢٤. اليعقوب - بدر جاسم - المسؤولية عن استعمال الاشياء الخطرة في القانون المدني الكويتي - رسالة دكتوراة - جامعة القاهرة ١٩٧٧.

٢٥. سوار - وحيد الدين - الاتجاهات العامة في القانون المدني الاردني - مكتبة دار القفافة للنشر والتوزيع - عمان ١٩٩٢.