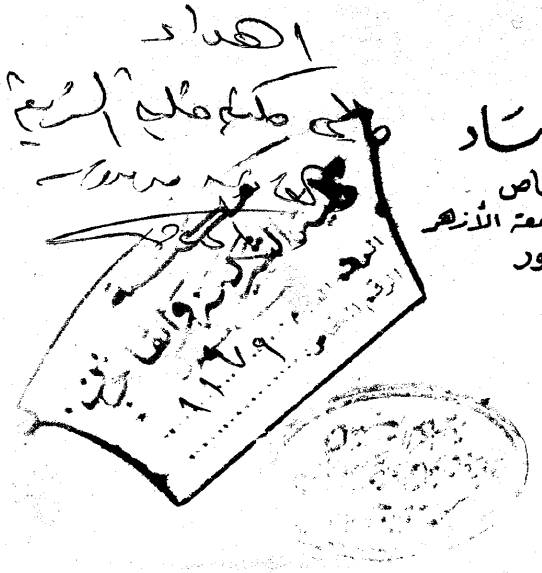
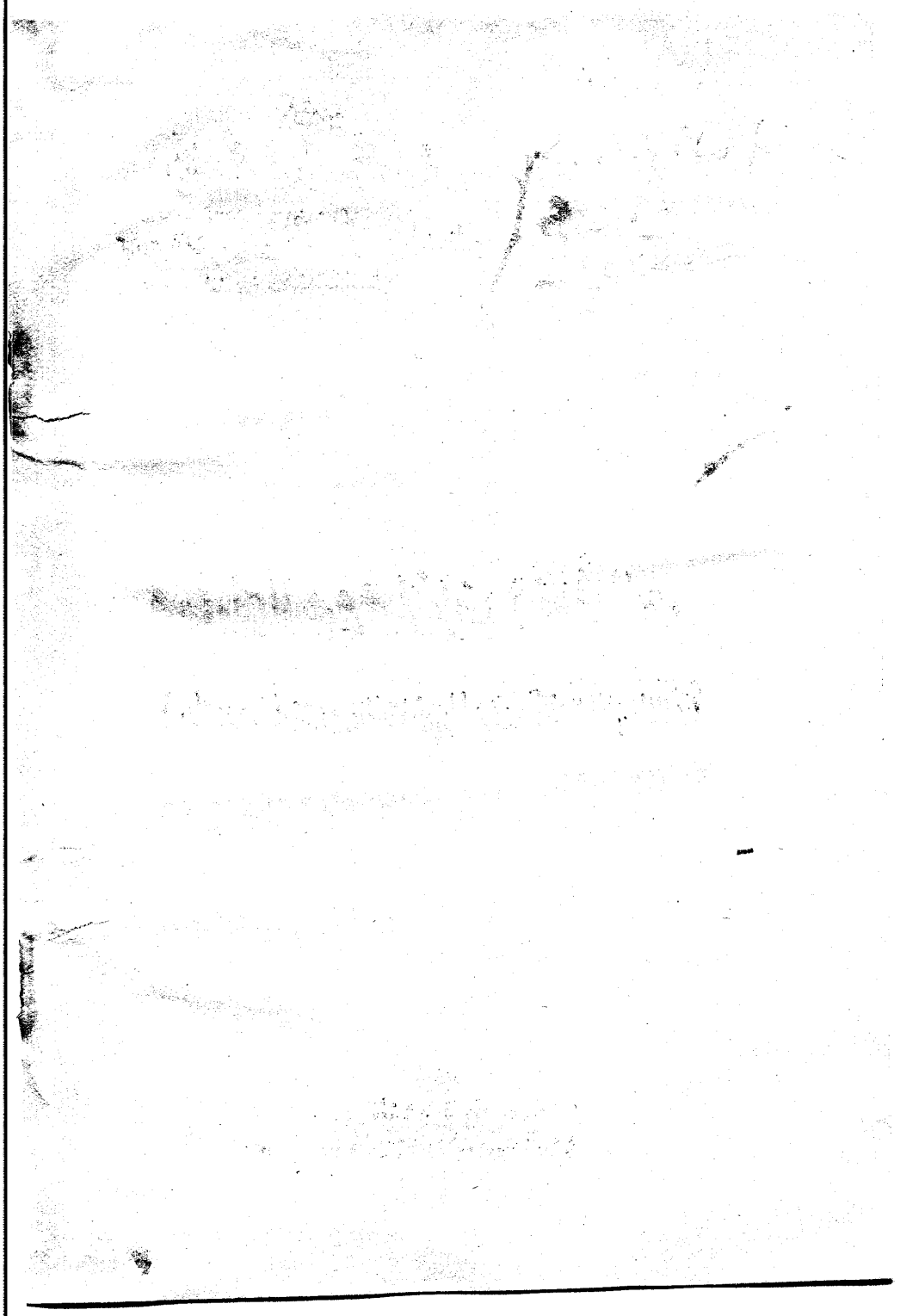
دكتور
رأفت محمد أحمد حماد
قسم القانون الخاص
كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر
فرع دمنهور



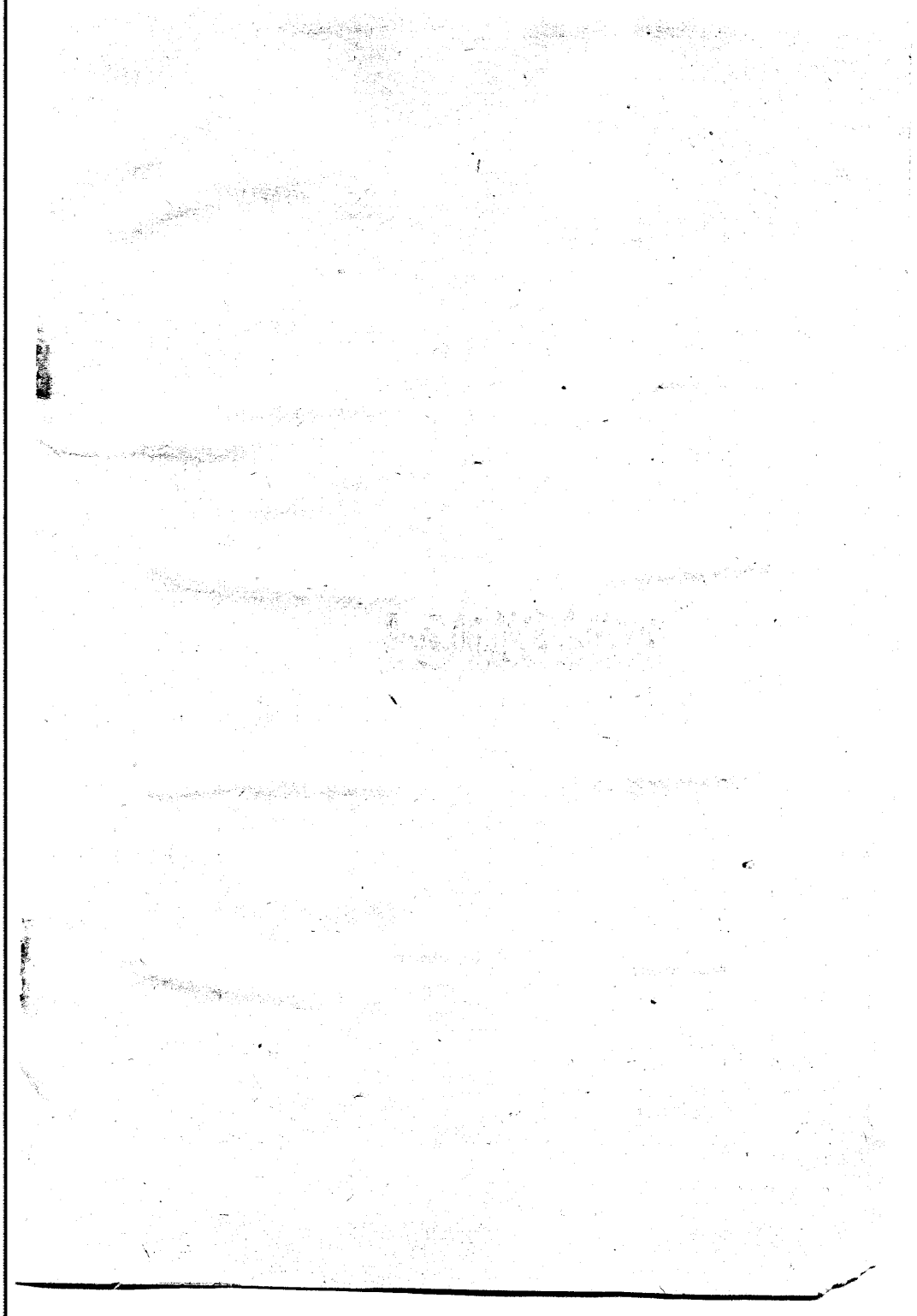
مسؤولية المتبوع عن انحراف (خطأ) تابعه

(دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي)

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت القاهرة



بسم الله الرحمن الرحيم



تقديم الكتاب

الحمـد لله الذى أقام العـدل بين الناس ، وجعله أساسا فى فض المنازعات ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذى أعلن بكل صراحة مبـدأ احترام حقوق الانسـان وحمى النفس والمـال والعرض من كل اعتـداء • وبعـد :

فيعتبر تاريخ المسؤولية المدنية هو التاريخ الأساسى والأهم لتطور النظم القانونيـة بصـفة عامة ، وتشكل المسؤولية المدنية احدى النظم القانونية الرئيسية فى مجال القانون المدنى ، شأنها شأن نظامى العقـد والملكية ، ولا نبالغ اذ قلنا ان أهميتها فى العصر الحديث قد ازدادت أكثر حتى صارت مدار بحث الفقهاء ، وقد اهتم بها القضاء أيضـا أكثر ممـا انشغل بالنظامين الآخرين •

إن قضية المسؤولية ، كما قال العلامة « جوسران » Josserand فى طريقها أن تكون نقطة الارتكاز من القـانون كله ، وانهـا باتت مركز الحساسية فى جميع النظم القانونية (١) •

والأهمية الحالية للمسؤوليـة المـدنية تتعلق كذلك باقـلال تقبلنا للنكبات — ذلك هو تقرير لحالة وليس لوما — فالشخص الذى تعـرض لضرر نتيجـة لنشاط شخص آخر يعتقد أن فى ذلك مبررا الى حـد ما لقاضاته والحصول منه على تعويض ، ويشجعه على ذلك محامون يرون فى

---

(١) د/ حسن ذكى الابراشى ، مسؤولية الأطبـاء والجراحين المدنية فى التشريع المصرى والقانون المقارن (رسالة دكتوراه) من جامعة فؤاد الأول ١٩٤٩ (القاهرة) دار النشر للجامعات المصرية ص ١ .
الدكتور / غازى عبد الرحمن ناجى — مسؤولية المتبوع عن عمل التابع — مجلة العدالة السنة الأولى العدد الثالث ١٩٧٥ تصـدر عن وزارة العـدل العراقيـة ص ٦٣٣ .

المسؤولية المدنية مصدرا رائعا للحصول على تعويضات سهلة [١] . ويتنافسون فى التصور والحذق لكى يعثروا على وسائل جديدة وأوجه لأضرار جديدة ويحصلون على أحكام بالادانة كان لايمكن مطلقا ادراكها من حيث طبيعتها ومبالغها منذ عشرات السنين .

وإن أى تطور يصيب المسؤولية جدير بالدراسة الفائقة ، لأنه من الممكن أن نجد فى المستقبل أفكارا جديدة على ضوء ذلك التطور ، وقد تتبلور الفكرة الجديدة لتصبح مبدأ قانونيا ، لتكون خاتمة المطاف فى أن تخذ صبغة التشريع[٣] .

وقد كان الاتجاه الذى سار عليه نظام المسؤولية المدنية هو ايصال التعويض بأيسر الطرق وأضمنها الى المصاب ، فى حين تذرع الفقه والقضاء للوصول الى هذه الغاية بوسائل شتى ، وفى هذا المجال كان للقضاء دور خطير لايقل عن دور الفقه اذ لم تقتصر مهمته على تفسير النصوص ، بل تعدته الى الانشاء الحقيقى ، ولقد راعت المحاكم أن تكون نظرية المسؤولية من المرونة بحيث تحقق العدالة على الوجه الأكمل[٤] . ومن الأمثلة الرائدة فى مجال المسؤولية المدنية مسؤولية المتبوع عن الأضرار الذى يحدثها تابعه بانحرافه (بخطئه) أثناء أو بسبب العمل

---

(٢) يجب ان نتوقف قليلا عند هذا المظهر الاجتماعى للأمور ذى الاهمية القصوى من الوجهة العملية فان الحوادث لاسيما حوادث المرور تعد بشكل نموذجى مصدرا لربح هائل وسهل بالنسبة للمحامين ويقال انها تمثل ثلثدخل المحامين الفرنسيين ويصل عدد القضايا من هذا النوع ١٥٠ قضية يوميا وهى لاتتطلب فى فرنسا سوى حد ادنى من الاجتهاد والمعرفة والذكاء (انظر المسئولية المدنية — اندريه تونك الاستاذ بجامعة باريس الجزء الأول بند١).

(٣) د/ حسن ذكر الأبراشى ،المرجع السابق نفس المكان .

(٤) جاء فى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٨ اكتوبر ١٩٥٤ « قوام المسؤولية المدنية اعادة التوازن الذى اختل نتيجة الضرر ، بأقصى ما يمكن من دقة ورد المضرور على نفقة المسئول ، الى الوضع الذى يكون فيه ، لو لم يقع الضرر » نقلا عن د/ محمود جمال الدين زكى ، الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى — الجزء الأول — الطبعة الثانية — مطبوعات مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٦ ص ٤١٨ .

الذى كلفه به ، وفى معرض التطور المرن الذى قام به الفقـه والقضـاء تلاحظ أن مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه قد تحولت من مسؤولية عن الخطأ الى مسؤوليـة المتبوع عن أفعـال أو نشاط تابعـه اذا ارتبط هذا النشاط بالوظيفة بعـلاقة سببية كافية انتهى الى القول بأنها مسؤوليـة قائمة على ضمان نشاط التابع الوظيفى على ماسنرى فى عرض هذا البحث .

حيث يقوم الفاعل بجبر الأضرار التى تلحق الغير فى شخصه أو فى ماله طالما أن تلك الأضرار وليدة فعل غير مشروع على عكس التشريعات الوضعية القديمة فانها لم تعرف المسئولية عن فعل الغير بالصـورة التى هى عليها الآن وانما اقتصر الأمر فيهـا على تقرير مسؤوليـة الشخص المدنية عما قد يلحق الغير من نشاطه الذى يبذله بنفسه عادة لقضاء شؤونه ، وذلك فيما عدا حالات معينة . ويرجع سبب ذلك الى ما كان يسود المجتمع وقتئذ ، من علاقات اجتماعية محدودة ، ونشاط اقتصادى ضيق حيث لم يعرف من الآلة ، قياسا بما هى عليه الآن ، غير صورتها البدائية وكانت فى تلك الصورة ، لاتحتاج لغير مجهود صاحبها .

ومن ناحية أخرى فان الزراعة لم تكن قد تطورت تطورا ملموسـا بل كانت تقتصر على استخدام الطرق اليدوية ولم تكن قد عرفت وقتئذ الوسائل الآلية التى شهدها العصر الحاضر .

ولكن مع فاتحة عهد الصناعة ، وسيطرة الآلة ، خرج الانسان من ذلك الاطار المحدود ، بحيث لم يعد نشاطه وقفا على اشباع تلك الحاجات فى مفهومها البدائى الضيق ، وقد ترتب على هذا التطور الذى حـدث فى المجال الاقتصادى أن استعان القائمون بهـا بمجهود أعـداد هائلة من الأشخاص حتى يمكن تسييرها على الوجه الأكمل ، كما اشتمل الأمر أيضا على الاستعانة بالغير فى اشباع الحاجات الخاصة ، مثل الاستعانة بالغير فى قيـادة سيارته أو أداء بعض الأعمال المنزلية أو من يستعين بخدمات الطبيب مثلا . ونتيجة للاستعانة بجهود الغير قد يتسبب بخطئه أثنـاء قيامه بالعمل المكلف به فى احداث الأضرار بأشخاص آخرين الأمر الذى يستلزم تعويضه عن هـذا الضرر . فما موقف التشريعـات المختلفة من ذلك التعويض ؟ .

ان التطورات الضخمة التى حدثت كان لها أثرها الواضح على نظام المسؤولية المدنية والذى بدأ واستمر فى التطور والتحول على المستوى الفقهى والقضائى ، وفى حدود أقل على المستوى التشريعى ، وقد كان لهذا التقارب أثره فى وجود ماسمى « أزمة المسؤولية » وفى وجود كثير من المشاكل التى تثير الجدل فى كافة قطاعات المسؤولية ومنها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه .

ولما كانت التشريعات فى حقيقتها خلاصة لتفاعل الظروف والعوامل التى تنشأ فى كل مجتمع على حده ، كان لابد أن تستحدث من القواعد القانونية مايتلاءم مع ما أصبح عليه المجتمع فى صورته الحديثة . ومن أهم مظاهر هذا التفاعل ظهور نظريات جديدة فى تبرير مسئولية المتبوع عن الأضرار التى تنتج من انحراف تابعه أثناء تأدية ماهو مكلف به . تزاحم نظرية الخطأ ، وهكذا ظهرت نظرية تحمل التبعة ، والتى تعنى أن كل شخص عليه أن يتحمل تبعة ومخاطر نشاطه ، وقد كان لهذه النظرية تأثيرات متعددة سواء على المشرع الفرنسى فى اصداره لقوانين التأمين عن حوادث العمل سنة ١٨٩٨ وقانون الملاحة الجوية الأول سنة ١٩٢٤، أم على الجانب القضائى فقد أثرت النظرية تأثيرات غير مباشرة حيث بدأ القضاء يتساهل فى استظهار الخطأ الموجب للمسؤولية حيث بدأ بالخطأ اليسير أو مايسمى بالخطأ الميكروسكوبى (٥) .

وقد اشترطت التشريعات لتحقق مسؤولية المتبوع عن انحراف « خطأ » تابعه شروطا ثلاثة تتحدد بها أبعاد مسؤولية المتبوع :

الأول : وجود رابطة التبعية . الثانى : وقوع خطأ من التابع يترتب عليه ضرر للغير . الثالث : حدوث الضرر عند قيام ذلك التابع بما استخدم من أجله .

وقد قامت بعض الصعوبات العملية والتطبيقية فى عرض مضمون تلك الشروط ومن تلك الصعوبات على سبيل المثال : العلاقة عند الاستعانة

---

(٥) فلور واورت ، الالتزامات رقم ٥٧٧ الطبعة الأولى .

بمجهود أحد أصحاب الحرف الفنية ، ومنشأ الصعوبة يرجع الى مايتمتع به الآخرون من استقلال فى كيفية أدائهم لأعمالهم نظرا لانفرادهم بمعرفة أصولها وأساليبها وجهل المتعاقد معهم بذلك .

ومن الصعوبات أيضا فى تقرير تلك العلاقة حيث يقوم متبوع بوضع تابعه تحت تصرف متبوع آخر ، فيصعب عندئذ تحديد من تقع عليه مسؤولية جبر الأضرار المترتبة على مارتكبه من أفعال خاطئة أثناء فترة الإستعارة تلك .

وفوق ذلك ثار الخلاف من الناحية النظرية حول الأساس القانونى الذى ترتكز عليه مسؤولية المتبوع تجاه أعمال تابعيه ، وظهرت فى ذلك نظريات عدة — مثل نظرية الخطأ ، وتحمل التبعة كما ذكرنا سابقا وكذلك نظرية النيابة ، والتأمين القانونى ، والضمان وهو ماسوف يتناوله البحث بالايضاح والترجيح .

وفى معرض بيان هذه الشروط نجد أن منها مايؤدي الى تضييق مفهوم المسؤولية ومنها على العكس من ذلك . وإن كنت أرى أن تضييق أو اتساع مسؤولية المتبوع عن الأضرار التي يحدثها تابعه بانحرافه يختلف من مجتمع الى آخر ، وفى الحقيقة ان قانون المسؤولية نفسه عرضة للجدال فى بعض المجالات ، ففى الدولة التى تكفل الرعاية للمواطنين فان الاصابات والأضرار التى تلحق بالجسد يتم تعويضها الى حد ما عن طريق الضمان الاجتماعى ، وفضلا عن ذلك ففى المجتمعات الغنية يتولى التأمين الشخصي الذي يحصل عليه المواطنون بتغطية الأضرار الجسدية التى يصاب بها عدد معين من المواطنين ، وفى هذه الظروف فان الاحتياج الى المسؤولية المدنية يقل وبالتالى تنحصر وتضيق مسؤولية المتبوع تجاه الأضرار التى يحدثها تابعه ، ولقد استبعد العمل بالمسؤولية على سبيل المثال فى نيوزلنده[٦] . ولم تعد تقوم فى السويد الا بدور محدود للغاية[٧] .

---

(٦) انظر مشروع القانون النيوزلندى أرقام ٩٤ الى ٩٩ .
(٧) انظر مشروع القانون السويدى رقم ١٠٧ .

علاوة على أن صدور قوانين التعويضات الحديثة بشأن ضحايا الحوادث والمرور أدى الى اقصاء هذا النظام بعض الشيء ، وهكذا الحال منذ فترة طويلة حيث صدرت بعض التشريعات فى بعض الدول تحكم حوادث اصابات العمل (٨) ، كل ذلك أدى الى التقليل من دور المسؤولية المدنية وخاصة بعد امتداد التأمين الخاص بالمسؤولية .

أما فى البلاد التى فى حاجة الى التنمية تعد المشكلات التى يطرحها قانون المسؤولية المدنية عميقة كذلك مع اختلاف طبيعتها ، حيث لايتمكن الضمان الاجتماعى من تعويض الأضرار ، الأمر الذى يظهر فيه جدوى قانون المسؤولية المدنية وبالتالى نجد أن فى هذه البلاد يتسع نطاق مسؤولية المتبوع عن الأضرار التى يحدثها تابعه .

ونظرا لأهمية مسؤولية المتبوع التى أخذت فى الاتساع فى تلك البلاد النامية من حيث المدى والمفهوم بسبب التطور الاقتصادى الذى يشملها ونتيجة لحرص التشريعات عادة على عدم ترك الضرر دون جبر لما لحقه من أضرار . فان هذا البحث يهدف الى تناول مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه فى ضوء الدراسة المقارنة بين القانون المدنى المصرى والفرنسى والفقه الاسلامى الذى كان أسبق من التشريعات الوضعية فى معرفة هذا النوع من المسؤولية مع تأصيل أحكامه وذلك تحت مايسمى بالضمان سواء كان ضمان الأنفس أم الأموال بسبب الاعتداء عليها عمدا أو خطأ مما يؤدى الى هلاكها أو تلفها ، ويوجب الفقه الاسلامى تعويض صاحبها عنها ، حفاظا على الحقوق ، وصيانة لها من كل أذى وتطبيقا لمبدأ العدالة التى قامت عليه الشريعة الاسلامية وجعلته القانون الأبدى الذى يحكم علاقات الناس الاجتماعية ، ويستهدفه الحكام والقضاة فى قضايا الفصل فى الخصومات ، لأن للنفوس والأموال حرمة عظيمة عند الله سبحانه ، والمال

---

(٨) للحصول على دراسة مقارنة عن التعويض الخاص باصابة العمل ، انظر قوانين ، اصابات العمل فى دائرة المعارف العالمية ج ١٠ سنة ١٩٦٨ ص ٩٥ وما يليها ، وانظر كذلك فوارن ، من المسئولية المدنية الى الضمان الاجتماعى التعويض عن الأضرار الجسدية ، مجلة القانون المقارن الدولية سنة ١٩٧٩ ص ٥٤٠ وما يليها .

فى تقدير صاحبه قرين الروح ، وقد وضع الفقـه الاسلامى من الشروط والقواعد التى تحكم مسؤولية المتبوع عن الأضرار التى يحدثها تابعه قبل التشريع الوضعى بقرون ، وهو ماسنوضحه من خلال عرض ماجاءت به الشريعة الاسلامية فى نطاق هذا البحث .

ومنهجى فى هذا البحث : أن أعرض ماجاء به القانون المدنى الفرنسى والمصرى سواء فى المجال الفقهى أم القضائى مع مقارنتها مع ماجاء به الفقه الاسلامى من شروط وأحكام لمسؤولية المتبوع . فمجال المقارنة بين فقهنا الاسلامى العظيم وآراء القانونيين حاصـل فى حـدود ماهو قائم ومطبق فعلا بغض النظر عن احتمال تغـير القوانين فى المستقبل حسب متطلبات التطور والحاجات وتبدل النظم السائدة فى المجتمع .

هذا وخطة البحث على الوجه الآتى باذن الله سبحانه وتعالى :

فصـل تمهيـدى :

تطور مسؤولية المتبوع فى القانون والفقه الاسلامى .

المبحث الأول :

تطور مسؤولية المتبوع فى القانون .

المبحث الثـانى :

تطور مسؤولية المتبوع فى الفقه الاسلامى .

البـاب الأول :

شروط مسؤوليـة المتبوع عن انحراف تابعـه فى القـانون والفقه الاسـلامى .

الفصـل الأول :

شروط مسؤولية المتبوع عن انحراف تابعه فى القانون .

المبحث الأول :
علاقـــة التبعيـــة .

المبحث الثـــانى :
حدوث الضرر بانحراف التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها .

الفصـــل الثـــاني :
شروط تحقق مسؤولية المتبوع عن انحراف تابعـــه فى الفقـــه الاســـلامى .

المبحث الأول :
مفهوم الخطأ فى الفقـــه الاسلامى .

المبحث الثـــانى :
مسؤولية غير المميز فى الفقه الاسلامى .

البـــاب الثـــانى :
معيـــار مسؤوليـــة المتبوع عن انحراف تابعـــه فى القانون والفقـــه الاســـلامى .

الفصـــل الأول :
معيار مسؤولية المتبوع عن انحراف تابعه فى القانون المدنى .

المبحث الأول :
معيار مسؤولية المتبوع فى القانون الفرنسى .

المبحث الثـــانى :
معيار مسؤولية المتبوع فى القانون المصرى .

الفصـــل الثـــانى :
معيار مسؤولية المتبوع فى الفقه الاسلامى .

البـــاب الثـــالث :

صور انحراف التابع عن نطاق اختصاصه الوظيفى وأثر الانحراف على مسؤولية المتبوع فى القانون والفقه الاسلامى •

الفصـــل الأول :

صور انحراف التابع عن نطاق اختصاصـــه الوظيفى فى القـــانون والفقه الاســـلامى •

المبحث الأول :

انحراف التابع أثناء أو بسبب تأدية الوظيفة •

المبحث الثـــانى :

انحراف التابع بمناسبة الوظيفة •

المبحث الثـــالث :

انحراف التابع الأجنبى عن الوظيفـــة •

المتحث الرابع :

حالات انحراف التابع فى الفقـــه الاسلامى •

الفصـــل الثـــانى :

أثر انحراف التـــابع على مسؤوليـــة المتبوع فى القـــانون والفقـــه الاســـلامى •

المبحث الأول :

مدى مسؤولية المتبوع عن انحراف التابع •

المبحث الثـــانى :

علاقة المتبوع بتابعه فى القانون والفقه الاسلامى •

المطلب الأول :

علاقة المتبوع بتابعه فى القانون .

المطلب الثـــانى :

علاقة المتبوع بتابعه فى الفقه الاسلامى .

خاتمـــــــة :

وتحتوى على النتائج التى توصل اليها البحث للمسائل التى عرضت فى ثنـــاياه .

والله ولى التوفيق ،،،

فصل تمهيدى

تطور مسئولية المتبوع فى القانون والفقه الإســـلامى

فصـــل تمهيـــدى
تطور مسئوليـــة المتبوع فى
القانون والفقـــه الإسلامى

١ — نتناول فى هذا الفصل شرح تطور مسئولية المتبوع فى القانون والفقه الإسلامى وذلك فى مبحثين على الوجه الآتى :

المبحث الأول
تطور مسئوليـــة المتبوع
فى القـــانون

٢ — عند التحدث عن تطور مسئولية المتبوع فى القـانون يلزم أن نوضح هذا التطور فى القانون الرومانى باعتباره المصدر التاريخىللقانون الفرنسى ، ثم نتناول بيان تطور تلك المسئوليـة فى القـانون الفرنسى باعتباره المصدر التاريخى للقانون المصرى .

٣ — تطور مسؤولية المتبوع فى القانون الرومانى :

اذا رجعنا الى دراسات تاريخ القانون الرومانى فىمختلف عصوره، نجـد أنه لم يعرف مسئوليـة المتبوع على الاطلاق ، فـلا نجد فى هذا القانون أية نظرية عامة تقر مسؤولية المتبوع عن فعل التـابع ، وما نص عليه فى قانون الالواح الاثنى عشر من حالات كان من شأنها عند دراسنها أن تثير شيئا من الشك حول نوعية المسئولية :

— فمن الحـالات التى وردت بقـــانون الألواح الاثنى عشر على سبيل الحصر : مسؤولية مجهز السفينة عمـا يرتكبه بحارته من أخطـاء تسبب ضررا لمـا عهد اليهم به من بضائع ،وكذلك صـاحب الفندق من الأضرار التى تلحق بعملائه أثنـاء مدة الاقامة ، ومالك الاسـطبل عن الأضرار التى تلحق أصحاب تلك الخيول [1] .

---

(١) انظر د/ عبـد المنعم بدر ، د/ عبـد المنعم البـدراوى ، القانون الرومانى ، ط ١٩٥٢ ص ١٦٩ بند ١٩٨ وما بعده وكذلك بند ٢١٥ وما بعده.

وقد تناول الفقيه دوما Domot هذه التطبيقات على أنها أمثلة للمسئولية عن فعل الغير (٢) ، بل ان دوما تراءى له أن القانون الرومانى كان يبنى مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه على فكرة النيابة أى نيابة التابع عن سيده وبالتالى على اختيار السيد لتابعه ، وعمم الفكرة وقرر أن المرء يسأل عن كل شخص يعهد اليه بعمل له(٣) .

— ولكن الفقه الحديث يرى أن الأمثلة المذكورة والتى نص عليها فى مواضع متفرقة من قانون الألواح الاثنى عشر من حالات لاتقوم المساءلة فيها عن الأفعال غير المشروعة الصادرة من الغير على أساس المسئولية عن فعل الغير لأنها مجرد تنفيذ لمقتضى عقد الـ Receptum الذى كان يعقده الرومان بين صاحب الفندق أو صاحب الاسطبل أو صاحب السفينة وبين عملائه ، وبالتالى ترتكز المسئوليةفيه على الخطأ الشخصى لذلك المسئول ، والذى يتمثل فى اخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية (٤) . فالمسئولية هنا ليست مسئولية تقصيرية وانما هى مسئولية عقدية .

— ومن ناحية أخرى عرف القانون الرومانى مسئولية رب الأسرة عن الأضرار التى تصيب الغير نتيجة لأخطاء أفراد الأسرة الخاضعين لسلطته ، وكذلك مسئوليته عما يلحقه العبيد من ضرر بالغير . فهل هذه المسئولية ترتكز على المسئولية عن فعل الغير أم تعتمد على مسئوليته الشخصية ؟.

للاجابة عن ذلك نقول : ان الأسرة الرومانية فى عصر القانون الرومانى كانت تخضع بجميعأفرادها للسلطة الأبوية لرب العائلة، وكذلك الأرقاء (العبيد) حيث كان الرقيق يصنف ضمن الأشياء وليس ضمن

---

(٢) انظر دوما ، الكتاب الثانى ، الجزء الثامن ، المبحث الرابع ، فقرة ٨ .

(٣) دوما Les Lois civilês XVI Titre 6

(٤) Ra UD Vernes Co : La nation de preposition, 1933, p. 29.
s. peurier رسالة عن المسئولية المدنية للمتبوعين ، جرينويل ١٩٦٢ ، مازو وتنك ، مطول المسئولية المدنية ، ط٦ ، ج١ بند ٨٥٧ وما بعده .

الأشخاص وكان بالتـالى يدخل ضمن ممتلكات سيده شأنه فى ذلك شأن المنقول • وكان رب العائلة بمفرده هو الذى يتمتع بالشخصية القانونيـة أما أفراد الأسرة الآخرون فلم تكن لهم تلك الشخصية حيث يعتبرون فى حكم أموال رب الأسرة ، وبالتالى فان مايقع من أفعـال غير مشروعـة تعتبر أخطـاء منسوبة للسيد مبـاشرة وذلك لعـدم تمتعهم بالشخصية القانونية ولأنه كان هو الشخص القانونى الوحيد ، ومن ثم يسأل السيد عن الأضرار التى تحدث بأخطاء من أفراد عائلته مسئولية شخصية وكذلك مايحدث من أضرار بسبب أخطاء عبيده فهم كما ذكرنا يصنفون من ضمن ممتلكات السيد الشيئية • ولذلك فان أى فعل يصـدر من الرقيق ويضر بالغير كان يطبق عليه نظام المسئولية الخاص بما ينتج عن الممتلكات خاصة وقد عرف القانون الرومانى فى هذا الخصوص نظام التخلى (٥) •

ونخلص من ذلك أن مسئولية المتبوع بوصفه كذلك لم يكن يعرفهـا القانون الرومانى حتى أواخر مراحله ، فبالنسبة لمسئولية صاحب الفندق

---

(٥) التخلى : يقصد به أنه كان فى امكان رب الأسرة الرومانية أن يدرأ المسئولية عن نفسه بالنسبة للأضرار التى يحدثهـا الرقيق بالغير بأن يتخلى عنه • كما يتخلى عن أى شىء من أشيائه وذلك بتسليمه لمن وقع عليه الضرر، فعندرفع الدعوى من قبل المضرور على من يكون محـدث الضرر خاضـعا له « رب الأسرة » فان رب الأسرة يصبح عنـدئذ بالخيار بين جبر الضرر الذى ترتب على ذلك الفعل غير المشروع وبين أن يسلم من وقع منـه ذلك الفعل المضرور للقصاص منه شخصيا — (أنظر فى ذلك ، القـانون الرومانى د/ عبد المنعم بدر ، د/ عبد المنعم البدراوى ط ١٩٥٢ م رقم ١٤٨ وما بعدها حيث جاء فيه « يعتبر الرقيق كمبـدأ عام من الأشـياء (Res) وليس بشـخص (Persona) فهو يدخل فى تكوين ثروة السيد ، بل هو عنصر مهم من عناصرها وهو يعتبر من الأشياء النفيسة » ، وجاء فى البنـد ١٥٢ من نفس المصـدر « أن دعوى التخلى هى نفس الدعوى التى ترفع على مالك الحيوان المـذى يحدث ضرر اللغير والمسماة "Action de peuperie")

وانظر ايضا :

Eugene, petit : Traité Elementaire de Droit Romain-6 ihed 1959

وانظر ايضا : د/ محمد الشيخ عمر دفع الله ، مسئولية المتبوع ، رسالة دكتوراه ص ١٤ وما بعدها ١٩٧٠م ، د/ سالم احمد على الغص ، مسئولية المتبوع عن فعل التابع ط ١٩٨٨ م ص ٢٩ وما بعدها .

والاسطبل ومجهز السفينة عن أخطاء تابعيهم ماهى الا مسئولية عقدية أساسها اخلال هؤلاء بالتزاماتهم المترتبة على ماتم الاتفاق عليه (٦) • فضلا عن مسئولية رب الأسرة الشخصية عن أفعال أبنائه لانعدام الشخصية القانونية لديهم ، أما بالنسبة لمسئولية السيد عن عبده فان هذه المسئولية ليست مسئولية شخصية بالمعنى الدقيق ، وليست مسئولية عن فعل الغير أيضا ، انما هى نوع من المسئولية عن الأشياء على اعتبار أن الرقيق ماهو الا صنف من الأشياء وفقا لمفهوم القانون الرومانى ، حيث يخير حائز الرقيق « صاحبه » عند رفع دعوى التخلى بين أن يتحمل المسئولية وبين أن يتخلى عن محدث الضرر ، كما يتخلى عن أى شىء من أشيائه وذلك بتسليمه لمن وقع عليه الضرر •

٤ ــ تطور المسئولية تاريخيا فى القانون الفرنسى :

من المعلوم أن مصادر القانون الفرنسى القديم كانت ثلاثة : الاعراف الجرمانية ، القانون الرومانى والقانون الكنسى ، وفى مجال المسئولية قامت الاعراف الجرمانية بدور مسيطر ليس فقط فى شمال فرنسا لكن كذلك فى الجنوب حتى العمل بالقانون الرومانى فى مطلع القرن الثالث عشر •

ثم حدث تطور ملحوظ منذ القرن السابع عشر كشف النقاب عنه دوما الذى يعد أحد صناع المسئولية المدنية (٧) •

---

(٦) انظر Tarbourieh : المسئولية العقدية والتقصيرية فى القانون الرومانى ، رسالة ، باريس سنة ١٨٨٩م ، صفحة ١٤ وما بعدها ــ مازو ، المطول فى المسئولية المدنية فى القانون الفرنسى ط ٦ ص ٩٤١ بند ٨٥٩ ــ بلانيول ، دراسات حول المسئولية المدنية ، المنشور فى المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة ١٩٠٩ ص ٢٤٠ •

(٧) انظر كذلك جروتوس GROTIUS الكتاب الثانى ، الباب السابع عشر حيث يقول « لقد ذكرنا انه يوجد ثلاث مصادر للالتزامات فى اعتبارنا وهى العقد والخطأ والقانون ، لقد تحدثنا بما فيه الكفاية عن العقود ، تعالوا بنا نرى ما الذى يترتب على وقوع غلطة ، الغلط يعنى هنا أن خطأ سواء تم عن طريق التوكيل أو الاهمال ، ويتعارض مع الذى يتعين أن نفعله سواء بشكل =

ويميز الفقيه الكبير بين الانتهاكات الغير مشروعة وانتهاكات العقد والاهمالات البسيطة • ففيما يتعلق بالأخيرة يلح على عمومية المسئولية بالنسبة للاهمال فى كلمات استوحاها مشرعوا المادتين ١٣٨٢ و١٣٨٣ : « جميع الخسائر وجميع الأضرار التى يمكن أن تحدث من فعل بعض الأشخاص سواء كان عن عدم تبصر أو عن طيش أو عن جهل بما ينبغى معرفته أو أخطاء أخرى مماثلة ، مهما كانت طفيفة يلتزم الشخص الذى ارتكب عدم التبصر أو أى خطأ آخر بتعويضها • ذلك لأن ماارتكبه يعد خطأ حتى اذا لم يكن لديه قصد الاضرار• كذلك فان الذى يلعب الصولجان بدون تبصر فى مكان قد يتعرض فيه المشاة للخطر ، وأصاب شخصا فيكون مسئولا عن الأذى الذى تسبب فيه »(٨) وقد جمع الفقه دوما تلك الحالات وزعم امكان ردها الى أصل واحد مشترك يرجع الى فكرة المساءلة عن فعل الغير •

— من دوما الى القانون المدنى مع الاستعانة بـ « بوتييه » (٩) "Pothier" لم يتحقق سوى قليل من التقدم مع تكرار المادتان ١٣٨٢

= عام أو بصفة خاصة . واذا ترتب على مثل هذا الخطأ وقوع ضرر ، ينشأ التزام بطبيعة الحال بمعنى أنه يجب تعويض الضرر » .

"Nous avons dit qu'il a trois sources d'obligations à notre égard à savoir le contrat, le tort et la loi on suffisamment parlé des contrats ve, nous-en à ce qui est naturellement du en conséquence d'un tort : par tort nous ente ndans ici toute faute qu'elle soit de commission au d'omission- qui est en conflit avec ce qu'on doit faire soit en général, soit à raison d'une qualité speciale. D'une telle faute, si un dommage a été causé une obligation nait naturellement. à savoir que le dommage doit être réparé".

(٨) حول معنى كلمة « غلط » Tort فى هذا الوقت ، انظر Supra رقم ٩ ، مذكرة ٢ Pothier المطول فى الالتزامات بند ١٢١ حيث جعل من تعميم دوما فكرة عامة لمسئولية المتبوع حيث يقول :

On doit rend aussi les maitures responsables du torts causé par les delits et quasi delits de leurs serviteurs ou des ouviers qu'ils emploient a quelques services".

(٩) انظر : مشروع القانون الفرنسى رقم ٣٥ وما يليه .

و١٣٨٣ يتمثل فى هذا المبدأ الخاص « بأن كل خطأ يتسبب فى وقوع ضرر يلتزم مرتكبه بالتعويض » •

"Chaque faute qui Cause un dommage impose à l'auteur du dommage le devoir de le réparer"

وتتناول المواد ١٣٨٤ و١٣٨٥ و١٣٨٦ مسئولية الوالدين ، والسادة، والمعلمين فضلا عن المسئوليات الخاصة بالأضرار التى يتسبب فيها الحيوانات أو انهيار أحد المبانى •

ـ **مفهوم المسؤولية المدنية لدى الفقه الفرنسى** : يعتبر الفقهاء الفرنسيون أن لهم رؤية واضحة بشأن المسؤولية المدنية التقصيرية وشبه التقصيرية حتى اذا كانت الحدود الفاصلة بينهما وبين المسؤولية التعاقدية دقيقة للغاية فى بعض الأحيان (١٠) الا أنه ليس من الضرورى أن نتمادى فى التفكير لنعثر على الغموض والشك •

والمسئولية هى الالتزام بالتعويض عن الضرر (١١) ، ففى أى الحالات يتعين مع ذلك القيام بالتعويض عن الضرر ؟

وتبعا للناحية التقليدية ، فان المسؤولية تستوجب وجود ثلاثة عوامل :

(أ) الخطأ • (ب) الضرر • (ج) علاقة السببية بين الخطأ والضرر •

والأحكام التى كونت هذه الرؤية للأمور تعود الى المادتين الشهيرتين ١٣٨٢ و١٣٨٣ من القانون المدنى الفرنسى فقد نصت المادة ١٣٨٢ على أن « كل فعل أيا كان يصدر عن انسان ويتسبب فى الحاق ضرر بالغير

(١٠) بشأن كلمة "Le concept et leur ambiguite" « التصور وغموضها » انظر فيللى Villey

(١١) مسودة تاريخية حول كلمة « مسئول » ارشيف فلسفى ، قانون ج٢٢ المسئولية سنة ١٩٧٧ م ص ٤٥ وما بعدها — هينريو Henriot ، مذكرة بشأن تاريخ ومعنى ظهور كلمة « مسئولية » ، قانون ص ٥٩ وما يليها •

يلتزم من كان السبب فى وقوعه بتعويضـــه »[١٢] وجاء فى المـادة ١٣٨٣ « ان كل شخص مسئول عن الضرر الذى تسبب فيه ليس فقط بفعله بل كذلك باهمـــاله وعدم تبصره[١٣] •

فالخطأ وفقا للمفهوم التقليدى يعد أساس المسئولية لأن القـانون فى حد ذاته يحتوى فى المادة ١٣٨٤ فرنسى على أحكام حول المسئولية عن فعل الغير ، وهذه الأحكام مبنية فى جزء منها على أن الخطأ الذى يرتكبه الأطفال أو التابعين يؤدى الى الافتراض بأن ثمة نقص فى المراقبـة من جانب الوالدين أو المتبوعين أو أن الوالدين قد قصرا فى واجبيهما التربوى والمتبوعين لم يتبصروا فى اختيـار تابعيهم ، الا أنهـا مبنيـة كذلك على أسباب مختلفة من السياسة الاجتماعية ، وفضلا عن ذلك فان مسئولية المتبوعين غير قابلة للنقض •

كما أن القانون الفرنسى فى المـادتين ١٣٨٥ و١٣٨٦ مدنى فرنسى يفرض بالنسبة للاضرار التى يتسبب فيها الحيوانات أو انهيار أحد المبانى مسئولية تفوق تلك التى بررتها فكرة الخطأ •

ـ وفى النهاية فانه على أساس الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى أنشأت المحاكم مسئولية عامة بالنسبة للأضرار التى تتسبب فيها الأشياء غير الحية ، مسئولية ارتبطت أولا بالخطأ عن طريق تعبير « قرينة حال المسئولية » Presomption de responsabilite الا أنها أصبحت « مسئولية بقوة القانون » "responsabilité de plein droit"

---

(١٢) نصت المـادة ١٣٨٢ فرنسى : "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige Celui par la fauteduquel il est arrivé, à le répader"

(١٣) نص المـادة ١٣٨٣ من القانون المدنى الفرنسى :

"Haéum est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par sõn fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence."

يلتزم من كان السبب فى وقوعه بتعويضه »[١٢] وجاء فى المادة ١٣٨٣ من القانون المدنى [١٤] .

— ومنذ ذلك الحين ودون أن توضع القوانين الخاصة فى الاعتبار، فمن الواضح أنه فى العديد من الحالات يعتبر الشخص مسئولا (اسميا على الأقل . اذ أنه سيكون مؤمنا عليه بطبيعة الحال) على الرغم من أنه لم يرتكب أى خطأ [١٥] . ولا يمكن اعتبار الخطأ كمكون ضرورى للمسئولية ، كما لا يمكن القول أنه سيستبدل أو ستحل محله نظرية الخطر ذلك لأن نظريات الخطر فى بادىء الأمر عديدة ولأن ثمة اعتبارات اجتماعية أخرى تتدخل ، كما أن المسئولية المدنية فقدت — دون أن يحدث الاستبدال — أول عناصرها التقليدية ، وتحتفظ فكرة الخطأ بمكان ملحوظ فى عقل العديد من الفقهاء — كما سيتضح لنا عند التحدث عن « معيار مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه — لكن المذهب النفعى [١٦] ينمو والغموض يعم [١٧] . "l'ambiguité est totale"

— الا أن التقنين الفرنسى الجديد بنصه على مسئولية المتبوع عن

---

(١٤) يستخدم احيانا فى هذا العمل تعبير « مسئولية بقوة القانون » "responsabilité de plein" على الرغم من تخلى محكمة النقض والابرام عن استخدامه ، لأنه مبهم الا انه يتناسب مع هذا الأمر بالذات . انظر : كاربونييه ، القانون المدنى ، جـ ٤ رقم ١٠٢ ، الاخوة مازووتنك ، مطول المسئولية ، ط ٦ ، رقم ٨٥٧ ، ٩٢٩ ، ٩٣٠ .

(١٥) انظر مشروع القانون رقم ١٣٥ الفرنسى .

(١٦) من ناحية المجال المتعاقدى اصدرت محكمة النقض والابرام قرارا فى ١٥ ابريل ١٩٨٠ (فقه القانون الجنائى سنة ١٩٨٠ — ٢ — ١٩٤٠٣ ، ١٩٤١٤ مكرر) مع مذكرة بيلابن Alain PLNABIN تتناول امكانيات التأمين واختتمت بالكلمات التالية « الحفاظ على حصان السباق يحقق عددا من فرص الأرباح الهائلة لصاحبه ، ويترتب على هذه الفرص مخاطر تتمثل فى تدريب الحصان ، ومن غير الطبيعى الا تجتمع هذه الفرص وتلك المخاطر بين يدى نفس الشخص، وها نحن بعيدين تماما عن النهج التقليدى » .

(١٧) ان القانون الادارى يقر بشكل اكثر علانية وجود مجالات للمسئولية بدون خطأ ، انظر على سبيل المثال فيدى وديلفولف VEDEI et DELVOLVE القانون الادارى الطبعة العاشرة سنة ١٩٨٠ ص ١٧٥ وما يليها .

أفعال تابعه غير المشروعة فى المادة ١٣٨٤ [١٨] ، لم يجعل من تلك المساءلة نظرية عامة بل هى مجرد استثناء من القاعدة القاضية بمساءلة الشخص عن الأفعال الخاطئة والناتجة من فعله الشخصى .

كما أن هذا الاستثناء الذى اقتضته تغير الظروف الاقتصادية قد جعل خطأ المسئول مفترضا بحيث لا يكلف طالب التعويض اقامة الدليل عليه بينما القاعدة العامة فى المسئولية المدنية ، على العكس من ذلك ، تضع ذلك العبء على عاتق المطالب بالتعويض [١٩] .

---

(١٨) المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى : "n'est responsable non seulement du dommage qui l'en cause par le fait des personnes dont on doit repondre on des cheses que l'en a sous sa garde"

ثم جاء فى الفقرة التالية منها :

«les maitres et commattants du dommage cause par leurs domestiques et prepeses dans lewr Fonctions euxquelles ils sont em

وفقرتها الخامسة :

"du responsabilite ci dessus a lieu à moins quē le pere et mere, institeurs, cortisin ne provent queil n'ont su empeches le fait qui domme lieu a cotte responsabilité"

(١٩) ان هذا الخطأ المفترض افتراضا غير قابل لاثبات العكس يمكن استنتاجه من الفقرة الخامسة للمادة ١٣٨٤ حيث استبعدت المتبوعين من بين من لهم الحق فى نفس ذلك الخطأ .

du responsabilité cidessus a iieu à moins que le pere et mere institeurs, artisin ne provent queil n'ont pu empeches le fait qui donne lieu a cotte responsabilité"

انظر مازو ، المرجع السابق نبذة ٩٠٣ .

المبحث الثـــانى

تطور مسئوليـــة المتبوع

فى الفقـــه الاسلامى

٥ — عندما ننتقل الى الفقه الاسلامى للوقوف على فكرة مسئولية المتبوع عن الأضرار الذى يحدثها تابعه بانحرافه .

ويشدنا الى العـــدل الالهى الذى لاتزال البشرية بمفكريهـــا تلهث لوضع لبنات ترتقى بها ، وتصعد عليها ، فشتان بين قواعد توصل اليها الانسان استلهاما للعدالة واستنباطا عن أصول وضعها البشر عن هدى أو محض تصور وبين الفقه الاسلامى الذى استلهم فقهاؤه أحكامه وقواعده وجزئياته وفرعياته وأصوله وكلياته بطريق الاجتهاد فى تفسير كتاب الله الخالق الصانع ، وسنة رسوله ﷺ والشرائع السابقة (١) .

ولا شك أن نتـــاج هـــذه الدراســـة ستبرز لنا بجلاء أن التشريع الاسلامى أتى بأحكامه لاصلاح ماأصاب الفطرة الانسانيـــة ، ولم يكن محتاجا الى حيل وفروض لاصلاح مايصيب الانسان من أضرار نتيجـــة لحركة الحياة اليومية بما فيها من مشابهة ومخالفة .

---

(١) انظر : مناهج الاجتهاد فى الفقه الاســـلامى ، محـــاضرات لقســـم الدكتوراه ، بحقوق القاهرة والاسكندرية ، للاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور عام ١٩٧٠ م . د / محمد نصر الدين رفاعى « الضرر كأســـاس للمســـئولية المدنية » دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ١٩٧٨ هامش (٢) ص ١٤٥ .

٦ ــ مفهوم المسئولية فى الفقه الاسلامى :

المسئولية فى الفقه الاسلامى لغة : تعنى المؤاخذة أو التبعة ومعناه كون الانسان مسئولا ومؤاخذا [٢] .

ومادة « سأل » فى اللغة تفيد الاستعلام أو الاستفسار أو الاستخبار عن مجهول[٣] وفى هذا جاء قوله تعالى « يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج » [٤] وقوله « يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه ؟ قل قتال فيه كبير » [٥] .

وفى الحديث « إن أعظم المسلمين فى المسلمين جرما من سأل عن شىء لم يحرم على الناس فحرم من أجل مسألته » [٦] .

وقد تفيد مادة « سأل » فى اللغة أيضا معنى وراء الاستفسار والاستخبار كالتهويل والتهديد والتوبيخ وكالتغريم والعقوبة ، وفى هذا المعنى يقول الله سبحانه وتعالى « فوربك لنسألنهم أجمعين عما كانوا يعملون » [٧] وقوله تعالى « وقفوهم أنهم مسئولون » [٨] وقوله تعالى « إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسئولا » [٩] .

ومنه قوله ﷺ « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » [١٠] .

---

(٢) انظر المسئولية المدنية ، مصطفى مرعى ط ١ سنة ١٣٥٥ هـ ــ ١٩٣٦ م ص ١ فقرة ١ ، المسئولية المدنية فى القانون المدنى الجديد للاستاذ حسن عكوش ص ١٠ ــ المسئولية التقصيرية والعقدية للدكتور / حسين عامر ص ١ ف ١ ط ١ مطبعة مصر ١٣٧٦ هـ ــ ١٩٥٦م .

(٣) المصباح المنير ج ١ ص ٤٥٢ وجاء به « سالته عن كذا استعملته » .

(٤) سورة البقرة الآية ١٨٩ .

(٥) سورة البقرة آية ٢١٧ .

(٦) تيسير الوصول للشيبانى ج ٢ ص ١٦٧ (كتاب السؤال) .

(٧) سورة الحجر آية ٩٢ .

(٨) سورة الصافات آية ٢٤ .

(٩) سورة الاسراء آية ٣٦ .

(١٠) تيسير الوصول الى جامع الوصول لابن ربيع الشيبانى الشافعى ج ٢ ص ٣٦ (فصل فيما يجب على الامام والأمير) .

— وفقهاء المسلمين مع ذلك لم يعبروا عن هذا بلفظ المسئولية شأن القانونيين ، وإنما عبروا عنه بما يفيده ، وهم يستعملون فى هـذا الشأن لفظين آخرين :

أحدهما : الضمان أو التضمين (١١) .

والآخر : الغرم أو الغرامة أو التغريم .

واللفظان فى اللغة بمعنى واحد ، يقال ضمنته المال وبه ضمانا فأنا ضامن ، وضمن أى التزمته ، ويتعدى بالتضعيف فيقال : ضمنته المال الزمته إياه (١٢) .

ومن يستعرض كتب الفقه الاسلامى (١٣) يجدها مشحونة بهـذين التعبيرين إلا أن لفظ الضمان أو التضمين هو الغـالب الشائع على ألسنة الفقهاء ، ومن استعمالات الضمان فى هـذا الصـدد ، قولهم « ضمان الغصب » ، و « تضمين الأمين » ، و « ضمان المأمور » ، و « ضـمان القيمـة » ، و « ضـمان النقصان » ، و « تضمين الأمين » و « ضمان المأمور » و « ضمان القيمة » و « ضمان النقصان » و « ضـمان الآمر والمأمور » و « ضمان المكره والمكره » .

ومن استعمالات الغرامة ومشتقاتها قولهم : « وإن غصب دنانير أو دراهم من رجل وخلطها بمثلها لآخر فلم يتميزا صارا شريكين ، وقال أبو حنيفة : يملكها الغاصب وعليه غرامة مثلها ... » (١٤) . وقولهم : « فلا يحل الزام أحد غرامة لم يوجبهـا نص أو اجمـاع ، فوجب أن لا ضمان فى شىء من ذلك » (١٥) وقولهم « صبى قائم على سـطح أو

---

(١١) المسئولية المدنية والجنائية فى الشريعة الاسلامية للاستاذ الشيخ/ محمود شلتوت ص ٢/٣ مطبعة الازهر .

(١٢) المصباح المنير ج ٢ ص ٥٥٦ (مادة ضمن) .

(١٣) انظر المسـئولية التقصيرية بين الشريعة الاسـلامية والقـانون د/ محمد صلاح الدين حلمى ص ٧ ، ٨ ، ٩ رسالة دكتوراه جامعة القاهرة .

(١٤) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٤٠٦ .

(١٥) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٥٢٧ مسالة ٢١٠١ س ١٥ — ١٦ مطبعة محمد منير الدمشقى القاهرة ١٣٥٢ هـ .

حائط صاح فيه رجل فزع الصبى فوقع ومات ، يغرم الصائح ديته وتلك على عاقلته » (١٦) .

٧ — وبعد أن انتهينا من التعريف اللغوى للمساءلة . نتناول التعريف الاصطلاحى للمسئولية التقصيرية . فيمكن أن نعرفها « بأنها تضمين مفسدة مالية لم يسبقها عقد ، أو بدنية لم تقترن بقصد » والتضمين هنا فى الاصطلاح الفقهى كالتغريم « عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته » (١٧) وعرفه الشوكانى بأنه « عبارة عن غرامة التالف » (١٨). والحاكم بالتضمين هو الشارع وبمثله ولى الأمر ونائبه وقضاته . والمفسدة هى التى ينزلها الانسان بالآخرين ، وقيد المالية تخرج به الأضرار البدنية والأضرار العامة التى تخل بأمن الدولة وسلامة المجتمع ، كما تخرج به السرقة بهذا الاعتبار (١٩) وحيث فرق الفقهاء بين الغصب والسرقة فيتميز عن السرقة بأنه « عبارة عن أخذ المال جهرة تعديا بلا حرابة ، وأما السرقة فهى أخذ المال من الحرز على سبيل الاستخفاء » . وقد وضع الكاسانى الحنفى فى هذا الشأن حدودا دقيقة للفصل بينهما (٢٠) وقد أعطوا للسرقة حكم القطع ، وما تعلق بالمال أى الغصب للمال أعطوه حكم الضمان .

٨ — وبعد استعراض موقف الفقه الاسلامى من مفهوم المسئولية التقصيرية لغة واصطلاحا تذكر أن الفقه الاسلامى فى أصله لم يكن وليد نظريات ، وإنما رتبت أحكامه حسب الوقائع فى مجموعات تؤلف بينها وحدة موضوعية ، ولقد قام التساؤل حول وجود مسئولية المتبوع عن أخطاء تابعيه فى نطاق المسئولية التقصيرية ، بمعنى هل يسأل المكره أو

---

(١٦) لسان الحكام فى معرفة الاحكام لابن الشحنة ص ٩٠ .

(١٧) غمز عيون البصائر للحموى ج ٢ ص ٢١١ س ١٦ ، مطبعة دار الطباعة العامرة — الآستانة ١٢٩٠ هـ جزءان لأحمد بن محمد الحموى .

(١٨) نيل الأوطار منتقى الأخبار للشوكانى ج ٥ ص ٢٥٣ س ١٢ ، ١٣ طبعة مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٤٧ هـ .

(١٩) انظر د / محمد فوزى فيض الله ، المرجع السابق صـ ١٠١ / ١٠٢ .

(٢٠) انظر البدائع ج ٧ ص ٦٥/٦٦ الطبعة الأولى ١٣٢٨ هـ / ١٩١٠ م.

الآمر أو السيد أو المخدوم عن الضرر الذى يصيب الغير بسبب نشـــاط التابع ؟ وما هى أحكامها ؟ وما هو أساسها ؟ وما مدى اتفاقها أو اختلافها مع القوانين الوضعية ؟

ـــ ذكرنا أنه لا توجد فى الفقه الاسلامى نظريات عامة ، وانما توجد تطبيقات يمكن من خلالها معرفة الاجابة على تلك التساؤلات • ومن أمثلة التطبيقات فى نطاق المسئولية التقصيرية فى الفقه الاسلامى [٢١] •

(أ) مسئولية الآمر •

(ب) مسئولية المـــكره •

(حـ) مسئولية السيد عن فعل العبد (الرقيق) •

٩ ـــ مسئوليـــة الآمر :

يعرف الآمر فى الفقـــه بأنه « من يأمر غيره على وجه الاســـتعلاء بأن يأتى عملا فى ملك الآمر أو فى ملك الغير » [٢٢] •

والآمر عند فقهاء الشريعة قد يكون باقتضاء الفعل بصـــيغة الأمر أو بغيرها ، ولكنه فى الحالتين لابد أن يكون بجزم دون اكراه ، والمأمور به لا يخلو من أن يكون جائزا فعله أو غير جائز [٢٣] •

فاذا كان الأمر الصادر الى الغير عملا جائزا فى ملك الآمر ، فلا ضمان على المأمور اذا أتلف شيئا نتيجة عمله ، ذلك أن صـــاحب الشأن

---

(٢١) انظر / محمد الشيخ عمرو دفع الله مسئولية المتبوع ص ٢٠ بند ١١ وما بعدها رســـالة دكتوراه ـــ جامعة القاهرة ١٩٧٠ ، د / سالم احمد على الغضر ع مسئولية المتبوع عن فعل التابع ص ٤٠ وما بعدها رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٨٨ م •

انظر ضمان المتلفات فى الفقه الاسلامى د / سليمان محمد أحمد ص ٦٣٦ وما بعدها طبعة ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م مطبعـــة المجلد العربى ـــ المســـئولية التقصيرية عن فعل الغير فى الفقه الاسلامى للدكتور / سيد أمين ، رســـالة من جامعة القاهرة ص ١٥٥ وما بعدها ـــ طبعة ١٣٨٤ هـ / ١٩٦٤ م •

(٢٢) انظر كتاب أصول الفقه للاستاذ زكريا البرديسى ص ٤١٦ •

(٢٣) انظر المرجع السابق فى نفس الموضع •

وقـد أمره يكون قد أذن له باتيـان العمل اذنا صريحا ، والاذن يبيح التصرف فى ملك الآمر وبالتالى تنتفى المسئولية .

ـ أما اذا كان العمل المأمور به فى ملك الغير فاننا نفرق بين ما اذا كان الأمر صادر ممن لاتجب طاعتهم أو صدر ممن تجب طاعتهم كالسلطان والأب والسيد .

١٠ ـ فان كان العمل المأمور به فى ملك الغير صادرا ممن لاتجب طاعتهم فلا عبرة بالأمر بالتصرف فى ملك الآخر سواء كان جائزا أو غير جائز فالمأمور يكون حرا فى اختياره ولا تأثير على ارادته ، لأنه فى الأصل مكلف شرعا بعدم الاضرار بالغير اذ الأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل شرعا ، وبالتالى لايجوز للمأمور أن يطيع أمرا من أحد فى محرم أو مكروه للحديث : « لا طاعة فى معصية انما الطـاعة فى المعروف » (٢٤) وروى برواية أخرى « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » (٢٥) .

ولذلك فان الآمر لايضمن لمجرد أنه أمر حيث يضاف الى الفـاعل الذى قام بالفعل دون من أصدر الأمر (٢٦) .

وتطبيقا لذلك مثل : اذا أمر أحد رجلا عاقلا بالغا بأن يقتل انسانا أو أن يتلف مالا للغير ، فالضمان على الفـاعل ولا شىء على الآمر مالم يكن الآمر مكرها للغير على الفعل المذكور لأنه لا ولاية له عليه أصلا (٢٧) .

---

(٢٤) مسلم « كتاب الامارة » باب ٨ ، أبو داود « كتاب الجهاد » باب ٩٥ ـ النسائى كتاب البيعة باب ٣٣ .

(٢٥) مسند الامام أحمد بن حنبل ، المجلد ، المكتب الاسلامى ودار صادر للطباعة والنشر ـ بيروت ، بلا سنة طبع ص ٦٦ .

(٢٦) انظر رد المحتار ج ٥ ص ٢٠٨ وما بعدها ـ الاشـباه والنظـائر للسيوطى ص١٤٥ طبعة ١٣٧٨هـ ـ ١٩٥٩م الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١١٣ طبعة ١٣٨٧ هـ ـ ١٩٦٨ م حيث جاء فى القواعد الكلية « ان الآمر لا يضـمن بالأمر » وجاء فى المـادة ٨٩ من مجـلة الأحكام العدلية « يضـاف الفعل الى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا » .

(٢٧) جاء فى مجمع الضمانات ص ١٠٦ « رجل قال لآخر اخرق ثوب فلان فخرقه فالضمان على الذى خرقه لا على الآمر .. » وجاء فى المـادة ٨٩ من مجلة الأحكام العدلية « يضاف الفعل الى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا » .

ففى هذه الحالة تكون المسئولية على الفاعل دون الآمر غير أن انعقاد المسئولية عليه أى على الفاعل هنا يقتضى بالضرورة أن يكون الفاعل بالغا عاقلا أما اذا كان المأمور صبيا غير مميز أو كان مجنونا فلا ضمان عليه مطلقا بل الضمان يكون على الآمر مثال ذلك :

رجل قال لصبى محجور عليه اصعد هذه الشجرة ، وانفض ثمارها، فصعد الصبى وسقط وهلك كان على الآمر دية الصبى ، وكذا لو أمره بحمل شىء أو كسر حطب يضمن ، وكذلك لو أمر صبيا باتلاف مال آخر فأتلفه ضمن الآمر (٢٨) فالمأمور ببلوغه وعقله مسئول حتى وان كان من لحق به الضرر هو الآمر نفسه (٢٩) . فمثلا : لو أمر شخص آخر بأن يضع حجرا فى الطريق العام ثم عثر به الآمر وعطب فالضمان على واضع الحجر (٣٠) .

وكذلك لو قال لآخر : اشرع جناحا من ذلك أو ابن دكانا على بابك فعطب به الآمر أو غلامه . ضمن المأمور ، وعلة وقوع التبعة على المأمور دون الآمر هى : أن الأمر اذا لم يكن من نوع الاكراه ، لا يؤثر فى اختيار الفاعل وارادته وإن العمل الذى أمر به وقع منه بالمباشرة حال كونه مختارا ، وهو مكلف من قبل الشارع بعدم الاضرار بالآخرين والشريعة

---

(٢٨) مجمع الضمانات ص ١٥٦ / ١٥٧ — جامع الفصولين ج ٢ ص ٧٨ الطبعة الأولى ، المطبعة الكبرى الميرية ببولاق — مصر المحمية سنة ١٣٠١ هـ .

(٢٩) جاء فى رد المحتار ج ٥ ص ٢٠٨ / ٢٠٩ « الآمر لا ضمان عليه بالأمر الا فى ستة « اذا كان الآمر سلطانا او ابا او سيدا او المأمور صبيا او عبدا أمره باتلاف مال غير سيده واذا أمره بحفر باب فى حائط الغير غرم الحافر ورجع على الآمر » .

وجاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٤٥ « اذا افتاه أهل الفتوى باتلاف ثم تبين خطؤه فالضمان على المفتى والموظف فيما يفعله بأمر من هو فى واجب طاعته كالمستفتى والمفتى بملاحظة ضابط صحة الآمر وكلاهما مغرور أو مأذون » .

(٣٠) جاء فى مجمع الضمانات ص ١٨١ « رجل أمر رجلا بوضع الحجر فى الطريق فعطب به الآمر ضمن الواضع وكذا لو قال له اشرع جناحا من ذلك او ابن دكانا على بابك فعطب به الآمر أو غلامه وكذا لو بنى الآمر للمأمور بأمره ثم عطب به الآمر ضمن من الخلاصة » .

لا تجيز للمأمور المكلف أن يطيع أحدا فى محرم أو مكروه لأنه كما ذكرنا « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » .

١١ — اذا كان الأمر الصادر للمأمور من السلطان أو من فى حكمه:

فاذا كان المأمور به جائزا فعله كما اذا كان الآمر ممن تجب طاعتهم كالسلطان والأب والسيد . كان فعل المأمور كفعل الآمر ، وذلك اذا كان تنفيذ الأمر بقصد الامتثال والطاعة بغير تعد . فى هذه الحالة يكون فعل المأمور كفعل الآمر ، ويكون المأمور غير ضامن ، لأنه معذور فى طاعة السلطان أو من يمثله (٣١) أو الوالدين أو السيد ، وهو كالآلة فى أيديهم، وينتفى وصف التعدى فى جانبه ونصب المسئولية فى ذمة الآمر ، لأن المأمور فى مثل هذه الحالة يكون فى حالة شبيهه بالاكراه وخاصة الاكراه الأدبى فوجوب الطاعة على المأمور يجعله مجبرا على التنفيذ أى أن هناك نوعا من الاكراه (٣٢) .

والقاعدة الشرعية تقول « بتقديم المباشر على المتسبب ، وتقديم المتسبب الأقرب على المتسبب البعيد » .

وهذا التعليل يستتبع مسئولية الآمر اذا كان مكرها للمأمور أو كان أمره شبيها بالاكراه بحسب العادة كأمر السلطان أو أمر المسئول فى الدولة لعماله وأمر السيد لعبده والمؤجر لأجيره .

---

(٣١) جاء فى قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للامام محمد عز الدين عبد العزيز عبد السلام السالمى المتوفى ٦٦٠ هـ . ج ٢ طبعة ١٣٨٨ هـ — ١٩٦٨م . ص١٣٢ ولو أمر السلطان العادل العالم بأحكام الشرع بقتل رجل بغير حق فقتله الجلاد جاهلا بذلك فان الضمان يجب على الامام دون الجلاد وان كان الجلاد مختارا غير ملجىء » طبعة دار المعرفة ببيروت .

(٣٢) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٠١ .

وذهب بعض الفقهاء الى أن مجرد أمر السلطان لايعتبر اكراها اذا كان المأمور لايخاف منه لو لم يمتثل أمره ولكن البعض جعل مجرد أمره اكراها ولو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمتثل[٣٣] .

ويذهب الشافعية : بأن من أمر (وكان عاقلا بالغا) باحداث فعل ضار بالغير نفسا أو مالا فالضمان على الآمر سلطانا كان أو غير سلطان الا اذا تجاوز المأمور ما أمر به وكان الأمر صحيحا شرعا ، فان كان المأمور به غير مشروع فالضمان على المأمور ولا يفرق المذهب بين الموظف العام وغيره فى الاعفاء من المسئولية المدنية بل ان الحكم عنده عام[٣٤] .

أما المالكية فيرون أن من يعتبر أمره اكراها فان الضمان يكون عليه وحده ، والمأمور يعاقب زجرا ، لأنه وان كان مضطرا الى الفعل ، الا أن هذا الاضرار لا يبيح المحرم وقال ابن جزىء « اذا كان الأمر فاسدا فان الضمان انما يكون على المأمور فقط » [٣٥] والمعتمد فى المذهب المالكى أنه يرى الضمان على المكره والمكره[٣٦] .

أما الحنابلة : فيشترطون فى اعفاء المأمور من المسئولية أن يكون الأمر صحيحا ولا فرق لديهم بين أن يكون الآمر له سلطانا أو ليس له سلطانا ويكون الأمر صحيحا عندهم اذا صدر الأمر

---

(٣٣) جاء فى مجمع الضمانات ص ١٥٨ « وفيه عن عدة خرق ثوب انسان بأمر غيره ضمن المخرق لا الآمر والذى يضمن بالأمر السلطان أو المولى اذا أمر فتنه وفيه عن الزخيرة ضمن الآمر لو سلطانا لا لو غيره اذ أمر السلطان اكراه اذ المأمور يعلم عادة أنه يعاقبه ان لم يمتثل أمره بخلاف غير السلطان فيضمن السلطان لا مأموره ، وفيه عن السير الكبير أن مجرد أمر الامام ليس باكراه لو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمتثل أمره وفيه من الناس من جعل مجرد أمره اكراها ولوكان المأمور لا يخاف منه لو لم يمتثل وذكر فى الأشباه أن الأب أيضا يضمن بأمر ابنه » — انظر ايضا جامع الفصولين ج ٢ ص ٧٨ — الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٨٣/٢٨٢ طبعة ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٨ م .

(٣٤) الأم ج ٦ ص ٧٦ / ٧٧ ، حاشية البجيرمى على شرح المنهج ج ٤ ص ٤٤٢ .

(٣٥) القوانين الفقهية لابن جزىء المالكى ص ٣٣٠ .

(٣٦) يراجع ابن رشد فى البداية ج ٢ ص ٣٨٨ .

من عاقل بالغ وكان المأمور يعتقد أن المأمور به مشروع كأمر السيد لعبده(٣٧) .

١٢ — مسئولية المكره فى الفقه الاسلامى :

الاكراه فى الاصطلاح :

اجبار الشخص على الاتيان بأمر لا يلزمه شرعا بتهديده بالأذى إن لم يفعله (٣٨) .

وعرفت مجلة الأحكام العدلية الاكراه بأنه « اجبار أحد على أن يعمل عملا بغير حق من دون رضاه بالاخافة » (٣٩) .

ويسمى من وقع منه التهديد بالأذى مكرها « بكسر الراء » ومن وقع عليه التهديد مكرها « بفتح الراء » ، والشىء المهدد به مكرها به والشىء الذى فعله مكرها عليه .

١٣ — شروط تحقق الاكراه (٤٠) :

صرح الفقهاء بأن الاكراه معياره نفسى وهو مايحدث فى النفس

---

(٣٧) يراجع المغنى لابن قدامه ج ٩ ص ٤٧٨ ، ج ١ ص ٤٧٩ .

(٣٨) انظر د / زكريا البرديسى « الاكراه بين الشريعة والقانون » مجلة القانون والاقتصاد العدد الثانى ، السنة الثلاثون ، مارس ١٩٦٠ ص ٣٧٧ .

(٣٩) مجلة الأحكام العدلية المادة (٩٤٨) .

(٤٠) انظر الاشباه والنظائر للسيوطى « ما يحصل به الاكراه » ص ٢٠٨، ٢٠٩ حيث جاء به « ... ولا بد فى كل ذلك من أمور : أحدهما : قدرة المكره على تحقيق ما هدد به بولاية أو تغلب أو فرط هجوم . ثانيهما : عجز المكره عن دفعه بهرب أو استغاثة أو مقاومة . ثالثهما : ظنه انه إن امتنع مما اكره عليه أوقع به المتوعد .رابعهما : كون المتوعد مما يحرم تعاطيه على المكره » .

وجاء فى مجمع الضمانات الطبعة الأولى ١٣٠٨ هـ المطبوعة بالمطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر الخيرية ، الباب الرابع عشر فى الاكراه ص ٣٠٤ بان « الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان أو غيره وان غاب المكره عن نظر من اكرهه يزول الاكراه ذكره قاضى خان ، ونفس الأمر من السلطان اكراه من غير تهديد ووعيد ومن غيره لا الا أن يعلم المأمور بدلالة الحال انه لو لم يمتثل أمر بقتله او بقطع عضوه أو بضربه ضربا يخاف على نفسه أو تلف عضو ... » .

من خوف وتأثير ان لم يتحقق وقوع الضرر ولكى يتحقق هذا المعيار النفسى حتى نكون بصدد اكراه مؤثر يلزم تحقق الشروط الآتية جميعها فاذا فقدت أو فقد واحد منها لم يتحقق الاكراه شرعا •

(أ) أن يكون المكره قادرا على تنفيذ ماهدد به سواء أكان من الولاة والحكام أم من عامة الناس فان لم يكن قادرا على تنفيذ ماهدد به لعجزه أو استطاعة المكره الافلات مما هدد به لم يتحقق الاكراه •

(ب) أن يغلب على ظن المكره ايقاع ماهدد به فى الحال اذا لم يمتثل ، فان لم يغلب على ظنه وقوع ماهدد به لايتحقق الاكراه •

(ح) أن يكون الشىء المهدد به مما يشق على المكره تحمله ، وهذا أمر يختلف باختلاف الناس ، فرب شىء يعتبر اكراها فى حق شخص بينما لايكون كذلك فى حق غيره •

(د) أن يكون الاكراه بغير حق ، وهو مالا يقصده معه الوصول الى غرض مشروع فان الاكراه الذى يقصد منه الوصول الى غرض مشروع لا يكون اكراها معتبرا ، ولا تأثير له على صحة التصرفات أصلا ، كاجبار المدين على بيع ماله لوفاء الدين ، واجبار المالك على بيع أرضه لتوسيع المسجد أو الطريق العام عند الحاجة الى ذلك •

١٤ ــ أنواع الاكراه [٤١] :

يتنوع الاكراه عند الحنفية باعتبار قوته ودرجة تأثيره الى نوعين [٤٢] : ــ

الأول : الاكراه الملجىء أو الكامل : وهو التهديد بقتل النفس أو باتلاف عضو ، أو بالضرب الشديد الذى يخشى منه تلف النفس أو العضو أو بالعمل المهين لذى الحاجه •

---

(٤١) انظر ضمان المتلفات فى الفقه الاسلامى ، رسالة دكتوراه ، د / سليمان محمد احمد ، ط اولى ١٤٠٥ هـ ١٩٨٥ م ص ٦٣٣ وما بعدها •
(٤٢) مجلة الأحكام العدلية المادة ٩٤٩ •

الثانى : الاكراه غير الملجىء أو الناقص : وهو التهديد بما سوى ذلك مما يشق على النفس احتماله ، كالضرب اليسير الذى لايؤدى الى اتلاف النفس أو العضو وكالحبس غير المديد أو اتلاف بعض الأموال .

ولقد اختلف الحنفية والجمهور فى مدى تأثير الاكراه على الرضا والاختيار لدى الانسان . فالاكراه : يعدم الاختيار والرضا عند الجمهور للتلازم بين الرضا والاختيار عندهم (٤٣) .

أما الحنفية : فان الاكراه اذا كان ملجئا فهو يفسد الاختيار ولا يعدمه ، واذا كان غير ملجىء لايفسد الاختيار بل يبقى معه صحيحا لقدرة المكره على تحمل ماهدد به (٤٤) .

وفائدة هذا التقسيم عند الحنفية أن الاكراه الملجىء أو الاكراه التام هو وحده الذى يعتبر نافيا للضمان عن المأمور المكره ، وعليه فلو أكره انسان على اتلاف مال لغيره وكان الاكراه تاما ، فان الضمان يكون على المكره وحده ، لأنه المتلف من حيث المعنى والمكره بمنزلة الآلة على معنى أنه مسلوب الاختيار ، وان كان الاكراه ناقصا أو غير ملجىء ، فالضمان على المكره لأن الاكراه الناقص لايفسد الاختيار بل يبقى معه صحيحا ، وبالتالى لا يجعل المكره آلة المكره ، لأنه لا يسلب الاختيار أصلا (٤٥) .

---

(٤٣) يعرف الجمهور الاختيار : « بأنه القصد الى العبارة المنشئة للعقد بحيث تكون ترجمة عما فى النفس ودليلا على الرغبة فى اثر العقد » وهو نفس تعريف الرضا عندهم .انظر ذلك المدخل الى الفقه الاسلامى د / عيسوى أحمد عيسوى « نظرية العقد » ص ٤٠٤ / ٤٠٥ ، ص ٥٢٤/٥٢٥ .

(٤٤) **يعرف الحنفية الاختيار** : بانه القصد الى النطق بالعبارة المنشئة للعقد سواء اكان ذلك عن رغبة فى انشائه أم لم يكن » والرضا : هو الرغبة فى أثر العقد عند التلفظ بما يدل على انشائه » انظر فى تعريف ذلك د / عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ص ٤٠٤ ، ص ٥٢٤/٥٢٥ .

(٤٥) جاء فى مجمع الضمانات ، الباب الرابع عشر « فى الاكراه » ص ٣٠٥ « وان أكره على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك ولصاحب المال أن يضمن الآمر لأن المكره =

أما عند جمهور الشافعية : على الأرجح عندهم ان الضمان مشترك على المكره والمستكره ، لأن الاتلاف صدر من المستكره حقيقة من غير واسطة ومن المكره بالتسبب ، والمباشرة والتسبب فى الفعل سواء فاسويا فى ايجاب الضمان حيث لا فارق بحد الصدور الحقيقى والسببى للعقل ، ولكن يستقر تحمل الضمان فى النهاية على المكره فى الأصح ، ومن المعلوم أن الاكراه عند الشافعية نوع واحد وهو الاكراه الملجىء ، أما غير الملجىء فلا يسمى اكراها (٤٦) .

أما المالكية : فيوجبون الضمان على المكره لأن المكره على اتلاف المال للغير كالمضطر الى أكل طعام الغير لاباحة فعل كل منهما ، فكما يجب ضمان المضطر يجب ضمان المكره (٤٧) .

= آله للمكرة فيما يصح آلة له ...» — انظر بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٦ ط ١ ١٣٢٨ هـ / ١٩١٠ م . جاء فى المادة ١٠٠٧ من مجلة الأحكام العدلية انه « لو قال احد لآخر اتلف مال فلان والا قتلتك او أقطع احد اعضائك ، واتلف ذلك ، ويكون الاكراه معتبرا ويلزم الضمان ، على المجبر فقط ، واما لو قال اتلف مال فلان والا اضربك او احبسك واتلف ذلك فلا يكون الاكراه معتبرا ، ويلزم الضمان على المتلف فقط » .

« وجاء فى الأشباه والنظائر للسيوطي ط ١٣٧٨هـ / ١٩٥٨م ص ٢٠٣ وفصل الإمام فخر الدين واتباعه فقالوا : ان انتهى الاكراه الى حد الالجاء لم يتعلق به حكم ، وان لم ينته الى ذلك ، فهو مختار ، وتكليفه جائز شرعا وعقلا ... » .

(٤٦) جاء فى الاشباه والنظائر للسيوطي ط ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٩ م ص ٢٠٣ « قال الغزالي فى البسيط : الاكراه يسقط اثر التصرف عندنا الا فى خمس مواضع ، وذكر إسلام الحربى ، القتل ، والارضاع ، والزنا ، والطلاق اذا اكره على فعل المعلق عليه ... وذكر النووي فى تهذيبه : انه يستثنى مائة مسالة لا اثر للاكراه فيها ... واما من باب الاتلاف فلا يسقط الحكم المترتب عليه ، وتسقط العقوبة المتعلقة به الا القتل على الأظهر ... ، ولاكراه على اتلاف مال الغير ، فانه يطالب بالضمان وان كان القرار على المكره فى الأصح » — انظر حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ج ٢ ص ٣٩٠ وما بعدها — قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للامام العز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٣٢ ط ١٣٨٨ هـ / ١٩٦٨ م . المجموع ج ٩ ص ١٥٩ .

(٤٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٤٤ مطبعة دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبى — الخرشى ج ٤ ص ٢٤٨ ط ١ =

أما الحنابلة : فقالوا انه لو أكره أحد على اتلاف مال مضمون فأتلفه فالضمان على من أكرهه وحده فى وجه • الا أنه يحق لصاحب المال مطالبة المكره المتلف ويرجع به على المكره ، لأنه معذور فى ذلك الفعل ، والوجه الآخر : ان الضمان عليهما (٤٨) •

١٥ ــ مسئولية السيد عن الرقيق :

قبل أن نتطرق الى مسئولية المتبوع فى الفقه الاسلامى لنا أن نتساءل هل يعتبر السيد فى الفقه الاسلامى متبوعا بحيث يسأل عن الأضرار التى تلحق الغير نتيجة أفعاله غير المشروعة ؟

العبد فى حقيقة الأمر هو انسان له نشاط يتم لحساب صاحبه والمسئولية عن نشاطه أو عن أخطائه تتضمن ملامح من المسئولية عن فعل التابع •

فلو أمر السيد عبده بفعل شىء ففعله وترتب عليه اتلاف مال لغيره فالضمان على السيد • ووجهة ذلك : أن أمر السيد لعبده يعتبر من قبيل الاكراه المعنوى لوجوب طاعة العبد لسيده ، فيكون كأنه مجبر على الفعل مثل الصبى بالنسبة لأمر والده أو معلمه ولأن الغرم بالغنم فأمر السيد يستتبع نفعا يجنيه من عمل رقيقه أو تابعه وبالتالى يكون السيد مسئولا عن نتائج أمره (٤٩) •

= سنة ١٣١٧هـ المطبعة العامرة الشرقية بمصر • الفروق للقرافى جـ٢ ص٢٠٨، ويرى الأستاذ زكريا البرديسى ، المرجع السابق ص ٥٥ « أن اتلاف مال الغير لا يباح الاقدام عليه خصوصا عند المالكية الذين يستدلون بهذا القياس أيا اكل طعام الغير عند الاضطرار فهو مباح ، لذلك كان القياس قياس مع الفارق » •

(٤٨) منار السبيل فى شرح الدليل لابراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ج ١ ص ٤٣٧ ط ١ سنة ١٣٧٨ هـ •

(٤٩) انظر غمز عيون البصائر ، شرح الأشباه والنظائر لأحمد الحموى ص ٩٨٢ مطبعة دار الطباعة العامرة ١٢٩٠ هـ ــ مجمع الضمانات ص ١٨٥ النظرية العامة للموجبات فى العقود فى الشريعة الاسلامية ، لأحمد فهمى أبو سنة مطبعة دار التأليف بمصر ١٨٣٧ هـ / ١٩٦٧ م ج ١ ص ٢٢٩ • الأشباه والنظائر لابن نجيم تحقيق وتعليق عبد العزيز محمد الوكيل ص ٢٨٣ مطابع سجل =

وجاء فى المبسوط « واذا حفر العبد بئرا فى طريق المسلمين فوقع فيها رجل فقال المولى أنا كنت أمرته بذلك وصدقه ولى الجناية برىء العبد من الجناية بتصادقهم على ذلك وانحق لايعدوهمـا فتكون الدين فى مال المولى لأن اقراره بالحفر كان من العبد بأمره بمنزلة اقراره بأنه حفـر بنفسـه » (٥٠) .

أما اذا أمر أحد عبدا محجورا لغيره باتلاف مال غير مال سـيده فأتلفه فالضمان على سـيده ثم يرجع بمـا غرمه على الآمر . لأن الآمر صار غاصبا للعبد بأمره مستعملا له فى ذلك الفعل (٥١) . لأن هذا الحكم يقابل النفع الذى يجنيه الآمر من فعل العبد بالضرر الذى يترتب عليـه طبقا لقاعدة « الغرم بالغنم » (٥٢) .

أما لو أمر العبد باتلاف مال سيده فأتلفه فلا ضمان على الآمر لعدم الفائدة لأن الآمر لو ضمن لرجع على سيد العبد بما ضمنه علاوة على أنه بهذا الأمر لم يصر غاصبا لما له وانما صار غاصبا للعبد وهو لم يهلك وأما المتلف فمال السيد بفعل عبده فجاء فى مجمع الضمانات « .. ولو أمره باتلاف مال مولاه فأتلفه لم يضمن الآمر » (٥٣) .

هـذا ويستطيع السيد التخلص من مسئوليتـه عن الأضرار التى تحدث للغير بفعل عبده بالتخلى عن العبد المخطىء (٥٤) .

= العرب ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٨ م — جامع الفصولين ج ٢ ص ٧٨ — المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٥١٢ .

(٥٠) أنظر المبسوط للسرخسى ج ٢٧ ص ٢٦ طبعة ١٣٢٤هـ .

(٥١) انظر رد المحتار ج٥ص ١٧٦ « اذا كان العبد مأذونا فلا ضمان على الآمر » — جاء فى مجمع الضمانات ص ١٥٨ « لو أمر قن غيره باتلاف مال رجل يغرم مولاه ثم يرجع على آمره لأنه مستعمل للقن فصار غاصبا ولو أمره بابان او قال له اقتل نفسك ففعل يضمن الآمر قيمته » انظر أيضا غمز عيون البصائر للحموى ج ٢ ص ٩٨ سنة ١٢٩٠ هـ .

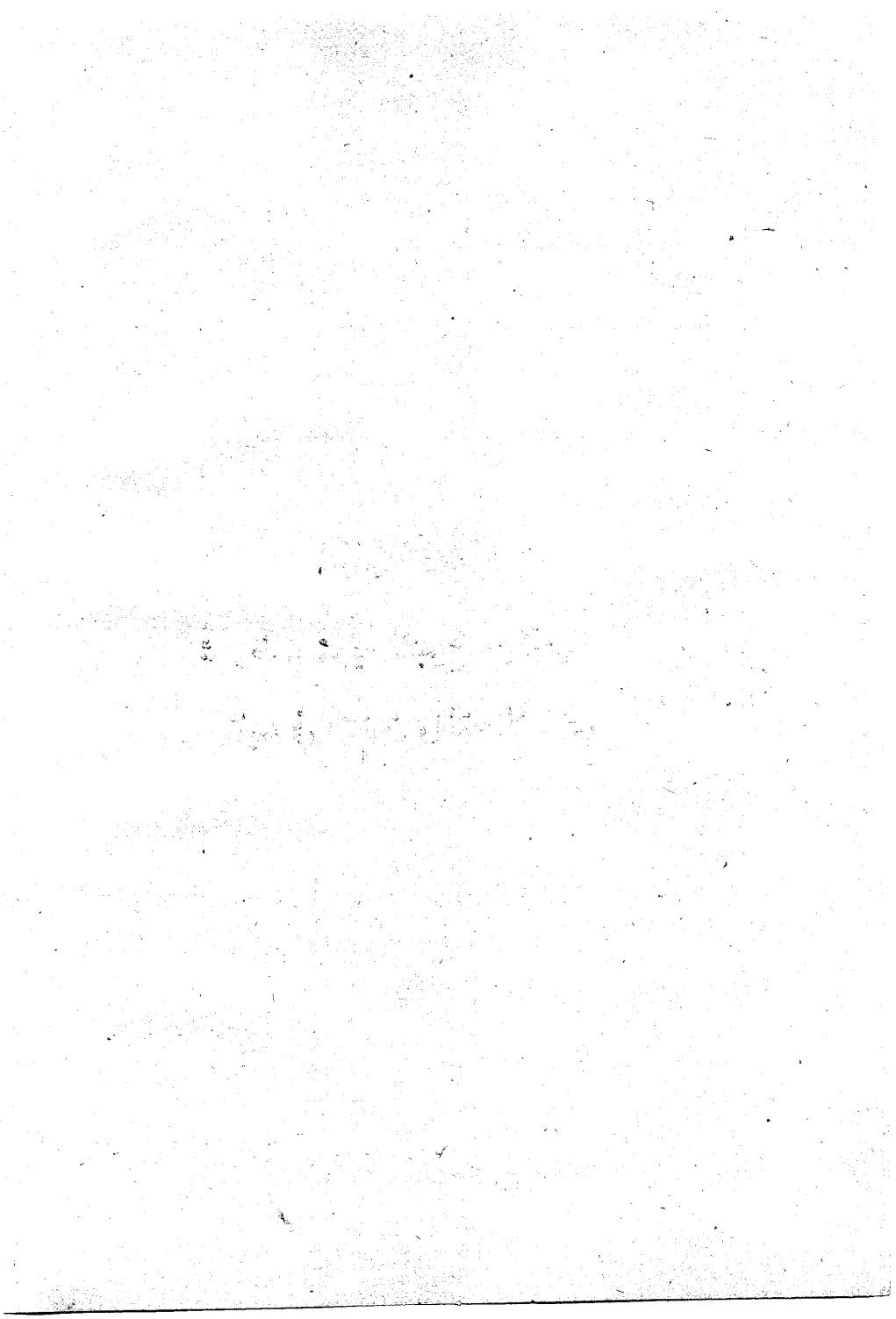
(٥٢) جامع الفصولين ج ٢ ص ٨٠ لمحمود بن اسرائيل الشهير بابن قاضى — المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ١٣٠٠ هـ — غمز عيون البصائر للحموى ج٢ ص ٩٨ .

(٥٣) مجمع الضمانات ص ١٥٨ للبغدادى .

(٥٤) جاء فى المبسوط للسرخسى ج ٧٧ ص ٢٦ «اذا جنى العبد جناية خطأ فمولاه بالخيار ان شاء دفعه بها ، وان شاء فداه بالأرش ... » .

الباب الأول

شروط مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه فى القانون والفقه الإسلامى



الباب الأول

شروط مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه فى القانون والفقه الاسلامى

١٦ — نتناول فى هذا الباب شرح الشروط الواجب توافرها لتحقق مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه فى القانون ، والفقه الاسلامى فى فصلين على الوجه الآتى :

الفصل الأول

شروط مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه فى القانون

١٧ — نتناول فى هذا الفصل بيان الشروط التى بمقتضاها تتحقق مسئولية المتبوع عن انحراف التابع لنطاق اختصاصه الوظيفى ، والتى يمكن لنا أن نستخلصها من نص المشرع المصرى فى المادة ١٧٤ مدنى حيث جاء به :

« ١ — يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٢ — وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكون المتبوع حرا فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعليه فى رقابته وتوجيهه » .

والنص السابق يوضح لنا أن المشرع اشترط لتحقق مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه فى القانون المدنى وجود :

(أ) علاقة تبعية .

(ب) حدوث الضرر بخطأ التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها .

فاذا ماتوافر الشرطان السابقان تحققت مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه .

وسوف نتناول هذين الشرطين بالشرح فى مبحث على الوجه الآتى :

المبحث الأول

علاقـــة التبعيـــة (١)
"Le Lien de préposition"

١٨ — ان تحليل علاقة التبعيـة التى تربط بين شخصين تمثـل

(١) **انظر فى الفقه المصرى :** د/ احمد سلامه ، مذكرات ، فى نظرية الالتزام (مصادر الالتزام) ص ٣٠٨ وما بعدها طبعة ١٩٧٨م — د/ **اسماعيل غانم** ، مصادر الالتزام ط ١٩٦٨ ص ٤٣٧ وما بعدها — د/ توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزامات ، مصـادر الالتزام ج ١ ط ١٩٧٨م ص ٣٧٤ وما بعدها . د/ عبد الناصر توفيق العطار ، مصادر الالتزام — المصـادر غير الارادية فى القانون المدنى المصرى ص ٧٩ وما بعدها — د/ عبد الودود يحيى ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ، مصـادر الالتزام ط ١٩٨١م ص ٢٥٧ وما بعدها د/ عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ط ١٩٧٤م ص ٦٦٢ وما بعدها . د/ عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ص ٥٢٤ وما بعدها الناشر مكتبة سيد وهبه — د/ عبد الرزاق احمد السنهورى ، الوسيط فى شرح القـانون المدنى . « مصـادر الالتزام » المجلد الثـانى ص ١٤٢٢ وما بعدها ط ١٩٨١م — د/ عبد الحميد الشواربى ، عز الدين الدناصورى ، المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضـاء ص ٢٨٣ وما بعدها ط ١٩٨٨م — د/ عبد المجيد الحكيم ، الموجز فى شرح القانون المدنى ج ١ مصادر الالتزام ط ٤ مطبعة العانى — بغداد ص ٥٧٢ وما بعدها — د/ محمد لبيب شنب ، دروس فى نظرية الالتزام « مصادر الالتزام » ط ١٩٧٧/٧٦م ص ٣٨٠ وما بعدها — د/ مصطفى محمد الجمال ، النظرية العامة للالتزامات ج ١ مصـادر الالتزام ص ٤٠٨ وما بعدها ط ١٩٨٥م .

انظر الفقه الفرنسى :

— MICHEL, GALCHER-BARON, LES OBLIGATIONS, 2198 P. 190-192. No 640.

ديمولومب Demogue المتود ، ج ٨ ، فقـرة ٦١٠ ٢٩١ وما بعدها . بودرى لاكانترى وبارد ، القانون المدنى ج ٤ فقرة ٢٩١ وما بعدها . ديموج Dengue ، الالتزامات ج ٥ فقرة ٨٦ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان ، القـانون المـدنى ج ٦ الالتزامات فقرة ٦٤٠ وما بعدها — روديير Rodiere ، المسئوليـة المدنيـة فقـرة ١٤٧٣ وما بعدها — مازووتنك ، مطول المسئولية المدنيـة ، الطبعة السادسـة ج ١ فقرة ٨٧٨ ، سافاتييه ،

صعوبات كثيرة بسبب اختلاف الحالات التى تكون العلاقة قابلة لتغطيتها ولقد اختلفت الآراء حول العناصر المكونة لعلاقة التبعة ، وبالتالى تعددت المعايير التى وضعت للكشف عن تلك العلاقة سواء فى القانون الفرنسى أو المصرى ، وهناك معايير مختلفة اقترحها الفقه والقضاء للكشف عن هذه العلاقة لاسيما : معيار الاختيار ، معيار السلطة « الخضوع » ، معيار الهدف وفرض الوسائل ، معيار الوظيفة .

هذا وسنعالج هذه المعايير فى مطالب على الوجه الآتى :

= Savatier ، المسئولية المدنية ، ط ٢ ، ج ١ فقرة ٢٩٠ وما بعدها طبعة ١٩٥١م — مونيك Monique فى رسالة من باريس ١٩٥٦ بعنوان « فكرة التبعية فى مسئولية المتبوع » ص ٢٦ وما بعدها — سيمون فى رسالة من جرينوبل ١٩٦٢ بعنوان « مسئولية المتبوع » ص ١١ وما بعدها — Flourj-Les Rapports de Commettant à préposé dans l'article 138 H lu Code Civil Thése ' Cean 1933 p. 90.

المطلب الأول

معيار الاختيار [٢]

١٩ — يتطلب القانون الفرنسى [٣] فى المادة ١٣٨٤ فى فقرته الخامسة توافر علاقة التبعية كشرط جوهرى لتحقق مسئولية السادة والمتبوعين عن الأضرار التى تسبب فيها خدمهما وتابعيهما بانحرافهم ، وفى سبيل الكشف عن علاقة التبعية • ذهب رأى فى الفقه الفرنسى الى الاستناد الى عامل الاختيار كعنصر أساسى ووحيد للقول بوجود تلك الرابطة ، وعلى ذلك فالمتبوع طبقا لأنصار هذا الرأى الذى يمثل الفقه التقليدى فى فرنسا هو من يقوم باختيار تابعه • فعلاقة التبعية توجد بين شخصين قام أحدهما باختيار الآخر ، ورأوا فى بناء المسئولية على الاختيار ماتحفز المخدوم على اليقظة فى اختيار خادمه [٤] •

— ولكن لايشترط فى الاختيار أن يتولاه المخدوم بنفسه ، وانما يكفى أن يتولى الاختيار عن المخدوم خادم عنده ، ويستوى فى ذلك أن

---

(٢) انظر فى ذلك ديمولومب De molobe ، الالتزامات ج ٣١ بند ٦١٠ ص ٥٣٠ — ٥٣٣ بودرى لاكانترى وبارد ، القانون المدنى ج ٤ فقرة ٢٩١١ ، ٢٩١٢ — انظر محمد الشيخ دنع الله ، المرجع السابق ص ٢٠٣ وما بعدها •
د / محمود السيد عبد المعطى خيال ، العلاقة بين مسئولية المتبوع ومسئولية حارس الأشياء غير الحية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ص ١٤ وما بعدها — د / مصطفى مرعى ، المسئولية المدنية فقرة ١٩٥ وما بعدها ص ١٨٥ وما بعدها ط ١٩٣٦ •

(٣) La préposition édictée par l'article 1384 a liné a 5 du code civil s'applique aux maitres et commeltants pur les dommages causés par leurs domestiques et prépcses. En lanage moderne Elle s'applique aux Employeurs pour les dommages causés par leurs salariés - MICHEL LE GALCHER - BARON, les OBLIGATIONS P. 190 N 641.

(٤) انظر : Bourjom : le Droit commun de la France livre VI Titre IIIch I Pothier tome II. P 50 No 131.
د / بهجت بدوى ، مسئولية المتبوع عن أعمال التابع ، رسالة بالفرنسية ص ١٣ باريس ١٩٢٩ م •

يكون الخادم الذى تولى الاختيار قد تلقى تفويضا من سيده أو أن يكون قد أجرى الاختيار من تلقاء نفسه ودون أن يفترض سيده (٥) .

— وقد سار القضاء فى فرنسا ومصر فى أحكامه القديمة هذا الرأى حيث كان يتطلب القضاء أن يكون المتبوع حرا فى اختيار تابعه ، وحرية الاختيار هذه تخول للمتبوع السلطة فى الاشراف على التابع ورقابته فيما يعهد اليه من أعمال أى أن السلطة وفقا لهذا المفهوم ماهى الا نتيجة للاختيار (٦) .

وتطبيقا لذلك قضت المحاكم الفرنسية « بعدم مسئولية صاحب المدرسة عن الفعل غير المشروع الذى يقع من أحد مدرسيه طالما أن هؤلاء الأخيرين قد قامت الوزارة باختيارهم دونما اعتبار للمتبوع من حق للاشراف والرقابة على هؤلاء المعلمين » (٧) .

٢٠ — ألا أن معيار الاختيار كركن ضرورى لقيام علاقة التبعية قد تعرض لانتقادات كثيرة من جانب الفقه على الوجه الآتى (٨) :

(١) أن حرية الاختيار التى كان يتطلبها القضاء لقيام علاقة التبعية لم تعد مطلقة . فمن الممكن أن يكون الاختيار مقيدا لا بممارسة

---

(٥) انظر بودرى لاكانترى وبارد ، القانون المدنى ، ج ٤ بند ٢٩١٢ .

(٦) حكم محكمة السين فى ٢٧ فبراير ١٩٠٩ ، المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ١٩١١ — ١٤٥ ، DOUAIE ٢٥ فبراير ١٩٢١ : جازيت دى باليه ١٩٢١ — ١ — ٥٨٥ ، غرانض ٤ يونيه ١٩٢٩ : دالوز ١٩٢٩ — ١ — ١٥٣ وقضت محكمة استئناف اسيوط فى ٢٤ يناير ١٩٢٨ حيث قررت « أن الخدمة العسكرية تكليف واجب على كل مصرى ، وليس للحكومة حرية اختيار الجنود ، فلا يمكن أن تكون علاقتهم بالحكومة علاقة السيد بخادمه ، وعلى ذلك لا تسأل وزارة الحربية عن جناية ارتكبها احد الجنود خصوصا اذا لم يقم الدليل على خطأ الوزارة فى الحادث موضوع دعوى التعويض » (المحاماة ٨ — ٥٠٧ رقم ٣٣٣ اشار اليه الدكتور مصطفى مرعى ، المرجع السابق ص ١٨٦ — انظر ايضا نقض مصرى ٢٧ مارس ١٩٣٠ مجلة القضاء السنة ١٩ ص ١٩ .

(٧) Demotobe ، المرجع السابق ، بند ٦١٠ .

(٨) انظر د / محمود السيد عبد المعطى خيال ، المرجع السابق ، ص ١٥ وما بعدها .

المتبوع الا من بين عدد محدد من المرشحين • وفى هـذه الحالة لايكون الاختيار حرا • وقد قضت المحاكم الفرنسـية بمسئوليـة المتبوع عن الأشخاص الذين يختارهم من بين عدد محدد من المرشحين (٩) •

(ب) ان الاختيار لايعنى بالضرورة وجود سلطة للمتبوع على التابع ففى المشروعات الكبيرة رئيس العمال Comtremaitre يقوم بتوجيه العمال ورقابتهم ولا يكون متبوعا لهم سواء قام باختبـارهم أو لم يقم بـذلك (١٠) •

حـ — كما وجه انتقادا آخر الى معيار الاختيار بأنه لم يقدم تحليلا كافيا لعلاقة التبعية وخاصة فيما يتعلق بالمتبوع العرضى فقـد يختـار شخص تابعا ويضعه تحت تصرف شخص آخر ، حيث قضت المحـاكم بمسئولية المتبوع العرضى دون المتبوع الأصلى (١١) • بل ذهبت محكمة النقض المصرية (١٢) والفرنسـية (١٣) الى القول بوجود علاقة التبعيـة ولو لم يكن المتبوع قد اختار تابعيه حيث تقوم رابطة التبعية على سلطة الرقابة والتوجيـه •

٢١ — وأمام الانتقادات التى وجهت الى معيار الاختيار • نجد أن المحاكم الفرنسية وان بدأت باشتراط اختيار السيد لتابعـه اختيارا حرا الا أنها تراجعت عن ذلك وخففت من تشددها فى حرية هذا الاختيار فاعتبرت شرط الاختيار متوافرا ولو كان السيد مقيدا فى اختيار تابعـه

---

(٩) عرائض فرنسى ٢٠ فبراير ١٩١٨ ، سيرى ١٩٢١ — ١ — ٣٦١ .

(١٠) فلور Flour المرجع السـابق ص ٩٢ .

(١١) نقض مصرى فى جلسة ١٩٤٣/٢/١٥ م — مجج — ١٧٢ — ٦٢٥ — نقض مدنى فرنسى فى ٢٥ اكتوبر ١٨٨٦ : دالوز ١٨٨٧ — ١ — ٢٥٥ .

(١٢) قضت محكمة النقض المصرية فى الطعن رقم ٤١٧ لسـنة ٣٤ ق . جلسة ١٩٦٩/٧/٣ م س ٢٠ ص ١٠٩٤ « بانه وان كان قيـام رابطة التبعية لا يتنضى أن يكـون المتبوع حرا فى اختيار تابعه الا انه يشترط لقيـام هـذه التبعيـة أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه ... » نقض مدنى الطعن رقم ٤٨١ لسـنة ٤٣ ق . جلسة ١٩٧٨/١١/٢٣ م منشور بالموسوعة الذهبية ص ٨٠ بند ١٧٥ .

(١٣) نقض مدنى فرنسى ٢٣ يونيه ١٨٩٦ سيرى ١٨٩٨ — ١ — ٢٠٩ ، عرائض ٢٤ يناير ١٩٢٣ : اللوز : ١٩٢٣ — ١ — ٥٥ .

من بين عدد معين من الأشخاص تتوافر فيهم شروط معينة ، أو كان قد اقتصر أن يطلب من جهة الادارة أن تندب له جنديا يقوم بحراسة منشئاته .

ثم تدرجت المحاكم — فلم تعد تكتفى بالاختيار كشرط وحيد لوجود التبعية ، بل تطلبت فوق ذلك سلطة المتبوع فى اعطاء الأوامر والتوجيهات للتابع (١٤) .

وهكذا تخلت المحاكم الفرنسية عن شرط الاختيار ولم تعد ترتب مسئولية السيد على مجرد الاختيار بل ذهبت الى القول بأن مسئولية المتبوع لا تستمد من شرط الاختيار بل تقوم على سلطة الرقابة والتوجيه (١٥) حتى ولو لم يكن للسيد حق فى اختيار تابعه (١٦) .

---

(١٤) وفى هذا يقول مازو ، المسئولية المدنية بند ٨٨٠ .

"Demoins en moins soins souvent, la Condition du choix se trouve rappelée par les arréts II n'est pas douteux qu'ils tendent a la faire disparitre, au moins a l'obsorber dans la deuxième condition exigée pour qu'i ait rapport de pdéposition : du subordination".

مشار اليه فى بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية ، د / سليمان مرقس ط ١٩٨٧ ص ٤٥٢ .

(١٥) جاء فى حكم لمحكمة باريس ١٤ مارس ١٩٣٠ دالوز ١٩٣٠ — ٢ — ١١٥

La responsobilité du commettanat ne dédive pas necassairement du choix qu'il a fait de son préposé, elle procède sur tout d'un rapport du subor-dination consistant dans le droit du commettant au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir à titre temporaire ou permanent avec ou sans renumeration même en l'obsence de tout lauge de service, l'emploique lui est confié. Pour un temps et un objet déterminés quelle que soit d'ailleurs la condition sociale des parties"

— ومع ذلك ظلت بعض الاحكام أمينة على فكرة الاختيار حيث استندت الى انعدام اختيار التابع بواسطة المتبوع لتقرير عدم وجود علاقة التبعية ، أنظر فى ذلك : ليون ٥ فبراير ١٩٤٢ : سيرى ١٩٤٢ — ٢ — ٤٨ — ليل ٥ فبراير ١٩٤٣ جازيت دى باليه ١٩٤٣ — ٢ — ٩٣٦ .

(١٦) أنظر ديموج ، المرجع السابق ، ج ٥ نبذة ٨٨٦ .

ـ أما المحاكم المصرية فقد سارت من حيث التطور بالنسبة لشرط الاختيار مثلما سارت المحاكم الفرنسية فمنها ماقضى بأن أساس مسئولية المتبوع افتراض خطئه فى اختيار تابعه (١٧) ، ومنها مابنى هذه المسئولية على افتراض خطأ السيد فى اختيار تابعه أو فى رقابته (١٨) ، ومنها ماقضى بأن هذه المسئولية لاتقوم قانونا على مظنة خطأ السيد فى اختيار خادمه وفى مراقبته اياه (١٩) .

ـ هذا وقد خالف جانب من الفقه ماذهب اليه الفقه التقليدى الفرنسى والمحاكم الفرنسية فى أحكامها القديمة،وقالوا ان مجرد اختيار التابع لايكفى لجعل السيد مسئولا عنه ولابد أن يكون على السيد واجب رقابة تابعه وتوجيهه (٢٠) بل منهم من اكتفى بهذا الواجب الأخير ولو لم يكن هناك اختيار (٢١) . وهؤلاء جميعا متفقون على اعتبار أساس مسئولية السيد الخطأ المفترض سواء كان فى الاختيار أو فى الرقابة أو فيهما معا .

---

(١٧) استئناف اسيوط ١٩٢٨/١٠/٢٤ ، المحاماة ٨ ـ ٥٠٧ حكم رقم ٣٣٣ سبق الاشارة اليه .

(١٨) نقض جنائى مصرى ١٩٣٩/١١/٦ ـ ملحق القانون والاقتصاد ١٠ ـ ٣٣ ـ ١٣ .

(١٩) نقض جنائى مصرى ١٩٣٠/٣/٢٧ ، مجموعة القواعد الجنائية ، ص ٦ رقم ١٤ .

(٢٠) مازووتنك ، مطول المسئولية المدنية ، ط ٦ ج ١ فقرة ٨٧٩ ـ دالنت Dallant ، فكرة التابع فى المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى ، رسالة بواتييه ١٩٢٧ ص ٤٣ وما بعدها ـ بيرتران Bertrant ، فكرة التابع الحديث ، رسالة اكس ١٩٣٥ ص ٢٩ وما بعدها ـ فلور Flour ، علاقات المتبوع بالتابع » رسالة كان ١٩٣٣ ـ مونيك Monique ، فكرة التابع فى مسئولية المتبوع ، رسالة باريس ١٩٥٦ ص ٧ ـ بلانيول وريبير واسمان ، القانون المدنى ج ٦ ، الالتزامات فقرة ٦٤١ ـ روديير Rodiere ، المسئولية المدنية فقرة ١/١٤٧١ ص ١٠٦ .

(٢١) سافاتييه Savatier ، المسئولية المدنية ، الطبعة الثانية ج ١ فقرة ٢٩١ ـ لالووازار Lalou et Azard ، المسئولية المدنية طبعة سادسة ـ فقرة ١٠٢٣ .

المطلب الثـــانى

معيـــار السلطـة (٢٢)

« الخضـــوع »

٢٢ ذهب غالبية الفقه (٢٢)

(٢٢) أنظر فى الفقه الفرنسى : مازووتنك ، المرجع السابق ، ج ١ فقرة ٨٨٢ ص ٩٥٥ — سافاتييه Savatier ، المرجع السابق ، ج ١ فقرة ٢٨٩ ص ٣٦٩ ، لالووازارد ، المرجع السـابق ، فقرة ١٠٢٣ ص ٥٧٤ — بلانيول وريبـير واسـمان ، المرجع السـابق ج ٦ فقرة ٦٤٢ ص ٨٩٩ ، نانوبلسى Na Nopoules فى رسالة من باريس ١٩٥٢ بعنوان « التخفيف من مسـئولية المتبوع عن فعل تابعه » ص ١١٩ وما بعدها — مونيك Monique فى رسـالة من باريس ١٩٥٦ م بعنوان « فكرة التبعية فى مسئولية المتبـوع » ص ٢٦ وما بعدها .. سـيمون فى رسالةمن جرينوبل ١٩٦٢ بعنوان « مسـئولية المتبوع » ص ١١ وما بعدها . ديمـوج Demouge ، المرجع السـابق ج ٥ فقرة ٨٨٦.

أنظر فى الفقه المصرى : د/ السنهورى ، المرجع السـابق ص ١٤٢٢ بنـد ٦٧٧ وما بعـده — د/ توفيق حسن فـرج ، المرجع السـابق ص ٢٧٤ وما بعدها — د/ عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٥٢٤ وما بعدها — د/ محمد حسين منصور ، محاضرات فى نظرية الالتزام ، ص ٣١ وما بعدها — د/ مأمون الكزبرى ، نظرية الالتزامات فى ضوء قانون الالتزامات والعقـود المغربى ج ١ مصـادر الالتزامات ، ص ٤٥٥ وما بعـدها — د. مصطفى محمـد الجمـال ، المرجع السـابق ، ص ٤٠٩ وما بعـدها . د/ عبد الناصر العطار ، المرجع السابق ، ص ٧٩ وما بعدها — د. احمـد سلامه ، المرجع السـابق ، ص ٣٠٨ وما بعدها — د عبد الودود يحيى ، المرجع السـابق ، ص ٢٥٧ وما بعـدها — د/ محمـد لبيب شنب ، المرجع السـابق ، ص ٣٠ وما بعدها — د/ اسـماعيل غانم ، المرجع السـابق ، ص ٤٣٧ وما بعدها — د/ محمود الخيال ، المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها د / سـالم احمـد على الغص ، المرجع السـابق ، ص ٩٥ وما بعـدها د/ مصطفى مرعى ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ وما بعدها — محمد الشـيخ عمر دفع الله ، المرجع السـابق ، ص ٢١١ وما بعدها — د/ عبد الحميـد الشوارىى ، عز الدين الدناصورى ، المرجع السابق ، ص ٢٨٣ وما بعدها .

والقضاء[٢٣] فى فرنسا ومصر الى القول بأن مسئولية المتبوع عن التابع انما تفترض علاقة تبعيـــة تربط بين المتبوع والتابع تلك العـــلاقة مضمونها ، السلطة التى للمتبوع على التـــابع والتى بمقتضـــاها يخضع التابع لأمره ونهيه واشرافه حيث تتميز هذه العلاقة بالخضوع ، وهـــذه السلطة قد يكون مصدرها اتفاق « عقـــد العمل » وقد يكون مصـــدرها القـــانون[٢٤] .

وعلاقة التبعية توجـــد حيث توجد السلطة والخضـــوع ، والسلطة بالنسبة للمتبوع والخضوع بالنسبة للتابع ، حيث يكون للمتبوع اعطـــاء الأوامر والتوجيهات للتابع ، فيما يتعلق بالعمل المكلف به ، وخضوع هذا الأخير لهذه الأوامر والتعليمات المتعلقـــة بالكيفية التى ينفذ بهـــا العمل

---

(٢٣) **أنظر فى الفقه الفرنسى** : المراجع التى ذكرت فى الهامش المذكور ســـابقا رقم (٢٢) ص ٢٩ وأنظر :

MICHEL LE GALCHER, BARON 1982, P. 190 N. 641 "le application de la présomption suppose donc qu'existent des rapports de salaries à employeurs le plus sovent un contrat de travail unira le salarie à son employeur. Mais cela n'est pas obligatoire, la jurisprudence applique l'article 1384 alinéa 5 du code civil même en l'absence de contrat de travail, des lors qu'en fait une personne exerce sur une autre un pouvoir de direction, de contrôle et de surveillance la qualité d'employeur résalte du pouvoid de donner de ordres au des instductions à une personne dans l'exercice de ses Fonctions".

انظر فى الفقـــــه المصرى ، هامش (٢٢) المذكـــور عاليـــه ص ٥١ — د/ محمود جمـــال زكى ، الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون ج ١ ، ١٩٦٨ ص ٦١٨ فقرة ٢٩٥ .

(٢٤) جاء فى نقض مدنى فرنسى بتاريخ ١٩٥٥/١٠/١٥ جازيت دى باليه ١٩٥٥ — ٢ — ٣٤٥

"Cette responsabilité (des commets de fait de leurs préposés) suppose entre eux un lien de commettant à préposé caractérisé par la subordination.

وقضت محكمة النقض المصرية فى الطعن رقم ٦٥٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ٨ — ٥ — ١٩٧٦ م س ٢٩ ص ١١٨٠ بأن « مقتضى حكم المـــادة ١٧٤ من القانون المدنى أن علاقة التبعية تقوم على السلطة الفعلية التى تثبت للمتبوع فى رقابة التابع وتوجيهه ... » منشور بالموسعة الذهبية ص ٧٨ بند ١٧١ .

الذى استخدم من أجله [٢٥] ، فرابطة التبعية أجمع غالبية الفقه والقضاء على تحققهـا متى كانت للمتبوع على التـابع سلطة فعليـة ورقابة فى توجيهـه [٢٦] .

ـ واختلف الفقه والقضاء حول **ماهية هذه السلطة** : وقيـل فى هذا الصدد معايير مختلفة فذهب البعض الى القول بأنطبيعة السلطة المستمدة من رابطة التبعية انما هى ترجع الى تبعيـة اقتصادية واجتماعية ،والبعض الآخر قال انها ترجع الى التبعية القانونية ، والبعض قال ان التبعية انما هى ترجع الى التبعيـة الفعلية أو السـلطة الفعلية للمتبوع على التـابع

هذا ونتناول شرح هذه المعايير التى قيلت فى بيـان ماهيـة سلطة المتبوع على تابعه على الوجه الآتى :

---

(٢٥) انظر فلور واوبرج ٢ سنة ١٩٨٦ ، المرجع السابق ، ص٢٤٠ نبذة ٧١٣ .

(٢٦) فلور Flour ، المرجع السابق،ص١١١ـ سافاتييه المطول فى المسئولية المدنيـة ١٩٥١ ص ٣٦٩ ـ مازو ، المطول فى المسئولية المدنيـة فى القانون الفرنسى طبعة ٤ ج ١ ص ٨١٤ حيث جاء فيـه « يجب لاعتبار الشخص متبوعا أن يكون مالكا للحق المطلق فى توجيه ورقابة التابع كذلك فيما يتعلق بتنفيذ العمل الذى استخدم من أجله وان يكون هذا الاخـير غير متمتع بأى اسـتقلال فى ذلك التنفيذ » .

انظر : د / محمود جمـال زكى : الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون ج ١ ، ١٩٦٨ ص ٢٩٤ بند ١٤١ ـ السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١١٤٦ بنـد ٦٧٧ ـ د/ سليمان مرقس « الوجيز فى الالتزامات ص ٣٩٨ بند ٤٣٩ د/ عبد الودود يحيى ، المرجع السـابق ص ٢٥٧ ـ د/ اسماعيل غانم ، المرجع السـابق ص ٤٣٧ .

الفرع الأول : معيـــار التبعيـــة الاقتصادية والاجتماعية

La subordination économique et Sociale

٢٣ — مضمون المعيـــار :

قال بعض الفقهاء يؤيده القضاء أن السلطة التى يملكها المتبوع على التابع بمقتضى علاقـــة التبعية ترجع الى خضوع التابع له اقتصاديا ، لأنه مضطر الى كسب عيشه من عمله اضطرارا يجعله تابعا اقتصاديا لرب العمل « المتبوع » أى يعتمد اقتصاديا عليه(٢٧) علاوة على أن العـــامل

---

(٢٧) سافاتييه savatier ، المرجع الســـابق ط ٢ ، ج ١ ، فقرة ٢٨٩ ص ٢٦٩ ، فقرة ٢٩٩ ص ٢٨٤ — تعليق بدالوز ١٩٢٣ — ١ — ٥ حكـم نقض ١٩٢٢/١/١٣ حيث جاء فيه « حاول الفقهاء القدامى عبثـا ، تأسيس مســئولية أصـــحاب الاعمـــال على توافر سلطة الاشراف والرقابة التى يمارسونها فى كيفية انجـــاز الاعمـــال التى عهـــدوا بها الى من استخدموهم بخصوصها ، ولذلك لجأوا فى ذلك الأمر الى فكرة طبيعة العقـــد ، والقول بوجود تلك العلاقة حيث وجد عقـــد العمل وانتفائها بانقضـــائه ، وبالتـــالى انتفاء مســـاءلته كذلك ان وجد عقد للمقـــاولة ، الا أن معيار طبيعة العقـــد أخفق بدوره فى توضيح من هو المقـــاول ، كمـــا لم يفسر لنـــا أساس مساءلة رب العمل أحيانا عن أفعال ذلك المقاول بصفته تابعا له . **ولذلك فان الأساس الوحيد لتلك المســـاءلة يتمثل فى تبعية من وقع منه الفعل غير المشروع تبعية اقتصادية ، هذه التبعية بذاتها** كافية لجعل هؤلاء العمـــال مجرد تابعين لذلك المستفيد من عملهم والذى عليـــه من الناحية الأخرى ان يتحمل مغـــارمه ، فعندما نستخدم طبيبا أو محاميا فكيف نميز التـــابع منهم أو المقـــاول ؟ ثم ان المقاول نفسه يخضع لرقابة رب العمل مما ينتفى معه فى ذلك الصدد اى فرق بين التابع والمقـــاول . لذلك كان لا بد من اللجوء الى فكرة أخرى لاجراء ذلك التمييز ، فالمقـــاول هو الذى يعمل مستقلا عن رب العمل من حيث النـــاحية الاقتصـــادية فهو رجل مقتدر يعمل ويعيش دون الاعتماد على من يتعاقد معه . بينمـــا العكس من ذلك ، فان العامل يعتمد على من تعاقد معه ، ويوقف عليه قوته العاملة مســـتخدما فى ذلك أدوات متبـــوعة » . دالانت Dallant ، فى رسالته ص ٨٧ وما بعدها — بيسون Bosson ، تعليق بدالوز ١٩٢٨ — ٢ — ١٣ تحت حكم محكمة ديجون Dijon فى ٢٠ يوليه ١٩٢٧ — بلانيول وريبر واسمان ، المرجع السابق ، ج ٦ فقرة ٦٤٢ ص ٩٠٠ هامش (١) د/ ســـالم أحمد الغص ، المرجع السابق وما بعدها — محمد الشيخ عمر ، المرجع السابق ص ٢٢٢ وما بعدها — د. محمـــود الخيـــال ، المرجع الســـابق ص ٢٢ وما بعدها .

ينتمى الى طبقة اجتماعية أدنى من طبقة المتبوع ، وبالتالى لايتعامل معه على قدم المساواة ، ولقد ذهب أنصار هذا الرأى الى أن معيار التبعية الاقتصادية والاجتماعية ضمان لاعسار التابع • كما أن هذا المعيار يكون معيارا للتمييز بين التابع والمقاول (٢٨) •

— وكان أول من قال بهذا المعيار الأستاذ كيش (٢٩) Cuche سنة ١٩١٣ وهو بصدد التمييز بين عقد العمل وعقد المقاولة Contrat de travail, ou louage de service وقد أخذه عنه الأستاذ سافاتييه(٣٠) ، وأنصار نظرية الغنم بالغرم وطبقوه على مفهوم التابع •

— وقال أنصار هذا المعيار فى معرض **التفرقة بين عقد العمل والمقاولة:** **انه لا يجوز التعديل على دفع المقابل للتمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل لأن العامل قد يتقاضى أجره بالزمن وقد يتقاضاه بالانتاج وهو يقوم فى الحالة الأولى جهد عمله ويقدم فى الثانية نتاج هذا العمل • وأن مايميز العامل بالانتاج عن المقاول هو المركز الاقتصادى والاجتماعى للخاضع أو التابع ، وهذه الفكرة يجب تطبيقها بالنسبة لوصف التابع ، فالتابع هو الذى لايقف على قدم المساواة مع صاحب العمل والتابع تبعا لهذا المفهوم: هو شخص خاضع ليس قانونا فقط ولكنه خاضع اجتماعيا واقتصاديا ، فهو يعيش فى ملك صاحب العمل من هذه الناحية (٣١) ، علاوة على أنه يعمل فى ملك سيده بأدوات سيده فى حين أن المقاول يعمل بأدواته الخاصة تحت**

---

(٢٨) انظر فلور Flour ، المرجع السابق ، ص ٧٠ وما بعدها •

(٢٩) مقال فى المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ص ٤١٢ •
"Rev-Crit : Du Rapport de dependence élément constitutif du contrat de travail".

ومقال آخر عن نفس الموضوع تحت عنوان نظرية العامل وضابط التبعية الاقتصادية ، داللوز الاسبوعى ١٩٣٢ ، فقه ، ص ١٠١ •
"La definition du Salairé et le caritérium de la dépendance economique".

(٣٠) انظر تعليق سافاتييه بداللوز ١٩٢٣ — ١ — ٥ — حكم نقض ١٩٢٢/١/١٣ م والمشار اليه سابقا •

(٣١) بيسون Besson تعليق فى داللوز ١٩٢٨ — ٢ — ١٣ •

مسئوليته وبطريقة مستقلة [٣٢] وعلى ذلك فالتابع هو من يكون خاضعا اقتصاديا واجتماعيا للمتبوع .

— وقد أخذ **القضاء الفرنسى** فى بعض أحكامه بمعيار التبعية الاقتصادية فى بعض القضايا تأييدا لهذا المعيار [٣٣] .

٢٤ — وقد انتقد هذا المعيار من جانب بعض الفقهاء [٣٤] :

(أ) ذهب البعض الى القول بأن الأخذ بمعيار التبعية الاقتصادية هو اتجاه غير محدود ولا يصلح للوصول الى نتائج واضحة فى نطاق تحديد المسئولية عن فعل الغير . فالانسان مدنى بطبعه أى أنه يتعاون مع الآخرين فى سبيل سد حاجاته الاقتصادية فلا يوجد شخص لايعتمد اقتصاديا على آخر بطريقة أو بأخرى بل ان الاعتماد متبادل فالخباز

---

(٣٢) سافاتييه Savatier ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٩٧ ، ٢٩٨ ص ٣٧٨ وما بعدها .

"l'entrepreneur est celui qui traite d'egalà egal avec le donneur d'ouvrage, en homme capable de travailler et de vivre sans lui l'ouvrier appuie au Contraire sur son maitre. Son travail et son existence... tandis, que l'entrepreneur ne compte que sur lui-même.... C'est au maître que l'ouvrier a enchainé sa farce de travail il demeure dans une plus ou mains large mesure aux risques de son patron, vit des affaides de ce patron, dans son ombre et dans son arbitre..."

(٣٣) جاء فى حكم بواتييه ٥ ديسمبر ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — ٢ — ٧٣ « ان مساءلة المتعاقد مع قاطعى الخشب بوصفه متبوعا وذلك عن الاخطاء التى تقع من هؤلاء رغم استقلالهم التام فى تنفيذ ما عهد اليهم من أعمال ، ورغم تخيرهم الساعات التى ينجزون فيها ما تعاقدوا عليه ، وذلك لتبعيتهم الاقتصادية التى توجب مساءلة من تعاقد معهم عن الاضرار التى تلحق نتيجة افعالهم الخاطئة » — حكم محكمة السين ٣ مايو ١٨٧٢ دالوز ٨٧٣ — ٢ — ٢٠١ .

(٣٤) انظر فى عرض هذه الانتقادات د/ محمود الخيال ، المرجع السابق ، ص ٢٤ وما بعدها — محمد الشيخ عمر ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٥ ص ٢٢٠ وما بعدها — د / سالم أحمد الفص ، المرجع السابق ، ص ٩١ وما بعدها .

متبوع للمزارع حيث يشترى منه القمح أو الدقيق ، والمزارع يعتبر تابعا للجزار حيث يعتمد الأول على الثانى اقتصاديا فى شراء المواشى منـه ، هـذا من ناحيـة .

علاوة على أن العامل قد يعمل عند أكثر من صاحب عمل ويمارس عملا مستقلا اقتصاديا وبالتالى ليست التبعيـة لرب العمـل مطلقـة[٣٥] بل العكس من ذلك يمكن القول بأن صاحب العمل « المتبوع » هو الذى يخضع اقتصاديا لعماله باعتبـار أن نشـاط المصنع ونجاحـه يتوقف على مدى الكفـاءة المهنيـة لهؤلاء العمـال ومطـالبهم المتعلقة بالأجـور ، وعلى كل ذلك يتوقف الانتـاج وجـودته ، وتحديد أسـعار المبيـع المجزية والقابلة للتسويق [٣٦] .

وخلاصـة القول : بأن معيار التبعة الاقتصادية والاجتماعية معيار غامض لأنه فكرة متبادلة فالكل تابعون اقتصاديا بعضهم لبعض .

(ب) كما أن هذا المعيار من شأنه أن يقصر فكرة التبعية على طائفـة رجال الأعمال فقط فى حين أن اعتبـار الشخص متبوعا لا يقتصر فقط على هـذه الفئـة [٣٧] .

(حـ) والقول بأن التبعية الاقتصادية تقدم ضـمانا للمضرورين من اعسار التابع هو قول غير كاف[٣٨] ، فبالاضافة الى أن الاعسار لايفترض، فان هذا الضمان لا يلعب دورا فى حالة التـأمين من المسئوليـة ، كما أن الاعسار لايرتبط بوضع اقتصادى أو اجتماعى معين فاذا كان من يعمـل تحت وضع اقتصـادى أو اجتماعى معين غير قادر على تعويض نتـائج عمله بصـفة عامة لأنه معسر ، فانه يمكنه فى ظروف معينة تحمل نتائج عمـله ، على العكس من ذلك فصاحب المشروع الصناعى الكبـير الذى

---

(٣٥) فلور Flour ، فى رسالته ، المرجع السابق ، ص ٧١ وما بعدها.
(٣٦) اسـمان ، مسئولية المتبوع ، المجلة الانتقادية ١٩٢٤ ص ١٩٥ .
(٣٧) د/ محمد الشيخ عمر ، المرجع السـابق ، فقرة ١٧٥ ص ٢٢٥ .
(٣٨) د/ محمود الخيال ، المرجع السـابق ، ص ٢٥ .

تعتبره نظرية التبعيـــة الاقتصـــادية نموذجا للمتبوع يمكن أن يكون غير قادر على تعويض الضرر الجسيم الذى يسببه مشروعه(٣٩) .

(د) ان فكرة التبعية الاقتصادية ليست الا عودة الى فكرة الأجر اذ أن فئـــة الأجراء هى التى تتحقق لهـــا التبعيـــة الاقتصـــادية بينما القانون فقهـــا (٤٠) وقضـــاءا (٤١) لم ير ضرورة للأجـــر للقول بتحقق عقـــة التبعيـــة .

(هـ) أن القول بمعيار التبعيـــة الاقتصادية ليس الا رجوعا لمعيـــار سلطة الاشراف والرقابة عندما يقرر أنصاره أن التبعية الاقتصادية هى التى تبرر اصـــدار الأوامر والتعليمات أى تبرر ممارسة المتبوع لحقـــه فى اصدار الأوامر والتعليمات ووجوب خضـــوع التـــابع لتلك التعليمات والتوجيهـــات (٤٢) .

(و) كذلك فان معيار التبعيـــة الاجتماعيـــة معيـــار غامض نظرا لصعوبة تطبيقه لأنه لايمكن التفرقة بين المتبوع والتابع بحسب الفروق البسيطة فى الطبقات الاجتماعيـــة علاوة على أنه يتنـــاقض مع الوضع القانونى للمتبوع والتابع لأنه ليس من القانون الارتباط بالحالة الاجتماعية للشخص لمعرفـــة ما اذا كان له صـــفة التـــابع أم لا . فالذى يربط بين الأشخاص هو العقد بينهم دون اعتبار للحالة الاجتماعية لأطرافه (٤٣) .

---

(٣٩) فلور Flour ، المرجع الســـابق ، ص ٧٢ .

(٤٠) راجع : د/ اسماعيل غانم ، قانون العمل ، ١٩٦٢ ، فقرة ٦١ — د/ محمد لبيب شنب ،قانون العمل فقرة ٣٣ ، د/ محمد على عمران ، عقـــد ١٩٨٥ ص ٤٦ وما بعدها — د/ حمـــدى عبد الرحمن ، قانون العمل ، ١٩٦١ ص ٥٠ — د/ محمود جمال زكى ، عقد العمل ، الطبعة الثانية ١٩٨٢ رقـــم ١١٩ .

(٤١) نقض مصرى ٢٩ مارس ١٩٦٧ م ، مجموعة احكام النقض ، س١٨ ص ٦٨٨ .

(٤٢) Vernesco : فكرة التبعية وفكرة الوظيفة ، باريس ١٩٣٣ ص ٥٩ .

(٤٣) Flour ، فى رســـالته ص ٧٠ وما بعدها ، ص ٨٠ وما بعدها .

(ز) وفوق ذلك نجد أن هذه الفكرة ليست صحيحه فى ذاتها ،وأنها تتعارض مع المبادىء المقرة ، لأن التسليم بها يتنـــافى مثلا مع حق المتبوع فى الرجوع على تابعه بمبلغ التعويض ، ذلك الرجوع الذى تنص عليـــه المادة ١٧٥ مدنى مصرى (٤٤) .

ـــ **وأمام هذه الانتقادات** رفض القضـــاء(٤٥) ، وغالبيـــة الفقه(٤٦) التبعية الاقتصادية والاجتماعية كمعيار لعلاقة التبعية .

---

(٤٤) انظر د / محمد حلمى بهجت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٨١ وما بعدها سنة ١٩٢٩ .

(٤٥) استئناف ديجون اول مارس ١٩٢٦ داللوز الاسبوعى ١٩٢٦ — نقض مدنى ٢٢ يونيه ١٩٣٢ : داللوز الاسبوعى ١٩٣٢ — ٣٩٣ — نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٦٤ : مجلة الاسبوع القانونى ١٩٦٥ — ٢ — ١٤١٢٥ — تعليق رودبير Rodière .

(٤٦) بلانيول وريبر واسمان ، المرجع الســـابق ، ج ٦ ص ٨٩٩ فقرة ٦٤٢ — نانوبلسى Nonopoulos ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ ، ١٢٣ — مونيك Monique ، المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعـــدها — مازووتنك ، المرجع الســـابق ، ج ١ ص ٩٥٦ فقرة ٨٨٤ — فلـــور Flour فى رســـالته ص ٢٧٣ ، ص ٨٨ .

الفرع الثـانى : معيار الخضـوع القانونى

La subordination Juridique

٢٥ — ان العنصر الأساسى كما ذكرنا فى تحديد رابطة التبعيـة التى توجب مسئولية المتبوع عن فعل تابعه الضار وفقا للمادة ١٣٨٤/٥ فرنسى (٤٧) ، والمـادة ١٧٤ مدنى مصرى ، هو وجود رابطة قانونيـة بين المتبوع والتـابع يتمتع بمقتضاها بسلطة الاشراف والرقابة والتوجيه قبل التـابع .

٢٦ — وذهب جانب من الفقه الى القول بأن هذه السلطة والرقابة **تقوم على عقـد العمل بين العامل وصـاحب العمل** . الا أن ذلك ليس الزاميا ، وأن الفقه يطبق الفقرة الخامسة من القانون المدنى الفرنسى فى حالة عـدم وجود عقـد عمل حتى يقوم المتبوع بالفعـل بممارسة سلطة الادارة والمراقبة والاشراف على آخر اذ أن صفة صاحب العمل تنتج من سلطة الرقابة والتوجيه واعطـاء الأوامر التى تقوم فى هـذه الحالة على السلطة القانونية . لأنه قـد يحدث فى بعض الحـالات أن قانونا أو لائحة يخول شخص أن يطلب من آخر أداء أعمال على وجـه الالتزام تحت رقابته واشرافه وفى هـذه الحـالة يعتبر الأول : متبوعا والثانى : تابعا ومن هنا تخضع العلاقة بينهما لأحكام مسئولية المتبوع عن فعل التابع (٤٨) .

وقضت **محكمـة النقض المصرية** بأن « مؤدى نص المـادة ١٧٤ من القانون المدنى ... أن علاقة التبعية تقوم على توافر الولاية فى الرقابة والتوجيه بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية فى اصدار الأوامر الى التابع

---

(٤٧) انظـــر : MICHEL GALCHER-BARON التزامات ١٩٨٢م ص ١٩٠ بند ٦٤١ .

(٤٨) انظر : جســتان ، الالتزامات ، الطبعة الأولى ص ٨٨٥ .

فى طريقــة أداء عمله ، وفى الرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها ... » (٤٩) .

فجوهر معيــار الخضوع القانونى هو : أن يكون لشخص حق اعطاء الأوامر والتوجيهات لآخر وأن يخضع الأخير لتعليمات وتوجيهات الأول، وهذا الحق يستمده المتبوع من القانون أو العقد (٥٠) .

٢٧ ــ ولقد وجه الى هذا المعيار انتقادات من قبل الفقــه :

(أ) ان وجود علاقــة قانونية بين شخصــين لايتطلب بالضرورة وجود علاقة تبعيــة فعلاقة التبعية لاتوجــد بين الشركات والجمعيــات الرياضية من ناحية وبين الشركاء فى هذه الجمعيات من ناحية أخرى ، كما أن علاقة التبعيــة لاتوجد بين الأعضاء فى الشركة بالرغم من وجود رابطة قانونيــة بينهم (٥١) .

(ب) ان علاقــة التبعيــة قــد توجد بين شخصين خارج الاطــار القانونى ، وهو مااستقر عليه القضاء فهذه العلاقة قد تنشأ من علاقات المجاملة ، كما أنه قد توجد بين أفراد الأسرة الواحدة (٥٢) .

---

(٤٩) ســافاتييه Savatier ، المرجع الســابق ، ج ١ فقرة ١٨٩ وما بعدها ص ٣٧٨ ، فقرة ٢٩٦

"Mois une simple relation légale de Travail equivoit à un Contrat de travail".

(٥٠) نقض مدنى فى ١٩٧٥/١١/١ م فى الطعن رقم ١٣٨ س ٤٤ ق — وانظر ايضــا « فى معرض علاقة وزارة التربية والتعليم بالمدارس الحرة ومدى توافر رابطــة التبعية بينهما متى كان لها عليها سلطة فعلية ورقابة وتوجيــه من خلال ما نص عليه القــانون رقــم ٣٨ لســنة ٤٨ » . نقض مــدنى فى ١٩٦٣/٦/٢٠ مجموعة احكام النقض ــ المكتب الفنى ١٤٠ ــ ٨٨٨ .

(٥١) نقض مدنى فرنسى ٣٠ ابريل ١٩٤٧ : داللوز ١٩٤٧ ــ ٣٠٥ ، مجــلة الاسبوع القانونى ٩٤٧ ــ ٢ ــ ٣٦٢٨ .

(٥٢) انظر فلور Flour ،فى رسالته ، ص ٢٤٢ وما بعدها . وذهب عكس ذلك الاستاذ سافاتييه « الى أن علاقة التبعية لا تنشــأ عن علاقات المجاملة لانها لا تعطى للشخص حق اعطاء الاوامر والتوجيهات الى من يقدم

(ح) كما لوحظ أن ثبوت هذا الحق من شأنه أن يقصر علاقة التبعية، ومسئولية السيد على الحالات التى تكون فيها بين السيد والتـابع رابطة قانونية منشئة لهذا الحق (٥٣) .

ومما سبق نجد أن معيار الخضوع القانونى ، وان كان يصح لتمييز عقد العمل الا أنه لا يقدم تحليلا كافيا لوجود علاقة التبعية . ولذلك ذهب غالبية الفقه الى القول بأن مفهوم رابطة التبعية انما ينبنى على السلطة الفعلية فى رقابة التابع وتوجيهه أيا كان منشأ هذه السلطة ، عقدا أو غير عقد ، ولو لم يكن للسيد حق اختيار تابعه وهذا مانتناوله بالشرح فيمايلى:

الخدمة مجانا ، وعلى ذلك فلا يكـون له صـفة التـابع » . انظر فى ذلك سافاتييه ، المرجع السـابق ، ج١ فقرة ٢٨٩ ، ص ٣٦٩ .

Celui à qui un service qratuit est rendu ne serai pas un Commettant car il ne possède aucun ddoit d'exiger ou de diriger ce Service".

(٥٣) انظر ديموج ، المرجع السـابق ج ٥ نبـذة ٨٨٦ — جوسران De l'abus des droit ١٩٠٥ ج ٢ نبذة ٥١٠ ص ٤٣٠ وما بعدها — لالو ، المسئولية المدنية ، الطبعة الثانية نبذة ١٠٢٣ .

الفرع الثالث : معيار السلطة الفعلية

٢٨ — لكى تتوافر رابطة التبعية بين المتبوع والتابع والتى تنبنى على السلطة والخضوع قال الفقه [٥٤] يجب أن تقوم على السلطة الفعلية فى الرقابة والتوجيه التى تكون للمتبوع على التابع ، هذه السلطة لا يكون محلها شخص التابع ، وانما يكون محلها العمل الذى يؤديه التابع لحساب المتبوع فالعبرة بالسلطة الموجودة ، والتى يباشرها المتبوع فعلا أو التى يستطيع مباشرتها ، فلا يكفى أن يكون للشخص سلطة قانونية اذا كان لايستطيع مباشرتها .

هذا وقد نص المشرع الفرنسى على ذلك فى المادة ١٣٨٤ فقرة خامسة ، كما نص أيضا المشرع المصرى على ذلك فى المادة ١٧٤ مدنى فقرة ثانية على أن « تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه » .

---

(٥٤) انظر مازووتنك ، المرجع السابق،فقرة ٤٤٧ رقم ٤٢٥ ص ٦٥٩ — فلور واوبير ، المرجع السابق ، فقرة ٧١٥ ص ٢٤٢ . بلانيول وريبير واسمان المرجع السابق ، ج ٦ فقرة ٤٧٥ ص ٦٣٩ .

وانظر : د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤٣٧ وما بعدها — د/ مصطفى الجمال ، المرجع السابق ص ٤٠٨ وما بعدها — د/ مامون الكزبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٥ وما بعدها — د/ محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٣٨١وما بعدها — د/ عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص ٥٧٢ وما بعدها — د/ عبد الناصر العطار ، المرجع السابق ، ص ٧٦ وما بعدها — د/ عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٥٩ وما بعدها — د/ عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص٦٦٢وما بعدها د/ احمد سلامه ، المرجع السابق ، ص ٣٠٨ — د/ عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٥٢٤ وما بعدها — السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٢٣ وما بعدها بند ٦٧٨ وما بعده — د / محمود الخيال ، المرجع السابق فى رسالته ص ٣٢ وما بعدها — د/ سليمان مرقس ، الوافى فى شرح القانون المدنى ج ٢ ،المجلد الثانى ، ص ٨٣٠ وما بعدها — د/ محمود جمال زكى ، المرجع السابق ،فقرة ٢٤١ ص ٢٩٤ وما بعدها .

٢٩ — كما ذهب **القضاء الفرنسى** (٥٥) **والمصرى** (٥٦) **الى الأخذ** بهذا المعيار حيث يلزم أن يكون للمتبوع سلطة فعلية مضمونها « أن يكون للمتبوع سلطة اصدار تعليماته الى التابع فى طريقة أداء عمله الذى عينه له ، وسلطة رقابته فى تنفيذ هذه التعليمات ومحاسبته على الخروج عليها (٥٧) ، كما فى علاقة الخادم بمخدومه والبواب بمالك العمارة ، المستخدم برب العمل ، والموظف بالحكومة .

— ومصدر السلطة الفعلية **قد يكون عادة علاقة عقدية** بين المتبوع والتابع أى عقد عمل ، فالمستخدم الذى يتقاضى مرتبا من مخدومه يعتبر تابعا ، حيث يتميز عقد العمل عن عقد المقاولة بوجود تبعية بين

---

(٥٥) نقض مدنى فى ١٩٥٧/٣/١ : مجلة الاسبوع القانونى ١٩٥٧ — ٤ — ٥٤ — نقض جنائى فرنسى ١٩٧٢/١/٢٥ مجلة الاسبوع القانونى ١٩٧٢ — ٢ — ١٧١٥٩ .

(٥٦) قضت محكمة النقض المصرية فى الطعن رقم ٨٠٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ م « تقوم علاقة التبعية على توافر الولاية فى الرقابة والتوجيه بأن يكون للمتبوع سلطة فعلية طالت مدتها أو قصرت ، فى اصدار الاوامر الى التابع فى طريقة أداء عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع ، وفى الرقابة عليه فى تنفيذ هذه الاوامر ومحاسبته على الخروج عليها ... وقضت بتاريخ ٢٥ يونيه ١٩٨٠ — مجموعة أحكام النقض ٣١ — ١٨٦٤ — ٣٤٦ « أن علاقة التبعية تقوم كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع فى الرقابة التوجيه ولو كانت هذه الرقابة قاصرة على الرقابة الادارية ، كما تقوم علاقة التبعية على توافر الولاية فى الرقابة والتوجيه بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية فى اصدار الاوامر الى التابع فى طريقة أداء عمله وفى الرقابة عليه فى تنفيذ هذه الاوامر وفى محاسبته سواء عن طريق العلاقة العقدية او غيرها ، وسواء استعمل المتبوع هذه السلطة او لم يستعملها طالما كان فى استطاعته استعمالها » . انظر نقض مدنى الطعن رقم ٤٨١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢٣م .

(٥٧) نقض مدنى ١٠ يونيه ١٩٨٢ ، مجموعة أحكام النقض ٣٣ — ٧٠٧ — ١٢٦ — فلور واوبيرت ج ٢ ، المرجع السابق سنة ١٩٨٦ م بند ٧١٤ حيث يقولان :

Deux prérogatives sont donc incluses dane le droit de donner des ordres : Celle de fixer le but à atteindre el celle de déterminer les moyens à employer.

طرفيــه(٥٨) ، تمكن أحدهما من فرض اشرافه على الآخر ، كما توجب على الأخير الامتثــال والخضوع لذلك الاشراف ، كما هو الشأن بالنسبة للعــامل الذى يعمل بمصنع المتبوع سواء كان عملا يدويا أو فنيــا أو كتابيا أو اداريا (٥٩) .

كما قــد تنشأ هذه العلاقة من عقد الوكالة حيث يعين الموكل للوكيل موضوع الوكالة ويرسم له طريقة تحقيقه فى كل تفاصيله ، فيعتبر الوكيل تابعا للموكل فى تنفيذ الوكالة (٦٠) ، الا أن ذلك ليس ضروريا لأن علاقــة التبعيــة ليست بطبيعة العقد الذى يربط بين طرفين ولا يتقاضى التابع أجرا عن عمله بل تتحقق ولو كان العقــد الذى أوجدها باطلا ، بل ولم

---

(٥٨) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٠ يونيه ١٩٨٢ ، مجموعة أحكــام النقض ٣٣ — ٧٠٧ — ١٢٦ أن « تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد المقــاولة أو غيره من العقود هوبتوافر علاقة التبعية التى تتمثل فى خضــوع العــامل لاشراف رب العمل ورقابته ، وهو ما نصت عليه المــادة ٦٧٤ مدنى بقولها « ان عقــد العمل هو الذى يتعهد فيــه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة العاقد الآخر وتحت ادارته او اشرافه مقــابل اجر يتعهد به المتعاقد الآخر » وما نصت عليه كذلك المــادة ٤٢ من قانون العمــل رقــم ٩١ لسـنة ١٩٥٩ (قديم) (الذى استبدل به قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ بانه العقــد الذى يتعهد بمقتضــاه عامل أن يشتغل تحت ادارة صاحب العمل واشرافه) مقــابل آجر) .

(٥٩) السنهورى ، المرجع الســابق ، فقرة ٦٧٨ — د/ عبد المنعم فرج ، المرجع الســابق ، ص٦٦٢ فقرة ٥٢٦ — د/ محمــد لبيب شنب ، المرجع الســابق ص ٣٨٣ حيث يقول « اذا استخدم صاحب مصنع عاملا اجنبيــا دون الحصول على ترخيص عمل له خلافا للقــانون الذى لا يجيز تشــغيل الاجانب الا بشرط الحصول مقدما على مثل هذا الترخيص ، فان عقد العمل يكون باطلا بطلانا مطلقــا ، ولكن مع ذلك لا يمنع من اعتبار صاحب المصــنع متبوعا والعامل الاجنبى تابعا ومســاءلة صاحب المصنع عن افعــال هــذا العامل متى كان العامل يقوم بالعمل فعلا وكان صاحب العمل يراقب عمــله ويديره ويوجهه » . وانظر فلور وأوبير ، المرجع السابق ج ٢ سنة ١٩٨٦ بنــد ٧١٥ .

(٦٠) انظر ليتورنو ، المسئولية المدنية ط٣ لسنة ١٩٨٢م بند ٢١٦٧ .
de Tourneau ph : La responsabilité civile, 3e edition 1982

يكن هناك عقد مادام هناك سلطة فعلية للمتبوع على التابع [٦١] .

— وعلى ذلك لا يتحتم وجود علاقة عقدية فيمكن أن تقوم هذه الرابطة ولا تستند الى عقد ما ، كما لو كلف أب ابنه البالغ أو كلف زوج زوجته أو كلف الصديق صديقه بالقيام بعمل ما وأشرف عليه أو عليها فى القيام بهذا العمل . فانه يكون هناك للأب أو للزوج أو للصديق سلطة فعلية فى مراقبة عمل الابن أو الزوجة [٦٢] أو الصديق يتوافر علاقة التبعية بينهما بحيث يسأل الأب أو الزوج أو الصديق عن الأضرار التي تسببها أفعال الابن أو الزوجة أو الصديق وذلك رغم وجود العلاقة التعاقدية بينهما [٦٣] .

— ومما سبق نجد أن المعول فى وجود علاقة التبعية هو حالة خضوع التابع لرقابة سيده وأوامره [٦٤] ، **وقد ميزت المحاكم بين نوعين**

---

(٦١) ليتورنو ط٣ المرجع السابق سنة ١٩٨٢ ص ٦٨٩ — نقض فرنسي جنائى ٦ اغسطس ١٩٣٥ غازيت القضاء ١٩٣٥ — ٢ — ٦٦٣ .

(٦٢) ثارت مشكلة رابطة التبعية فى اطار العلاقات العائلية وانقسمت الآراء فيها الى فريقين : الأول : ما ذهبت اليه احدى المحاكم الفرنسية بقولها « بأن مركز الزوجة يتعارض مع امكانية اعتبارها متبوعا واعتبار زوجها تابعا » . انجيه فى ٢٢ يونيه ١٩١١ ، سيرى ١٩١٢ — ٢ — ٧٦ .

على عكس ذلك : ذهبت بعض المحاكم الى القول « بقيام علاقة التبعية بين الزوجة والزوج اذا ما توافرت ظروف وملابسات واقعية تؤدى الى هذا الوضع فالزوج الذى يقود سيارة زوجته يعد تابعا فى مفهوم المسئولية الزوجية طالما انه يخضع لرقابتها فهى المالكة للسيارة خاصة اذا كانت قد عهدت اليه بقيادة السيارة بصفة مستمرة » . دائرة العرائض فى ١٦ ديسمبر ١٩٢٩ ، دالوز ١٩٣٠ — ٨٣ « مفهوم التابع » .

(٦٣) السنهورى ، الوسيط ، ج٢ المجلد الثانى سنة ١٩٨١ ، ص ١٤٢٥ هامش ٢ — د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، بند ٥٢٦ ص ٦٦٢ وما بعدها — د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤٣٩ — احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٠٩ — ليتوتو — المسئولية المدنية ط ٣ سنة ١٩٨٦ نبذة ٢١٥٠ — مازو ، المرجع السابق بند ٨٧٦ . **وانظر فى القضاء الفرنسى : بالنسبة للابن الذى يعتبر تابعا لأبيه او امه** : مدنى فرنسى ٢٤ ديسمبر ١٩٤٥ ، فقه ١٩٤٧ ، قضاء ص ٤٤٥ — فقه القانون الجنائى ١٩٤٦ — ٢ — ٣١١٠ — مذكرة ج.ه مدنى ٢٠ يوليو ١٩٧٠ . **ونفس الأمر بالنسبة للزوجة ازاء زوجها** (مدنى ٨ نوفمبر ١٩٣٧) **او بالنسبة للزوج ازاء زوجته** (جنائى ٢٧ ديسمبر ١٩٦١ ، فقه ١٩٦٢ ، موجز ص ٧٦) .

(٦٤) نقض فرنسى جنائى ٦ اغسطس ١٩٣٥ ، غازيت ١٩٣٥ — ٢ — ٦٦٣ .

من الرقابة [٦٥] يختلف كل منهما من حيث كفايته فى انشاء علاقة التبعية. **فالنوع الأول** : رقابة عامة، الغرض منها التحقق من مراعاة المتعهد لشروط العمل المتفق عليه . **والنوع الثانى** : يقتضى التدخل فى وسائل تنفيذ العمل وفى طريقة ادارته ، وهذا النوع الأخير من الرقابة هو الذى يلزم توافره لنشوء علاقة التبعية [٦٦] ، أما النوع الأول فلا يكفى [٦٧] وقد أقرت بذلك المحاكم المصرية [٦٨] اذ قررت أن المقاول رجل مستقل فى عمله عن صاحب العمل وله كل الحرية الفنية فى أن يتخذ وحده ما يراه لامكان الوصول بالمقاولة الى النهاية المشترطة عليه فى العقد ومن ثم لاتكون علاقته بصاحب العمل علاقة تابع بسيد ، ولا يكون صاحب العمل مسئولا مع المقاول عما يرتكبه هذا الأخير من الخطأ الفنى فى عمله بل المقاول هو المسئول وحده ، أما اذا ثبت أن رب العمل قد تدخل تدخلا ايجابيا فى تنفيذ المقاول العملية المسندة اليه فيعتبر متبوعا له ولو كان عقد المقاولة ينص على مسئولية المقاول وحده عن الأضرار التى تصيب الغير [٦٩] .

---

(٦٥) باريس ٢٠ يناير ١٩٥٣ ، نقه القانون الجنائى ١٩٥٣ — ٢ — ٧٦٦٣ ، مذكره ج.سافاتييه نقه ١٩٥٢ تحليلى ص ٣٩٣ .

(٦٦) انظر د. سليمان مرقس ، الوافى فى شرح القانون المدنى ، المجلد الثانى ص ٥٣٣ وايضا فى كتابه بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية ط سنة ١٩٨٧م ص ٣٢٩ وما بعدها — انظر رسالة د. محمد حلمى بهجت بدوى ، مسئولية السيد (بالفرنسية) ؛ باريس ١٩٢٩ ص ٦٧ وما بعدها .

(٦٧) انظر د. محمد حلمى بهجت بدوى ؛ المرجع السابق ؛ ص ٩٣ وما بعدها — د. سليمان مرقس ، نظرية دفع المسئولية المدنية ، القاهرة سنة ١٩٣٦ ص ٣٩٨ .

(٦٨) مصر الابتدائية ٢٠ ديسمبر ١٩٢٦ ، المحاماة ٧ — ٥٨٤ — ٣٨٩ — استئناف ٢٠ ديسمبر ١٩٢٦ ، المجموعة ٢٨ رقم ١١٩ — نقض مدنى أول يونيه ١٩٤٤ ، المحاماة ٢٧ — ٥٠ — ٢٢٩ .

(٦٩) نقض مدنى ٣١ يناير ١٩٧٧ ، مجموعة احكام النقض س ٢٨ — ص ٣٢٢ — ٦٦ — الطعن رقم ٣٧٧ لسنة ٤٣ق حيث جاء فيه « ان مقتضى حكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى أن علاقة التبعية تقوم على السلطة الفعلية التى تثبت للمتبوع فى رقابة التابع وتوجيهه سواء عن طريق العلاقة العقدية أو غيرها ، سواء استعمل المتبوع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما أنه كان فى استطاعته استعمالها . لما كان ذلك وكان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه اقام قضاءه بمسئولية

وقضيت المحاكم الفرنسية (٧٠) بأنه « متى لم يتوفر وجود علاقة التبعية فان قرينة الحال المنصوص عليها فى الفقرة الخامسة من المادة ١٣٨٤ تصبح غير قابلة للتطبيق ، ولا يعتبر المقاول أجيرا عند صاحب العمل » .

— هذا ويرجع فى تحرى صفة الاستقلال التى تحول دون تحقيق السلطة اللازمة للمخدوم على خادمه الى الظروف المحيطة بالعمل ، والى شروط الاتفاق الذى وقع العمل تنفيذا له ، كما يرجع الى العرف المتبع، فكلما دلت هذه العناصر على أن العامل مستقل فى عمله عمن يعمل لحسابه ، فقد امتنع اعتباره خادما يسأل عنه غيره (٧١) .

٣٠ — أما بالنسبة للوقت الذى يعتد فيه بوجود سلطة السيد أو المتبوع ، والتى لا تثبت الا لمن يملك — قانونا أو فعلا — اصدار التعليمات الى غيره ممن يعملون لحسابه فى أداء عملهم ، فهو وقت وقوع الضرر أى وقت نشوء الحق فى التعويض بغض النظر عن الفترة التى تقوم فيها هذه السلطة ، أى يستوى أن تقوم السلطة لفترة طويلة أو

الطاعنة — الهيئة العامة للمجارى والصرف الصحى — عن خطأ المطعون عليه الثانى — مقاول الحفر — على ما خلص اليه استنادا الى شروط المقاول وتقرير الخبير من ان عمل موظفى الطاعنة لم يقتصر على مجرد الاشراف الفنى ، بل تجاوزه الى التدخل الايجابى فى تنفيذ العملية وهو ما تتوافر به سلطة التوجيه والرقابة فى جانب الطاعنة ويؤدى الى مساءلتها عن الفعل الخاطىء الذى وقع من المطعون عليه الثانى باعتباره تابعا لها ، ولا وجه للاحتجاج بأن الحكم لم يعمل شروط عقد المقاولة المبرم بين الطرفين فيما نص عليه من أن المقاول وهو وحده المسئول عن الاضرار التى تصيب الغير من أخطائه وذلك ازاء ما حصله الحكم من ثبوت السلطة الفعلية للطاعنة على هذا المقاول فى تسيير العمل » .

انظر مدنى ٢٣ ابريل ١٩٦٨ ، مجموعة أحكام النقض ٩ — ٨٢٠ — ١١٩ « حيث قضت باعتبار الحكومة مسئولة عن أعمال المقاول الذى عهدت اليه بأشغال عامة مادامت قد احتفظت لنفسها فى عقد المقاولة بسلطة فعلية فى توجيه أعمال المقاول ورقابته تمارسها بواسطة مهندسيها المكلفين برقابة أعمال المقاول » .

(٧٠) نقض مدنى فرنسى ١٥ يناير ١٩٥٤ ، فقه ١٩٥٤ ، قضاء ص ١٦٩ .

(٧١) انظر د. مصطفى مرعى ، المسئولية المدنية ص ١٩١ نبذة ٢٠١ .

قصيرة . فاذا ماتوافرت هذه السلطة فى هذا الوقت اعتبر الضرر حادثا من التابع ، وسؤال المتبوع عن فعل التابع ، بعكس ما اذا وقع الضرر فى وقت لم تكن فيه هذه السلطة قد نشأت بعد أو كانت قد انتقلت الى شخص آخر فلا نكون بصدد علاقة تبعية ، وذلك سواء كان انتقال السلطة الفعلية قد تم بصفة نهائية أم بصفة مؤقتة(٧٢) .

وقضت محكمة النقض المصرية (٧٣) بأن « مفاد نص المادة ١٧٤ من القانون المدنى أن يتحقق مسئولية المتبوع عن التابع اذا ارتكب التابع فى حال تأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضررا ، **ولما كان مصدر الحق فى التعويض هو العمل غير المشروع الذى أتاه المسئول ويترتب هذا الحق فى ذمة المتبوع من وقت وقوع الضرر المترتب على مارتكبه هذا المسئول من خطأ ، وتقوم مسئولية المتبوع فى هذه الحالة على واجب الاشراف والتوجيه للتابع ، فان العبرة فى تحديد المتبوع المسئول هو بوقت نشوء الحق فى التعويض وهو وقت وقوع الخطأ الذى ترتب عليه الضرر الموجب لهذا التعويض ، ولا يغير من ذلك انتقال هذا التابع الى رقابة وتوجيه متبوع آخر بعد ذلك** » .

٣١ — مضمون سلطة التوجيه والرقابة :

— متى كان للمتبوع حق الرقابة على أعمال تابعه ، فلا يشترط بعد ذلك أن يستعمل المتبوع سلطته فى هذه الرقابة والتوجيه على التابع ، **وانما يشترط أن يكون السيد قادرا على مباشرة هذا الحق** (٧٤) .

---

(٧٢) انظر د. احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٠٩ — ٣١٠ — د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٣٨٢ .

(٧٣) نقض مدنى ١٣/١٢/١٩٧٩م — م نقض م — فى الطعن ١٥١ لسنة ٤٣ ق .

(٧٤) جستان ، المرجع السابق ص ٧٧٨ — مازووتنك ، المرجع السابق ، ج١ فقرة ٨٨٩ ص ٩٥٨ وما بعدها — جستان وفيتى ، الالتزامات الطبعة الأولى ص ٨٧٨ مارس ١٩٨٢ السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٦٧٨ ص ١٤٢٥ — د. احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٠٩ — د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ٢٧٥ — د. مأمون الكزبرى المرجع السابق ص ٤٥٦ د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٣٨٢ — د. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ٢٥٨ . د. توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٢٧٥ .

وقد قضت محكمة النقض المصرية (٧٥) . ان **مقتضى حكم المادة ١٧٤ مدنى أن علاقة التبعيـة تقوم على السلطة الفعلية التى تثبت للمتبوع فى رقابة التـابع وتوجيهه سواء عن طريق العلاقة العقدية أو غيرها ، وسواء استعمل المتبوع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما أنه كان فى استطاعته استعمالها ...** » .

على عكس ذلك ذهب بعض الفقهاء (٧٦) الى أنه « اذا كانت علاقة التبعية ناشئة عن مركز فعلى ، فان وجود السلطة الفعليـة يتوقف على مباشرتها بالفعل وعدم استخدام المتبوع لهذه السلطة يؤدى الى انتفائها ومنع قيام رابطة التبعية .. » .

ولكن هذا القول الأخير يؤدى الى تضييق مسئولية المتبوع لأنه فى غالب الأحيان وخاصة فى المشروعات الكبيرة يفوض المتبوع غيره فمباشرة سلطة الرقابة والتوجيه نيابة عنه فالغير عندما يباشر هذه السلطة نيابة عن المتبوع انما يكون بمثابة وكيل عنه وبالتالى تنصرف تصرفات الوكيل الى الأصيل فيعتبر المتبوع كأنه هو الذى يمارس السلطة الفعلية على التابع وعلى ذلك تتحقق مسئوليته عن الأضرار التى يلحقها التابع بالغير بسبب انحرافه أثناء أو بسبب تأدية وظيفته .

ولكن يعيب هذا التعليل أن الوكيل يباشر التصرفات القانونيـة ولا شأن له بالأفعال .

والقـول بشرط القدرة على الممارسة الفعليـة لسلطة التوجيـه والرقابة من قبل المتبوع سواء بنفسه أو بواسطة الغير يثير لدينا تساؤل

---

(٧٥) نقض مدنى الطعن رقم ٣٧٧ لسنة ٤٣ق جلسة ٣١ يناير ١٩٧٧ س ٢٨ رقم ٣٧٧ ص ٣٢٢ — وقضت ايضا محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٨/٤/٢٣ م نقض م — ١٩ — ٨٢٠ بأن « مقتضى حـكم المادتين ١٥١/٢ ، ١٥٢ من القانون المدنى القديم — ١٧٤ مدنى جديد — أن علاقة التبعية تقـوم على السلطة الفعلية التى تثبت للمتبوع فى رقابة التـابع وتوجيهه سـواء عن طريق العلاقة العقدية أو غيرها وسواء استعمل المتبوع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما انه كان فى استطاعته استعمالها » .

(٧٦) أنظر فى هذا الرأى الدكتور / أحمد شوقى عبد الرحمن « مسئولية المتبوع باعتباره حارسا » فقرة ٢٩ ص ٣١ .

عن تجاوز أو عدم تجاوز التابع للأوامر الصادرة من المتبوع ومدى مسئوليته تجاه ذلك .

ان القول بأن السلطة الفعلية تتوقف على مباشرتها بالفعل حتى تتحقق مسئولية المتبوع ليتفق مع العدالة التى يجب أن تسود العلاقات بين الأفراد فكيف يسأل المتبوع عن خطأ تابعه وهو لم يصدر اليه أوامر لتنفيذها واذا ما فرض وأصدر المتبوع تلك الأوامر فى حدود الوظيفة وتجاوز التابع هذه الأوامر الصريحة أو الضمنية وكان ذلك أثناء تنفيذ الأمر أو بسببه فهل يسأل المتبوع ؟

أرى : أن مقتضيات العدالة وحسن النية توجب مساءلة المتبوع اذا لم يتجاوز التابع أوامر المتبوع الصريحة والضمنية وكان ذلك أثناء تنفيذ الأمر أو بسببه .

ولا يسأل المتبوع اذا تجاوز التابع حدود هذه الأوامر وتكون المسئولية هنا شخصية للتابع . فلا يكفى أن تكون للمتبوع سلطة التوجيه والرقابة الفعلية ، بل لابد أن يكون التابع قد عمل فى اطار هذه السلطة والا برىء المتبوع من المسئولية .

وذلك قياسا على مسئولية الموكل تجاه وكيله ، فالتابع عند خضوعه لتوجيه ورقابة المتبوع يصبح كالوكيل الذى تنصرف تصرفاته الى الموكل فى حدود الوكالة فاذا ماتجاوز التابع حدود هذا التوجيه فلا ينفذ تصرفه فى مواجهة المتبوع كما لاينفذ تصرف الوكيل فى مواجهة الموكل اذا تجاوز حدود الوكالة .

وعلى ذلك أرى أنه يشترط لتحقق مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه أن يتوافر له :

أولا : علاقة التبعية وتتضمن : **(أ) سلطة الرقابة والتوجيه .**
(ب) وأن يكون التابع قد عمل فى اطار هذه السلطة أى لم يتجاوز أوامر المتبوع الصريحة أو الضمنية .

ثانيا : حدوث الضرر بخطأ التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها .

وعلى ذلك أقترح أن تعدل الفقرة الثانية من نص المادة ١٧٤ مدنى مصرى لتكون على الوجه الآتى : —

١ — يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٢ — تقوم رابطة التبعية متى توافر للمتبوع سلطة فعلية فى رقابة التابع وتوجيهه وأن يكون التابع قد عمل فى اطار هذه السلطة ولم يتجاوزها » .

٣٢ — والقول بشرط القدرة على مباشرة حق الرقابة والتوجيه لتوافر علاقة التبعية بين التابع والمتبوع يثير مسألتان : **الأولى** : هل تتوافر علاقة التبعية فى جانب التابع اذا ما أناب غيره فى ممارسة هذا الحق ؟ **والثانية** : هل شرط القدرة على ممارسة الرقابة والتوجيه للقول بتوافر علاقة التبعية يستلزم توافر الدراية الفنية بالعمل الذى يؤديه التابع ؟.

٣٣ — أولا : فيما يتعلق بانابة المتبوع الغير فى ممارسة حق الرقابة والتوجيه : ذهب غالبية الفقه (٧٧) الى القول بأنه لايشترط أن يمارس المتبوع سلطته فى الرقابة والتوجيه بنفسه . فيكفى أن ينيب غيره فى ممارسة هذه السلطة ، فان ارتكب أحد العمال خطأ أضر بالغير كانت الشركة — لا رئيس ذلك العامل — هى المسئولة باعتبارها هى المتبوع ، وكصاحب المدرسة الذى يعين ناظرا لها ، فيظل صاحبها هو المتبوع .

---

(٧٧) جستان ، المرجع السابق ، ص ٧٧٨ — مازووتنك ، المرجع السابق ، ج١ فقرة٨٨٩ ص ٩٥٨ وما بعدها جستان وفينى ، الالتزامات ، الطبعة الأولى ص ٨٧١ — السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٦٧٨ ص ١٤٢٥ — د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٣٠٩ — د. عبد المنعم فرج الصدة ص ٦٦٤ — د. توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٢٧٥ — د. مأمون الكزبرى ص ٤٥٦ — د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٣٨٢ — د. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٥٨ — **انظر عكس ذلك** د. أحمد شوقى ، المرجع السابق ، ص ٣١ فقرة ٢٩ .

وقد ذهبت محكمة النقض [٧٨] الى تأييد ذلك حيث قضت « بأن مقتضى حكم المادتين ١٥١/٢ ، ١٥٢ من القانون المدنى القديم — تقابل المادة ١٧٤ فى الجديد — أن علاقة التبعية تقوم على السلطة الفعلية التى تثبت للمتبوع فى رقابة التابع وتوجيهه سواء عن طريق العلاقة العقدية أو غيرها وسواء استعمل المتبوع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما أنه كان فى استطاعته استعمالها » . ولا شك أن فى انابة المتبوع الغير فى ممارسة هذه السلطة مايدل على استطاعته ممارسة هذه السلطة سواء بنفسه أو بغيره لأن الموكل هنا وهو المتبوع انما يفوض الوكيل أى التابع سلطة مايملكه ويستطيع ممارسته .

٣٤ — وشرط القدرة أيضا يدفعنا الى الحديث عن **مدى مسئولية المتبوع غير المميز** هل تتحقق فى جانبه المسئولية عن فعل تابعه بالرغم من عدم تمييزه وبالتالى عدم قدرته على استعمال سلطته فى الرقابة والتوجيه [٧٩] .

قد يكون **المتبوع شخصا غير مميز أو مجنون محجور** عليه ، ويملك سيارة يقودها سائق أو يملك متجرا يعمل فيه مستخدمون فهل تتحقق فى جانبه المسئولية باعتباره متبوعا عن الأضرار التى يحدثها تابعوه بانحرافهم ؟.

ذهب الفقه [٨٠] والقضاء [٨١] الى القول بأن مسئولية المتبوع ماهى

---

(٧٨) نقض مدنى مصرى بتاريخ ١٩٦٨/٤/٢٣م — م نقض م — ١٩ — ٨٢٠ — نقض مدنى ٢٥ يونية ١٩٨٠ — مجموعة أحكام النقض ٣١ — ص ١٨٦٤ .

(٧٩) انظر فى ذلك د. سليمان مرقس بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة فبراير ١٩٣٧ ص ٣٤٤ وما بعدها .

(٨٠) مازووتنك ، المرجع السابق ، نبذة ١١٣٦ — ديموج ، المرجع السابق ج٥ نبذة ١٠٢٠ — انظر د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٤٣٨ — د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٠٩ — انظر الدناصورى والشواربى ، المرجع السابق ص ٢٨٤ د. عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ص ٥٢٧ .

(٨١) انظر نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٣٦ ، القانون والاقتصاد — ٧ — ٣ — ٢٦ نقض جنائى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ ، المحاماة ٢٣ — ٢١٢ — ٩٥ ، نقض جنائى ١٠ فبراير ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ — ٩٧٢ — ٤١٠ — مجموعة أحكام النقض ٤ — ٥٣٤ — ١٩٦ .

الا مسئولية مفترضه افتراضا قانونا ، ولا محل للبحث فيها عن امكانية وقوع خطأ من السيد حتى يمكن القول بانتفاء مسئوليتـه اذا كان غير مميز ، بل هى مسئولية فرضها القانون فرضا وقصد منها فيما قصد أن يضم بها ذمة السيد الى ذمة الخادم تأمينا للمضرور وتيسيرا له فى اقتضاء التعويض الذى يستحقه ، وبالتالى يسأل المتبوع غير المميز عن فعل تابعه، ويقوم عنه نائبه القانونى من ولى أو وصى أو قيم بالرقابة عن تابعيـه وتوجيههم ، ولا يكون للصغير أن يحتج بعدم قدرته على ممارسة هـذه الرقابة حتى يلقى المسئوليـة على وصـيه ، لأن الوصى لايعمل فى ذلك لحساب نفسه بل لحساب الصغير ، ولأن تصرفاته بهذه الصفة تنتج آثارها فى ذمة الفاقد لا فى ذمته هو ، ولا يتصور أن تؤدى الوصاية ، الى أن يضمن الوصى فى ماله أخطاء خدم القاصر ، ولو قيل بغـير ذلك لأحجم النـاس عن قبول الوصاية هربا من مثل هذه المغارم التى لاتندفع (٨٢) .

وقضت محكمة النقض المصرية بذلك بقولها « ان مسئولية المتبوع مدنيا عن تابعه تتحقق اذا ارتكب التابع خطأ أضر بالغير حال تأديةوظيفته أو بسببها ولو كان المتبوع غير مميزا أو لم يكن حرا فى اختيـار تابعـه متى كانت له سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه ممثلا فى شخص وليـه أو وصيه . اذن فيصبح فى القانون بنـاء على ذلك مساءلة القصر عنتعويض الضرر عما وقع من سائق سيارتهم أثنـاء تأدية وظيفتـه ، ولو كان من اختاره هو مورثهم قبل وفاته » (٨٣) .

---

(٨٢) انظر د. سليمان مرقس ، بحوث وتعليقـات على الاحكام فى المسئولية المدنية ص ٤٦٧ طبعة ١٩٨٧ .

(٨٣) نقض مدنى جلسة ١٠/١٢/١٩٥٣م ، الطعن رقم ٨٧٧ سنة ٢٢ق منشور بالموسوعة الذهبية ص ٦٨ بند ١٤٧ .

٣٥ — ثانيا : أما مايتعلق بشرط توافر الدراية الفنية من جانب المتبوع حتى يمكن القول بتوافر سلطة الرقابة والتوجيه للقول بوجود علاقة التبعية :

فقد أثيرت هذه المسألة فى نطاق قانون العمل حين تعرض الفقه (٨٤) والقضاء (٨٥) الى القول بأنه اذا كان عمل التابع هو من ذلك النوع الذى يشتمل على معرفة فنية متخصصة ومهنية فان سلطة الرقابة والتوجيه واصدار الأوامر لايمكن أن تتوافر فى حقه من جانب صاحب العمل وبالتالى لا تتوافر للأول صفة التابع ولا تتوافر للثانى صفة المتبوع ، لأنه اذا لم يكن للمتبوع قدرة على مباشرة سلطة الرقابة والتوجيه بسبب ما للخدمات المنوطة بالتابع من صيغة فنية تعذر القول بأن للسيد حق الرقابة على عمل التابع الفنى وعلى وسائل تنفيذه ، وانعدمت بينهما علاقة التبعية فيما يتعلق بتنفيذ العمل الفنى (٨٦) .

— وتطبيقا لذلك ذهبت بعض المحاكم الى القول بأنه **فى مجال العلاقة بين الطبيب وادارة المستشفى** الذى يعمل فيه بأن ادارة المستشفى لاتسأل عن أخطاء الطبيب — الا اذا كان غير حائز المؤهلات الفنية اللازمة — وأن الطبيب لايعتبر بوجه عام تابعا للجهة التى يعمل فيها الا اذا كان مدير تلك الجهة الطبية طبيبا مثله حتى يمكنه رقابة عمله (٨٧) . غير أنه

---

(٨٤) بارتان ، حاشية على أوبرى ورو ، ج٦ رقم ٤٤٧ .

(٨٥) نقض مدنى فرنسى ١٧ مارس ١٩٣٧ : سيرى ١٩٣٧ — ١ — ص ١٨٨ — وقضت محكمة دايوا Douai فى ٢٥ يونية ١٨٤١ فى دالوز ١٨٤٢ — ٢ — ٦١ بان « المالك لا يسأل عن خطأ عامل سقطت منه قطعة خشب اثناء قيامه بالبناء فقتلت أحد المارة وذلك تأسيسا على ان مسئولية المتبوع عن فعل التابع تقتضى أن يكون المتبوع ممارسا لذات المهنة حتى يمكنه أن يمارس الاشراف والرقابة » مشار اليه فى رسالة د. سالم أحمد على الغص ، المرجع السابق هامش ١ ص ١٠٧ .

(٨٦) نقض جنائى فرنسى ٢٨ يونية ١٩٣٤ : سيرى ١٩٣٤ — ١ — ٣١٦ .

(٨٧) انظر نقض فرنسى ١٥ يناير ١٩٥٧ داللوز ١٩٥٧ ص ١٤١ — وانظر : دالتون فى مذكراته فى المسئولية المدنية ص ٨٥ — مازووتنك ، المرجع السابق ، نبذة ٨٩٤ MICHEL LE GALCHER-BARON ، الالتزامات =

فيما لايتصل بصميم عمله الفنى يصح أن يبقى الطبيب خاضعا لرقابة من استخدمه فيعتبر تابعا له فيما يتعلق بأداء الواجبات العامة التى تفرضها عليه وظيفتـــه (٨٨) .

ولكن المسألة تختلف بالنسبة للممرض أو للممرضة اللذان يعتبران تابعين للمستشفى (٨٩) فضلا عن ذلك يمكن أن يصبحا تابعين للطبيب أو للجراح بالنسبة للأعمال التى تتطلب اجراء عملية (٩٠) .

وخلاصة القول : بأن هـــذا الفريق ذهب الى القول بتوافر الدراية الفنيـــة من جانب المتبوع فى عمل التـــابع حتى يمكن القول بمسوليته عن العمل الفنى الموكل الى التابع .

٣٦ — ولكن وجه الى أصحاب هذا القول نقد (٩١) على الوجه الآتى:

(أ) أن هذا الاتجاه الذى يتطلب التخصص الفنى من جانب المتبوع فى عمل التابع يؤدى بالضرورة الى الحد من حالات توافر رابطة التبعية ، ويضيق بالتالى من حالات تطبيق المسئولية وتعويض المضرورين ، علاوة على أن فى ذلك مايؤدى الى حرمان أصحاب المهن المتخصصة من الحماية القانونية فى نطاق العمل ، وحرمان الضحايا من الرجوع على صاحب العمل وهو الأكثر يسارا من الناحية الفعلية بتعويض مالحق بهم من أضرار (٩٢) .

= طبعة ١٩٨٢ بند ٦٤٣ ص ١٩١ وانظر نقض مدنى مصرى ٢٢ يونيه ١٩٣٦ — مجموعة القواعد القانونية للاستاذ محمود عمر ج١ ص ١١٥٦ رقم ٣٧٦ — وانظر تعليق على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس ، بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية ص ٣٠٨ وما بعدها — ومنشور أيضا فى مجلة القانون والاقتصاد س٧ ص ١٥٥ .

(٨٨) استئناف فرنسى بو Pau ٣٠ يونية ١٩١٣ دالوز ١٩١٥ — ٢ — ٤٩ وفى هذا المعنى دالتون المرجع السابق ص ٧٦ .

(٨٩) نقض مدنى فرنسى ١١ يونيه ١٩٦٣ مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٦٤ ص ١١٦ ملاحظة تنك .

(٩٠) دويه ١٢ يونيه ١٩٧٥ ، فقه القانون الجنائى ١٩٧٦ — ٢ — ١٨٣٥٠ — مذكرة كوتورييه — جنائى ١٨ نوفمبر ١٩٧٦ ، فقه ١٩٧٧ .

(٩١) انظر الى أوجه النقد فى رسالة سالم احمد الغص ، المرجـــع السابق ، ص ١٠٧ وما بعدها .

(٩٢) د. حمدى عبد الرحمن ، قانون العمل ص ٥٤ ، ٥٥ .

(ب) ان الأخذ بهذا القول يجعل من القاضى السلطة المهيمنة على أعمال المسئولية من عدمه لأن تقدير كل حالة على حـده سيخضع لسلطة القاضى التقديرية • لبحث مدى تخصص المتبوع فى مهنـة التابع الأمر الذى قد يؤدى الى اختلاف الأحكام فى المسائل المتشابهة لاختلاف السلطة التقديرية من قاضى الى آخر •

وأمام النقد الموجه الى أصحاب القول السابق **نجد أن القضاء** (٩٣) **عدل من أحكامه السابقة وقرر أنه لا تستلزم سلطة الرقابة والتوجيه أن يكون المتبوع على دراية فنيـة بعمل التابع بل يكفى أن يتوافر التوجيه والرقابة من الناحيـة التنظيمية أى الرقابة الادارية** : التى تتخذ مظاهر متعددة يقـدر القاضى مدى كفايتها لاعطاء الوصف الصحيح للحـالة المعروضة كسلطة تعيين زمان ومكان العمل ، ومدى الخضـوع للسلطة الرئاسية التأديبية ورفع تقارير دورية عن سير العمل لصاحب العمل (٩٤)• فالسائق تابع لصـاحب السيارة حتى ولو كان المتبوع لايعرف قيـادة السيارة ، والطبيب الذى يعمل فى مستشفى خاص تابع لصاحب المستشفى حتى ولو لم يكن طبيبا (٩٥) •

---

(٩٣) ديجون فى ٢١ يوليو ١٩٢٧ دالوز — ١٩٢٨ — ٢ — ١٣ وتعليق بيسون — ديجون فى ٩ فبراير ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٢ — ٢١٠ — نقض جنائى ١٩٢٢/١/١٣ ، دالوز ١٩٢٣ — ١ — ٥ وتعليق سافاتييه فى دالوز ١٩٧٧ — نقض مدنى فرنسى ١٧ ديسمبر ١٩٦٤ : مجلة الاسبوع القانونى ١٩٦٥ — ٣ — ٤١٢٥ .

نقض جنائى مصرى ١١ فبراير ١٩٧٣ ، مجموعـة احكام النقض ، المكتب الفنى السنة ٢٤ رقم ٤٠ ص ١٨٠ .

(٩٤) راجع د. محمد على عمـران ، الوسيط فى شرح احكام قانون العمل ، ١٩٨٢ ص ٥٦ وما بعدها — د. حمدى عبد الرحمن المرجع السابق، ص ٥٤ وما بعدها — د. حسن كيرة ، اصول قانون العمل ١٩٧٩ ص ١٣٦ رقم ٨٥ .

(٩٥) انظر د. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٥٨ ، ٢٥٩ — د. اسـماعيل غانم ، المرجع السـابق فقرة ٢٤٦ ص ٤٣٧ — ٤٣٨ — السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٦٧٩ ص ١٠٢٢ ، ١٠٢٣ — د. أحمد سلامة ، المرجع السـابق ، فقرة ٢٥٩ ص ٣٠٩ د. أحمد شوقى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤١ — د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، فقره ٤٩ ص ٣٨٣ — مازووتنك ، المرجع السابق ، ج١ فقره ٨٨٨ ص ٥ — بلانيول وريبر واسمان ، المرجع السابق ، ج٦ فقرة ٦٤٥ ص ٩٠٣ .

وقد عبرت محكمة النقض عن هذا المعنى بقولها : « تقوم علاقة التبعية كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع فى الرقابة والتوجيه ، ولو كانت هذه الرقابة قاصرة على الرقابة الادارية .. » (٩٦) وقضت أيضا فى حكم آخر بأنه « اذا نص الشارع فى المادة ١٧٤ من القانون المدنى على أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها فهو انما أقام المسئولية على خطأ مفترض من جانب المتبوع يرجع الى سوء اختياره تابعه وتقصيره فى رقابته ، ولا يشترط فى ذلك أن يكون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية بل يكفى أن يكون من الناحية الادارية هو صاحب الرقابة والتوجيه ... » (٩٧) .

٣٨ — وبمناسبة توافر الدراية الفنية ذهبت بعض المحاكم فى أحكامها الى أبعد من ذلك عندما لم تجد فى المسألة المعروضة عليها توافر شرط الدراية الفنية فذهبت الى القول بأنه يكفى لتحقق مسئولية المتبوع عن انحراف التابع له **توافر علاقة التبعية الأدبية** حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن « وجود علاقة تبعية بين الطبيب وادارة المستشفى الذى عالج فيه المريض **ولو كانت علاقة تبعية أدبية** . كاف لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب » (٩٨) .

٣٩ — ولقد وجه الى هذا الرأى القائل بتوافر التبعية الأدبية لتحقق مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه (٩٩) نقد على الوجه الآتى :

(أ) ان القول بوجود علاقة تبعية بين الطبيب وبين المستشفى أقل مافيها أنها علاقة رضى ذو الفن بأن يكون تابعا أدبيا لادارة المستشفى

---

(٩٦) نقض مدنى مصرى بتاريخ ١٩٧٩/١/٨م الطعن رقم ٣٩٥ لسنة ٤٥ قضائية .

(٩٧) نقض جنائى مصرى بتاريخ ٧٣/٢/١١ — م نقض ج ٢٤ — ١٨٠ .

(٩٨) نقض مدنى فى ١٩٣٦/٦/٢٢ — مقم — ٣٢ — ٩٧٢ .

(٩٩) انظر فى أوجه النقد د. سليمان مرقس ، بحوث وتعليقات على الأحكام ط ١٩٨٧ ص ٣٣٢ وما بعدها .

لايتفق مع المبادىء المسلم بهـا لأن الحكم جعل أساس علاقة التبعيـة رضا ذى الفن بأن يكون تابعا أدبيـا لادارة المستشفى مع أن هذا الرضا من جهة التابع ، لايكفى لجعل المتبوع مسئولا ، وانما العبرة بقبول السيد لهذه التبعيـة وبثبوت حق الرقابة التنفيذية له بمقدرته على مباشرة هذا الحق من الجهة الفنية (١٠٠) .

(ب) ان هذا الحكم اتجه الى القول بتوافر التبعية الأدبية لتقرير مسئولية المستشفى عن طبيبه عندما رأى عدم توافر الدراية الفنية ، مع أن علاقة التبعيـة التى تترتب عليها المسئولية انما هى التى تجعل التابع خاضعا لأوامر سيده بحيث ينفذ هذه الأوامر بغير أن يكون له فى تكييفها أى نصيب من التفكير الشخصى ، بل ان شخصيته تمحى فى شخصيـة سيده « بحيث يجعل عينه وذراعه فى خدمة عقل سيده وادارته » (١٠١) وهو مايسمى بالتبعية المادية (١٠٢) .

ولذا قال الأستاذ الدكتور سليمان مرقس فى تعليقه على حكم محكمة النقض المصرية المذكور سابقا الصادر بتاريخ ١٩٣٦/٦/٢٢ « ... أيا وصفها التبعيـة التى تترتب عليها المسئولية بأنها أدبية فلا يمكن الأخذ به على اطلاقه لأن ذلك قد يؤدى الى توسيع دائرة التبعية وتراخيها الى أقصى حـدود التراخى ، فيصبح مثلا رئيس كل جمعية أو حزب سياسى مسئولا بصفته هذه عن أعمال أعضـاء الجمعية أو أنصار الحزب لأنهم كلهم يعتبرون تابعين له أدبيا ، ومن المذكور ، أن محكمة النقض لم تقصد هذه النتيجة ويؤيد ذلك أنها وصفت هذه التبعية بأنها « علاقـة مقطوع قانونا بأنها تجعل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب ») .

---

(١٠٠) قضت محكمة جنح بيتيم Bethume فى ٧ فبراير ١٩٣٦ « بأن تنازل الطبيب عن استقلاله الفنى غير صحيح قانونا » : دالوز الاسـبوعى ١٩٣٦ — ٤٣٦ .

(١٠١) بارتان فى شرح أوبرى ورو ج٦ ص ٣٨٢ هامش ١٥ .

(١٠٢) راجع رسالة د. محمد حلمى بهجت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٧٩ وما بعدها .

(١٠٣) انظر الدكتور / سليمان مرقس ، الوافى فى شرح القانون المدنى طبعة ١٩٨٨ ص ٨٤٤ — ٨٤٥ .

٤٠ — وسلطة المتبوع ورقابته على التابع **لابد وأن تنصب على عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع** (١٠٤) ، وان كانت بعض الأحكام القضائية القديمة فى فرنسا قد ذهبت على عكس ذلك حيث رأت أن معلم القيادة يعد متبوعا لطالب التعليم ، ويسأل بالتالى عن نتائج سلوكه الضار (١٠٥) .

ولكن اذا تأملنا هذا القول نجد أنه ينفى عنصر اسناد عمل معين للتابع لأنه فى فرض التعليم فان المعلم لايسند عملا محددا للمتعلم لكى يؤديه وينفذه . بل أن الوضع الحقيقى يتمثل فى أن طالب التعليم هو الذى يرجو من المعلم أن يوفر له التعليم الفنى المطلوب لكى يصل الى درجة اتقان القيادة (١٠٦) . وعلى هذا لايكفى مطلق الرقابة والتوجيه، بل لابد وأن تنصب سلطة المتبوع على عمل محدد يقوم به التابع لحساب المتبوع . **وهذا مايميز مسئولية المتبوع عن مسئولية متولى الرقابة** ، فالأب له الرقابة على ابنه ، ولكن فى غير عمل معين ، معلم الحرفة له الرقابة على الصبى فى عمل معين ولكن الصبى لا يقوم بالعمل لحساب المتبوع ، ولهذا لانكون بصدد مسئولية المتبوع عن أعمال التابع وانما تتحقق المسئولية عن عمل الغير طبقا للمادة ١٧٣ مدنى مصرى ، ولذا يلزم لقيام علاقة التبعية بين الأب وابنه أو بين المعلم والصبى أن تكون لهما سلطة الرقابة والتوجيه فى شأن عمل يقوم به الابن أو الصبى لحساب الأب أو المعلم (١٠٧) .

---

(١٠٤) مازووتنك ، المرجع السابق ج١ فقرة ٨٩٠ ص ٩٥٩ وما بعدها — مونيك فى رسالته ص ٣١ — باتي فى أوبرى ورو ، المرجع السابق ، ج٦ فقرة ٤٤٧ رقم ٤٢٠ ص ٧٥٩ — بلانيول وريبر واسمان ، المرجع السابق ، ج٦ فقرة٦٤٢ ص ٨٩٩ .

(١٠٥) حكم باريس ١٦ مارس ١٩٢٠ ، دالوز ١٩٢٠ — ٢ — ١١٦ — دين ١٢ فبراير ١٩٢٥ جازيت دى باليه ١٩٢٥ — ١ — ٤٩٠ — نقض جنائى ٩ يناير ١٩٣٠ دالوز ١٩٣٠ — ١١٨ .

(١٠٦) راجع فلور ، المرجع السابق ، ص ١١٦ .

(١٠٧) انظر السنهورى ، المرجع السابق ، بند ٦٧٩ ص ١٤٢٧ — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٤٣٨ — د. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٥٩ — د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ص ٦٦٤ — ٦٦٥ — توفيق فرج ص ٢٧٥ بند ٢١٩ — د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٧٨١ فقرة ٢٤٧ .

وقد أيدت محكمة النقض ذلك بقولها « تقوم علاقة التبعيـة على توافر الولاية فى الرقابة والتوجيه بأن يكون للمتبوع سلطة فعلية طالت مدتها أو قصرت • فى اصدار الأوامر الى التابع فى طريقة أداء عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع • وفى الرقابة به عليه فى تنفيـذ هـذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها حتى ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار التابع » (١٠٨) •

٤١ — ولا يلزم لتحقق مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه تعيين تابعه المخطىء • اذ يكفى فى ذلك الصدد مجرد ارتباط الضرر بخطأ أحد التابعين وان استحال تعيين من أخطأ منهم (١٠٩) • وقضت محكمة النقض المصرية بأن « يكفى فى مساءلة المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة أن يثبت أن الحادث قـد نتج عن خطأ التابع ولو تعـذر تعيينـه من بين تابعيـه » (١١٠) •

وقضت أيضا فى حكم آخر بأنه « يكفى فى مساءلة المخدوم مدنيا أن يثبت أن الحادث قـد تسبب عن خطأ خادم له ولو تعذر تعيينه من بين خدمه ••• فما دام الحكم قـد أثبت أن وفاة المجنى عليه لابد وأن تكون قد نشأت عن خطأ أحد المتهمين (الكمسارى أو السائق) اللذين هما تابعين لادارة النقل المشترك فان مساءلة هذه الادارة مدنيا تكون متعينة لأنها مسئولة عمـا يقع من مستخدميها فى أثناء تأدية خدمتهم ولا يمنع من ذلك أن المحكمة لاتستطيع تعيين المخطىء منهما وليس فى الزام الادارة بالتعويض مع تبرئة الكمسارى خروج عن القواعد الخاصة بالمسئوليـة

---

(١٠٨) الطعن رقم ٨٠٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ — الموسوعة الذهبية ص ٨٢ بند ١٧٨ — استئناف مصر الوطنية فى ١٥ نوفمبر ١٩٣٦ ، المحاماة ٧ — ٤٣٣ — ٢٠٣ .

(١٠٩) انظر ديموج ، المرجع السابق ج٥ ص ١١٢ بند ٩١٦ .

(١١٠) نقض مدنى مصرى بتاريخ ١٩٧٨/٢/٢ فى الطعن رقم ٥٦ لسنة ٤٥ ق — نقض ١٩٧٩/١٢/١٦م ، مجموعة أحكام النقض ١٦ — ١٠٨٢ — ١٦٨ .

فان هذه التبرئة قائمة على عدم ثبوت ارتكاب الخطأ الذى أدى الى وقوع الحادث ، أما مسئوليتها هى فمؤسسة على ماثبت قطعا من أن هذا الخطأ انما وقع من أحد خادميها اللذين كانا يعملان معا فى السيارة » (١١١) .

وقد علق الأستاذ الدكتور سليمان مرقس على الحكم السابق قائلا (١١٢) « وقد يعترض على ماذهب اليه هذا الحكم بأن فيه تجاهلا لطبيعة مسئولية السيد باعتبارها مسئولية ثانوية تقوم الى جانب مسئولية التابع الأصلى تسهيلا لحصول المصاب على حقه فى التعويض وضمانا له ضد اعسار التابع مما يتعين معه عدم قيام مسئولية السيد مادامت مسئولية التابع غير قائمة (١١٣) ، لأن القول بغير ذلك يؤدى الى الزام السيد بوفاء التعويض دون أن يكون له حق الرجوع على تابعه .

ولكن يرد على هذا الاعتراض بأن القانون اذا جعل السيد ملزما بتعويض الغير عن الضرر الناشئ من أفعال خدمه لم يشترط فى ذلك قيام مسئولية التابع ولا ثبوت حق السيد فى الرجوع على تابعه واذن يكفى أن يثبت أن الضرر نشأ عن أفعال خدمه فى حال تأدية وظائفهم ، ولو لم يمكن تعيين الخادم الذى ارتكب الفعل الضار (١١٤) .

— واذا كان ذلك يؤدى فى هذه الحالة الى حرمان السيد من حق الرجوع فان الفرق من الناحية العملية بين هذه الحالة وبين الغالبية الكبرى من الحالات الأخرى ليس كبيرا اذ يستوى أن يكون التابع المخطىء لم يمكن تعيينه ، أو قد أمكن تعيينه ولكنه معسر » .

---

(١١١) نقض مصرى ٢٢ نوفمبر ١٩٤٣ ، المحاماة ٢٦ — ٣٧٢ — ١٣٧ .

(١١٢) منشور فى مجلة القانون والاقتصاد س ١٧ عدد يونيه ١٩٤٧ — ومعاد نشره فى مجموعة بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية د. سليمان مرقس سنة ١٩٨٧ ص ٤٤٣ وما بعدها .

(١١٣) فى هذا المعنى استئناف اسيوط ٢٠ يونيه ١٩٢٧ المحاماة ٨ — ٥٠ — ٢٧ — مجموعة عباشى ج ٢ نبذة ٣٤٧٢ .

(١١٤) انظر حكم استئناف فى هذا المعنى بتاريخ ١٩٢٩/١٢/٤ منشور فى المحاماة ١٠ ص ٥٩٤ .

٤٢ — التبعية العرضية : ومسئولية المتبوع العرضى :

— بمناسبة البحث فى التبعية العرضية لتحديد مسئولية المتبوع الأصلى Premier Commettant أو المتبوع العرضى Commettant occasionnel ، نتساءل حول ما اذا كان من الضرورى أن تتسم هذه الوظيفة بطابع الاستمرارية أو الدوام أم أن الاسناد العرضى أو الوظيفة العارضة ، يكفى لقيام التبعية وبالتالى لقيام المسئولية ؟

اختلف الفقه فى ذلك فاتجه فريق الى القول بأنه يلزم أن يكون العمل المسند الى التابع مستمرا بعض الوقت (١١٥) .

ولقد اعترض على هذا الرأى لأنه يضيف الى المسئولية شرطا لم يرد فى نصوص القانون المدنى ، كما أن توافر رابطة التبعية لا يقوم على البحث فى طبيعة العمل ، من حيث كونه عملا مؤقتا أم أنه عمل مستمر لوقت كاف ، فالقول بالرأى السابق يوجد خلطا بين عرضية العمل وبين قيام أو عدم قيام رابطة التبعية .

وأمام ذلك اتفق غالبية الشراح والمحاكم على أن الشخص الذى يستخدم تابعا لغيره فى عمل له يسأل عما يقع من هذا التابع فى أثناء خدمته له اذا كانت له عليه سلطة التوجيه والرقابة اذا أمكن اعتباره سيدا عرضيا (١١٦) Commettant d'occasionnel

فالقاعدة : التى استقرت عليها المحاكم والفقه أنه لايجوز أن يعتبر الشخص نفسه تابعا فى وقت واحد لسيدين مختلفين ومستقلين كل منهما عن الآخر (١١٧) ما لم يكلف التابع بعمل لمصلحة السيدين المشتركة

---

(١١٥) دالانت Dallant ، مفهوم التابع ، رسالة من بواتييه ١٩٢٧ .

(١١٦) مازو ، المرجع السابق ، نبذة ٩٠٠ — ديموج ، الالتزامات ج٥ نبذة ٩٠٨ — بلانيول وريبر وانسمان الالتزامات ج٦ نبذة ٦٤٩ — لالو ، المرجع السابق الطبعة الثانية نبذة ١٠٧٢ — سافاتيه المطول فى المسئولية المدنية ج١ ص ٤٠٣ نبذة ٣١٥ — السنهورى ، المرجع السابق نبذة ٦٧٧ ص ١١٤٨ — د. سليمان مرقس ، الوافى فى شرح القانون المدنى ، ص ٨٤٨ .

(١١٧) انظر ليتورنو ، المرجع السابق ، طبعة ٣ سنة ١٩٨٣ نبذة ٢١٥٧ — مازو ، المرجع السابق ، نبذة ٩١٨ — السنهورى ، الوسيط ، =

وخاضعا فى أدائه لتعليماتهما معا فيعتبر حينئذ تابعا لهما معا كل منهما فيما له حق توجيهه فيه (١١٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن « قوام علاقة المتبوع بالتابع بمقتضى المادة ١٥٢ من القانون المدنى (قديم) هو ما للمتبوع على التابع من سلطة فى توجيهه ورقابته فكلما تحققت هذه السلطة قامت تلك العلاقة وترتبت المسئولية عن فعل الغير على أساس مساءلة المتبوع عما يقع من التابع ، ولا يهم بعدئذ أطالت مدة قيام هذه السلطة أم قصرت اذ العبرة بوجودها فحسب لأن القانون لا يتطلب سواها .. » (١١٩) .

= ج٢ المجلد الثانى طبعة ١٩٨١ ص ١٤٣٣ — د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٨٤٨ .

(١١٨) ديموج ، المرجع السابق ، ج٥ نبذة ٩٠٨ ، ٩٠٩ — سافاتييه ، المرجع السابق ، ج١ نبذة ٣١٣ — مازو ، المرجع السابق ، نبذة ٩٠٠ وما بعدها — نقض فرنسى الدائرة الثانية المدنية فى ١٩٦٧/٢/٩ غازيت القضاء ١٩٦٧ — ١ — ٢٢٤ — انظر د. سليمان مرقس ، الوافى ، المرجع السابق ص ٨٤٨ — حسين عامر ، المسئولية المدنية نبذة ٦٥٩ — د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤٣٩ .

(١١٩) نقض جنائى مصرى بتاريخ ١٩٤٣/٢/١٥ طعن جنائى فى القضية رقم ٥١٣ سنة ١٣ قضائية **وتتلخص وقائعها فى الآتى :** استعار الطاعن ، وهو ناظر مدرسة ، سيارة للقيام برحلة مدرسية ، وفى مساء اليوم السابق للرحلة صدمت تلك العربة المجنى عليه ، بسبب خطأ سائق حلمى عطاس الذى كلفه المستعير باحضارها وذلك عند خروجه بها لشحن بطاريتها ، وقد جاء فى حيثيات **محكمة النقض :** « ولكن كانت الوقائع الثابتة به تدل بوضوح على أن المحكوم عليه كان له على المتهم سلطة فى توجيهه ، وذلك فيما يختص بالمأمورية التى كلفه بها وفى اقصائه عنها ... ومسئولية المستعير تكون متحققة ولو كانت المأمورية مؤقتة بزمن وجيز أو كان المتهم تابعا فى ذات الوقت لمتبوع آخر ، أو كان المتهم هو الذى ذهب من تلقاء نفسه بالسيارة لعمل ما « شحن البطارية » مادام القانون لم يعين مدة لقيام علاقة المتبوع ومادامت علاقة المتهم بالمتبوع الآخر ليس لها اتصال بالحادث الذى ارتكبه المتهم بسبب المأمورية المكلف بها من قبل المحكوم عليه ومادام شحن البطارية لم يكن الا لمناسبة القيام بالعمل الذى اقترفه هذا المحكوم عليه » .

وقد انتقد هذا الحكم الأستاذ الدكتور / سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩٤٥ السنة ١٥ ص ٥٤٥ وذلك بحجة « ان القول بمسئولية =

. . . . . .

ـ المستعير فى الحكم المذكور باعتباره متبوعا للسائق العرضى من شأنه **اولا :** ان يجعل لذلك السائق متبوعين فى وقت واحد دون ان يكون العمل الذى كان يقوم به وقت الحادث فى مصلحة كليهما المشتركة . **ثانيا :** لا يكفى ان يكلف المرء شخصا بعمل معين حتى يعتبر سيدا له مسئولا عنه اذا لم يمكن يملك سلطة توجيهه فى طريقة تنفيذ ذلك العمل ، وليس فى وقائع القضية ما يدل على شىء سوى أن ناظر المدرسة قد كلف السائق المتهم باحضار السيارة وانه لم يكن يملك اعطاء اية تعليمات فى طريقة تنفيذ ذلك العمل . **ثالثا :** لان مدة المأمورية التى قام السائق بها لحساب الناظر مدة وجيزة لا تسمح بالقول بان سلطة سيده الأصلى فى اثنائها قد زالت عنه وانتقلت الى الناظر فضلا عن الطبيعة الفنية لهذه المأمورية مما يستبعد معه ان ناظر المدرسة يصبح بمجرد استخدامه سائقا فى احضار سيارة من مكان قريب سيدا عرضيا لذلك السائق » (انظر أيضا د. سليمان مرقس ، بحوث وتعليقات على الاحكام فى المسئولية المدنية طبعة ١٩٨٧ ص ٤٥٩ — ٤٦٠ .

ـ **انظر فى الرد على هذه الانتقادات د. محمد الشيخ عمر فى رسالته ص ٢٦٤ — ٢٦٥ حيث يقول** « ليس فى ذلك القضاء وجه للنقد من حيث ما ذهب اليه فى تحميله المتبوع العرضى مسئولية اخطاء التابع المستعار بل أن ما قضى به لم يكن سوى تطبيق لما قرر من قواعد فى ذلك الشأن سواء اكان ذلك فى فرنسا أم مصر ، فليس صحيحا من ناحية أن ذلك القضاء من شأنه أن يجعل للسائق متبوعين فى وقت واحد ، إذ إن الأمر يقتصر على معرفة اى من المتبوعين تخصه المهمة التى كلف بها ذلك السائق بجانب معرفة من الذى يملك سلطة توجيهه فيما يختص بتنظيم تلك المهمة أو الكيفية التى تتم بها ، ولا يهم بعد ذلك ارتباط السائق بعقد العمل مع متبوعه الأصلى . فهذا العقد ليس من شأنه ان يمنع ذلك السائق من ان يكون تابعا لآخر وفى شأن لا صلة له بالمتبوع الأصلى . كما ان ذلك العقد ليس من شأنه ان يجعل المتبوع الأصلى مسئولا عن كل خطأ يقع من ذلك التابع بصفة مطلقة ، وباللجوء الى معيار سلطة الاشراف والرقابة يتضح لنا ان لذلك السائق متبوعا واحدا على الوجه الذى بيناه ومن ثم فلا وجه لذلك النقد فيما يتعلق بهذه الناحية وفى القضية المشار اليها ، لا مصلحة لغير ذلك المستعير فى تلك المأمورية ، وبالتالى فانه باختياره لذلك يملك ضمنا سلطة الاشراف والرقابة عليه فيما يتعلق بانجاز تلك المهمة التى يقوم بها ذلك السائق أساسا لمصلحة الطاعن . ومن ناحية اخرى فمن المتفق عليه فقها وقضاء انه لا عبرة للمدة التى تستغرقها تلك السلطة طالت أم قصرت ، كما أن الدفع بعدم المسئولية ، بناء على الطبيعة الفنية لتلك المهمة مما لا يملك معها الطاعن مقدرة للرقابة والاشراف أمر لم يعد يعيره القضاء أهمية » .

٤٣ — الا أنه حتى اذا توفر وجود رابطة التبعية يجوز أحيانا أن يصعب التقدير لدى تحديد من يكون له صفة التابع ومن يكون متبوعا، وذلك وفقا لنص الفقرة الخامسة من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي ، المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري ، وهذا ينطبق على المستخدم الذي يخدم عادة لدى صاحب عمل معين ، وقام مؤقتا بخدمة صاحب عمل آخر ، والأمثلة على ذلك عديدة في حالة استئجار سيارة لسائق يعد السائق متبوعا للمؤجر والمستأجر في الوقت نفسه .

في ورش البناء كثيرا مايلجأ المقاولون الى شركات متخصصة لتمدهم بالآلات ليستخدمها عمالها ، وهكذا الأمر بالنسبة لشركات العمل المؤقت التي تقوم بسد العجز المعتاد للعاملين وذلك بتقديم عمالها لوقت محدد .

في جميع الحالات المذكورة يكون للمستخدم متبوعا أصليا ومتبوعا عرضيا في نفس الوقت فاذا ماتسبب التابع بانحرافه بالاضرار بالغير فأي المتبوعين تسري عليه الفقرة الخامسة من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي [١٢٠] ، المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري [١٢١] ؟.

حاول القضاء والفقه وضع قواعد يحول عليها في تقرير انتقال سلطة التوجيه من المتبوع الأصلي الى المتبوع العرضي حيث ذهبا الى القول :

— أنه اذا كان هناك ابرام اتفاقية بين المتبوعين فيمكن الرجوع اليها ليتبين منها نية الطرفين في نقل سلطة التوجيه من الأول الى الثاني أم لا [١٢٢] .

---

(١٢٠) نصت المادة ١٣٨٤ فقرة خامسة على أنه :

«du responsabilite ci dessus a lieu à moins que les pere mere institeurs, artisin ne prouvent queil n'ont pu empecher le fait qui donne lieu a cette responsabilite".

(١٢١) نصت المادة ١٧٤ مدني مصري على أنه « ١ — يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٢ — وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه » .

(١٢٢) سافاتييه ، المرجع السابق ، ج١ فقرة ٣١٦ وتعليقه بدالوز ١٩٢٨ — ١ — ٢١ — روتسائرت ، المرجع السابق ، ص ١٣١ .

ـــ أما اذا لم نتمكن من استخلاص هذه النية أو فى حالة عدم وجود نصوص متفق عليها تحكم المسئولية فيقوم الفقـــه بتطبيق معيـــار رابطة التبعية ، فاذا احتفظ المتبوع الأصلى بحق توجيه تابعه وهو تحت تصرف شخص آخر فتستمر بينهما علاقة التبعية ، ولا يسأل الشخص الآخر عما يقع من التابع ، ولو كان ذلك فى أثناء قيـــام التـــابع بعمل كلفه به ذلك الشخص ، ويقول الأستاذ سافاتييه أن المحاكم عولت على أربعـــة ظروف من الوقائع جعلت كل واحد منها كافيا لاعتبـــار السيد الأصلى محتفظـــا بسلطة التوجيه على تابعـــه بالرغم من وضـــعه اياه تحت تصرف شخص ثالث : وهذه الظروف هى (١٢٣) : (أ) أن تكون اعارة التـــابع مصحوبة باعارة أشياء مهمة ، كما اذا أعار شخص الى آخر سائقه وعربته معا . (ب) أن تكون مأمورية التابع مأمورية فنية ليس للغير المام بوقائعها ، كما اذا أجر صاحب جراج سائقا الى مالك ســـيارة . (ح) أن يتقاضى السيد الأصلى أجرا مرتفعا عن وضع تابعه تحت تصرف الشخص الآخر ، فيعتبر ارتفاع الأجر قرينة على اضطلاع السيد الأصلى بواجب الرقابة والتوجيه (د) أن تكون مدة وضع التابع تحت تصرف الغير مدة وجيزة اذ لو طالت هذه المدة أمكن اعتبار ذلك قرينة على أن السيد الأصلى تخلى عن سلطته على تابعه وأن الغير أصبح سيدا عرضيا لهذا التابع (١٢٤) .

أما اذا لم يحتفظ المتبوع الأصلى بسلطة الرقابة والتوجيه ونزل عنها نزولا تاما بحيث يصبح التابع تحت سلطة ذلك الشـــخص الآخر فيعتبر

---

(١٢٣) تعليق سافاتييه فى دالوز ١٩٢٨ — ١ — ٢١ — وقرب بلانيول وريبير والمرجع السابق ج٢ سنة ١٩٥٦ نبذة ٧١٦ ص ٢٣٢ .

(١٢٤) فيما يتعلق بهذا الشرط الأخير يرى الأستاذ الدكتور سليمان مرقس « إنه يشترط لاعتبار السيد الأصلى محتفظا بسلطته على تابعه أن يكون هو الذى وضع تابعه لمدة وجيزة تحت تصرف شخص آخر ، أما لو كان ذلك الشخص الآخر قد كلف هذا التابع بعمل خاص به دون علم سيده الأصلى ، فلا يمكن اعتبار الأخير محتفظا بسلطته وبصفة السيد على تابعه مهما كانت المدة التى استغرقتها هذه المأمورية وجيزة » حيث قضت بذلك محكمة النقض المصرية فى ١٥ فبراير ١٩٤٢ فى القضية رقم ٩٣ سنة ١٢ ق (سبق الاشاره اليه) .

هذا سيدا عرضيا للتـابع ، ويسأل عما يرتكبه التـابع فى أثنـاء وجوده تحت سلطته (١٢٥) .

ومن الأمثلة التوضيحية لذلك : أن يعير شخص سيارته بسائقها الى صديق له ، فان انتقلت الرقابة والتوجيه الى الصديق خاصـة اذا كانت الإعارة لمدة طويلة أصبح السائق تابعا له ، أما اذا كان مالك السيارة قد احتفظ بحق الرقابة والتوجيه فان السائق يظل تابعا له .

وكذلك الشأن بالنسبة للممرض فى المستشفى حين يعمل تحت سلطة الجراح الذى اسـتدعاه المريض من خارج المستشفى فانه يعتبر تابعـا الجراح أثناء الجراحة ، وفيمـا تقتضيه العنـاية اللازمة بالمريض . أما بعد أن يفيق المريض فلا يعتبر الممرض تابعـا للجراح فيما يقوم به من شئون العلاج وما يترتب عليه من ضرر ، ويسـأل عنـه المستشفى الذى يستخدمه .

واذا أودع شخص سيارته لدى ورشة تصليح السيارات لاصلاحها فان مدير الورشة الذى يعمل لحساب نفسه ، اذا ما انتهى من اصلاحها وكلف أحد عماله بتجريبها بالسير بها فى الطريق كاجراء ضرورى للتـأكد من أن الاصلاح قد تم على مايرام فان مايقع من حوادث فى فترة التجربة يسأل عنها مدير الجراج وليس صاحب السيارة (١٢٦) .

ـــ كما ذهب القضاء الفرنسى الى القول فيما يتعلق بشركات العمل الوقتى أن تظل هذه الشركات مسئولة عن عامليها وتلتزم بمسئوليتها بالنسبة لأوجه التقصير الخاصة بهم (١٢٧) ، ولا يتغير هـذا الوضع الا اذا نص

---

(١٢٥) انظر نقض فرنسى ١٦ يونيه ١٩٦٦ ، فقه القانون الجنـائى ١٩٦٨ — ٢ — ١٥٣٣٠ ، مذكرة بيجو ، مجلة القـانون المدنى الموسمية ١٩٦٨ ص ٣٨٢ ، ملاحظة دورى .

(١٢٦) Liège ٢٠ سبتمبر ١٩٣٣ Bull. Ass ١٩٣٣ — ٩٠١ .

(١٢٧) **نقض فرنسى** : جنائى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ ، فقه ١٩٧٤ ، قضاء ص ١٩٤ — مذكرة دوفرنى مجلة القانون المدنى الموسمية ١٩٧٤ ص ٤١٩ ، ملاحظة دورى — مدنى ٤ يناير ١٩٧٤ ، فقه القانون الجنائى ١٩٧٤ — ٢ — ١٧٧٠٠ — مذكرة هـ.ت ، مجـلة القـانون المدنى الموسـمية سنة ١٩٧٤ ص ٨٢٣ — ملاحظة دورى ، شرح ٢٨ اكتوبر ١٩٧٤ ، النشرة المدنية ٤ رقم ٢٦٧ ص ٢١٦ — القانون المدنى الموسـمية سنة ١٩٧٥ ص ٣١٧ ، ملاحظة دورى .

العقد أن صاحب العمل العرضى هو متبوع العامل[١٢٨] .

وقضت بعض المحاكم الفرنسية أنه فيما يتعلق بالأضرار التى يتعرض لها طرف ثالث ففى أغلب الأحيان يكون صاحب العمل العرضى هو المسئول حيث وقع الفعل المضر الذى ارتكبه التابع خلال مهمة ووفقا للطرق التى حددها صاحب العمل العرضى [١٢٩] .

— كما يجوز تقسيم رابطة التبعيـــة بحيث يحتفظ المتبوع الأصلى بسلطة تقنية (فنية) والمتبوع العرضى يكتسب سلطة خاصة بالاستخدام. ففى حالة استئجار سيارة بالسائق ، يحتفظ المؤجر بسلطته على السائق بالنسبة لصيانة السيارة ، فى حين يقوم المستأجر بتحديد المسافات التى سيقطعها ، وفى هذه الحالة فان مسئولية كل من التابعين سيحددها طبيعة الخطأ الذى سيرتكبه السائق . اذا كان الضرر الذى لحـــق بطرف ثالث راجعا الى خلل فى ســـير السيارة ، فان المسئول يكون المتبوع الأصلى ، ولكن اذا وقع الضرر بسبب أوامر أصدرها مستخدم السيارة فستقع على عاتقه قرينـــة الحال المنصوص عليها فى الفقرة الخامسة من المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسى [١٣٠] ، حكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى المصرى .

ويؤخذ على هذا الرأى صعوبة وضع حد فاصل لمـــا يعتبر خطأ فنيا وما لا يعتبر كذلك ، فضلا عن أنه يجعل التابع خاضـــعا لسيدين فى وقت واحد وبالنسبة الى العمل الواحد دون أن يكون هذا العمل فى مصلحتهما المشتركة [١٣١] .

---

(١٢٨) جنائى ١٠ مايو ١٩٧٦ — ٢ — ٥٨٧ ، مجلة القانون المدنى الموسعية ١٩٧٦ ص ٧٨٥ ، ملاحظة دورى .

(١٢٩) نقض مدنى فرنسى ، باريس ٢٥ فبراير ١٩٧٧ ، فقه ١٩٧٧ ، ملاحظة لاروميه — ونقض فرنسى ٤ مايو ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٧ — ١ — ٢٤٧ .

(١٣٠) نقض مدنى فرنسى ٢٠ يوليو ١٩٥٥ ، فقه القانون الجنـــائى ١٩٥٦ — ٢ — ٩٠٥٢ ، مذكرة سالاتييه ، مدنى ١١ مايو ١٩٥٦ موجـــز ٨٤ — شرح ٢٩ ابريل ١٩٦٩ ، نشرة القانون المدنى ٤رقم ١٤٦ ص ١٤٢ — باريس اول ديسمبر ١٩٧٧ ، نقض جنائى فرنسى ٢٢ نوفمبر ١٩٢٤ وغازيت القضاء ١٩٢٥ — ١ — ٢٥٣ .

انظر بلانيول فى دالوز ١٨٩٢ — ٢ — ٤٦٥ — ، دلالو ، المرجـــع السابق ، الطبعة الثانية نبذة ١٠٧٥ — مازو ، المرجع السابق ، نبذة ٩٠١ .

(١٣١) أنظر د. سليمان مرقس فى بحوث وتعليقـــات ، ص ٤٥٨ — انظر بيرسون ودى فيليه فى المسئولية المدنية ج١ ص٢٨٣ .

حيث لا يمنع من قيام المسئولية تبعية التابع لأكثر من سيد بصفة إستثنائية عندما يكون التابع مكلفا بعمل لمصلحة السيدين وخاضعا في أدائه لتعليماتهما مما يعتبر حينئذ تابعا لهما معا كلا فيما له من حق توجيهه فيه (١٣٢) .

٤٤ — هذا وعلاقة التبعية مسألة موضوعية يفصل فيها قاضى الموضوع بغير معقب طالما أنه يقيمها على عناصر تنتجها (١٣٣) .

---

(١٣٢) انظر نقض جنائي ١٩٦٢/١٠/١٥ — م نقض ج — ١٣ — ٦٢٥ ، وراجع نقض ١٩٦١/١/٣ — م نقض ج — ١٢ — ١٦ — ونقض ١٩٤٣/٢/١ — م ق ج — ١٧٢ — ٦٢٥ .

(١٣٣) نقض جنائى بتاريخ ١٩٦٢/١٠/١٥ — م نقض ج — ١٣ — ٦٢٥ — نقض جنائي ١٩٦٥/٢/٢٢ — م نقض ج — ١٦ — ١٦٢ — نقض جنائى ١٩٧٦/٥/٣ — م نقض ج — ٢٧ — ٥٩٤ .

المطلب الثـــالث

معيـــار تحديد الهـــدف وفرض الوسائل

٤٥ ـــ مضمون المعيـــار (١٣٤) :

ان كل علاقة تبعية تستلزم أن يقوم التابع بعمل معين وهذا العمل المحدد يخول صـــاحبه (المتبوع) الحق فى تحديد الهـــدف الذى يبغى الوصول اليه ، كما تعطيه الحق فى فرض الوسائل التى يتعين على التابع استعمالها لتحقيق هذا الهدف .

وعلى ذلك نجد أن تحديد الهدف والوسائل المحققة له بمعرفة المتبوع هى التى توجد التبعيـــة .

٤٦ ـــ ويمتاز هـــذا المعيـــار بأنه يساعد على التمييز بين المتبوع التابع الذى يرأس اتبـــاعا آخرين لذات المتبوع ، فانه وان كان يعطيهم الأمر والتعليمات ويتولى رقابتهم الا أنه ليس بمتبوع ، وانما المتبوع هو صاحب العمل الذى يحدد الهدف الذى يبغى الوصول اليه والوسيلة التى تمكنه من ذلك ، والتى يتولى تنفيذها التابع .

٤٧ ـــ ولكن هذا المعيار قوبل بالنقـــد من قبل الفقـــه (١٣٥) على الوجه الآتى :

(أ) فهناك أشخاص يتمتعون بتحديد الهدف والوسيلة وبالرغم من ذلك فهم تابعون ، ومن أمثلة ذلك : مرشـــدوا السفن حيث قرر القضـــاء تبعيتهم لمجهزيها رغم استقلال هؤلاء المرشدين فى انجاز أعمالهم (١٣٦) .

---

(١٣٤) انظر Flour : علاقـــة التبعية ، رســـالة باريس ١٩٣٣ ص ١١٨ .

(١٣٥) انظر فى تناول ذلك د. محمد الشيخ عمر ، مسئولية المتبوع ، دراسة مقارنة ص ٢٢٨ وما بعدها نبذة ١٧٦ .

(١٣٦) انظر Ripert ، القانون البحرى ، ج١ بند ٨٧ .

(ب) السلطة بذاتها لا تكفى عادة كمعيار يمكن الوصول عن طريقه لتقرير تلك المساءلة ، والا سئل الأب عن الأضرار التى يتسبب فيها أبناؤه مسئولية المتبوع عن التابع حيث يتمتع بسلطة فى مواجهتهم وهذا مالم يقل به أحد(١٣٧) وحقيقة أن هذا المعيار ليس الا ترديدا لمعيار سلطة الاشراف والرقابة .

(١٣٧) انظر د. محمد الشيخ عمر ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ بند ١٧٧ .

المطلب الرابع
معيـــار الوظيفـــة
RAPPORTS FONCTIONELLES

٤٨ ـــ مضمون المعيـــار :

ذهب جانب من الفقـــه الى القول بأن العنصر الأســـاسى فى تعريف علاقة التبعيـــة ليس هو السلطة الفعلية وخضوع التابع للمتبوع ، وانما هو العمل لحساب الغير . اذ يتعين النظر الى العلاقات الوظيفية القائمة بين من وقع منه الفعل الخاطىء وبين المسئول عنه،فان كانت هناك وظيفة يمارسها التابع لحساب المتبوع ، فان مساءلة الأخير تتحقق دونما حاجـــة الى التحقق من وجود تبعية أو خضوع (١٣٨) .

وقد استند أصحاب هذا الرأى فيما ذهبوا اليه الى تعريف محكمة النقض للتابع بقولها أنه من يقوم بعمل لحســـاب شخص آخر أو من يقوم بوظيفة لحساب هذا الأخير والذى يملك بالنسبة له سلطة الاشراف والرقابة والتوجيه (١٣٩) .

---

(١٣٨) Vernesco ، فكرة التبعية وفكرة الوظيفة ، باريس ١٩٣٣ ص ٧١ وما بعدها ـــ فينى ، المرجع السابق ، فقرة ٧٩٢ ص ٨٧٨ حيث قالت « ان العنصر الاساسى لتعريف علاقة التبعية لم يعد اليوم ، خضوع التابع للمتبوع ولكنه العمل لحساب الغير .

La préposition vesulte de la réunion de deux éléments : la Fonotion eujourd'hui la subor. dination du préposé au commettant, mais le fait d'agir pour le compte d'autrui.

وانظر ستارك ، الالتزامات ، فقرة ٦٦١ ص ٣٧ حيث قال :

La préposition vesulte de la réunion de deux éléments : la fonction exercée pour le compte d'autrui et par voie de conséquence la subordination de préposé par rapport au commettant.

exercée pour le compte d'autrui et par voie de conséquence, la subordination de préposé par rapport au commettant.

(١٣٩) نقض مدنى فرنسى ٩٨٣ : مجلة الأسبوع القانونى ١٩٨٤ ـــ ٤ ـــ ٥٥ وجاء فيه :

"... est préposé ce lui qui agit pour le compte d'une personne, Celui qui remplit une Fonction pour le compte de cette dernière la quelle possède à son égard un pouvoir de surveillance, de direction, et de contrôle."

وقضت محكمة النقض الفرنسية بمسئولية أحد الملاجىء باعتباره متبوعا لاحدى الممرضات المأجورات Salariée عن الخطأ الذى وقع منها أثناء قيامها بتغذية طفل عهد لها به وأقيمت تلك المساءلة على أساس ما تمارسه تلك الممرضة من وظيفة ، وذلك على اعتبار أن المحكمة قد اكتفت باثبات تقاضى تلك الممرضة للأجور التى تكفى بدورها لاضفاء صفة التابع عليها (١٤٠) .

اذن طبقا لهذا المعيار تقوم علاقة التبعية على ممارسة الوظيفة لحساب المتبوع ونتيجة لهذه الممارسة يخضع التابع لتعليمات وتوجيهات المتبوع . فالقيام بالعمل لحساب الغير هو الذى يترتب عليه البحث فى وجود علاقة التبعية . فهذه العلاقة لا توجد فى غياب الوظيفة (١٤١) .

٤٩ — ويمتاز هذا المعيار : بأن وظيفة التابع تعتبر المعيار المميز لوجود علاقة التبعية ، كما أنها تحدد مجال تطبيق مسئولية المتبوع ، حيث لا يسأل المتبوع عن أعمال تابعيه غير المشروعة الأجنبية عن الوظيفة التى يقوم بها التابع لحساب المتبوع (١٤٢) .

علاوة على القول بهذا المعيار يفسر وجود علاقة التبعية فى اطار العلاقات الأسرية فالزوج أو الزوجة يمكن أن يكون كل منهما تابعا للآخر اذا قام أحدهما بعمل معين لحساب الآخر . كذلك يمكن أن توجد علاقة التبعية بين الأب وأبنائه .

٥٠ — ولكن لم يسلم هذا المعيار من النقد (١٤٣) : فهذا المعيار لم يأت بجديد وانما هو ترديد لمعيار سلطة الاشراف بصورة أخرى ، لأن القول بالعلاقة الوظيفية يتطلب البحث عن مقومات الوظيفة حتى يمكن التمييز بين مالا يعتبر كذلك من العلاقات الأخرى ، فالوظيفة فى ذاتها لا تخرج فى مضمونها عن أداء واجب معين محدد سلفا يقوم به من عهد

---

(١٤٠) ركن ٤ يونيه ١٩٢٩ دالوز ١٩٢٩ — ١ — ١٥٣ — انظر Flour فى تعليقه على هذا الحكم ، المرجع السابق ، ص ٢٨٦ .

(١٤١) انظر د. محمود الخيال ، المرجع السابق ، ص ٣٩ .

(١٤٢) انظر د. محمود الخيال ، المرجع السابق ، ص ٤٠ .

(١٤٣) انظر فى عرض أوجه النقد التى وجهت الى هذا المعيار د. محمد الشيخ عمر ، فى رسالته ، المرجع السابق ص ٢٣٠ — ٢٣٢ .

اليه بنـــاء على أوامر وتعليمات رب العمل حتى ولو كانت ادارية ، ومعنى هذا أن العلاقة الوظيفة تتضمن أوامر وتعليمات تصدر من ناحية صاحب العمل وخضوع من جانب من عهـد له بذلك العمل على الأقل من الناحيـة التنظيميـة .

فالوظيفة بهذا الشكل لاتخرج في مضمونها عن مدلول علاقة التبعية التي تستند الى معيار السلطة الفعلية . وعلى ذلك فانه يلزم لانطبـاق المادة ١٣٨٤/٣ من القانون المـدني الفرنسي سلطة الرقابة والتوجيـه وخضوع التابع لهذه السلطة وقيامه بعمل معين لحساب المتبوع (١٤٤) .

ولهـذا درج القضـاء في فرنسا وفي مصر على توليـة معيار سلطة الاشراف والرقابة أهمية خاصة اذ استطاع به الى جانب المعايير الأخرى التحقق من وجود علاقة التبعية ، فاذا ماوجدت السلطة والخضوع وجدت تلك العلاقة وذلك دون اعتبار للمقابل ودون الاعتبار بوجود عقد أيضا ، واذا انعدمت السلطة وما يقابلها من الخضوع انعدمت علاقة التبعية التي تعتبر قوام المساءلة عن أفعال التابع غير المشروعة (١٤٥) .

---

(١٤٤) Flour ، علاقة التبعية ، رسالة باريس ١٩٣٣ ص ٢٨٦ حيث علق على حكم نقض ٤ يونية ١٩٢٩ داللوز ١٩٢٩ — ١ — ١٥٣ الصادر في قضية المرضة والسابق الاشارة اليه بقوله « قد تنادى هـذا القرار تأكيدة علاقة التبعية حيث قرر أن فاعل الضرر يعتبر تابعا يسـأل عنه المتبوع ، وهذا مما يدل على أن المحكمة تتطلب تأكيد وجود صفـة التابع وصفة المتبوع ولكنها قد اهتمت بتوضيح وربط العوامل المكـونة لتلك الصفات » .

وقد علق على ذلك د. محمد الشـيخ عمر في رسـالته هامش رقم ص ٢٣٢ قائلا « ولسنا نرى أن Flour في تعليقه هذا لم يذهب الى الحد الذي ذهب اليه انصار فكرة العلاقات الوظيفية فهو قد قرر أن قضـاة الموضوع في قضية المرضة تلك ، بعدم ذكرهم لعلاقة التبعية ، قد اهتموا بالعوامل والعناصر المكونة أو التي يجب أن تتوافر لكلمة صفـة التابع أو المتبوع على شخص ما . ولا شك أن ذكر العوامل المكونة لعلاقة التبعية يغني عن النص عليها حرفيـا ، ولكن نرى أن ذلك لم يقل بعدم ضرورة علاقة التبعية بل نرى ايضا أن انصار هـذا المعيار الجديد ، شكلا ، لم يذهبوا الى ذلك الحد الا من حيث الناحية الشكلية أنا مطلوب ومضمون ما ينادون به فانه يتضمن ضرورة توافر علاقة التبعية ، وذلك يتضح عند تحليل تعبير « الوظيفة » والتي لا تعني غير التبعية .

(١٤٥) د. محمد الشيخ عمـر ، في رسـالته ، المرجع السـابق ، ص ٢٣٢ — ٢٣٣ .

المبحث الثـــانى

حـــدوث الضرر بانحراف التـــابع

حال تأدية وظيفتـــه أو بسببها

١٥ — ان مسئوليـــة المتبوع تجـــاه الأضرار التى يسببها تابعـــه بانحرافه مسئوليةتبعيةلمسئوليةالتابع حيث ترتبط بها وجودا وعدما فاذا ماتحققت مسئولية التابع عن الأضرار التى تسبب فيهـــا بخطئه تحققت مسئولية المتبوع بالتبعيـــة أما اذا لم يكن التابع مخطئا فلا مسئولية عليه ولا على المتبوع .

وقد قضت بذلك محكمة النقض المصرية (١٤٦) قائلة « ان مسئوليـــة المتبوع لا تتحقق الا اذا تحققت مسئولية التابع ، لأن خطأ التـــابع هو الأساس المشترك لمسئولية التابع ومسئولية المتبوع » .

كما نص المشرع المصرى على ذلك فى المـــادة ١/١٧٤ من القـــانون المدنى بقوله « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

ومن النص السابق نجد أن المشرع المصرى اشترط لتحقق مسئولية المتبوع شرطان :

الأول : وقوع خطأ من التابع تسبب فى حدوث ضرر للغير .

ثانيا : أن يقع الضرر حال تأدية وظيفته أو بسببها (١٤٧) .

وذلك حتى تتحقق مسئوليـــة المتبوع التقصـــيرية ، الا أن المشرع

---

(١٤٦) انظـــر نقض مدنى ١٠ مايو ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٨٧١ سنة ٥٠ ق وايضا نقض مدنى ١٣ نوفمبر ١٩٨٦ فى الطعن رقم ٢٢٦٧ سنة ٥٥ ق . نقض مدنى ١٩ نوفمبر ١٩٣٤ ، المحاماه ، ١٥ — ١٩٨ — ٩٤ حيث قضت « بأن انتفاء المسئولية المدنية عن التابع ينفيها ايضا عن المتبوع بطـــريق التبعيـــة » .

(١٤٧) انظر فى هذا الشرط الباب الثالث من هذا البحث

الفرنسى فى نص المادة ١٣٨٤ فقرة خامسة مدنى لم يصرح بضرورةوقوع خطأ من التابع •

هذا وسأتحدث عن خطأ التابع فى القانون الفرنسى مع ايضاح موقف الفقيـــه والقضاء الفرنسى ثم تعقب ذلك بالحديث عن الخطأ فى القانون المصرى مع ايضاح موقف الفقه والقضاء المصرى وذلك فى مطلبين •

أما كون وقوع الضرر أثناء تأديةالوظيفة أو بسببها فسيكونالحديث عن هذا الشرط فيما بعد تحت عنوان « صور انحراف التابع » فى الباب الثالث •

المطلب الأول

خطأ التابع فى القانون الفرنسى

٥٢ — ان مسئولية التابع لاتفترض أن يثبت الضحية خطأ المتبوع (١٤٨) ، ان وجوب اثبات خطأ المتبوع يعد أولا أمرا غير منطقى لأنه طالما أن مسئولية المتبوع تتحقق بدون خطأ فليس ثمة مجال اذن باقامة الدليل على خطأ المتبوع ، كما أن اقتضاء اثبات خطأ يعد فى المقام الثانى ، مخالفا لنص الفقرة الخامسةمن المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى التى لم تشر الى ذلك على الاطلاق ، وأخيرا فان هذا الوجوب يتنافى مع الاتجاه العام للفقه الفرنسى الذى أعفى الضحية من اثبات الخطأ فيما يتعلق بالأضرار المادية والجسدية .

ومع ذلك فان أغلب الفقه والقضاء يرى ضرورة اثبات الخطأ الذى ارتكبه التابع لالزام المتبوع بالمسئولية (١٤٩) لأنها مفروضة عن طريق أساس المسئولية كما سيتضح لنا فيما بعد ، ونظرا لأن المتبوع يعد ضامنا لأخطار التابع فانه لايجوز اعلانه شخصيا بأنه مسئول الا فى الحالة التى يكون التابع بذاته مسئولا ، وليس ثمة أية قرينة حال تقع على عاتق المتبوع لذا ينبغى أن يكون مسئولا طبقا لنص المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ من القانون المدنى الفرنسى بمعنى أنه ارتكب خطأ (١٥٠) .

وقد نص المشرع الفرنسى فى المواد ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ من القانون المدنى على المبدأ العام فى المسئولية عن الفعل الشخصى فنص فى المادة

---

(١٤٨) ستارك ، الالتزامات ، رقم ٦٢٦ وما يليه .

(١٤٩) انظر على سبيل المثال مدنى ٨ اكتوبر ١٩٦٩ ، نشرة القانون المدنى ٢ رقم ٢٦٩ ص ١٩٥ — ديجون ٢١ مارس ١٩٧٥ ، فقه ١٩٧٥ ، موجز ص ٩٦ .

(١٥٠) انظر MICHEL LE GALCHER-BARON الالتزامات ط ١٩٨٢ فقرة ٦٤٥ ص ١٩٢ .

١٣٨٢ على أنه « كل فعل ما للانسان أحدث ضررا للغير الزم من وقع الضرر من جانبه وبخطئه بتعويض ذلك الضرر » (١٥١) .

ونصت المادة ١٣٨٣ مدنى على أنه «لا يلزم الانسان بتعويض الضرر الناشىء عن فعله هو فقط بل الناشىء أيضا عن اهماله وعدم تبصره (١٥٢) ولم يعرف المشرع الفرنسى الخطأ فى المواد ١٣٨٢ وما بعدها (١٥٣) ولقد اختلف الفقه فى تعريف الخطأ : فعرفه البعض بأنه « اخلال بالتزام سابق» (١٥٤) وعرفه آخرون «أنه فعل لا يصدر من الحريص الحازم» (١٥٥) وقد عرف الأستاذ سافتييه الخطأ بأنه « الاخلال بواجب سابق كان بالامكان معرفته ومراعاته » (١٥٦) وهو بهذا يحلل الخطأ الى عنصرين : مادى ، أدبى .

---

(١٥١) النص الفرنسى للمادة ١٣٨٢ :

Art 1382 : «Tout fait quel conqu de l'homme qut cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer».

(١٥٢) النص الفرنسى للمادة ١٣٨٣ :

Art 1383 : chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence.

انظر د. عبد السلام ذهنى ، الالتزامات ، طبعة ١٩٢٤ ص ٦٦١ فقرة ٧١١ .

(١٥٣) انظر الانسة فينى Viney ، المرجع السابق ، فقرة ٤٣٩ ص ٥٢٧ — بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ج٦ فقرة ٩٤٧ ص ٣٢٤ .

(١٥٤) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ج٦ فقرة ٩١٣ ص ٣١١ ، فقرة ٩٤٣ ص ٣٢٤ ، فقرة ٩٥٠ ص ٣٢٥ حيث يقول :

"La Faute s'analyse donce en un marquement à une obligation préexistante" "La Faute consiste dans la violation d'une obligation pre-éxistante" "La Faute est l'acte contraire à la loi"

(١٥٥) كولان وكابيتان ، المرجع السابق ، ج٦ فقرة ٣٠٧ ص ٢٢٠ حيث قال :

Pour eviter de nuire à autrui, l'homme doit se comporter comme le Fait de l'individu, non seulement dote d'une diligence moyenne, mais encore doue de prudence et d'attention, autrement l'auteur du préjudice est en faute, il est responsable"

Renesavattier "traite de responsabilite civil en droit Français Tome premeir, Dixieme éd Paris 1951. P. 5 N. 4.

(١٥٦) وقد وجه الى هذا التعريف نقد بأنه غير جامع لانه يخرج التعسف =

وقد ذهب غالبيـــة الفقـــه الى أن الخطأ يتكون من عنصرين (١٥٧) :

الأول : مادى un élément objectif وهـــو الاخـــلال بواجب قـــانونى ، ويطلق عليه عدم المشروعية • Telicite

والثـــانى : نفسى وهـــو التمييز discernement أو ادراك المنحرف بذلك الواجب الذى يخل به ،فاذا ماتوفر قصد الضرر بالغير تحقق العنصر النفسى للخطأ واعتبر هذا الخطأ عمدا وبالتالى يوصف الفعل الضار بأنه جنحة مدنية ، واذا لم يتوفر هذا العنصر اكتفى فى قيام المسئولية المدنية بأن يكون مرتكب الفعل الضار مدركا الاضرار بالغير وفى هذه الحالة يعتبر خطؤه غير عمد ويوصف فعله بأنه شبه جنحة مدنية •

ولكن النتيجة تكون ســـوية من حيث قيـــام المســـئولية المدنية والالتزام بالتعويض ولا فرق فى شأنها بين ما اذا كان الخطأ عمدا أو غير عمـــد ، فالعنصر النفسى فى الخطأ كمـــا ذكرنا هو الادراك فلا يكفى ركن التعدى لقيـــام الخطأ ويكفى لاعتبـــار الشـــخص مدركا أن يكون مميزا فان لم يكن مميزا لا يعد مخطئا وبالتـــالى فلا يسأل مســـئولية تقصـــيرية ، وذلك وفقـــا لأنصـــار انظرية الشـــخصية « نظرية الخطـــأ » ، والـــذين يرون أن الركن النفسى ما يربط الخطـــأ المدنى بالخطـــأ الاخـــلاقى ، ومقتضى ذلك أن يكـــون مقترف الخطـــأ الأخـــلاقى مدركا لتمييز بين الخـــير والشر ، وأنه قد اختـــار طريق الاضرار بالغـــير عمـــدا أو على الأقل صـــدر منـــه اهمـــال ورعونة • بعكس ذلك فاقد التمييز فالمجنون والصبى غـــير المميز والشخص الذى هو تحت تأثير الخمر أو المخـــدر لا يكون مســـلكه ملوما من النـــاحية

= فى استعمال الحق. وغير مانع : لانه يدخل ضمن الخطأ كل ما يعتبر واجب سواء كان قانونيا أو أدبيا ثم لا يحدد الدرجة المطلوبة لامكانية العلم بالواجب ومراعاته انظر فى ذلك حسين عامر ، المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ط١ مطبعة مصر ١٩٥٦ ص ١٧٤ •

(١٥٧) انظر مازووتك ، مطول المسئولية المدنية ، ج١ فقـــرة ١٦١ وما بعدها — الانسة فينى ، المرجع الســـابق • فقره ٤٤٤ وما بعدهـــا ص ٥٣٢ وما بعدها — لالو Lalou ، المرجع السابق ، فقرة ٨٢٣ وما بعدها لافون Lafon فى رسالته المسئولية المدنية لمرضى العقول — بلانيول وريبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، ج٢ فقرة ٩٦٨ •

الأخلاقية لأنه لا يدرك الخير والشر . فيجب عدم مساءلته عن انحرافه من مسلك الرجل المعتاد ، وهذا هو مظهر أعمال **القاعدة الأخلاقية في الخطأ** ، ويرى أصحاب الرأى التقليدى أنه لا يمكن قيام الخطأ بدون ركن الادراك لأن ذلك يؤدى الى تجريد المسئولية المدنية من كل أساس أدبى(١٥٨) .

وعلى ضوء هذا المذهب السابق فان المسئولية ترتبط أساسا بالتمييز والادراك فلا يمكن اسناد خطأ شخص ليس لديه الادراك لما يفعل وهو ما ترتب عليه بالضرورة عدم مسئولية الصغير عديم التمييز ، وعدم مسئولية عديم التمييز كالمجنون .

٥٣ — وبالرغم من أن الرأى السائد لدى الفقه ، والقضاء على عدم مساءلة عديم التمييز استنادا الى أن التمييز ركن فى الخطأ فانه قد ظهر تيار آخر فى الفقه يقول بأن التمييز ليس ركنا فى الخطأ فقد ذهب الأستاذان هنرى وليون مازو ابتداء من ١٩٣٠(١٥٩) الى القول بأن الخطأ وهو أساس المسئولية المدنية ، الا أن التمييز ليس ركنا فى الخطأ فالخطأ له ركن واحد وهو ركن التعدى أو الانحراف وهو يقدر تقديرا موضوعيا بعيدا عن البحث فى نفسية من ارتكبه أو ظروفه الداخلية أو الشخصية ، حيث رأى أصحاب هذا الرأى أن الخطأ المدنى هو فكرة اجتماعية مجردة ، وليس فكرة أخلاقية ، ولذلك فهو ينفصل عن الخطأ الأخلاقى من ناحية ، ومن ناحية أخرى ينفصل عن الخطأ الجنائى(١٦٠) .

---

(١٥٨) راجع كاربونييه ، الالتزامات ، رقم ٩٤ — ريبير وبولانجيه ، الالتزامات رقم ٩٥٥ — فلوروابريت ، الالتزامات رقم ٥٩٢ .
— عرائض ١٤ مايو ١٨٦٦ : سيرى ٨٨٦٦ — ٢٣٧ — دالوز ١٨٦٧ ١ — ٢٩٦ ، ليون ٢١ فبراير ١٨٧١ : دالوز ١٨٧٢ — ٢ — ١٣٣ ، عرائض ٢١ اكتوبر ١٩٠١ : سيرى ١٩١٢ — ١ — ٣٢ ، اكس Aix ١٩ يونيه ١٨٧٧ : دالوز ١٨٧٩ — ٤ — ٣٦٥ .

(١٥٩) ظهر هذا التيار فى الطبعة الأولى من مؤلفهم مطول المسئولية المدنية .

(١٦٠) راجع فى ذلك مقال الأستاذ هنرى ، مازو فى الجازيت دى باليه ١٩٨٠ ، قسم الفقه فى ١٣ — ١٤ بعنوان :
"La faut objective et la responsabilité sans faute"
انظر مازووتنك ، المرجع السابق ، ج١ فقرة ٤٢٣ وما بعدها .

وبالتالى ذهب أنصـــار هذا الرأى الى القول بأن عديم التمييز يكون مسئولا عن أفعـــاله التى تسبب ضررا للغير أيا كان سبب انعدام التمييز وقد أيد هـــذا الاتجاه عـــديد من الفقهاء(١٦١) .

٥٤ — وعلى الجانب القضائى الفرنسى كانت المحاكم قبل تعديل سـنة ١٩٦٨ متجهة بالاهتمـــام الى تعويض المضرور وحمـــايته ، وكان اتفاقا مع هذه الرغبة يتجه الى التضـــييق من عدم مسئولية المجنون ، فكان يقصر عدم المســـئولية على الحـــالات التى يثبت فيهـــا أن مرتكب الفعل الضـــار كان مجنونا لحظة ارتكاب الفعل الضار ، وأن يكون الجنون تاما أى كاملا ، ولذلك فان المســـئولية تظل قائمـــة اذا ثبت أن الفـــاعل ليس مجنونا بالمعنى الصحيح حتى ولو ثبت أن تصرفاته غير طبيعيـــة أو كان يسمى نصف مجنون(١٦٢) .

— كمـــا قضى بمسئولية المجنون حتى فى حالات الجنون الكـــامل اذا ثبت أن هـــذا الجنون يعود الى خطأ ثابت سابق من جانبه ، كمـــا لو كان الجنون قد نشـــأ عن تعود الشخص تعاطى المخدرات ، والمواد المؤثرة على القوى العقلية(١٦٣) .

— ومن ناحية ثالثة اتجه جانب من القضاء الى البحث عن مسئولية المسئول عن المجنون سواء كان متولى رقابته أو مسئولا عن ايداعه احدى المصحات اذا تأخر فى ذلك حتى وقع الفعل الضـــار ، حتى يضمن تعويضا للمضرور ، سواء بالاعتماد على أحكام متولى الرقابة فى الحـــالة الاولى

---

(١٦١) بيروفانو Pirovano ، فى رسالة من اكس Aix بعنـــوان « الخطأ المدنى والخطأ الجنائى » طبعة ١٩٦٦ ، فقرة ٢١٧ وما بعدها — Rubut ، فكرة الخطأ فى القانون الخاص طبعة ١٩٨٤ ، فقرة ١٣٢ — مارتى Marty مقال فى مصنف دى لامورانديير بعنوان :
"Ilicité et responsabilité civile" باتى Baite فى رسالة من باريس ١٩٦٥م بعنوان :
Appréciation in abstracto et appreciation in concreto en droit civit Français"

(١٦٢) نقض مدنى ١٥ ديسمبر ١٩٥٦ دالوز ١٩٦٦ — ٣٩٧ .

(١٦٣) محكمة باريس ١٤ مارس ١٩٣٥ دالوز ١٩٥٥ — ٢٤١ ، محكمة نانس ٢٨ نوفمبر ١٩٥٥ ، دالوز ١٩٥٦ — ٣٠ .

أو تأسيسا على المسئولية الشخصية القائمة على الخطأ الثابت في الحالة الثانية[١٦٤] .

٥٥ — الا أن المشرع الفرنسى قد تدخل على أثر الخلاف الذى نشجر فى الفقه والقضاء فى شأن القول بمساءلة عديم التمييز عن أعماله الضارة فأضاف بالقانون الصادر فى ٣ يناير ١٩٦٨ فقرة جديدة الى المادة ٤٨٩ من التقنين المدنى الفرنسى (أصبحت فقرة ثانية) قررت الزام المجنون بتعويض ما سببه للغير من أضرار وهو تحت تأثير الاضطراب العقلى وذلك بالرغم من انعدام مسئولية المجنون جنائيا وفقا لحكم المادة ٤ عقوبات[١٦٥] .

— فقد كان حتى عهد قريب لم يقبل أمر أن مجرد وجود فعل غير مشروع يكفى لكى يستوجب المسئولية لمرتكبيه ، فقد كان يتعين أن يدرك هذا الأخير الطابع الغير مشروع بعمله ، ولقد كان الخطأ يمثل اذن صفة موضوعية وأخرى ذاتية والادراك كان أحد هذه الشروط ولكن منذ صدور المشروع الفرنسى لقانون ٣ يناير ١٩٦٨ المشار اليه سابقا لم يعد شرط الادراك مستوجبا بالنسبة للبالغين الذين يلتزمون بمسئوليتهم حتى اذا قاموا بفعل وهم فى حالة اختلال عقلى الا أن المسألة ما زالت معلقة بالنسبة للقصر صغار السن الذين لا يتمتعون بالقدرة على التمييز .

---

(١٦٤) محكمة اكس : ٨ يناير ١٩٦٢ فى الاسبوع القانونى ١٩٦٢ — ٢ — ١٢٨٩٢ — نقض عرائض ٣٠ يوليو ١٩٠٦ ، دالوز ١٩٠٧ — ٣١٥ — نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٥٧ — ١٦٣ ، وأشار الى هذه الأحكام د. سالم العفص فى رسالته ص ٢٠٠ — ٢٠١ .

(١٦٥) Art 489 - 1 : "Après sa mort, les actes faits par un individu, autres que la donation entre VIPS ou le testament ne pourran : être attaqués pjur la cause prévue à l'article précédent que dans les cas ci-dessous énumérés : I. Si l'acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental, 2. s'il a été fait dans un temps où l'individu etait placé sous la ssuvegarde de justice 3 si une action avait été introduite avant le décès au fins de faire ouvir la tutelle ou la curatelle.

Art 489 - 2 : "Celui qui a causè un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas mains oblige à reparation".

٥٦ — مسؤلية القصر والمختلين عقليا فى فرنسا(١٦٦) : منذ قرار ١٤ مايو ١٨٦٨ • ومحكمة النقض والابرام تؤكد بشكل ثابت من خلال المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ مدنى فرنسى على عدم مسئولية الأشخاص غير المدركين ، وقد رفضت تطبيق هذا المبدأ خارج حالة الجنون الكامل أو اذا كان وراء الجنون خطأ سابق لمرتكب الضرر • الى أن حسم قانون ٣ يناير ١٨٦٨ **الوضع الخاص بالبالغين** ، وحددت الفقرة الثانية من المادة٤٨٩ من القانون المدنى أن « الذى يتسبب فى الحاق ضرر بالغير لحظة اختلاله عقليا يكون ملزما بالتعويض » • كما أن المجانين يلزمون حاليا بمسئوليتهم التقصيرية(١٦٧) ، وفضلا عن ذلك أنهم لم يعدو محلا لاجراء دائم للحماية من جانب القضاء فان اختلالا عقليا عابرا ليس كفيلا بابعاد المسئولية المدنية(١٦٨) •

— أما بالنسبة للقصر : فانه يجب التفرقة اذا كان الأمر يتعلق بقصر ينعمون بالقدرة على التمييز أو بصبية صغار السن أو مصابين باختلال فى قواهم العقلية :

— فالقصر الذين يتمتعون بالقدرة على التمييز : بمعنى اعتبارا من السابعة من العمر فهؤلاء مستوجبون لمسئوليتهم المدنية ، وتتسير

---

(١٦٦) بورست ، تعديل قانون البالغين المعدى الاهلية ونتائجه على قانون المسئولية المدنية الغير تعاقدية ، فقه القانون الجنائى سنة ١٩٧٠ — ١ — ٢٣٠٧ — الآنسة فينى ، افكار حول المادة ٤٨٩ — الفقرة الثانية — من القانون المدنى ، مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩٧٠ ص ٢٥١ وما يليها آى تورنو ، المسئولية المدنية للأشخاص المصابين باختلال عقلى ، فقه القانون الجنائى ١٩٧١ ، ٢٤٠١ — جودارد Caudard ، امكانية الالتجاء المبنى على المادة ١٣٨٢ من القانون المدنى بشأن الضرر الذى يرتكبه بالغ متمتع بالحماية جاز ، Gaz ، بال Pal ١٩٧٤ ، فقه ص ٢٤٧ وما يليها — جمعة Cómaa « د. نعمان جمعة » — التعويض عن الضرر الذى يتسبب فيه المرضى عقليا ، مجلة القانون المدنى الفصلية ١٩٧١ ص ٢٩ وما يليها •

(١٦٧) مدنى ٤ مايو ١٩٧٧ ، قضاء ١٩٧٨ ص ٣٩٣ ، مذكرة ليجيه legeais

(١٦٨) انظر من أجل تطبيق أوسع نطاقا لفقد الادراك الوقتى ، جرينوبل Grenoble ، ٤ ديسمبر ١٩٧٨ ، فقه القانون ١٩٨٠ — ٢ — ١٩٣٤ مذكرة ديجان دى باتى • Dejean de la Batié

المادة ١٣١٠ كذلك الى أن القصر ليسوا ملزمين بالتعويض عن الالتزامات الناجمة عن عدم الجنحة أو شبه الجنحة .

٥٧ — قبل قانون ٣ يناير ١٩٦٨ كان يحدث مساواة بين القاصر صغير السن والمختل عقليا ، وأنهما لا يمكنهما أن يتحملا مسئوليتهما .

— منذ هذا القانون **اختلفت الآراء حول الحل : فاتجه بعض الفقهاء من أنصار المفهوم الموضوعى للخطأ الى القول** : بالنسبة لقبول مسئولية الصبية صغار السن والبالغين عديمى الأهلية ، وأن المادة ١٣١٠ من القانون المدنى لا تقيم أى تفرقة بين القصر سواء كان ذلك راجعا الى الاصابة بمرض عقلى أو سواء كان راجعا الى صغر السن حيث رأوا مسئوليتهم عن أخطائهم طبقا للمفهوم الموضوعى للخطأ(١٦٩) . ويستندون فى تأييد رأيهم الى صياغة النص حيث يرون أن صياغة النص لم تحدد أنها قاصرة على البالغين ، فالنص يتحدث عن كل من أحدث ضررا وهو تحت تأثير الخلل العقلى وبالتالى فمعنى ذلك أن الاضطراب العقلى لم يعد سببا للاعفاء من المسئولية عموما .

ويعارض أنصار هذا الرأى وعلى رأسهم الأستاذان مازو وليون فى وجود عامل شخصى أو نفسى فى فكرة الخطأ ذلك أنهما لا يجدان

---

(١٦٩) الآنسة فينى viney ، المرجع السابق ، فقرة ٥٨٥ وما بعدها ص ٦٩٩ وما بعدها — بيرست Burst ، مقال بمجلة الاسبوع القانونى ١٩٧٠ — ١ — ٢٣٠٧ بعنوان « اصلاح قانون عدم الأهلية من البالغين ونتائجه على قانون المسئولية المدنية » — سافاتييه savatier مقال بدالوز ١٩٦٨ قسم القانون ، ص ١٠٩ وما بعدها — مازووتنك ، المرجع السابق — ج١ فقرة ٤٤٧ وما بعدها — الآنسة فينى viney مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٧٠ بعنوان « تأملات حول المادة ١٣٨٩/٢ من القانون المدنى » ص ٢٢١ وما بعدها — راجع تورنو Tourneau ، المسئولية المدنية للأشخاص المصابين باضطرابات عقلية ، الاسبوع القانون ١٩٧١ — ١ — ٢٤٠١ رقم ٣١ — انظر فلوروابير ج٢ سنة ١٩٨٦ ص ١٠٩ بند ٦٠٠ وأيضا ص ١١١ حيث يوضحان النتائج المترتبة على التعديل الذى استحدثه قانون ٣ يناير ١٩٦٨ فيقولان :

La loi du 3 la nvier 1968 a bien apéré une suppression générale de la condition dimputabilité de la faut ce qui aeu pour conséquence l'ovènement de la "faute objective".

بأن عزو أو نسبة العمل غير المشروع الى فاعله قد أضاف شيئا الى الخطأ ، وعليه فهما فى تعريفهما للخطأ يعتمدان على العنصر المادى فقط ، ولذلك فقد **قالا بأن الخطأ هو** : « انحراف فى مسلك الانسان لا يقع من شخص يقظ فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالمسئول »(١٧٠) .

ـ أما الفريق الآخر وهم أنصار الرأى التقليدى القائلين بالفكرة الشخصية للخطأ ، حاولوا تضييق نطاق تطبيق المادة ٢/٤٨٩ من أجل التمسك بعدم مسئولية القصر صغار السن عندما أبرزوا أن القانون الصادر فى ٣ يناير ١٩٦٨ لا يشتمل الا على البالغين عديمى الأهلية ، وأن الفقرة الثانية من المادة ٤٨٩ من القانون المدنى لا تقصد الا الأشخاص الذين يوجدون فى حالة من الاختلال العقلى ، وذلك لا يشمل حالة الصبى المحروم من نعمة التمييز ، وأخيرا فانه اذا كان المشرع أراد اقرار مسئولية الصبية صغار السن لكان أعد نصا عاما كاملا فى قواعد المسئولية المدنية ، وليس نصا خاصا للبالغين عديمى الأهلية الذى وضعه فى باب عديم الأهلية من البالغين(١٧١) .

ولقد انضمت محكمة النقض والابرام(١٧٢) لهذا التصور الأخير

---

(١٧٠) HENRI, LEON ET JEAN, MAZEAUD : Traite Theorique et, pratique de la responsabilite civile delictuelle et Contractuells, To me l'sixieme, édition Paris 965, N, 4391, P. 504.

(١٧١) كاربونييه ، الالتزامات رقم ٩٤ ـ مازووشاما الكتاب الاول ، الالتزامات ط ٧ سنة ١٩٨٢ رقم ٤٤٩ ـ فلوروأوبرت ، الالتزامات رقم ٥٩٩ ـ د. نعمان جمعة ، مجلة القانون المدنى الفصلية ، التعويض عن الضرر الذى يتسبب فيه المرضى عقليا ص ٤٠ فقرة ٣٠ ـ مقال للأستاذ فيليب لوتورنو فى مجلة الاسبوع القانونى ١٩٧١ ـ ١ ـ ٢٤٠١ بعنوان « المسئولية المدنية للاشخاص المصابين بمرض عقلى » فقرة ٣١ ـ Bonjean فى رسالته من جرينوبل ١٩٧٣ بعنوان « الفعل الشخصى غير الخاص فى قانون المسئولية المدنية » ـ ليجاس Legeais ، تعليق بدالوز ١٩٧٨ تحت حكم محكمة النقض ، الدائرة الثانية فى ٤ مايو ١٩٧٧ ص ٣٩٣ ـ Auque Warembourg ، مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٨٢ بعنوان « عدم المسئولية أو المسئولية المدنية للأطفال حديثى السن » ص ٣٣٢ فقرة ٣ ـ نقض مدنى ٧ ديسمبر ١٩٧٧ ، دالوز ١٩٧٨ ، اخطارات سريعة ، ٢٠٥ .

(١٧٢) نقض ٧ ديسمبر ١٩٧٧م ، فقه القانون الجنائى ، ١٩٨٠ ،

باعتمادها أن القاصر المحروم من نعمة التمييز لا يمكنه أن يلتزم بمسئوليته على أساس المادة ١٣٨٢ ، وذلك لا يعنى فى نفس الوقت أن ضحية الصبى صغير السن لن يحصل على تعويض اذ يجوز للمضرور أن يقيم دعواه ضد الوالدين سواء باثارة خطأ الاشراف أو الاستعانة بقرائن حال المسئولية المنصوص عليها فى الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى(١٧٣) .

— أما بالنسبة للقاصر المميز تؤكد محكمة النقض أن القاصر المميز يسأل تجاه الغير عن فعله الشخصى اذا كان مميزا(١٧٤) . **أما اذا كان الطفل نفسه هو المضرور وساهم بخطئه فى الضرر فقد اختلفت المحاكم** فى الحكم بصدده : فقد ذهبت بعض المحاكم فى أحكامها الى القضاء بتقسيم المسئولية اذا كان الطفل المضرور قد ساهم بخطئه فى الضرر(١٧٥).

ولكن ذهب البعض الآخر من الأحكام الى رفض كل تقسيم للمسئولية على أساس أن الطفل المضرور لم يكن عنده الادراك أو التمييز الكافى لكى يوصف فعله بأنه خطأ(١٧٦) ، وظلت المحاكم محافظة على المبدأ

= ١٩٣٣٩٢ — مذكرة ج ويبل J. WIBAULT ، مجلة القانون المدولى سنة ١٩٧٨ ص ٢٠٥ ، ملاحظة لارومبه Larroument ، نشرة القانون ٦ يوليو ١٩٧٨ ، ١٩٧٩ ص ٦٤ ملاحظة لارومبه Larroumet ، القانون ١٧٦ ص ١٤٠ — نقض مدنى ٢٠ يوليه ١٩٧٦ ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ص ٧٨٤ ، الاسبوع القانونى ١٩٧٨ — ٢ — ١٨٧٩٣ والتعليق — ٢٩ ابريل سنة ١٩٧٦ ، الاسبوع القانونى ١٩٧٨ — ٢ — ١٨٧٩٣ .

(١٧٣) MICHEL LE GALCHER-BARON ، المرجع السابق ، بند ٥٨٧ ص ١٦٧ .

(١٧٤) نقض مدنى (الدائرة الثانية) ٦ يولية ١٩٧٨ : دالوز ١٩٨٩ ، اخطارات سريعة ٦٤ — راجع نقض ١٩ ابريل ١٩٧٦ ، مجلة الاسبوع القانونى ١٩٧٦ — ٢ — ١٨٧٩٣ تعليق باتى BATIE ، والذى ايدت فيه محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف الذى ذهب الى ان الفعل الذى ارتكبه الطفل يمكن أن يرتكبه كل طفل فى نفس سنه ومن ثم لا يمكن وصفه لا بالفعل الخاطىء ولا بالفعل غير المشروع لكى يقرر عدم مسئولية الطفل عديم التمييز .

(١٧٥) ديشامب Deschamps ، فى رسالة من بوردو ١٩٧٧ بعنوان « مسئولية المضرور » ص ٤١١ وما بعدها — Auque-warembourg « الطفل المضرور » ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٨٢ ، الجزء الثانى ص٣٤٧ ومابعدها ، فقرة ٢٤ .

(١٧٦) نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٧٤ : جازيت دى باليه ١٩٧٥ — ١ تصم الأحكام المختصرة ص ٦٨ .

التقليدى وهو عدم مساءلة عديم التمييز استنادا الى أن التمييز عنصر من عناصر الخطأ ، الى أن صدر حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض وقررت : المسئولية المدنية للطفل عديم التمييز على أساس ارتكابه خطأ وبذلك فى حكم صدر لها فى ٩ مايو ١٩٨٤(١٧٧) ، وبالتالى تكون قد ألغت ركن الاسناد فى الخطأ ، وقد استحدثت محكمة النقض فى هذا الحكم فكرة الخطأ بالنسبة للطفل عديم التمييز للوصول الى تقسيم المسئولية بين المسئول والمضرور على خلاف الصيغة التى كانت تستخدمها من قبل للوصول الى نفس النتيجة وهى أن الفعل غير المشروع موضوعيا أو الفعل غير الخاطىء للمضرور ، خاصة موقف الطفل عندما يكون مضرورا(١٧٨) .

— وقد أصدرت أيضا محكمة النقض (الدائرة الثانية) حكما آخر يؤكد على مسئولية عديم التمييز ، وخاصة اذا كان هو مرتكب الضرر وليس مضرورا كما فى حكم ٩ مايو ١٩٨٤ — السابق الاشارة اليه — فأيدت فى ١٢ ديسمبر ١٩٨٤ حكما صادرا من محكمة الاستئناف يحكم بمسئولية الطفل عديم التمييز بصفته الشخصية(١٧٩) ، وبهذا الحكم تقوم مسئولية الطفل عديم التمييز على أساس الخطأ طبقا لنص المادة ١٣٨٢ مدنى حيث رسخ المفهوم الموضوعى للخطأ المدنى ، فالتمييز لم يعد ركنا فى الخطأ وفقا لهذا الحكم(١٨٠) .

---

(١٧٧) مشار الى هذا الحكم فى رسالة د. محمود الخيال ، المرجع السابق ، ص ٦١ — ٦٢ — وانظر ايضا فى ذلك الآنسة فينى Viney مقال فى مجلة الاسبوع القانونى ١٩٨٥ — ١ — ٣١٨٩ .

(١٧٨) انظر د. محمود الخيال ، رسالته ، المرجع السابق ، ص ٦٦ .

(١٧٩) نقض مدنى ١٢ ديسمبر ١٩٨٤ : Bull — ٢ رقم ١٩٣ ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٨٦ — ١١٩ ملاحظة J. Huet حيث جاء به :

" ... A Caractérisé la faute commise par un enfant de sept j. Hûet ans, qui alors qu'il jouait dans une du même âge, lequel s'est blessé en tombant, la cour d'appel qui a relevé que ce mineur avait poussé son camarade sur un banc de la cour de l'ecole avec une violence telle qu'elle a entraîné un éclatement de la rate, avec hémorragie interne, sans que ladite cour ait été tenue de vérifier si ledit mineur etait capable de discerner les conséquences de son acte".

(١٨٠) راجع مقال الأستاذان هنرى ومازو بدالوز ١٩٨٥ ، قسم =

ـ وأخيرا فيما يتعلق بالقصر المصابين باختـلال عقلى : فقد أقرت محكمة النقض والابرام بحكم صادر منها بمسئوليتهم بسبب الالتزام بسداد التعويض المنصـوص عليه فى الفقرة الثانية من المـادة ٤٨٩ من القانون المدنى الفرنسى التى تشتمل على جميع أولئك البـالغين والقصر الذين تحت تأثير اختلال عقلى عند الحاقهما ضررا بالغير(١٨١) .

٥٨ ـ ولكن فى ضوء التطورات السابقة كيف يمكن أن يكون لها تأثير على مسئولية المتبوع من أفعال تابعة ؟

ان المبدأ القائم تقليديا فى فرنسا هو أن المتبوع يسـأل عن أخطاء تابعه(١٨٢) ومعنى ذلك ضرورة توافر خطأ التابع بركنيه المادى والمعنوى، فاذا تخلف الخطأ تخلفت مسئولية التابع ، وتخلفت بالتالى مسئوليـة المتبوع وقد ظل هذا المبدأ مطبقا فى كثير من الأحـكام(١٨٣) ، وتشترط بعض المحاكم أن يكون خطأ التـابع خطأ تقصيريا أى اخـلالا بالتزام قانونى ، ولا يكتفى بأن يكون اخلالا بالتزام عقدى ناشىء من العقـد الذى بينه وبين المتبوع ، لأن العقود لا تنفع ولا تضر سوى عاقديها ، ولأنه ليس للغير أن يتمسك بالالتزام الذى ينشأ فى ذمة التابع من عقده مع المتبوع(١٨٤) .

= الفقه ص ١٣ ـ ١٤ ـ مازووشابا دروس فى القانون المدنى ج١ الكتاب الأول ، الالتزامات ، الطبعة السابعة ١٩٨٢ فقرة ٤٤٩ وما بعدها .

(١٨١) نقض بتاريخ ٢٠ يوليه ١٩٧٦ ، مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٧٦ ـ الأسبوع القانونى ١٩٧٨ ، ١٨٧٩٣ ، مذكرة ديجان دى لاباتل Dejean de la Batie ـ جنائى ٣ مارس ١٩٧٧ ، مجلة القانون المدنى الموسمية ١٩٧٧ ص ٥٥٦ ، ملاحظة دورى ـ المجلد القانونى ١٩٧٧ قضاء ص ١٥٤ فقه ١٩٧٧ ، قضاء ص ٥٠١ ، مذكرة لاروميه ـ الآنسة فينى أفكار حـول المادة ٤٨٩ فقـرة ٢ من القـانون المدنى ، مجلة القـانون المدنى الموسمية سنة ١٩٧٠ ص ٢٥٦ ـ لى تورنو ، المسئولية المدنيـة بالنسبة للأشخاص المصابين باختلال عقلى ، فقه القانون الجنائى ١٩٧١ ـ ٢٤٠١ رقم ٢٦ .

(١٨٢) راجع مازووتنك ، مطول المسئولية ، ج١ رقم ٩١٦ .

(١٨٣) راجع نقض ٤ مايو ١٩٥١ ، الاسبوع القانونى ١٩٥١ ـ ٢ ـ ٦٣٨٣ ـ نقض ٢٨ ابريل ١٩٥٢ ، دالـوز ١٩٥٢ ـ ٧١٤ ـ باريس ٢٣ يونيه ١٩٥٠ ، الأسبوع القانونى ١٩٥٠ ـ ٢ ـ ٥٢٥٥ ، وتعليق رودير ـ نقض مدنى ١٥ مارس ١٩٥٦ ، الأسبوع القانونى ١٩٥٦ ـ ٢ ـ ٧٣٠٤ .

(١٨٤) محكمة السـين ٣٠ نوفمبر ١٩٤٣ ، انظر الأحكام الأخـرى المشار اليها فى رسالة رابو Rabut عن فكرة الخطأ فى القـانون المدنى باريس ١٩٤٩ ص ٤٧ .

المطلب الثـانى
خطـأ التـابع فى القـانون
المدنى المصـرى

٥٩ — اشترط المشرع المصرى فى المادة ١٧٤ مدنى لتقرير مسئولة المتبوع عن الضرر الذى ينتج من انحراف تابعه ، أن تتحقق مسئولية التابع أولا بارتكابه عملا غير مشروع أى يلزم لمسئولية الأخير توافـر أركان المسئولية التقصيرية الخطأ والضرر وعلاقة السببية حيث نص فى المادة المذكورة فقرة أولى « يكون المتبوع مسـئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها » وعلى ذلك فان مسئولية المتبوع تتحقق اذا ارتكب تابعـه خطأ ترتب عليه مسئولية التابع أولا سواء استندت هذه المسئولية الى خطأ ثابت عن مسئولية شخصية أو الى خطأ مفترض كالشأن فى مسئولية متولى الرقابـة أو حارس الحيوان أو الأشـياء غير الحية غير أنـه متى انتفت مسئولية التابع انتفت بالضرورة مسئولية المتبوع .

هذا ولم يعرف واضع القانون المدنى العمل غير المشروع أى الخطأ حيث استلزم وقوع خطأ من التابع ، ولكن الفقه حاول تحديد معناه ، وفى الواقع يصعب تحديد مفهوم الخطأ وبيان المراد منه ، لذلك لم ينعقد اجماع الفقه على تعريف الخطأ ، والسبب فى ذلك يعود الى أن فكـرة الخطأ نسبية تتأثر بظروف الحال والبيئة[١٨٥] ، كما أنها غير محـدودة لاتصالها الوثيق بالأخلاق ، ولما كانت فكرة الأخـلاق تعوزها التحـديد والضبط ، وجب أن تكون فكرة الخطأ غير محدودة ولا منضبطة[١٨٦] .

ولقد قال غالبية الفقه بأن الخطأ هو : انحراف عن السلوك المألوف

---

(١٨٥) انظر خليل جريج ، النظرية العامة للموجبات ، ج١ ، مصادر الموجبات الخارجة عن الارادة ، مطبعة صادر بيروت ١٩٧٥ ص ١٣٣ .
(١٨٦) محمد ابراهيم دسوقى ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر .

للشخص المعتاد الموجود فى نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر مع ادراك ذلك(١٨٧) .

وقد عرفه أستاذنا الدكتور / السنهورى حيث يقترب تعريفه للخطأ من تعريف الأستاذ سافاتييه حيث يقول « الخطأ فى المسئولية التقصيرية هو اخلال بالتزام قانونى ، كما أن الخطأ فى المسئولية العقدية هو اخلال بالتزام عقدى »(١٨٨) .

ولقد اعتبر الفقه أن التمييز ركن فى الخطأ وذلك استنادا الى نص الفقرة الأولى من المادة ١٦٤ مدنى مصرى حيث نص فيها « ١ — يكون الشخص مسئولا عن أفعاله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز . ٢ — ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم ».

فالتمييز ركن فى الخطأ ومن ثم فان عديم التمييز لا يكون مسئولا عن أفعاله الضارة لعدم امكانية نسبة الخطأ اليه(١٨٩) . ويقصد بالتمييز

---

(١٨٧) السنهورى ، الموجز فى النظريات العامة للالتزامات طبعة ١٩٣٩ ، فقرة ٣١٣ ص ٣٢٦ — مصطفى مرعى ، المرجع السابق ، فقرة ٦٠ / ٦١ — محمد صادق فهمى ، مجمل بعض محاضرات فى نظرية الالتزام ١٩٢٤ — ١٩٢٥ ص ١٢٨ — عبد السلام ذهنى ، الالتزامات ، ص ٣٨٧ — أحمد فتحى زغلول ، شرح القانون المدنى ١٩١٣ ص ١٧٨ .

(١٨٨) انظر الدكتور السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، مصادر الحق ، دار النشر للجامعات المصرية مطبعة جزتيبرج — القاهرة ١٩٥٢ص ٧٧٨ بند ٥٢٧ — ويفضل الدكتور / عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢ مصادر الالتزام مطبعة نهضة مصر ١٩٤٤ هامش (١) ص ٤٤٤ عبارة « واجب قانونى بدلا من التزام قانونى » .

(١٨٩) د. عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، فقرة ٤١٧ وما بعدها — د. عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، فقرة ٦٥٢ وما بعدها — د. اسماعيل غانم ، مصادر الالتزام فقرة ٢٢٨ ص ٤٢٠ وما بعدها — د. محمد لبيب شنب ، مصادر الالتزام فقرة ٢٥ ص ٣٤٣ وما بعدها — د. أحمد سلامة ، المرجع السابق فقرة ١٧٥ ص ٢٥٦ وما بعدها — السنهورى ، الوسيط ، ج١ فقرة ٥٢٦ وما بعدها ص ٧٧٧ وما بعدها — د. أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية مطبعة مصر القاهرة ١٩٥٤ فقرة ٤٢٩ وما بعدها .

استعداد الشخص أو قدرته على فهم ماهية أفعاله وتقدير نتائجها[١٩٠] ، وان كانت سن التمييز المتفق عليها هى سن السابعة[١٩١] ، فبناء على هذه المادة لا يسأل من لم يبلغ هذه السن عن أفعاله الضارة ، حيث يكون التمييز شرطا لازما لوجوب المسئولية .

وكما لا يسأل الصبى عديم التمييز ، لا يسأل المجنون ، ولا المعتوه عنها وذلك لأمرين :

(أ) لأن فقد الادراك سبب من أسباب الاباحة فى المسئولية الجنائية ، فيجب أن يكون من باب أولى سببا للاعفاء من المسئولية المدنية .

(ب) ولأن فعل المجنون وكذلك الصبى الصغير يعتبر من قبيل القوة القاهرة ، فعلى المصاب أن يحتمل أثرها فيه[١٩٢] .

— هذا وقد قيد انعدام المسئولية لانعدام التمييز بقيود تجعله ضيق النطاق اذ يشترط « أن يكون الشخص قد انعدم فيه التمييز انعداما تاما بغير خطأ منه ، وأن يكون عديم التمييز هو المسئول وحده عن خطأ غير مفروض »[١٩٣] . وعلى ذلك يسأل المعتوه اذا كان مميزا ، كما يسأل المتسبب فى عدم تمييزه بتعاطى المسكر ، كما يسأل عديم التمييز اذا كان مضرورا ونسب اليه اهمال يستوجب تخفيف المسئولية عن المسئول ، ولو كان مع عديم التمييز مسئول عن تابعه ، وكان خطؤه مفروضا لا ينفيه انعدام تمييزه .

٦٠ — ولكن نظر لما فى شرط التمييز من مجافاة للعدالة أحيانا اذا أطلقنا القول به فقد وضع المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ حكما تقول المذكرة الايضاحية للقانون أنه مأخوذ من الشريعة الاسلامية، لأن القاعدة فى الشريعة الاسلامية عدم اشتراط التمييز للضمان حيث

---

(١٩٠) شرح قانون العقوبات د. محمود محمود مصطفى ص ٢٨٣ فقرة ٢٨٩ الطبعة الثالثة دار النيل للطباعة ، القاهرة ١٩٥٥م .

(١٩١) نصت المادة ٦٤ من قانون العقوبات المصرى على انه « لا تقام الدعوى على الصغير الذى لم يبلغ من العمر سبع سنين » .

(١٩٢) المسئولية المدنية فى القانون المصرى للأستاذ / مصطفى مرعى ص ٥٧ — ٥٨ فقرة ٦٠ .

(١٩٣) السنهورى ، الوسيط ، ص ٨٠٢ — ٨٠٤ فقرة ٥٣٩ .

جاءت المادة ٩٠٦ من مجلة الأحكام العدلية تقول « اذا أتلف الصبى مال غيره فيلزم بالضمان من ماله فان لم يكن له مال ينتظر حال يساره ولا يضمن وليه » واذا ما رجعنا الى الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ مدنى مصرى نجد أنها تعالج حالة حدوث الضرر من شخص غير مميز كأن يكون سنه أقل من سبع سنوات ، أو يكون فاقد التمييز بسبب جنون مطبق أو سكر(١٩٤) .

— والفقرة الثانية فى المادة المذكورة تشترط لمساءلة عديم التمييز شرطين لابد من توافرها(١٩٥) :

(أ) أن يتعذر على المضرور الرجوع بالتعويض على من يتولى رقابة عديم التمييز لاعساره أو لعدم القدرة على اقامة الدليل على مسئوليته .

(ب) أن يسمح مركز الخصوم للقاضى بأن يقدر للمضرور تعويضا عادلا كما لو كان غير المميز موسرا أو كان الخطأ جسيما أو ترتب عليه ضرر جسيم .

— ولقد ذهب الفقه فى تبرير مسئولية عديم التمييز الى القول بأن مسئولية عديم التمييز هو مسئولية استثنائية على خلاف الأصل ، وهى مشروطة ومخففة كما ذكرنا .

— كما أسس الفقه مسئولية عديم التمييز المنصوص عليها فى المادة ١٦٤/٢ مدنى مصرى على فكرة تحمل التبعية ، حيث يرون أن مسئولية عديم التمييز لا يمكن أن تكون مبنية على الخطأ ، فالخطأ ركنه الادراك وعديم التمييز لا ادراك عنده ، وانما تقوم المسئولية فى هذه الحالة على تحمل التبعة فالشخص غير المميز — وبالشروط التى ذكرت فى النص

---

(١٩٤) انظر د. جمال الدين محمود ، بحث منشور بمجلة القضاء يناير — ابريل ١٩٨١ تحت عنوان « عنصر الخطأ فى المسئولية المدنية بين الشريعة الاسلامية والقانون المدنى » ص ٩٤ — ٩٥ .

(١٩٥) انظر د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٢٨ — د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٤٤٥ .

المذكور — يتحمل تبعة ما يحدثه من ضرر، ولذلك جاءت مسئوليته مشروطة ومخففة(١٩٦) .

— أما بالنسبة لمسئولية متولى الرقابة بالنسبة للخاضع غير المميز والتى نصت عليها المادة ١/١٧٣(١٩٧) ، فان الفقه ذهب الى أن مسئوليته فى هذه الحالة مسئولية أصليـــة وليست تبعية(١٩٨) . فمسئولية متولى الرقابة تشترط لقيامها صدور عمل غير مشروع من الخاضع للرقابة .

---

(١٩٦) انظر د. السنهورى ، الوسيط ، ج١ فقرة ٥٤٠ ص ٨٠٤ — د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٧ ص ٢٦٨ — د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣ ص ٣٥٥ — د. اسـماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٣ ص ٤٢٦ .

أنظر فى نقد ذلك د. محمود الخيال فى رسالته ، المرجع السابق ، ص ٧٦ حيث يقول « أن تأسيس مسئولية عديم التمييز على نظرية تحمل التبعة للمحافظة على تعريف الخطأ بركنيـــه المادى والمعنوى غير سليم ، فمقتضى نظرية تحمل التبعه هو أن يتحمل الشخص تبعة فعـــله الضـــار سواء كان ذلك الفعل خاطئا أو غير خاطىء مادام أنه يترتب عليه ضرر للغير ، وتأسيس مسئولية عديم التمييز على تحمل التبعة معناه أن المشرع قد حمل عديم التمييز مســـئولية أثقل من مســـئولية الشخص المميز الذى لا يسأل عن فعله الا اذا كان خاطئا . وهذا ما لم يقصده المشرع بتقريره مبدأ مساءلة عديم التمييز والذى أراد بنص المادة ٢/١٦٤ مدنى التخفيف من مسئولية عديم التمييز فى الحدود التى جاء بها النص » .

(١٩٧) نصت المادة ١/١٧٣ على أنه « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى رقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » .

(١٩٨) يتساءل الدكتور السنهورى عن كيفية وقوع عمل غير مشروع من الخاضع للرقابة عندما يكون غير مميز وهو لا يجـــوز فى حقه الخطـــأ لانعدام التمييز فيه ، الوسيط ، فقرة ٦٦٩ ص ١٠٠٣ حيث يقول « ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز ، والخطأ الذى وقع من غير المميز هنا هو خطأ قام ركنه المادى اى ركن التعدى دون ركنه المعنوى اى ركن التمييز ، ولذلك وصفه النص بالعمل الضار دون العمل غير المشروع .. » أنظر فى ذلك ايضا د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤١ ، فقرة ٤٣٣ حيث يقول « أنه يقصد بصدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة أن يصدر من الخاضع للرقابة فعل يتوافر فيه الركن الموضوعى فى الخطأ وهو الانحراف عن مسلك الشخص العادى ولو لم يتوافر الركن المعنوى أو النفسى وهو التمييز .. » د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، فقرة ٤٤ ص ٣٧٥ — د. محمود جمال زكى ، المرجع =

أما بالنسبة لمسئولية المتبوع فانها تنتفى لعدم تمييز التابع على عكس مسئولية متولى الرقابةعن الخاضع له عديم التمييز ، ولكن يمكن قيام مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه على أساس مسئولية متولى الرقابة اذا توافرت شروطها(١٩٩) .

٦١ — هذا وقد ذهب القضاء الى تأييد اتجاه غالبية الفقه الى ضرورة وقوع خطأ من التابع لتحقق مسئولية المتبوع بقولها « لا يعرف القانون مسئولية التابع عن المتبوع وانما هو قرر فى المادة ١٧٤ من القانون المدنى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة وهذه المسئولية مصدرها العمل غير المشروع وهى لا تقوم فى حق المتبوع

= السابق ، فقرة ٢٨٩ ص ٦٠٧ — د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠٤ ص ٣٠٤ وما بعدها — وانظر فى نقد ذلك د. محمود الخيال فى رسالته ص ٧٧ حيث يقول « ان القول بأن مسئولية متولى الرقابة عندما يكون الخاضع للرقابة عديم التمييز هى مسئولية اصلية اساسها خطأ مترفض فى الرقابة قبل متولى الرقابة معناه ان متولى الرقابة عندما يمكنه فى هذه الحالة أن ينفى مسئوليته باثبات انتفاء الخطأ فى جانبه فى الوقت الذى لا يمكنه وصف فعل عديم التمييز بالخطأ الأمر الذى ينتهى بالضرور الى تحمل عبء الضرر لا لشىء الا ان الخاضع للرقابة عديم التمييز ، بالرغم من ان المشرع نص فى المادة ١٦٤/٢ على مسئولية عديم التمييز .. » .

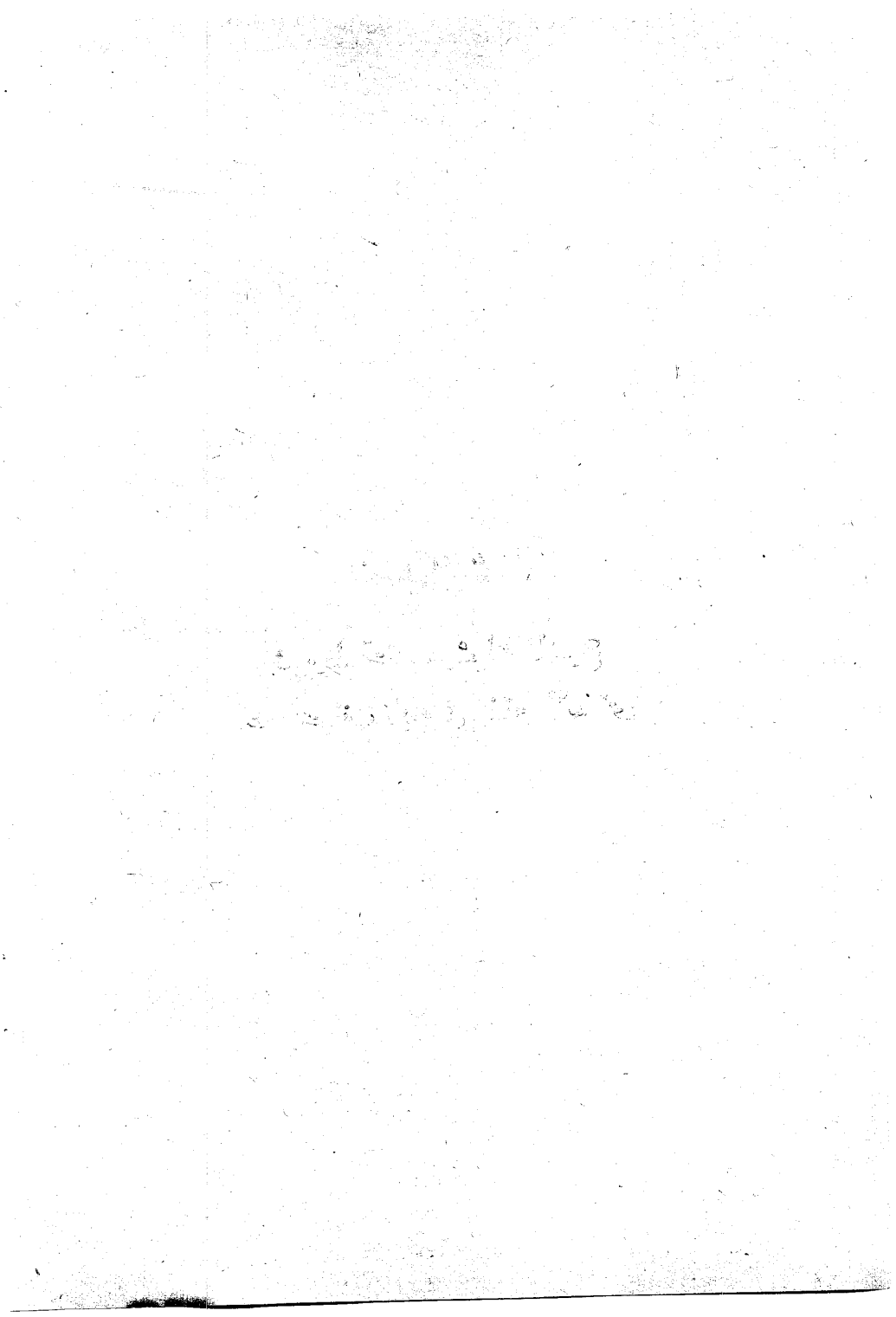
(١٩٩) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٦/٥/ ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ١٤٠ — ١٧٨ — ٦٨٩ بأن « مسئولية المتبوع عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع الواقع منه حال تأدية وظيفته أو بسببها (م ٤٧٤ مدنى) قوامها وقوع خطأ من التابع مستوجب لمسئوليته هو ، بحيث اذا انتفت مسئولية التابع فان مسئولية المتبوع لا يكون لها من اساس تقوم عليه واذا كانت مسئولية التابع لا تتحقق الا بتوافر أركان المسئولية الثلاثة وهى الخطأ بركنيه المادى والمعنوى ، وهما فعل التعدى والتمييز ثم الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وكان الثابت من الأوراق ان التابع وقت اقترافه حادث القتل لم يكن مميزا لاصابته بمرض عقلى يجعله غير مدرك لاقواله وافعاله مما ينتفى به الخطأ فى جانبه لتخلف الركن المعنوى للخطأ وهو ما يستتبع انتفاء مسئولية التابع وبالتالى انتفاء مسئولية الوزارة المتبوعة ، فان الحكم المطعون فيه اذا خالف هذا النظر وبنى قضاءه بالزام الطاعنه بالتعويض على اساس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه فانه يكون قد خالف القانون » وقضت بتاريخ ١٩/١٠/١٩٣٤ — م ق ج — ١٦٣ — ٦٢٤ بأن « انتفاء المسئولية المدنية عن الخادم ينفيها أيضا عن المخدوم بطريق التبعية » .

الا حيث تتحقق مسئولية التابع بنـاء على خطأ واجب اثباته أو بناء على خطـأ مفترض »(٢٠٠) .

(٢٠٠) نقض مدنى فى الطعن رقم ٥١٦ لسـنة ٢٩ ق — جلسـة ١٩٦٤/١١/١٢ س ١٥ ص ١٠٣٢ الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٢٨ ق جلسـة ١٩٦٣/٦/٢٠ س ١٤ — ص ٨٨٨ ونقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ ، مجموعة أحكام النقض س ١٤ — ص ٦٨٩ — طعن رقم ١٧٨ — وفى هذا المعنى نقض جنائى ١٢ مارس ١٩٤٦ — فهرس ٢٥ سنة جنائى ص ٦٢٦ فى الطعن رقم ١٦٠ سنة ١٦ ق .

الفصل الثانى

شروط تحقق مسئولية المتبوع
عن انحراف تابعه فى الفقه الاسلامى



الفصـــل الثـــانى

شروط تحقق مسئولية المتبوع

عن انحراف تابعه فى الفقه الاسلامى

٦٢ — لكى يكون المعلم أو السيد أو الأستاذ أو المؤجر ضامنـــا أى مسئولا عن الأضرار التى يتسبب فيهـــا تابعه بانحرافه فى الفقـــه الاسلامى فانه يشترط لهذه المسئولية شروطا هى :

أولا : أن يكون هناك عقد يقتضى أن يسلم كل من الأجير الخاص والمتعلم منافعهما لصالح المؤجر والمعلم على أن يكون العمل الذى يؤديه كل منهما مشروعا ويطيع فيه المؤجر والمعلم ويمتثل أمره وتوجيهاته[١] .

ثانيا : وقوع ضرر يصيب الغير من انحراف التـــابع بسبب تأديته للوظيفة فى غير محل وظيفته مباشرة أو تسببا[٢] .

هذا وسوف نتناول شرح الشرط الأول وذلك عند الحديث عن أساس مسئولية المتبوع فى الفقه الاسلامى[٣] .

٦٣ — أما فيمـــا يتعلق بالشرط الثـــانى فان الضرر الذى يلحق بالضحية والذى يترتب عليه تحقق مسئولية المتبوع تجاه المضرور ، حيث ينصب الضمان فى الفقه الاسلامى على جبر ضرر المضرور الذى يحدث من جراء انحراف التابع أى ارتكابه الخطأ أى وقوع فعل التعدى منه ، لأنه يلزم لتحقق مسئولية المتبوع فى الفقه الاسلامى — كما ذكرنا — أن يكون العمل فى حدود وظيفته آلة ومحلة وكيفية .. أو أن يكون مأمورا

---

(١) انظر د. محمد فوزى فيض الله ، المرجع السابق ، ص ٣٨٨ — د. سيد أمين ، المرجع السابق ، ص ١٤٥ .

(٢) المسئولية المدنية والجنائية للشيخ / محمود شلتوت ص ٢٨ — ٣١ — راجع الباب الثانى من هذا البحث .

(٣) انظر الباب الثانى من هذا البحث « أساس مسئولية المتبوع فى القانون المدنى والفقه الاسلامى » .

به من قبل أستاذه صراحة أو دلالة ، فان لم يكن فى حدود وظيفته ، ولا مأمورا به ، ولا مما جرت العادة بأن مثله يفعله ، فلا ضمان على الأستاذ وانما الضمان على التلميذ فى ماله أى على التابع فى ماله(٤) .

وقال البغدادى تطبيقا لذلك « أجير القصار لا يضمن ما تخرق من عمل مأذون الا أن يخالف الأستاذ »(٥) .

وفى معرض شرط عدم مخالفة التابع للمعتاد حتى يضمن المتبوع قال الزيلعى « فلا يضمن ما تلف به الا اذا تعمد الفساد فيضمن للتعدى »(٦) وجاء فى در المختار « ... الا اذا تعمد الفساد فيضمن كالمودع »(٧) .

— وفى معرض الحديث عن شروط تحقق مسئولية المتبوع عن الأضرار التى يحدثها تابعه بانحرافه أى بخطئه أثناء تأديته لوظيفته يلزم أن توضح مفهوم الخطأ فى الفقه الاسلامى ثم توضح بعد ذلك موقف الفقه الأسلامى من مسئولية عديم التمييز فى مبحثين على الوجه الآتى :

---

(٤) أنظر د. محمد فوزى فيض الله ، المرجع السابق ، ص ٣٨٨ — ٣٨٩ — المسئولية المدنية والجنائية الشيخ / محمود شلتوت ، المرجع السابق ، ص ٢٨ .
(٥) مجمع الضمانات ص ٤٥ س ٢٣ ، ٢٤ .
(٦) تبيين الحقائق للزيلعى ج٥ ص ١٣٨ س ١٤ ، ١٥ .
(٧) الدر المختار ج٥ ص٦٧ س١٤ ، ٢٦ .

المبحث الأول

مفهوم الخطـــأ فى الفقه الاســـلامى

٦٤ ـــ لقد استعمل الفقـــه القانونى الخطأ كأحد أركان المسئولية التقصيرية ، وعبروا به عن الفعل الذى يولد الضرر ، ولكن فقهاء المسلمين لم يعبروا بهذا اللفظ عن الفعل الذى ينتـأ عنه التلف أو الضرر ، وانمـــا يعبرون عنه فى **الغالب « بالتعدى »** ، وقد يعبرون عنه بالتقصير والاهمـــال وعدم التحرز وعدم التثبت ، وان كانت هذه الألفـــاظ فى مجموعها لا تخرج عندهم عن لفظ التعدى فى معنـــاه ومدلوله اللغوى والاصطلاحى بل تنخرط فى سلكه وتدخل فى نظامه[٨] . كمـــا سنرى .

وقد ورد لفظ الخطأ فى القرآن وفى السنة : قال تعـــالى « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ » [٩] ، وهذا فى مقابلة القتل العمـــد الذى **يقصد فيه** افاعل القتل[١٠] ، كمـــا ورد فى الحديث الشريف قول الرسول ﷺ « ان الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه [١١] .

الخطأ هنـــا معناه وقوع الشىء على خلاف الارادة ، ولذلك تجاوز الله عنه كما فى الحـــديث الشريف . والواقع أن الخطأ بالمعنى المتقـــدم يختلف عن معنى الخطأ الاصـــطلاح القانونى والذى يعرف بأنه « مجاوزة الشخص للحد الذى ينبغى عليه أن يلتزمه فى سلوكه مع الناس ، فهو فى الأصل بمعنى التعدى ، ولذلك ناط القانون المسئولية بالتمييز لأن الخطأ بمعنى الاثم أو الذنب يستوجب نوعا من الادراك ، بخلاف الخطأ بمعنى

---

(٨) انظر د/ محمد فوزى فيض الله ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ وما بعدها ـــ د/ محمد صلاح الدين ، المرجع السابق ص ١٦٥/١٦٦ .

(٩) سورة النساء آية رقم ٩٢ .

(١٠) والخطأ فى اللغة : ضد الصواب من أخطأ فهو مخطىء ، قال ابو عبيدة : خطىء وأخطأ بمعنى واحد لمن يذنب عن غير عمد ، وقيل أخطأ اذا أراد الصواب فصار الى غيره ، فان أراد غير الصواب وتعمله فقد قصده وتعمده ، والخطىء الذنب ومن قوله تعالى : « ان قتلهم كان خطئا كبيرا » آية ٣١ سورة الاسراء ، المصباح المنير ص١٧٤ .

(١١) بلوغ المرام من أدلة الأحكام ص ٢٢٦ .

وقوع الشيء على خلاف الارادة فهو لايستوجب اثما ولا يعد ذنبا ولذلك رفع الاثم عن المخطيء والناسي والمكره بحكم الحديث الشريف، وان كان ذلك بالنسبة للمخطيء يرفع الضمان المقرر لمصلحة المضرور فرغم رفع الاثم يبقى الالتزام بتعويض الضرر ويلاحظ أن الاثم المرفوع هنا هو الاثم الذى يقابله الجزاء الأخروى (١٢) .

— هذه التفرقة فى النظر الى معنى الخطأ هى التى أدت الى أن الفقه الاسلامى لايهتم بركن الخطأ على قدر مايهتم بالضرر ، فالفعل الضار فى الفقه الاسلامى يستوجب الضمان بذاته لأنه فعل محظور بالنظر الى نتائجه فتقع تبعته على فاعله ولا يؤثر فى ذلك أن يكون فاعله مدركا أو غير مدرك الا اذا حدث الفعل الضار ممن لاذمه له كالحيوان اذا لم يكن خطأ من انسان فيكون هدرا اذ القاعدة « فعل العجماء جبار » أى لا ضمان فيه ، وأصل هذه القاعدة حديث نبوى نصه « العجماء جرحها جبار » (١٣) .

٦٥ — وعلماء الفقه الاسلامى لم يتصوروا وقوع التلف أو الضرر الا بأحد طريقين هما : المباشرة أو التسبب . فسواء وقع الفعل الضار بهذا الطريق أو ذاك فهو فى كلتا الحالتين ، يقع تعديا أو اعتداء يستوجب الغرامة والضمان على من باشر التلف أو تسبب فى وقوعه .

وهذا المعنى نجده واضحا فيما نص عليه صاحب البدائع بقوله « وسواء كان الاتلاف مباشرة — أى بايصال الآلة بمحل التلف — أو تسببا بالفعل فى محل يفضى الى تلف غيره عادة — لأن كل واحد منهما يقع اعتداء واضرار فيوجب الضمان » (١٤) .

وقد نص صاحب الهداية على نفس المعنى بقوله « وكذلك ان وضع خشبة فى الطريق فتعمد رجل المرور عليها ، لأن الأول : تعد وهو تسبب

---

(١٢) د/ جمال الدين محمود ، بحث منشور بمجلة القضاة عدد يناير — ابريل ١٩٨١ تحت عنوان « عنصر الخطأ فى المسئولية المدنية بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى » ص ٩٥ .

(١٣) أخرجه الجماعة « أحمد وأصحاب الكتب السنة ومالك من حديث أبى هريرة رضى الله عنه » (نيل الأوطار ٥ : ٣٢٤) .

(١٤) البدائع للكاسانى ج١ ص١٦٥ الطبعة الأولى ١٣٢٨/١٩١٠ .

والثانى : تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشرة أولى »(١٥) .

٦٦ ـــ هذا وقد استعمل علماء الشريعة الاسلامية كما ذكرنا لفظ التعدى بدلا من لفظ الخطأ الذى استعمله فقهاء القانون الوضعى ، كما قد يعبرون بالتقصير والاهمال وعدم التحرز وعدم التثبت لذلك يلزم أن نوضح مفهوم التعدى وتعريفه ثم نذكر بعض الامثلة التطبيقية له ، على الوجه الآتى :

٦٧ ـــ مفهوم التعدى وتعريفه :

ـــ **التعدى لغة** : هو الظلم والعدوان ومجاوزة الحقوق يقال « تعدى الحق » أى جاوزه (١٦) .

أما اصطلاحا : فهو مجاوزة الحد (١٧) ، « وهو العمل الضار بدون حق ، أو جواز شرعى » (١٧م) .

وقد عرفه بعض الفقهاء بقوله « بأنه مجاوزة ماينبغى أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة » (١٨) .

ومما سبق نجد أن تعبير التعدى فى الفقه الاسلامى يتسع لجميع الصور التى ينشأ عنها الضمان فهو يشمل العمد والخطأ وكذلك الاهمال والتقصير وعدم التحرز فيجوز أن يقع التعدى عمدا كما فى حالة القتل العمد وقد يقع كما اذا انقلب النائم على متاع وكسره (١٩) .

---

(١٥) الهداية شرح بداية المبتدئ لبرهان الدين المرغيناتى ج٤ ص١٤٣ طبعة ١٣٢٧ هـ .

(١٦) راجع لسان العرب مجلد ١٥ ـــ تحت فعل عدى ، فى فصل العين من حرف الواو والياء ـــ نشر دار صادر بيروت للطباعة والنشر بيروت ١٣٧٦ هـ ـــ ١٩٥٦ م .

(١٧) احكام القرآن لابى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى ـــ تحقيق على محمد البجاوى ـــ القسم الأول الطبعة الاولى دار احياء الكتب العربية عيسى البابى وشركاه ١٣٧٦ هـ / ١٩٥٧ م ص ١١٣ .

(١٨) انظر فى هذا التعريف د/ محمد فوزى فيض الله ، فى رسالته ، ص ١٩٠ بند ٨١ .

(١٩) مجمع الضمانات ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ .

كما نجد أن التعدى فى الفقـــه الاســـلامى يقابل الركن المادى من الخطأ لدى فقهاء القانون •

ـــ **أما العمد** : فهو القصد الى الشىء فقيل « ان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله فأقيم الدليل مقام المدلول لأن الدلائل تقوم مقام مدلولاتها فى المعارف الظنية الشرعية (٢٠) •

أما الخطأ : لدى فقهـــاء القـــانون : هو الاخلال بواجب قانونى ، مقترن بادراك المخل اياه (٢١) لكن عند فقهاء المسلمين يرد دائما مقابل العمـــد فهو « ما أصبت مما كنت تعمـــدت غيره » (٢٢) ولذلك قالوا ان « الأموال تضمن عمدا وخطأ » (٢٣) •

ـــ وعليه يمكن القول بأن الخطأ فى تعبير فقهاء الشريعة هو صورة من صور التعدى فالتعدى لدى الفقهاء ركن من أركان المسئولية وهو : مباشرة الفعل الضار دون الدخول فى كنه نفسية الفاعل والتحرى عن مدى وجود القصـــد لديه أم عـــدم وجوده ولذلك نجد أن التعـــدى لا يقابل الخطأ بالمعنى القانونى أى بركنيه المادى والمعنوى أى القصد ، فالتعدى مطلقا أعم من العمد والخطأ •

ـــ وبعد أن أوضحنا مفهوم التعدى والتمييز بينه وبين العمد والخطأ يلزم أن نذكر بعض الأمثلة فى استعمالات التعدى باصطلاحاته المختلفة لدى فقهاء الشريعة :

٦٨ ـــ أمثلة لاستعمالات التعدى :

ـــ جاء فى الأم « واذا وقع على الرجل حد فضربه الامام وهو

---

(٢٠) رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الابصار ج ٥ لابـــن عابدين ط ٣ ـــ المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق سنة ١٣٢٦ هـ ص ٣٥٠ •

(٢١) د/ سليمان مرقس « المسئولية المـــدنية » دروس لطلبـــة قسم الدكتوراه ، جامعة القاهرة سنة ١٩٢٢ ص ١٨٢ •

(٢٢) المبسوط للسرخسى ج٢٦ ص٦٦ طبعة ثانية دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ـــ لبنان بلا سنة طبع •

(٢٣) الفروق للقرافى ج ٢ وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الاسرار الفقهية للشيخ محمد على بن الشيخ حسن طبعة ١ مطبعـــة دار أحياء الكتب العربية سنة ١٣٤٥ هـ ص ٢٠٣ •

مريض أو فى برد شـــديد أو حر شديد كرهت ذلك ، وان مات من ذلك الضرب فلا عقل ولا قود ولا كفـــارة ولو كانت المحـــدودة امرأة كانت هكذا ، الا أنها ان كانت حاملا لم يكن له حدها لمـــا فى بطنها ، فان حدها فأجهضت ضمن مافى بطنهـــا ، وان ماتت فأجهضت لم يضـــمنها وضمن مافى بطنها لأنه لم يتعد عليها » (٢٤) .

ومن نصـــوص الحنـــابلة الواردة باســـتعمال لفظ التعدى قولهم « اقتنى كلبا سود بهيما أو اقتنى كبشا معلما النكاح ، أو اقتنى أسدا أو نحوها من السباع المتوحشة فعقرت أو خرقت ثوبا بمنزله أو خارجـــه ضمنه مقتنيها لأنه **متعـــد** باقتنائه .. » (٢٥) .

ومن أقوال الحنفية حيث يقول ابن الشحنة أن « من هدم بيتنفسه فانهدم من ذلك منزل جار لا يضمن لأنه غير متعد منه ... » (٢٦) .

وأقوال المالكية التى ورد فيهـــا استعمالهم للفظ التعـــدى قـــولهم « وكذلك من جعل على حائطه شوكا يستضر به من يدخل ، أو رش فناه يريد بذلك أن يزلق من يمر به من انسان أو غيره ، فهذا يضمن فى هـــذه الوجوه وكذلك من جعل فى الطريق مربطا لدابة تضر بالناس فهو ضامن لمـــا أصابت فيه لأنه متعـــد فى هذا كله » (٢٧) .

ـــ ومن أمثلة النصوص الفقهية التى استعملت « التعدى » مقرونة « بالتقصير » قولهم : ـــ

« لو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن ، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه لأنه **متعـــد** فى هذا التسبب ، لأن الوقوع

---

(٢٤) الأم الجزء الســـادس مجـــلد ١٤ ص ١٦ (ط كتاب الشعب) وبهامشه مختصر المزنى .

(٢٥) كشاف القناع للبهوتى ج ٤ ص ١٠٠ مطبعـــة انصـــار السنة المحمدية ١٣٦٧ هـ / ١٩٤٨ .

(٢٦) لسان الحكام لابن الشحنه ص ٩٠/٩١ وتكملته المسماة « غاية المرام فى تتمة لسان الحكام » لبرهان الدين الخالقى العدوى (من الفصـــل الثانى والعشرين الى الثلاثين) .

بتقصير منه ، وهو ترك الشد أو الاحكام فيه فصار كأنه ألقاه على الطريق بيده » (٢٨) .

— **ومن النصوص الواردة فى لفظ « التعدى » مع لفظ « عدم التحرز » قولهم :**

« فان أوقفها (أى الدابة) فى الطريق ضمن النفحة أيضا **لأنه يمكنه** التحرز عن الايقاف ، وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا مع الايقاف، وشغل الطريق فيضمنه » (٢٩) .

— **أما النصوص الواردة باستعمال لفظ التفريط :**

قولهم « اذا أوقد فى ملكه نارا أو فى موات فطارت شرارة الى دار جاره فأحرقها أو سقى أرضه فنزل الماء الى أرض جاره فغرقها لم يضمن اذا كان فعل ماجرت به العادة من غير تفريط لأنه غير متعد .. » (٣٠) .

— **ومن النصوص التى وردت باستعمال الفاظ (التقصير والاهمال وعدم الاحتياط والتفريط غير مقرونة بلفظ التعدى) :**

— « ومن زاحم بهيمة فى طريق فمزقت ثوبه فلا ضمان الا أن يكون غافلا ولم ينبه سائقها لتفريطه » (٣١) .

— « ولو بناه (أى حائطه) مائلا الى الطريق ، أو بناه فى غير

---

(٢٧) تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الاحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٢٤٧ وبهامشه (العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والاحكام لابن سلمون الكتانى) — جزءان .

(٢٨) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان الزيلعى ، وبهامشه حاشية شهاب الدين أحمد الشلبى ج ٦ ص ١٥١ المطبعة الأميرية ١٣١٥ هـ .

(٢٩) الهداية شرح بداية المبتدى ج ٤ ص ١٤٦ ط ١٣٢٧ هـ .

(٣٠) المغنى لموفق الدين بن قوامه ج ٥ ص ٤٥٣ الطبعة الأولى دار المنار ١٣٤٨ هـ — على مختصر الامام الخرقى المتوفى ٣٣٤ هـ ويليه الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين بن قدامه المقدسى المتوفى ٦٨٢ هـ .

(٣١) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للامام المهدى أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى ٨٤٠هـ ج ٥ ص ٢٧١ .

ملكه ضمن مايتلفه ، ولو بناه فى ملكه مستويا فمال الى الطريق أو الى غير ملكه وجب ازالته ، فان أهمل مع المكنه ضمن)[٣٢] .

٦٩ — والتعدى عند الفقهاء كالخطأ عند القانونيين،وقد **يكون عملا ايجابيا** Fait positif كشق الثوب أو حرق الحصيد ، وقد يكون **عملا سلبيا** Fait negatif كما لو قاد سيارة فوقع ما حمل عليها فأصاب انسان فقتله أو مالا فأتلفه ، وفى نظيره يقول الفقهاء (لأنه متعد فى هذا التسبيب ، لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الاحكام فى الشد)[٣٣] .

وكذلك قالوا فى (صبى ابن ثلاث سنين ، وحق الحضانة للام ، فخرجت وتركت الصبى فوقع فى النار ، فضمن الام)[٣٤] .

— كما يلاحظ أن لفظ التعدى قد ورد فى الكتاب والسنة أيضا قال تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)[٣٥] ، وقال تعالى (ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين)[٣٦] .

وقد ورد فى السنة فى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فى وضوء النبى ﷺ (وغسل أعضائه ثلاثا ، وقوله فى آخره ، هكذا الوضوء فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم)[٣٧] ، وقوله : **فقد تعدى** : راجع الى الزيادة لأنه مجاوزة عن الحد وقوله : وظلم :يرجع الى النقصان .

ولقد عرف الامام الرازى التعدى بأنه(مجاوزة الانسان ما ينبغى أن ينتصر عليه) ومع اختصار هذا التعريف تجده يشير الى الضابط فى

---

(٣٢) تحرير الأحكام الشرعية للامام ابن مطهر المشتهر بالحلى ج ٢ ص ٢٦٥ (طبع على الحجر فى ايران عام ١٣١٤هـ) .

(٣٣) تبيين الحقائق للزيلعى ج ٦ ص ١٥١ س ١٨ ، ١٩ ط١ ، بولاق ١٣١٣هـ — ١٣١٥هـ .

(٣٤)معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ط ١ ص ٢٠١ س ٢٥ ، ٢٦ ، المطبعة الأميرية ، بولاق ١٣٠٠هـ .

(٣٥) سورة البقرة آية ١٩٤ .

(٣٦) سورة البقرة آية ١٩٠ .

(٣٧) العناية على الهداية ج ١ ص ٢ س ٢٣ — ٢٩ .

التعدى ألا وهو الانسان العادى،الوسط فهو يجر اليه الحصيف الرشيد نازلا ، والوليد الوئيد صاعدا)[٣٨] .

٧٠ — وبعد أن وضحنا مفهوم لفظ التعـدى ذكرنا أن التعـدى يكون بأحد طريقين هما المباشر والتسبب . ولهذا سنوضح معنى المباشرة والتسبب ثم نذكر بعض الامثلة التوضيحية لهما على الوجه الاتى :

أ — معنى المباشرة والتسـبب :

ذكرنا أن علماء الفقه الاسلامى لم يتصوروا وقوع الضرر من فعل التعدى الا بأحد طريقين هما المباشرة والتسبيب ، ولقد تولت مجلة الاحكام العدلية **تعريف المباشرة** بقولها : (هو اتلاف الشىء بالذات من غير أن يخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر)[٣٩] .

كما عرفت التسبب : بقولها : (والاتلاف تسببا يكون بعمل يقع علـى شىء يفضى الى تلف آخر)[٤٠] .

— **وقد عرف الامام الغزالى المباشر** (وحد المباشرة ايجـاد علة التلف كالقتل والأكل والاحراق)[٤١] أى ان المباشر هو الذى يحصل الضرر بفعله بلا واسطة أى بدون تدخل فعل شخص اخر مختار .

كما عرف التسبب بقوله : (وحد السبب ايجاد ما يحصل الهـــلاك عنده لكن لعلة أخرى)[٤٢] .

— **والمباشرة عند العز بن عبد السلام هى :** (ايجاد علة الهلاك) أما التسبب فهو (ايجاد علة المباشرة)[٤٣] .

---

(٣٨) انظر د / محمد فوزى فيض الله ، المرجع السابق ، ص ١٩٣ .
(٣٩) المادة ٨٨٧ من مجلة الأحكام العدلية .
(٤٠) المادة ٨٨٨ من مجلة الأحكام العدلية .
(٤١) الوجيز ج١ ص ٢٠٥ س ٢١ ، ص ٢٠٦ ، س ١ ط مطبعة الآداب والمؤيد بالقاهرة ، ١٣١٧هـ .
(٤٢) الوجيز ج ١ ص ٢٠٦ س ١ ، وانظر ايضـــا ج ٢ ص ١٤٨ س ١٧ ، ١٨ .
(٤٣) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للامام العز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

والاتلاف مباشرة عند الكاساني الحنفي يكون (بايصال الآلة بمحل التلف ، **والاتلاف تسببا** يكون بالفعل في محل يفضي الى تلف غيره عادة)[٤٤] .

فالمتسبب هو : الذي يحدث أمرا يؤدي الى تلف شيء آخر حسب العادة الا أن التلف لا يقع فعلا منه ، وانما بواسطة أخرى هي فعل فاعل مختار .

ب — ومن أمثلة المباشرة والتسبب[٤٥] : —

أولا : المباشرة : تتفق المباشرة طبقا للتعريف السابق مع النزعة المادية في الفقه الاسلامي والتي تبني الضمان على مجرد حدوث الضرر أو الواقعة المادية ،ويربط الضرر بالفعل الضار وجودا وعدما،وذلك دون النظر الى وصف الفعل سواء وقع بحق أو بتعد أو كون الفاعل مميزا أو غير مميز، أو عالما أو غير عالم ، قاصدا أو غير قاصد ، في ملكه أو في غير ملكه .

ومن أمثلة ذلك :

— لو أن ابن يوم انقلب على قارورة انسان مثلا فكسرها يجب عليه الضمان في الحال[٤٦] .

— اذا زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه يضمن[٤٧] .

ثانيا : التسبب : لا يكفي فيه مجرد وقوع الفعل الضار بل لا بد وأن يكون ناشئا عن تعد ، بتعمد أو تقصير أو اهمال أو قلة احتراز ، ولا ينظر الى ذات الفاعل ، فلا عبرة بجهله ولا بظنه ولا بخطئه ولا باضطرابه ، ولا بصغره وفي هذا اتجاه مادي بارز في التضمين[٤٨] .

---

(٤٤) البدائع ج ٧ ص ١٦٥ ، الطبعة الأولى ١٣٢٨هـ/١٩١٠م .

(٤٥) انظر في عرض هذه الأمثلة د/ محمد فوزي فيض الله ، المرجع السابق ، ص ١٦٤ وما بعدها ، بند ٦٩ .

(٤٦) رد المحتار على الدر المختار ج٥ ص١٤٠ س ٨ ، ٩ المطبعة المصرية بولاق ١٢٨٦هـ .

(٤٧) المادة ٩١٣ مجلة الأحكام العدلية .

(٤٨) انظر د/ محمد فوزي فيض الله ، المرجع السابق ، ١٦٦ .

ومن أمثلة التسبب :

— تجاذب رجلان حبلا قطع انسان الحبل بينهما بقصد ايقاعهما ، فوقع كل واحد منهما على القفا فماتا فدبتهما على عاقلة القاطع لتسببه بالقطع(٤٩) .

— معلم بعث صبية لتجيء بغير اذن أبيها ، فاحترقت يضمن اذا كانت صغيرة بحيث لم يمكنها حفظ نفسها ، والا فلا(٥٠) .

— أنه لو ألقى حية على قارعة الطريق فلدغت انسانا ضمن الملقى ، الا أن تدولت عن ذلك الموضع(٥١) .

— لو أحرق شخص حشيشا فى أرضه أو فى تنور بيته ، فأحرقت شيئا لغيره لا يضمن لأن هذا التصرف فى ملكه مباح له مطلقا(٥٢) ونقل بعض المتأخرين ، الا أن يكون يوم ريح ويعلم أن الريح يذهب بالنار الى أرض جاره فيضمن .

٧١ — اشتراط وصف التعدى فى التسبب دون المباشرة :

يقول جمهور الفقهاء : ان المباشر يضمن ولو لم يكن متعديا ، أما المتسبب فلا يضمن الا اذا كان متعديا . فلقد جعلوا الضمان دائما على المباشر وأطلقوا هذا الضمان فلم يقيدوه بأى قيد ، أما المتسبب فقد قيدوا ضمانه بالتعدى .

فلقد جاء فى الهداية ما يشير الى ذلك بقوله (وبخلاف ما اذا أرسله (يعنى بذلك الحيوان الخارج الى صيد) فأصاب نفسا أو مالا فى فوره لا يضمن من أرسله ، وفى الارسال فى الطريق يضمنه لأن شغل الطريق

---

(٤٩) تبيين الحقائق للزيلعى ج ٦ ص ١٥١ طبعة اولى ، بولاق ، ١٣١٣هـ — ١٣١٤هـ .

(٥٠) اللآلىء الدرية ، فى الفوائد الخيرية ، لخير الدين الرملى (حاشية على جامع الفصولين) ج٢ ص٨٢ س١٠ — ١١ طبعة اولى المطبعة الكبرى الميرية ببولاق مصر ١٣٠٠/١٣٠١هـ .

(٥١) جامع الفصولين ج ٢ ص ٨٥ .

(٥٢) المبسوط للسرخسى ج ٢٧ ص ٢٣ س ١١ ، ط اولى مطبعة السعادة القاهرة ١٣٢٤ — ١٣٢٥هـ .

تعد فيضمن ماتولد منه ، أما الارسال للاصطياد فمباح ، ولا تسبب الا بوصف التعدى)[٥٣] .

جاء فى مجمع الضمانات(اشترى مدهنة وبنى فيها مدقة وفى جدارها مكتب فسقط من دق الحنطة والارز يضمن صاحب المدقة ، لأن التلف لما حصل كان مباشرة ولا يشترط التعدى فى المباشرة)[٥٤] .

وجاء أيضا فى مجمع الضمانات (المباشر ضامن وان لم يتعد والمتسبب لا أى لايضمن الا اذا كان متعديا)[٥٥] .

وجاء فى رد المحتار (أى الاصل فى مسائل هذا الباب : أن المتسبب ضامن اذا كان متعديا والا لا يضمن ، والمباشر يضمن مطلقا وتفريعا على هذا الاصل يقول (ضمن الراكب فى طريق العامة ماوطئت دابته ، وما أصابت يدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت بفمها أو ضربت بيدها أو صدمت — فلو حدثت المذكورات فى السير فى ملكه أو المشترك لأن لكل واحد من الشركاء السير والايقاف فيه لم يضمن ربها لأنه متسبب لا مباشر وليس بمتعد بتسيير الدابة فى ملكه الا فى الوطء وهو راكبها لانه مباشرة فيضمن وان لم يتعد)[٥٦] .

كما نصت مجلة الاحكام العدلية على ذلك أيضا بقولها « المباشر ضامن وان لم يتعـد »[٥٧] .

كما نصت أيضا على المتسبب بقولها « المتسبب لا يضـمن الا بالتعمـد »[٥٨] .

ومما سبق نجد أن المباشر يضمن حتى ولو لم يكن متعديا ، والمتسبب

---

(٥٣) الهداية للمرغينانى ج ٤ ص ١٤٨/١٤٧ طبعة ١٣٢٧هـ .
(٥٤) مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٥٠ .
(٥٥) مجمع الضمانات ص ١٤٦ .
(٥٦) رد المحتار ج ٥ ص ٥٩٣/٥٩٢ الطبعة الثالثة بالمطبعة الأميرية ١٣٢٦هـ .
(٥٧) المادة ٩٢ من مجلة الأحكام العدلية .
(٥٨) المادة ٩٣ من مجلة الأحكام العدلية .

لايضمن الا اذا كان متعديا أى أن المباشرة لا يشترط فيها التعدى أما المتسبب فيشترط فيها التعدى .

٧٢ — معيار المباشرة والتسبب :

أ — النسبة فى المباشرة : اذا كانت المباشرة ناجزة فتبقى نسبة الفعل اليها ، ذلك أن وجود الفعل يكفى و لايتوقف ذلك على قصد فاعله ، وعلى ذلك **فالمعيار فى المباشرة** : هو أن يكون الفعل الى المباشرة منجزا ، كما أن قدرة المجنى عليه على تحاشى الاصابة بالانحراف عن طريق المباشرة **لا تؤثر فى التضمين** :

ومثال ذلك ماجاء فى قول الشافعى « اذا كان الفارس أو الراجل واقفا فى ملكه أو فى غير ملكه أو مضطجعا أو راقدا ، فصدمه رجل فقتله ، والمصدوم يبصر ويقدر على أن ينحرف أو لا يبصر ولا يقدر على أن ينحرف أو أعمى لا يبصر فسواء ودية المصدوم مغلظة على عاقلة الصادم ولو مات الصادم كانت ديته هدرا ، لأنه جنى على نفسه ولو أن الواقف انحرف عن موضعه »(٥٩) .

ب — النسبة فى التسبب : ان المعيار فى التسبب هو أن ينسب التلف الى فعل المتسبب ، ويكون ذلك اذا ارتبط التلف بفعل المتسبب بحسب المجرى العادى للامور .

فلو حفر شخص بئرا فى طريق أو وضع حجرا فيه ، فتعثر اخر ووقع على شخص ثالث ، فماتا ، فالضمان على من حفر البئر ، ولا ضمان على الذى عثر لأنه مدفوع فى هذه الحالة فكان كالآلة(٦٠) .

وكذلك لو وضع شخص فى الطريق حجرا فأحرق ذلك شيئا ضمنه(٦١) .

---

(٥٩) الام — الجزء السادس — للامام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى — الطبعة الأولى ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، ١٣٨١هـ/١٩٦١ ص ٨٦ .

(٦٠) مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الابحر ، ج٢ ص٦٥٣ مطبعة عثمانية ١٣٢٧هـ مجلد ثان .

(٦١) كتاب الخراج — لأبى يوسف (القاضى يعقوب بن ابراهيم) — الطبعة الثالثة — المطبعة السلفية — القاهرة ١٣٨٢هـ ص١٦١ .

وكذلك « لو أدخل أحد انسانا بيتا وسد عليه الباب حتى مات جوعا »(٦٢) .

٧٣ — ومما سبق نجد أن الفقه الاسلامى قد استعمل التعدى بدلا من الخطأ . ووجد أنه فى تعريف التعدى بأنه « مجاوزة ما ينبغى أن يقتصر عليه » فمن جاوز ذلك ضمن وكان مسئولا بلا تفرقة بين مميز وغيره ، وعاقل ومجنون ، وعامد ومخطىء ، وعالم وجاهل فقد اتجه الفقه الاسلامى الى عدم الاعتداد بركن الادراك أى الركن المعنوى فى الخطأ فالخطأ عند القانونيين يتكون من ركنين كما ذكرنا ركن مادى وهو التعدى ، وركن معنوى وهو الادراك أو التمييز ، ولذا نجد أن الشريعة الاسلامية قررت مسئولية الغير مميز والمجنون المخطىء والجاهل بسبب وقوع تعدى منهم نتج عنه ضرر للغير ، فلا تعتد الشريعة فى التعدى « الخطأ » بالركن المعنوى بل اتجهت الى الاعتداد فى جبر الضرر الى الركن المادى فقط حتى لا تسقط المسئولية نهائيا اتباعا لقاعدة « الضرر يزال » .

والوجه فى ذلك : هو أن المنظور فى الفقه الاسلامى فى شئون التعدى المالى هو جبر الضرر، وذلك بغض النظر عن الاعتبارات الاخرى لأنها فى نظر الفقه الاسلامى أمور شخصية لا تتصل بواقعة التعدى ، والفقه الاسلامى فى ذلك ينظر بنظرة موضوعية الى واقعة الضرر مجردة عن شخصية طرفيها(٦٣) .

— واذا كان الفقه الاسلامى ينظر الى واقعة الضرر بنظرة موضوعية

---

(٦٢) مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٧٢ — الطبعة الأولى — المطبعة الخيرية مصر ١٣٠٨هـ .

(٦٣) يقول ذلك الامام عز الدين بن عبد السلام فى كتاب قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ج ١ ص ١٦٦ س ١٣ — ١٨ ، فى التفرقة بين الجوابر والزواجر « الجوابر مشروعة لجلب مافات من المصالح ، والزواجر مشروعة لدرء المفاسد الغرض من الجوابر جبر مافات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده ولا يشترط فى ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثما ، ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد ، والجهل والعلم والذكر والنسيان، وعلى المجانين والصبيان ، بخلاف الزواجر ، فان معظمها لا يجب الا على عاص زجرا له عن المعصية » .

أى ينظر الى واقعة التعدى دون النظر الى شخصية مرتكبها فما هـــو **المعيار الذى يتخذه الفقه الاسلامى كضابط للتعدى وكمعيار له ؟**

٧٣ ـ معيـــار التعـــدى .

ان معيار التعدى فى الفقه الاسلامى لا يختلف من الناحية الموضوعية عن المعيار القانونى[٦٤] فهو معيار موضوعى[٦٥] ينظر الى التعدى من خلال مخالفته للعرف والعادة وقد ذكر السيوطى ان « كل ماورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه ولا فى اللغة يرجع فيه الى العرف »[٦٦] وذلك كالحرز فى السرقة ، والاستيلاء فى الغصب ، وكذلك التعدى فى باب الضمان ، فان لم يكن التعدى مجاوزة ما ينبغى أن يقتصر عليه ، ويرجع فى ذلك ضابط التعدى الى عرف الناس فيما يعدونه مجاوزة ، ويعتبرونه تعديا سواء كان **عرفا عاما** ، كما هو الشأن فى حوادث الطريق ، والغصب ، والاتلاف . أو كان **عرفا خاصا : كما هو الشأن فى حوادث الحرف ، والمهن يرجع فى** ضابطة الى عرف ذوى الاختصاص فى تلك المهن[٦٧] .

اذن معيار التعدى فى الفقه الاسلامى هو معيار موضوعى يعتـــد بالظروف الخارجية دون الظروف الداخلية أو الشخصية . وتطبيقا لذلك فقد ذكر ابن عابدين فى تحليله بوجوب الكفارة على النائم ـ بالاضـــافة الى الضمان ، اذا انقلب على انسان فقتله حيث قال « وانما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه فى موضوع يتوهم أن يصير قاتلا ، والكفارة فـــى قتل الخطأ انما تجب لترك التحرز »[٦٨] .

ومن الامثلة على تجاوز الحد المألوف أى المعتاد أو عدم تجاوزه ماذكره

---

(٦٤) وذلك بقياس سلوك المسئول بمسلك الشخص العـــادى الذى يمثل أواسط الناس فلا هو شديد الحرص والذكاء ، ولا هو بالغ الغباء .

(٦٥) د/ وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى (رسالة دكتوراه فى الحقوق ١٩٦٠ من كلية الحقوق جامعـــة القاهرة) ، مطابع دار الكتاب العربى بمصر بلا سنه طبع ص ١٩ بند ١٨ .

(٦٦) الاشباه والنظـــائر للسيوطى ، ص ٨٨ س ٢٩ سنة ١٣٥٩هـ مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة .

(٦٧) د/ محمد فوزى فيض الله ، المرجع السابق ، ص ٢١٨/٢١٧ .

(٦٨) رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٣٥٢ .

العز بن عبدالسلام فى قواعد الاحكام حيث قال « اذ ساق دابته علـــى الاقتصاد فى الاسواق فأثارت غبارا أو شيئا من الاوحال والايذاء ، فأفسد شيئا فلا ضمان ، الا أن يزيد على الاقتصاد فى السوق ، ولو ســـاق فى الأسواق إبلا غير مقطور أو ركب دابة نزقه لا يؤثر فيها كبح اللجـام لزمه الضمان لخروجه عن المعتاد »[٦٩] .

خلاصة القول : ان فيصل التفرقة بين ما اذا كان الفعل يعد تعـديا (خطأ) أو لا يعد كذلك هو الاعتياد أو السلوك المعتاد ، وهذا ما أوضـحه بعض الفقهاء بصريح العبارة حيث جاء فى البهجة شرح التحفة « الاصـل والقالب اذا تعارضا فالحكم للغالب لقوله تعالى (وأمر بالعرف) أى حكم به[٧٠] وهو ميل واضح الى المعيار الموضوعى فى الحكم على السلوك .

ـــ هذا وتعريف الخطأ وتحديد معياره لا يظفر بتلك الاهمية فى الفقه الاسلامى ، كما فى القانون المدنى ، لأن المسؤولية المدنية فى الفقه الاسلامى قائمة على أساس جبر الضرر وليس على أساس الجزاء أو العقوبة التـى ترتبط بالادراك ومن هنا لا ننظر الى الخطأ بتلك النظرة التى تســـتدعى الاهتمام به أشد الاهتمام فى التعريف والتحديد لمعياره ، **ولكن ما مـــدى اتصال علاقة السببية بين الواقعة والضرر الناتج عنها ؟**

٧٤ ـــ مدى اتصال علاقة السببية بين الواقعة والضرر الناتج عنها فى الفقـــه الاســـلامى :

لقد استغنى الفقه الاسلامى عن ذكر رابطة السببية ، وذلك باطـلاق المباشرة والتسبب ، فالفعل الخاطىء المتعدى فيه هو سبب أو علة للضـــرر الناشىء عنه ، وهذا الضرر هو السبب المعلول بذلك[٧١] .

---

(٦٩) قواعد الأحكام فى مصـــالح الأنام ج ٢ لابى محمـــد عز الدين ابن عبدالسلام السلمى ، الطبعة الأولى ، المكتبة الحسينية المصرية ١٣٥٣هـ ـــ ١٩٣٤م ص١٨٧ .

(٧٠) البهجة شرح التحفة ج ١ ص ٣٤٨ .

(٧١) د/ محمد فوزى فيض الله ، فصول فى الفقه الاســـلامى العام ، مطابع جامعة دمشق ـــ دمشق ١٩٦٨/٦٧ ، ص٦٨ بند ٥٨ .

أما بصدد العلة بين السبب والمسبب ، والعلة والمعلول فانه لولا العلة لما كان المعلول معلولا لها ، ولا المسبب مسببا عنها ، والسببية فى الفقه الاسلامى تستلزم تقدم العلة على المعلول فقد جرت عادة الله تعالى بخلق المسببات بعد توفر أسبابها ، وبايجاد المعلومات عند وجود عللها ، وكما أن السبب موصل بحسب العادة الى المسبب ، وكذلك العلة بحسب العادة مستلزمة وجود المعلوم(٧٢) .

— وكانت نظرة الفقه الاسلامى الى رابطة السببية ، نظرة مادية بحتة فقد اشترط فى الاتلاف مباشرة ، والاتصال المباشر بشخص المضرور أو ماله وفى الاتلاف بالتسبب اكتفى الفقه الاسلامى لوجود التعدى بقطع النظر عن عنصر الخطأ . وقرر الفقه تحميل المباشر الضمان دون المتسبب عند اجتماعهما ، فالحكم يضاف الى المباشر اذا ما اجتمع المباشر والمتسبب والعلة فى ذلك أن السبب القريب يجب السبب البعيد ولا ضمان على المتسبب(٧٣) .

وخلاصة القول :

لقد ميز الفقه الاسلامى بين الاتصال المباشر ومجرد التسبب ، كما وضحنا سابقا ، **الضرر المباشر** : هو ما كان نتيجة لاتصال آلة التلف بمحله ، **الضرر المسبب** : هو ما أدى اليه فعل بواسطة فعل آخر متوسط بينهما ترتب عليه مباشرة(٧٤) .

ومثال الضرر المباشر : من حمل شيئا فى الطريق فسقط على انسان ضمن ماتلف بسقوطه ، وكذلك من قتل دابة انسان أو حرق ثوبه أو قطع شجرة أو أراق عصيره أو هدم بناءه(٧٥) .

ومثال التسبب عن قصد : لو جفلت دابة أحد من الآخر وفرت وضاعت لايلزم الضمان ، أما اذا كان قد أجفلها قصدا يضمن ، وكذا اذا جفلت

---

(٧٢) د/ محمد فوزى فيض الله ، فصول فى الفقه الاسلامى العام ، مطابع جامعة دمشق — دمشق ١٩٦٧م — ١٩٦٨م ص ٦٨ بند ٥٨ .

(٧٣) د/ وحيد الدين سوار ، التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى ، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٦٠م مطابع دار الكتاب العربى بمصر ص٢١ بند ٢٠ .

(٧٤) انظر الشيخ على الخفيف ، المرجع السابق ص ٧٤ .

(٧٥) البدائع للكاسانى ، ج ٧ ص ١٦٥ ، طبعة ١٣٢٩هـ .

الدابة من صوت البندقية التى رماها الصياد ، وكذا فتح باب القفص ليطير الطـير[٢٦] .

ومثال التسبب عن اهمال : من يحفر بئرا فى الطريق أو يضع حجـرا فيسقط انسان أو يتعثر حيوان كان مسؤولا عن التعويض[٧٧] ، وكذلـك من يضع فى الطريق حجرا فيخرق به شيئا لزمه الضمان[٧٨] .

فاذا لم يكن هناك قصد ولا اهمال فلا التزام يجبر الضرر — اذا كانت العلاقة مجرد تسبب فمن يحفر فى ملكه بئرا فيقع فيه انسان لا يضـمن لو مات الواقع فى البئر جوعا أو غما .

— ومما سبق نجد أن علاقة السببية المعتبرة فى الفقه الاسلامى هى أن يكون الضرر قد جاء نتيجة مباشرة للفعل ولو بدون تعمد ، أما فى حـالة التسبب فلا يضمن المتسبب الا اذا كان متعديا أى اذا توافر قصـد أو تسبب باهمـال[٧٩] .

— مقارنة بين معيار الخطأ فى القانون وضابط التعدى فى الفقـه الاسـلامى :

— ان ضابط التعدى فى بيان شرعية الافعال أو مشروعيتها كما ذكرنا هو مجاوزة ما لايجوز شرعا الى ما لايجوز أو ماشرع الى غير المشـروع فمن جاوز ذلك الحد كان متعديا وتحققت مسئوليته .

أما الخطأ عند القانونيين هو الاخلال بذلك الالتزام الذى مضمونه عدم الحاق الضرر بالآخرين،ويكون هذا الاخلال بالتزام أو واجب محددا اذا كان القانون قد عين مداه بطريقة مباشرة وبنصوص خاصة كمخالفـة ما تقضى به لوائح المرور مثلا ففى هذه الحالات يسهل ضبط الخطأ باعتباره اخلال بالتزام حدد القانون مداه مباشرة فكل من يخرق هذا الواجب أو يخل

---

(٧٦) المادة ٩٢٣ من مجلة الاحكام العدلية .

(٧٧) تبيين الحقائق للزيلعى ، ج ٦ ص ١٤٣ ، طبعة ١٣١٣هـ — مجمع الضمانات للبغدادى ، ص١٤٦ .

(٧٨) مجمع الانهر فى شر ملتقى الابحر ، ج ٢ ص ٦٥٣ .

(٧٩) انظر د/ محمد فوزى فيض الله المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ؛ ص ١٩٠ بند ٨٢ ، بند ٨٣ ، رسالة دكتوراه عـام ١٣٨٢هـ — ١٩٦٢م .

بهذا الالتزام المحدد بنص القانون يعد مخطئا فى نظر ذلك القانون وتتحقق بالتالى مسئوليته التقصيرية • ومثل ذلك أيضا ضابط التعدى عند علمـــاء الشريعة وذلك عندما يحدد الشرع نطاق الافعال ومدى الواجبات عن طريق النصـــوص •

ـ أما الحالات التى سكت فيها الشرع عن بيان مشروعية الافعال ، وناط بالعرف تحديدها وكذلك فى الحالات التى لم يحدد القانون فيهـــا الالتزامات أو الواجبات بنصوص خاصة فقد رأينا أن ضابط التعدى فـــى مثل تلك الاحوال فى الشريعة هو « كل مايراه الناس أو المسلمون أو ذوى الشأن من أهل المعرفة والاختصاص مجاوزة للحد طبقا لما ألفوه واعتادوه فى حياتهم واستقامت أمورهم عليه » وهو تفصيل قولهم المختصر الـذى عبروا عنه فى نصوصهم « بمخالفة المعتاد بينما هو عند القانونيين يتمثل فى « الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى » •

ـ ويلاحظ أيضا أن هذا الضابط القانونى للخطأ وان كان فى ظاهره موضوعيا الا أن مظاهر الشخصية مازالت عالقة به خصوصا اذا نظر اليه من خلال التعريف الذى قيل للخطأ بأنه « ذلك السلوك الذى لا يأتيه الرجل الحصيف الرشـــيد اذا وجد فى ذات الظروف الخارجية التى أحاطت بالمسئول » •

أما ضابط التعدى فى الفقه الاسلامى فى الحالات التى ينيط الشـــرع بالعرف تحديد حد المجاوزة فيها وتعبيرهم عنها « بمخالفة المعتاد » فهـــو ضابط موضوعى مجرد تماما عن أى ذاتية أو شخصية •

ـ أما فيما يتعلق بوجوب التفرقة بين الظروف الخارجية العامة التى تحيط بالمسئول والظروف الداخلية الخاصة بشخص المعتدى والتى قال بها فقهاء القانون واقتصروا فى تقدير التعدى على الاولى دون الثانية عنـــد تعيين مسلك الرجل العادى واعتبروا ظرف الزمان والمكان من الظـــروف الخارجية التى يقام لها وزن فى تقصى مسلك الرجل العادى أما الحـــالة النفسية والطباع الخاصة ودرجة الحساسية فاعتبروها من الظروف الخاصة بشخص المتعدى فأسقطوها من اعتبارهم عند تقديرهم للخطأ •

فان الشريعة أيضا الى جانب اعتدادها بالعرف فى تحديد حد المجاوزة سواء كان عرفا عاما يتعلق بالمألوف المعتاد بين عامة الناس أو عرفا خاصا يتعلق بطائفة معينة ، تراعى فى تقدير التعدى تلك الظروف الخارجية التى يشترك فيها عامة الناس حيث تعتد **بظرف الزمان** كوقوع التلف فى وقت الظلام أو حال تغير الجو وفى تفرقتهم بين من يؤجج النار فى يوم هادىء ، وذلك الذى يؤججها فى يوم الريح وقد اعتدوا أيضا **بظرف المكان** وهو ظرف خارجى فيما لو وقع التلف فى مواضع الازدحام كالاسواق وغيرها وكذلك من تفرقتهم بين من يرش الماء فى الطريق لتسكين الغبار على الوجه المألوف بين الناس ومن يرشه لأسباب شخصية كالاضواء ونحوه مما لا يستوجب الضمان فى الاولى ووجوبه فى الاخيرة .

وتمثل هذه الصور مدى اهتمام فقهاء الفقه الاسلامى وعنايتهم بالظروف الخارجية الظاهرة التى تحيط بالمتعدى واعتدادهم بها فى تقدير التعدى واهمالهم للظروف الداخلية غير المنظورة باعتبارها ظروف خاصة بشخص المتعدى وهو ما يوضح لنا أنهم بنوا المسئولية على مجرد الضرر .

وخلاصة القول : ان أوجه اتفاق بين معيار الخطأ فى القانون وضابط التعدى فى الفقه الاسلامى تتمثل فى الحالات التى ينص الشارع فيها على شرعية الافعال فى الشريعة الاسلامية التى يكون فيها الالتزام أو الواجب محدد بنص خاص فى القانون ، وكما يلتقى الضابطان أيضا من حيث اعتدادهما بالظروف الخارجية التى تحيط بالمسئولية وهى تلك الظروف العامة التى يشترك فيها عامة الناس دون الظروف الداخلية أو غير الظاهرة لأنها خاصة .

أما **أوجه الاختلاف** فتكون فى المجالات التى يكون الشارع قد سكت فيها عن بيان شرعية الأفعال وناط بالعرف فى تحديد حد المجاوزة فيها **فضابط القانونيين** فى تعيين حد التعدى هو « الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى الذى يحمل فى طياته الطابع الشخصى وذلك ظاهر من تعبيره « بالرجل » .

أما الضابط الشرعى فيكون (مخالفة المعتاد) فيتميز بالموضوعية[٨٠] .

---

(٨٠) انظر فى ذلك د/ محمد صلاح الدين حلمى ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ وما بعدها .

المبحث الثانى

مسئولية غير المميز

فى الفقه الاسلامى (٨١)

٧٥ — قرر غالبية فقهاء المسلمين مسئولية القصر واجانين ، ونحوهم عن كل فعل يصدر عنهم وذلك فى أموالهم الخاصة الحاضرة أو المستقبلة التى تتكون لديهم بعد الرشد ، مما يدل على اتجاههم فى التضمين نحو النزعة الموضوعية المادية ، ومن عباراتهم فى هذا المضمار « الصبى المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله فيضمن ما أتلفه من المال »(٨٢) « ان تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس وانما يختلف باختلاف البلاد والازمان »(٨٣) . هذا ما قرره أيضا علماء أصول الفقه ، فانهم قالوا : لا تصح اقرارات الصغير غير المميز وعقوده وان أجازها الولى ، ولكن يؤاخذ بضمان الافعال الجنائية فى اتلاف المال(٨٤) .

— ويصرح الفقهاء فى **معرض تبريرهم لتضمين الصبى** ليس من خطاب التكليف ، بل هو من خطاب الوضع(٨٥) وفى هذا يقول الشوكانى « المجنون غير مكلف ، وكذلك الصبى الذى لم يميز ، لأنهما لا يفهمان خطاب التكليف

---

(٨١) أنظر د. وهبة الزحيلى ، نظرية الضمان ، فى الفقه الاسلامى ، ص ٢٥٤/٢٥٥ ، دار الفكر — د/ محمد فوزى فيض الله ، المرجع السابق ص ٢٦٦ وما بعدها فقرة ١٢٤ .

(٨٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٢ ص ٧٨ وانظر درر الحكام فى شرح غرر الأحكام للقاضى متلا خسرو .

(٨٣) الفروق للقرافى : ٤ ص ٣١ .

(٨٤) مرآة الأصول : ٢ ص ٤٤٠ ، كشف الاسرار على أصول البزدوى : ٤ ص ١٣٨٣ — التقرير والتحبير : ٢ ص ١٧٢ وما بعدها التلويح والتوضيح : ٢ ص ١٦٧ وما بعدها .

(٨٥) انظر : مختصر المنتهى الأصولى لابن الحاجب ، شرح القاضى العضد عليه ج ١ ص ٢٢٠ — ٢٢٢ ، طبعة اولى بولاق ١٣١٦ — ١٣١٩هـ — انظر التلويح للتفتازانى ج ٢ ص ١٢٢ مطبعة دار الكتب العربية الكبرى : القاهرة ، ١٣٢٧هـ .

على الوجه المعتبر ، وأما لزوم ارش جنايتهما ونحو ذلك فمن الأحكام الوضع، لا من أحكام التكليف[٨٦] . وعليه فان هؤلاء القصر وأمثالهم يضمنون الاضرار الناجمة عن أفعالهم سواء أكان الصبى مميزا أم غير مميزا ، ونصت المجلة على ذلك « اذا أتلف صبى مال غيره يلزم الضمان من ماله ، وان لم يكن له مال ينتظر الى حال يساره ولا يضمن وليه »[٨٧] .. « يلزم الضمان على الصبى اذا أتلف مال الغير وان كان غير مميز »[٨٨] .

٧٦ — ولكن اذا نظرنا الى حكم الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ مدنى مصرى فى ضوء أحكام الفقه الاسلامى ، وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى « انها أضيفت استمدادا من الشرع الاسلامى الذى لا يشترط التمييز لقيام الضمان أو المسئولية » .

وبيان ذلك أن القاعدة فى الفقه الاسلامى أن الخطأ والعمد فى أموال الناس سواء وأن المجنون أو الطفل غير المميز يضمن فى ماله ، ولكن ذلك ليس قاعدة مسلمة أو مجمعا عليها بل نجد فى مذاهب الفقه الاسلامى من يذهب الى عدم تضمين الصبى غير المميز والمجنون[٨٩] .

جاء فى القواعد الفقهية لابن جزى « حكم الضمان على البالغ أو الصبى الذى يعقل فان كان الصبى لا يعقل فلا شىء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء وقبل المال فى ماله والدم على عاقلته »[٩٠] .

كما ورد فى شرح الخرشى على مختصر خليل أنه « اذا كان الغاصب غير مميز بأن كان صغيرا أو مجنونا قال ابن الحاجب يحكى ثلاثة أقوال :

---

(٨٦) ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكانى ، (ص ١٠ — س ١٤ — ١٥) طبعة محمد على صبيح ، القاهرة ١٣٤٩هـ .

(٨٧) المادة ٩١٦ مجلة الأحكام العدلية .

(٨٨) المادة ٩٦٠ مجلة الأحكام العدلية .

(٨٩) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ١٧٦ — رد المحتار ج ٥ ص ١٤٠ — التاج والاكليل . ج ٥ ص ٢٧٤ ، القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣١٩ .

(٩٠) القواعد الفقهية لابن جزى ، الطبعة الجديدة ص ٢٥١ .

أن يضمن المال فى ماله والدية على عاقلته أو يضمن فى حدود ثلث الدية أو لا يضمن مالا أو دية ويكون هدرا ولا توجد وجهة للضمان »(٩١) .

— وهذا الفريق من الفقهاء الذين قالوا باشتراط التمييز يتفقون مع القانون المدنى فى تعريف الخطأ واشتراط الادراك حتى يعتبر الفعل خطأ يسأل عنه فاعله ، وهـذا ما يتفق مع ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٦٤ مدنى مصرى بقولها « يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز » .

أما غالبية الفقهاء فقد ذهبوا الى تضمين عديم التمييز اتجـاها الى الأخذ بالنظرة الموضوعية وما يتفق مع ما نصت عليه الفقرة الثـانية من المادة ١٦٤ مدنى مصرى عندما نصت على ذلك بقولها « ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسـئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم » .

وهذا الرأى لهو الراجح فى ذهابه بتضـمين عـديم التمييز وذلك لأن القصد من المسئولية المدنية هو جبر الضرر الذى وقع على الغير سـواء من المميز أو غير المميز وليس القصد منها توقيع عقوبة مادية على مرتكب الفعل والتى يعتد فيها بالتمييز أو عدمه . وهو ما حاول الفقه الحديث الاتجاه اليه الآن من القول بتحقيق مسئولية عديم التمييز لجبر الأضرار التى لحقت بالغير نتيجة فعله أو فعل تابعه وذلك من خلال التعويض ، ولا تتحقق مسئوليته الجنائية عن الضرر لأن الأساس فيها التمييز . وهو ما تؤيده النصوص الفقهية السابقة .

---

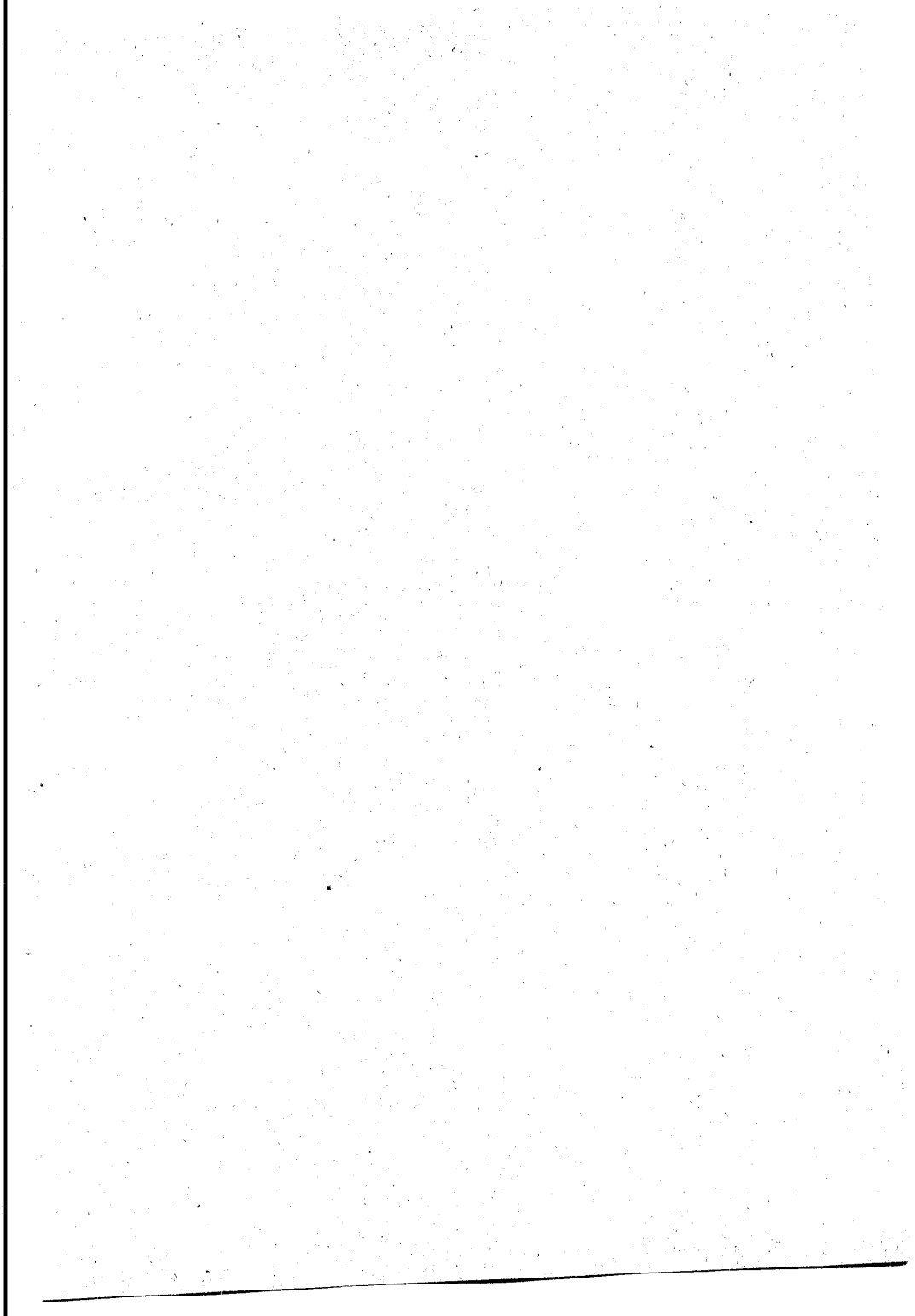
(٩١) شرح الخرشى على مختصر خليل ، ج ٤ ص ٣٤٧ .

الباب الثانى

معيار مسئولية المتبوع

عن انحراف تابعه فى القانون والفقه

الاســـــلامى



الباب الثانى

عن انحراف تابعه فى القانون والفقه الاسلامى

٧٧ — أتناول فى هذا الباب معيار مسئولية اتبوع عن انحراف تابعه فى القانون المدنى ، والفقه الاسلامى وذلك فى فصلين على الوجه الآتى :

الفصل الأول

معيار مسئولية المتبوع

عن انحراف تابعه فى القانون المدنى
le fondement de la presomption de Responsabilite «Droit civil»

٧٨ — يذهب جانب من الفقه[١] الى أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، لا تعتبر مسئولية ذاتية ، بل هى مسئولية عن فعل الغير ، ولعلها هى المسئولية الوحيدة عن الغير فيما قرره القانون من مسئوليات مختلفة ، فمسئولية متولى الرقابة مسئولية ذاتية ، تقوم على خطأ مفترض استثناء من القاعدة العامة ، كما أن المسئولية عن الحيوان أو الأشياء ، كان أساسها الخطأ أم الضرر ، فلا بد أنها تكون مسئولية ذاتية ، لأن المسئول يتحمل أولا وأخيرا نتائج الضرر الذى يحصل من فعل هذه الأشياء ، ويكون ملزما بدفع تعويض عنه[٢] .

— ولكن هناك رأيا آخرا يذهب الى عكس هذا الاتجاه ، حيث

---

(١) انظر فى هذا السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٠٤٠/١٠٤١ بند ٦٨٨ .

(٢) انظر د/ جبار صابر طه ، اقامة المسئولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، ص ٣١٣ طبعة ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م .

يرى أن القانون المدنى لا يعرف مسئولية حقيقية عن فعل الغير ، وان كانت نصوص القانون الفرنسي والمصرى تقرر هـذه المسئولية ، وبعكس ذلك فان القانون الادارى يقرر المسئولية عن فعل الغير ، وبذلك يعتبر أكثـر تقدما فى هذا المجال ، وتفصيل ذلك أن المتبوع شخصـا معنويا كان أم طبيعيا ، اذا كان التزامه بدفع التعويض بصفة مؤقتة لحين الرجوع على تابعه ، فلا يكون مسـئولا بالمعنى الدقيق لاصطلاح المسـئولية ، لأنه لا يعتبر مسئولا الا اذا تحمل عبء التعويض بصفة نهائية(٣) .

ولا شك أن الرأى الأول ينسجم مع الاتجـاه الذى يقيم مسئولية المتبوع على النظرة الشخصية ، بحيث يكون فى استطاعة المتبوع أن يرجع على تابعه فى بعض الحالات ، أما الاتجاه الثانى : فانه ينسجم مع النظرية الموضوعية لتقرير تحمل المتبوع عبء التعويض لمبدأ تحمل التبعة .

هذا وسنتناول معيار مسئولية المتبوع فى القانون المدنى الفرنسى ، والقانون المدنى المصرى فى مبحثين على الوجه الآتى :

---

(٣) انظر فى هذا الراى دكتوره / سـعاد الشرقاوى ، آفاق جديدة امام المسئولية الادارية ، والمسئولية المدنية ، مجلة العلوم الادارية السنة ٣ العدد الثانى ١٩٦٩ ص ٢٥٣ .

المبحث الأول
معيار مسئولية المتبوع
فى القانون الفرنسى

٧٩ — نصت الفقرة الخامسة من المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى على مسئولية المتبوعين حيث جاء فيها أنهم مسئولون عن « الضرر الذى يتسبب فيه خدمهم وتابعوهم فى الأعمال التى ألحقوهم بالخدمة فيها »(٤) .

وينشىء هذا النص ضد المتبوعين قرينة حال المسئولية عن الأضرار التى لحقت بالغير من عمالهم وتابعيهم ، ولكن على خلاف ما يحدث بالنسبة للوالدين ، وبالنسبة لأصحاب الحرف فان المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى لا تقضى بجواز الاعفاء بأى حال من الأحوال عن المتبوعين ، فمتى توفرت شروط تطبيق مسئوليتهم لا يجوز اعفاؤهم ، ان قرينة الحال التى تقع على عاتقهم ليست قابلة لاثبات العكس ، كما أن معيار هذه المسئولية للمتبوع قد بذل الفقه جهدا كبيرا فى البحث عنه . حيث تعارضت وتعددت الآراء فى هذا الشأن من خلال نظريات متعددة ، ورغم هذا التعدد فان الفقه لم يجمع على نظرية واحدة محددة لتأسيس هذا النوع من المسئولية ، ويعود ذلك الى تعدد الاعتبارات التى يتعين مراعاتها ، والتى تتعلق بهذا النوع من أنواع المسئولية .

— وباستعراض الآراء التى قيلت سواء من قبل الفقه التقليدى أو الفقه الحديث فى فرنسا « أصحاب النظرية الموضوعية Théorie objective نجد أن النظريات التى وضعت كأساس أو كمعيار لمسئولية المتبوع عن انحراف تابعه :

(١) نظرية الخطأ المفترض : la Théorie de la faute presumé.

---

(٤) L'article 1384 alinéa 5 du Code civil. «Ils sont responsabilité du dommage Causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les sont employés».

(ب) نظرية النيابة : la Théorie de représentation.

(جـ) نظرية المخـــاطر : la Théorie du Risque.

(د) نظرية الضـــمان : la Théorie de la garantie.

(هـ) التأمين القـــانونى : Assurance legale.

هذا وأتناول عرض هـــذه النظريات من الناحية القـــانونية والفقهية والقضائية كل فى مطلب على الوجه الآتى :

المطلب الأول

نظرية الخطأ المفترض(٥)

La Théorie de la Faute Présumée

٨٠ ــ مضمون النظرية :

عمد الفقه التقليدى(٦) الى تفسير مسئولية المتبوعين مثل الحالات الأخرى لمسئولية فعل الغير على أساس الخطأ الشخصى فى جانبه الذى لا يقبل اثبات العكس حيث دار النقاش عند وضع القانون الفرنسى والذى أظهر حكمة تشريع المادة ١٣٨٤ الفقرة الثالثة ، والتى تتلخص من أقوال من شروعها فى أمور ثلاثة(٧) .

(أ) سوء اختيار المتبوع لتابعه

(ب) التقصير فى الاشراف والسيطرة من قبل المتبوع على التابع .

(جـ) خضوع التابع للمتبوع والائتمار بأمره .

٨١ ــ ماهية الخطأ وطبيعته :

لم يتفق أنصار نظرية الخطأ المفترض فيما بينهم على تحديد ماهية

---

(٥) — Dr positif francais et en Dr pasitif syrien, A safar le fondement de la resp. délictuelle du commettant, Thèse Paris 1964.

— (Decty lographieé) Flour et Abert 11 1986 p. 235 et s.

— Michel le Galcher - Baron, les obligations, p. 188 No. 636.

— Baudry lacantinerie et Barde, les obligation No. 2911.

لوران Lourant ، مبادىء القانون المدنى ج ٢٠ نبذة ٥٧٠ ، ديمولومب Demolombe ، العقد ج ٨ نبذة ٦١٠ .

— Rutsaert (J) les fondement de la responsabilité civil extracontractuelle, Bruxelles Paris 1930, p. 125-132.

(٦) بودرى لاكانترى وبارد ، القانون المدنى ج ٦ ، فقرة ٢٩١١ — ديمولومب Demolombe ج ٨ ، العقود فقرة ٦١٠ — لوران Lourant ، القانون المدنى ج ٢ فقرة ٥٧١ .

(٧) انظر ديموج ، الالتزامات ، ج ٥ ص ٨٩ بند ٨٩٥ .

ونوع الخطأ الذى يمكن اسـناده الى المتبوع وانقسموا فى ذلك الى آراء الى اراء ثلاثة :

أولا — فقد ذهب البعض منهم الى أن خطأ المتبوع يتمثل فى أنـه أساء اختيار تابعه بمعنى أنه وقع فى خطأ عند منحه ثقته لتابعه فى الوقت الذى لم يكن هذا الأخير جدير بتلك الثقة لأنه سيء وأرعن وغير حريص[٨] فيجب أن يكون مسئولا عن هذا الخطأ ، علاوة على أن القول بتأسـيس مسئولية المتبوع على أساس الخطأ فى الاختيار سيجعل المتبوعين يتوخـون الحرص فى اختيار تابعهم فلا يستخدمون الا الامناء منهم[٩] .

وقد قضت بعض المحاكم بمسئولية المتبوع على اعتبـار أنه لم يراع الدقة فى اختيار ذلك التابع . وجاء فى حيثيات حكمها « أن مسـئولية المتبوع تقوم على أساس خطأ المتبوع فى اختياره لتابعه »[١٠] .

ثانيا وذهب البعض الآخر الى القول بأن مسئولية المتبوع تجاه تابعه تقوم أساسا على اعتبار أنه أخطأ فى رقابته لتابعه ، حيث يجب عليه

---

(٨) ديمولب ، المرجع السـابق ، ج ٨ رقم ٦١٠ — بودرى لاكانترى وبارد ، المرجع السابق ، ج٤ رقم ٢٩١١ بوتييه Pothier ، فقرة ١٢١ حيث يقول .

«Ce qui a ét é etabli pour rendre les maîtres attentifs nese Servir que de bons domestiques».

ميشيل الجالشيه بارون ، الالتزامات ، ص ١٨٨ رقم ٦٣٦ حيث يقول .

«La doctrine classique voulait expliquer la responsabilité des commettants comme les autres cas des responsabilité du fait d'autrui, si les commettants étaient responsables du dommage Cause par leurs ouvriers, C'était parce quils avaient commis une faute dans le choix de ces ouvriers, A cette premiére faute. Pouvait éventuellement s'en ajouter une seconde, celle d'avoir mal surveillé les préposés».

فاسـور ، رسالة « علاقات المتبوع والتابع » ، كان ١٩٣٣ ص ٣٢ هامش (٤)

(٩) Josserand, op. cit., p. 274 No. 510. جوسران .

(١٠) السين ٢٦ يونيه ١٩٣١ — جازين دى باليه ١٩٣١ — ٢ — ٢٣٠ ، — ليـون Lyon ٥ فبـراير ١٩٤٢ : سيرى ١٩٤٢ — ٢ — ٤٨ . ، — حكم باريس فى ٣٠ ابريل ١٨٤٧ — « اخذت على المتبوع بانه اختار تابعـا لا تتحقق فيه الضمانات الكافية واللازمة » .

أن يراقب من يستخدمهم ، وهـذا الفريق من الفقهاء أقام المسئولية على أساس الخطأ المفترض فى الرقابة فحسب دون اعتبار لعامل الاختيار حيث يرون أن عنصر الرقابة والتوجيه ، فى حقيقة الأمر هـو العـامل الذى يمكن أن تبرر به تلك المساءلة ، لتمتع المتبوع بحق الرقابة والتوجيه للتابع وذلك بما يمكنه من مراقبة جميع أعماله ، وبالتالى اذا وقع خطأ من التابع فان ذلك حسب وجهة نظر هذا الفريق من الفقهاء يكون راجعا الى نقص فى الرقابة مما يتعين معه مساءلة المتبوع عن الاضرار التى سببها التابع بانحرافه للغـير (١١) .

ـ كما قضت بعض المحاكم بهذا المفهوم حيث ترى « أن مسئولية المتبوع المنصوص عليها فى المادة ١٣٨٤/٥ من القانون المدنى الفرنسى تجد أساسها فى الرقابة والاشراف على التابع والتى بمقتضاهما يصـدر المتبوع أوامره وتعليماته الى التابع ، وبالتالى تجعل منه رقيبا على جميـع تصرفاته ، وذلك فيما يتعلق بالعمل المسند اليه »(١٢) .

---

(١١) سافاتييه ، المرجع السـابق ، ج ١ بند ٢٩١ ـ لالو ، المرجع السابق ، ص ٢٤٧ ـ جوسران Josserand : المسئولية المدنية ، الطبعة الثالثـة ج ٢ بند ٥١١ ـ لوسر Locre حيث جـاء فى تعليق Tarribe Locré : legislation civil t. p. 59

«La surviellance ne peut s'exercer qu'a'utant que les personnes qui y sont soumises se trouvent places sous les yeux des urveillants».

سانكليت ، المسئولية والضمان ص ١٢٥ .

(١٢) حكم محكمـة Mlum ١ مايو ١٩٣٠ سيريه ١٩٣١ ـ ١ ١٢١ ـ حكم محكمة باريس ٢٨ مارس ٥٨ مارس ١٩٥٨ : جازيت دى باليه ١٩٥٩ ـ ٢ ـ قسم الاحكام المختصرة ـ ١٥ حيث نص على :

«La responsebilite civile édictée par l'article 1384 alinéa 5 du code civile à la garde de maitres et commettants trouve sa base non pas tant dans la faute que présume les mauvais chaix par l'employeur ce son employé mais bien plutêt dans la notion c'un defaut de surveillance».

حكم محكمـة Mlum ٥ مارس ١٩٢٨ : جازيت دى باليه ١٩٢٨ ـ ٢ ـ ١٧ حيث جاء به :

«Attendu que l'enterpreneur est responsable à legard des = tiers des fautos commises par ses preposes auxquels il peut et

ثالثا : أما الفريق الثالث فقد ذهب الى الجمع بين اراء الفريقين حيث قال بأن أساس مسئولية المتبوع يرجع الى خطأ فى الاختيار للتابع وخطأ فى رقابته وتوجيهه ، واستنادا الى ذلك ، فان مسئولية المتبوع تقوم على قرينة مزدوجة للخطأ ، وهذا الازدواج يفسر أعمال المسئولية فى الحالات المتعددة التى تقوم فيها(١٣) .

وعلى هذا الازدواج فى قرينة الخطأ أمكن للفقه التقليدى أن يقرر أن القرينة قاطعة ، أى لايمكن نقضها باقامة الدليل على أن المتبوع لم يخطىء .. ذلك أنه لابد أن يكون قد أخطأ بما لا يقبل اثبات العكس فى احدى الناحيتين ، لأنه اذا أثبت المتبوع أنه أحسن اختيار تابعه فيسأل لانه يفترض أنه أساء رقابته ، والى هذا المعنى ذهبت محكمة النقض الفرنسية فقضت بأن « المسئولية المنصوص عليها فى المادة ١٣٨٤ والتى تقع على المتبوع لا يفترض فقط أنه اختار تابعه ، ولكن أيضا أن المتبوع له الحق فى أن يعطى تابعه أوامر وتعليمات فى كيفية تنفيذه لما أسند اليه من أعمال »(١٤) .

---

doit donner des ordres sur la maniere de remptir leurs fanctions et qui auraient pu etre evitees par une surveillance serieuse du personnel ou en l'espece le commettant ne devait pas laisser fumer des ouvriers à cote à la paille et de la poussiere de battage matieres particulieremetn inf la mmable».

مشار اليه فى رسالة د/ محمد الشيخ عمر ، ص ٨٨ هامش (٢) .

(١٣) ريبير فى المجلة الانتقادية ١٩١١ ص ١٤٣ — وريبير Ripert ، القاعدة الاخلاقية فقرة ١٢٦ — اسمان ، « المسئولية المدنية للمتبوع » فى المجلة الانتقادية ١٩٢٤ ص ١٩ وما بعدها — سوردا ، المطول فى المسئولية المدنية طبعة خامسة ج ٢ ص ١٢٢ نبذة ٨٨٥ ، ٧٨٨ — تراندافيل ، فكرة الخطأ وتحمل التبعة كأساس للمسئولية ، رسالة من باريس ١٩١٤ ص ٧٨ وما بعدها — بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ج ٦ رقم ٤٦١ — تعليق بيرو Perreau فى سير ١٩٠٦ — ٢ — ١٧ — مازووتنك ، المرجع السابق ، ج١ فقرة ٩٣١ — لوران Laurani ، المرجع السابق ، ج٢٠ فقرة ٥٧٠ وما بعدها — بودرى لاكانترى وبارد ، المرجع السابق ، ج ٤ فقرة ٢٩١١ . د/ محمد الشيخ عمر ، فى رسالته فقرة ٧٠ .

(١٤) حكم نقض فرنسى ١٨ ديسمبر ١٨٥٦ ، دالوز ١٨٥٧ — ١ — ٧٥ — حكم محكمة باريس ٢٩ نوفمبر ١٨٩٣ دالوز ١٨٩٤ — ٤ — ٢٨٣ — نقض مدنى ١٥ فبراير ١٩٥٦ : مجلة الاسبوع القانونى ١٩٥٦ — ٢ — ٩٥٦٥ — مونبلييه ٢ ديسمبر ١٩٥٢ — دالوز ١٩٥٣ — ٢٧٠ .

٨٢ – أوجه النقـد للنظرية :

اعترض الفقه الحديث على هذا المفهوم السابق من عدة نواح : –

(أ) ان القول بأن أساس مسئولية المتبوع تجاه لتابع هو خطـأ فى اختيار تابعه و فىرقابته يؤدى الى أن المتبوع يجوز له أن يطلب الاعفاء باثبات عدم ارتكابه للخطأ ، بمعنى أنه تصرف كرجل حذر ومجد وبشـكل طبيعى من حيث اختيار متبوعه ويمكنه كذلك أن يبين أنه بذل كل مالديه من حرص فى اختيار تابعه ، كما أنه أشرف عليه بهمة ، وهو بذلك لا يعـد مسئولا ، وقرينة الحال التى تقع على عاتق المتبوعين غير قابلة للنقض ، وليست خاضعة لاثبات العكس فالفقه والقضاء مستقر على مبدأ هام وهـو أن المادة ١٣٨٤/٣ فرنسى لا تجيز للمتبوع أن يبر عن نفسه المسئولية باثبات العكس[١٥] .

(ب) أن حرية اختيار المتبوع لتابعه لا تكـون موجودة دائمـا فى الواقع ولا فى القانون فاختيار التابع بواسطة المتبوع قد يكون مقيـدا عندما ينحصر الاختيار فى عدد محدد من المرشحين ، كما قد يفرض التابع على المتبوع دون أن يكون له دور فى اختياره وعلى ذلك فان الاختيـار لا يصلح أساسا لمسئولية المتبوع ، فضلا على أنه لم يعد شرطا فى قيـام علاقة التبعية[١٦] .

(ج) كما أن تأسيس مسئولية المتبوع على الخطأ المفترض ليس الا حيلة لجأ اليها أنصار النظرية التقليدية فى الخطأ مما جعل البعض يتساءل عن الهدف الذى يرمى الى اغراق الحقيقة تحت بناء تصورى بينما كان

---

(١٥) مازو ، القانون المدنى الفرنسى ، الطبعة السادسة ج١ بند ٩٣١ — بلانيول وريبر واسمان ، المرجع السابق ج٦ فقـرة ٦٤١ — فلور Flour الالتزامـات ، ج٢ ١٩٨١ ص ٣٦ — كاربونييه ، القـانون المدنى ، ج٤ ، الالتزامات ١٩٨٥ الطبعة ١٢ ص ٤٣١ — دالانت Dallant تعليق فى دالوز ١٩٣١ — ١ — ص ١٧٢ — ميشيل الجالشيه بارون ، الالتزامات ، ١٩٨٢ ص ١٨٨ بند ٦٣٦ .

(١٦) ميشـيل الجالشـيه بارون ، الالتزامات ١٩٨٤ ص ١٨٨ بند ٦٣٦ — دبمـوج ، الالتزامات ج٥ فقرة ٨٨٦ ص ٩١٧ — مازووتنك ، المرجع السابق ، ج١ فقرة ٩٣١ — سافاتييه ، المرجع السابق ، ج١ فقرة ٢٩١ .

الأجدر بالفقه والقضاء القول صراحة أن الأمر يتعلق بمسئولية لا يكون الخطأ أساسا لها (١٧) .

(د) ان الاخذ بنظرية الخطأ المفترض المزدوج تخلق صعوبة فى شأن تفسير رجوع المتبوع على تابعه رجوعا كاملا . ذلك أن معنى هذه النظرية أن أحدهما وهو التابع قد ارتكب خطا ثابتا ، فى حين أن الثانى وهو المتبوع قد ارتكب خطأ مفترضا ، أى أن كل منهما قد وضع بطريقة أو بأخرى فى موضع التقصير والاهمال ، وقد دعا هذا القول البعض الى اقرار مبدأ وجوب اقتسام المسئولية بين المتبوع وتابعه أى الاشتراك فى تحمل التعويض مما يتعين معه رجوع المتبوع رجوعا جزئيا على التابع ، ولكن المتفق عليه فقها وقضاء امكان الرجوع الكلى على من ارتكب الخطأ الذى سبب الضرر للغير دون أن يحق له الاحتجاج بالخطأ المفترض (١٨) .

— وعلى ذلك نجد أن هذه النظرية لا تصلح من الناحية العملية ، لأنه لو سمح لكل من المتبوع وتابعه بأن يتمسك بخطأ الآخر ، فان ذلك سيؤدى بكل منهما الى القاء العبء على الآخر مما يخلق حلقة مفرغة لا نهاية لها (١٩) .

(هـ) أن المسئولية تقوم طبقا للقواعد العامة على وجود صلة بين الضرر والخطأ المباشر أى رابطة سببية بين الخطأ والضرر الذى لحق بالغير ، أما فيما يتعلق بمسئولية المتبوع عن انحراف تابعه نجد أن المسئولية عنه تقوم على خطأ بعيد غير مباشر لذلك الضرر ، فكيف نترك اقامة المسئولية على الخطأ المباشر ، وتأسيسها على خطأ غير مباشر معدوم الصلة بينه وبين الضرر الذى أصاب الغير ، وكيف يمكن تبرير ذلك ؟ (٢٠) .

---

(١٧) مازو ، المرجع السابق ، ج١ نبذة ٩٣١ — بيسون ، تعليق دالوز ١٩٣٠ — ٢ — ٢١٧ — فلور Flour فى رسالته ص ٣٧ وما بعدها .

(١٨) ديموج ، المرجع السابق ج٥ رقم ٩٥٤ — تعليق بيسون Besson فى دالوز ١٩٣٠ — ٢ ص ٢١٧ .

(١٩) بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ج٦ رقم ٥٧٠ ، ٦٨٧ .

(٢٠) انظر Flour ، علاقة المتبوع بالتابع ص ٩١ — ٩٢ — د/ محمد الشيخ عمر فى رسالته ، المرجع السابق ص ٩١ — ٩٢ .

(د) ان القول بمسئولية المتبوع على أساس الخطأ المفترض يسقط مسئولية المتبوع اذا كان غير مميز لأن المميز لا يتصور ارتكابه الخطأ ، والرأى المسلم به[٢١] هو عدم اشتراط تمييز المتبوع فيجوز أن يكون غير مميز ، وأن النائب عنه ، الولى أو الوصى أو القيم ينوب عنه فى رقابة التابع وتوجيهه ، وأن مسئولية المتبوع مسئولية مفترضة افتراضا قانونيا ولا محل للبحث فيها عن امكانية وقوع الخطأ من المتبوع حتى يمكن القول بانتفاء مسئوليته اذا كان غير مميز ، فكيف يمكن أن تؤسس مسئوليته على الخطأ المفترض هنا ؟

٨٣ — وأمام الانتقادات التى وجهت الى نظرية الخطأ ذهب بعض الفقهاء الى العمل جاهدين على الاحتفاظ بفكرة الخطأ أساسا للمسئولية فى جميع صورها ومنها مسئولية المتبوع فيقيمونها على أساس أن الخطأ الذى ارتكبه التابع خطأ من المتبوع نفسه ، ولبنى على أساس أن الخطأ المفترض فى الاختيار أو فى الرقابة ، وذلك بقولهم بحلول شخصية التابع محل شخصية المتبوع ؛ أو اعتبار شخصية التابع امتدادا لشخصية المتبوع ، حيث حل التابع محل المتبوع ، وأصبح الشخصان شخصا واحدا[٢٢] . فاذا ارتكب التابع خطأ فى الحدود المعروفة ، فكأنما

---

(٢١) انظر مازو ، المرجع السابق ، بند ١١٣٦ — ديموج ، المرجع السابق ، ج٥ بند ١٢٠٠ — انظر فى ذلك الأستاذ الدكتور السنهورى حيث ذهب الى أن تأسيس مسئولية المتبوع على الخطأ المفترض من جانبه يقتضى عدم قيام مسئولية المتبوع عديم التمييز ، فى حين أن المتبوع يسأل ولو كان عديم التمييز . الأمر الذى يعنى أن هذه المسئولية لا تؤسس على الخطأ ، الوسيط ج١ فقرة ٦٨٩ .

(٢٢) انظر فى هذا المعنى مازو ، المرجع السابق ، ج١ فقرة ٩٣٥ — ٩٣٩ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ، المرجع السابق ، ج٢ فقرة ٣٥٠ — بلانيول وريبير ، المرجع السابق ، ج٢ فقرة ١١٢٥ .

انظر فى عرض ذلك فى الفقه المصرى : د. السنهورى ، الوسيط ط ١٩٨١ ص ١٤٧٢ وما بعدها — د/ سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ١١٧ حيث يرى « أن أساس مسئولية المتبوع اذا كان خطأ التابع قد وقع فى نادية الوظيفة هو الخطأ المفترض ، واذا كان الخطأ قد وقع مجاوزا لحدود الوظيفة كان الأساس **اما فكرة الحلول** أو فكرة الضمان أو فكرة تحمل التبعة » .

— هذا وقد جارت محكمة النقض المصرية هذا المفهوم حيث قضت بتاريخ ١٩٤٢/٥/١٤ ، مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦ بأن أساس =

المتبوع نفسه ارتكب ذلك الخطأ بمعنى امتداد شخصية المتبوع الى التابع، ووفقا لذلك فان التابع يحل محل المتبوع حتى فى التمييز فيما اذا كان الاخير عديم التمييز فيعتبر مميزا ، وهو المسئول بالتالى ، وهذا ما يفسر عدم النص على المتبوع من بين الاشخاص الذين تسمح لهم الفقرة السابقة من المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى بنفى المسئولية عن أنفسهم باثبات الدليل العكسى .

٨٤ — ولكن عيب على الرأى السابق ان فكرة حلول الشخصية وامتدادها هى محض افتراض أو مجاز قانونى ، والمجاز لا يفسر شيئا ، علاوة على أن هذا الرأى يقوم على افتراض ينافى الواقع وهو أن المتبوع انما يسأل عن تعويض ضرر لم يتسبب فيه بخطئه بل هو ناتج عن خطأ غيره ، ولا يمكن اسناد الخطأ الا الى الشخص الذى ارتكبه فمسئولية المتبوع فى حقيقتها مسئولية عن عمل الغير ، وليست مسئولية عن الاعمال الشخصية(٢٣) .

— ان فكرة الحلول هذه انما تحاول الاحتفاظ بمسألة افتراض الخطأ كأساس لمسئولية المتبوع عن انحراف أى خطأ تابعه أثناء أو بسبب العمل المكلف به وذلك من خلال ضم ذمة المتبوع الى ذمة التابع تحت ما يسمى بحلول شخصية التابع محل شخصية المتبوع بحيث يصبحان شخصا واحدا أى تحل ذمة التابع محل المتبوع أى تضمان الى بعضهما بحيث يصبحان ذمة واحدة .. فهل هذا الضم مستساغ أم غير مستساغ ؟

فاذا كانت هناك فكرة ضم الذمة فى الكفالة مثلا بالرضا ، وفى التضامن بالرضا أو بالنص فى حالات لها مبرر . فما هو المبرر هنا للضم

= مسئولية المتبوع هى فكرة الحلول بقولها « ان المادة المذكورة (م ١٥٢ مدنى قديم) اذ جعلت المسئولية تتعدى الى غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التى مقتضاها ، بناء المادة ١٥١ من القانون المدنى (قديم) ، أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر ، وهذا الاستثناء على كثرة ما قيل فى صدد تسويغه ، أساسه أن شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصا واحدا » .

(٢٣) د/ عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦ — انظر مازو ، القانون المدنى ، الطبعة السادسة ج١ بند ٩٣١ .

هل هو مجرد تأمين حق المضرور وهل يستأهل ذلك لتقيم مسئولية المتبـوع عن انحراف تابعه على أساس فكرة الحلول أى ضم ذمة المتبوع الى ذمـة التابع ؟

وأى اعتبار يمكن الاستناد اليه للقول بفكرة الضم للذمة هل اعتبار العدالة ؟ فيمكن القول أن اعتبار العدالة يقتضى ألا نقيم مسـئولية الشخص عن خطأ لم يرتكبه فاعتبارات العدالة تجعل المسئولية شخصية لمرتكب الخطأ التى تسبب فى الضرر ؟

أم الاعتبـار الاقتصـادى : وهو النظر الى يسار المتبوع أو قوته الاقتصـادية بالنسبة للتـابع

أم معيـار الخضوع القانونى أم معيـار السلطة الفعلية أم معيـار تحديد الهدف وفرض الوسائل أم معيار الوظيفة وقد سـبق أن تناولنـا ذلك (*) وانتهينا الى أنها معايير لاتكفى وحدها للقول بمعيار التبعيـة التى تؤدى الى مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه • وقد يذهب البعـض فى ضوء فكرة ضم ذمة المتبوع الى ذمة التابع الى القول انه لمجرد تيسير اجراءات التقاضى لتسهيل حصول المضرور على التعويض • فهل هـذا القول يكفى للقول به كأساس لمسئولية المتبوع عن انحراف تابعه ؟

ان القـوة بفكرة الحلول والتى ينبنى عليهـا ضـم ذمة المتبـوع الى ذمة التابع وجعلهما شخصا واحدا لاتكفى للقول بها أساسا لمسـئولية المتبـوع عن خطأ تابعـه •

تلك هى ما انتهت اليه آراء الفقـه التقليدى المتمسكة بفكرة الخطـأ المفترض والانتقادات التى وجهت الى هذه النظرية الأمر الذى حدى بالفقـه الحديث الى اقامة مسئولية المتبوع على أسـاس النيابة أو المخاطر أو على فكرة الضـمان •

(*) انظر فى هذا البحث ص ٤٥ وما بعدها •

المطلب الثانى

نظرية النيابة[٢٣]

La Théorie de la Représentation

٨٥ — مضمون النظرية :

تنبنى هذه النظرية على أن التابع ينوب عن المتبوع فى أداء العمل الذى كلفه ولحسابه وبالتالى يكون امتدادا له الأمر الذى يترتب عليه أثر الانابة وهو أن يصبح خطأ التابع هو خطأ المتبوع فالتبع يعمل كما لو كان أداة فى يد المتبوع . أى أن هناك خلطا قانونيا بين الشخصين وبالتالى فان فعل التابع يلزم المتبوع كما لو كان فعله الشخصى ، ففى مواجهة الغير يعتبر الفعل صادرا عن المتبوع مباشرة ، وبالتالى يكون خطأ أحدهما (التابع) هو خطأ الآخر (المتوع)[٢٣] .

— ومما لا شك فيه أن النيابة تطبق عادة فى مجال التعاقد حيث يمثل الآخرين فى ابرام العقد ، وليس ثمة مايمنع من قيام الانابة كذلك بدورها فى المجال التقصيرى ، فجانب الانابة التعاقدية توجد أيضا انابة تقصيرية ، وتصبح جنحة التابع جنحة المتبوع ، وعلى أية حال فان ذلك لا يحدث الا فى علاقة المتبوع بالمضرور ، أما فى العلاقات القائمة بين المتبوع والتابع فان الانابة أصبح ليس لها دور .

٨٦ — مميزات النظرية :

— وذهب أنصار هذه النظرية الى القول بأن نظرية النيابة تفسر أن قرينه حال المسئولية التى تقع على كاهل المتبوع غير قابلة للنقض ، طالما أصبح خطأ التابع هو خطأ المتبوع . فلا يتصور أنه يمكن اعفاؤه اذا أقام المضرور الدليل على خطأ التابع[٢٤] .

— وتفسر كذلك أن مسئولية المتبوع ليست واجبة الا اذا كان التابع

---

(٢٣) د. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦ — انظر مازو ، القانون المدنى ، الطبعة السادسية ج١ بند ٩٣١ .

(٢٤) مازووتنك ، المرجع السابق ، ج١ فقرة ٩٣٦ ص ١٠١١ .

مزاولا لعمله لحساب المتبوع ، لأنه اذا لم يزاول العمل لحسابه فلا نكون بصدد انابه[٢٥] .

— وتطبيقا لذلك **قضت محكمة النقض الفرنسية** بأن « مسئولية المتبوع من الناحية القانونية ، وبالنظر الى التعويضات المدنية لاشك تختلط مع مسئولية التابع »[٢٦] .

وقضت أيضا فى حكم آخر بأن « الأساس القانونى لمسئولية المتبوع هو استبدال الأخير بالتابع »[٢٧] .

٨٧ — أوجه النقد للنظرية :

(أ) ان القول بأنه يكفى أن يكون هناك عمل يتم أداؤه لحساب الغير للقول بتوافر النيابة القانونية يخرج المدلول القانونى لفكرة النيابة عن مفهومه الفنى ، لأن النيابة كما يعرفها ويقرها القانون المدنى لا تتعلق الا بالتصرفات القانونية ، وبالتالى لا يتصور أن تكون فى أعمال مادية تتم لحساب الغير وتنتج اثارها فى ذمة الاصيل ، وليس من المرغوب فيه أن نحاول صرف تعبير النيابة وهى مصطلح قانونى مستقر فى معناه ونتائجه الى غير موضعه الفنى[٢٨] .

(ب) ان فكرة النيابة لا تستجيب لمقتضيات القانون الوضعى فى

---

(٢٥) مازووتنك ، المرجع السابق ، ج١ فقرة ٩٣٦ ص ١٠١٢ .

(٢٦) نقض فرنسى ٢٤ يناير ١٩٢٤ جازيت باليه ١٩٢٤ — ١ — ٣٠ — كما قضت فى ١١ مايو ١٨٤٦ دالوز ١٨٤٦ — ١ — ١٩٢ « بمسئولية صاحب الفندق ، بوصفه متبوعا ، عن السرقة التى وقعت من تابعه وفقد النزيل نتيجة لها مجوهراته المودعة فى امانات ذلك الفندق ، وقد جاء فى حيثيات ذلك الحكم « حيث أن المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى تسأل المتبوع عن الأضرار التى تلحق الغير ، نتيجة فعل تابعه غير المشروع ، وحيث أن هذه المسئولية تعتبر مسئولية مطلقة فان التابع يعتبر ممثلا للمتبوع » مشار اليه فى رسالة محمد عمر الشيخ ص ٩٥ — حكم ١٧ مايو ١٩٢٧ — جازيت دى باليه ١٩٢٧ — ٢ — ٣٧٠ .

(٢٧) حكم محكمة استئناف الرباط أبريل ١٩٤٠ — جازيت دى باليه ١٩٤٠ — ٢ — ٦ .

(٢٨) ليفيبفر Lefebvre ، فى رسالته ص ٣٢ وما بعدها .

تنظيمه لاحكام مسئولية المتبوع عن فعل تابعه ، ذلك أن النيابة القانونية تؤدى الى انصراف اثر التصرف الى الاصيل مباشرة بحيث يخرج النائب من اطار العلاقة وتتولد الالتزامات ، وكذلك الحقوق الناشئة فى ذمة الأصل ، وهو مايميز النيابة ، فالنيابة تقتضى عدم رجوع الأصيل على النائب ، ولكن المتفق عليه فقها وقضاء رجوع المتبوع على التابع بكل مادفع الأمر الذى يهدم فكرة النيابة ذاتها(٢٩) .

(ج) واذا طبقنا أيضا المفهوم السابق على مسألة مسئولية المتبوع عن خطأ التابع لوجدنا أنه ليس من حق المضرور أن يقضى التابع بل يقاضى المتبوع فقط طبقا لمقتضيات النيابة القانونية ، ولكن الثابت طبقا للفقه والقضاء أن المضرور من حقه أن يقاضى التابع مباشرة وبمفرده ، وهو ما يتناقض كليا مع مفهوم ومقتضى النيابة القانونية(٣٠) .

(د) ان هذه النظرية تقوم على مجرد حيلة قانونية لا أساس لها فى الواقع ، كما أنها لا تبرر بأى حال فكرة افتراض الخطأ افتراضا لا يقبل اثبات العكس ، فالقول بأننا نسائله عن خطأ التابع باعتبار اتحاد الشخصيتين ، يعنى أن خطأ التابع يعتبر خطأ شخصيا للمتبوع ، فان كان الامر كذلك ، فكيف نجرده من حقه فى نفى ذلك الخطأ الشخصى عنه وهو أمر تقرره القواعد العامة(٣١) .

---

(٢٩) فلور Flour فى رسالته ص ٥٢ ، ولقد ذهب الاستاذ مازو للرد على هذا النقد بقوله « بامكانية الرجوع ، لأن الاختلاط بين شخصين المتبوع والتابع لا يكون الا فى مواجهة الغير ، اما بالنسبة للعلاقة بين المتبوع والتابع فان الاختلاط بين شخصين المتبوع والتابع لا يكون له اى أثر » . انظر فى ذلك مازووتنك ، المرجع السابق ، ج١ فقرة ٩٣٤ ص ١٠١٠ ولكن هذه الاجابة ليست كافية لأن رجوع المتبوع على التابع يهدم انسجام النظرية . انظر فى الرد فلور Flour فى رسالته ص ٥٢ — ليفيبفر Lefebre فى رسالته ص ٣٥ .

(٣٠) ميشيل الجالشيه بارون ، المرجع السابق ص ١٨٩ بند ٦٣٦ — جاك فلور ، الرسالة السابقة ص ٥١ — ٥٢ — رودبير ، المسئولية ، رقم ١٤٦٧ — برتراند Bertrand ، رسالة عن مفهوم التابع، باريس ١٩٣٥ ص ٢١٩ وما بعدها .

(٣١) سافاتييه Savatier ، المرجع السابق ، ج١ فقرة ٩٣٨ ص ٧٩٢ وما بعدها .

(هـ) ان نظرية النيابة لا تقدم تفسيرا لمسئولية المتبوع عن الانحراف الذى يرتكبه تابعه اذا ماتجاوز حدود الوظيفة المسندة اليه أو ممارسة الوظيفة بالمخالفة لاوامر وتعليمات المتبوع مادام أن العمل الذى يقوم به التابع لحساب المتبوع ، حيث تفترض النيابة أن النائب يعمل فى حدود وظيفته ، وبالتالى لا يسأل الاصيل الا فقط عن الاعمال التى يرتكبها النائب فى حدود النيابة(٣٢) .

(و) ان نظرية النيابة تتعارض فنيا مع المفهوم الثابت للخطأ فى القانون المدنى لأن الخطأ يتكون من ركنين — وفقا للنظرية الشخصية — مادى وهو التعدى وركن معنوى مؤداه أن الشخص بذاته قد ارتكب أمرا ماكان له أن يرتكبه ، ومن هنا كان الجانب الاخلاقى فى اسناد الخطأ الى شخص معين ، وعلى هذا الاساس كيف يتيسر أن نتمثل خطأ يرتكب بطريق النيابة أو التمثيل ، وكيف لنا أن نتصور أن يقوم شخص مقام اخر فى هذا المقام . ان الخطأ لايمكن أن يرتكب بالنيابة عن شخص آخر ، مالم يكن هذا الشخص الآخر هو الذى أصدر أمرا بعينه وتمثل فيه فعلا خاطئا ، وهنا سيكون الخطأ شخصيا ومباشرا ، ومسندا الى فاعله وليس بطريق التمثيل أو النيابة(٣٣) .

---

(٣٢) تنك Tunc فى مازوتنك ، المرجع السابق ، ص ١٠١٢ .

(٣٣) فلور Flour ، الالتزامات ص ٢٣٧ — ومشار الى هذا النقد فى سالم أحمد على الغص ، المرجع السابق ص ٧٤ طبعة ١٩٨٨ .

المطـلب الثالث

نـظرية تحمـل التبعـة

(المخـاطر)

La Théorie du Rique

٨٨ — مضـمون النظـرية :

ازاء تعرض نظرية الخطأ المفترض للانتقادات الكثيرة ، ذهب الفقـه الحديث فى فرنسا الى اقامة مسئولية المتبوع على نظرية المخاطر حيـث نجد فيها بالفعل الفكرتين الاساسيتين لنظرية المخاطر . فكرة المخاطـر المربحـة Risque profit ، وفكرة المخاطر المنشئة Risque créé فمن نشاط التابعين يحصل المتبوعون على ربح ، ويجب اذن فى المقـابل أن يتحمل تبعة ذلك بمعنى تعويض الضحايا ، فمادام المتبوع يسـتعين بغيره للاستفادة من نشاطه ، فعليه أن يتحمل تبعات ذلك النشاط اذ أن المتبوع باستخدامه لخدمات فانه بذلك يعمل على امتداد نشاطه ممـا يترتب عليه احتمال تحقق بعض المخاطر التى عليه أن يتحمل تبعتهـا فالغرم بالغنم Ubi emobumentam ibi (٣٤)

---

(٣٤) — Josserand, louis «cours de droit civil prositif francais» tome 2 eme 1933 No. 418-488, 513-540.

— Rene savatier «Traite de la responsabilité civile en droit francais tome 2, 2nd, ed prais 1951 No. 2 p. 360.

— Michel le Galcher Baron, les obligations p. 188-189 No. 637 paris 1982.

— Henri labou «Traite pratique de la responsabilite civile 6th ed paris 1962 p. 78.

سالى ، حوادث العمل ، والمسئولية المدنية ص ٣٢ — بلانيول وريبير واسمان ، المرجع السابق ، ج٦ فقرة ٦٤١ — بلانيول مقال فى المجـلة الانتقادية للتشريع والقضاء ١٩٠٥ ص ٣٥ بعنوان « دراسات حول المسئولية المدنية » حيث يقول « ان التبعة تكاد تكون الفكرة الوحيدة التى يمكن عن طريقها تبرير مسئولية المتبوع » . بيشو Bichot فى رسالته « استقلال المسئولية عن فعل الأشياء والمسئولية عن فعل الغير أمام القضاء المعاصر » ١٩٣٣ — لالو وازارد ، المرجع السـابق ، فقرة ١٠٢٩ — جاك فلور ، الالتزامات ، ج٢ ، ص ٢٣٦ — مازو نبذة ٩٣٠ وما بعدها — فلور واوبير ، المرجع السابق ج٢ سنة ١٩٨٦ نبذة ٧٠٩ ص ٤٣٦ .

وفضلا عن ذلك فانه عندما يستخدم عمالا يضاعف الاخطار الخاصة بالاضرار وغاية الأمر أن يصلح عواقب الاخطار التى أنشأها(٣٥) .

وبذلك يبقى المتبوع مسئولا عن الفعل الضار طالما هو المنتفع بهذا النشاط .

٨٩ — مميزات النظرية :

ذهب أنصار هذه النظرية الى القول بأنها تتيح تفسير أن المتبوع لا يستطيع أن يتخلص من مسئوليته بنفى الخطأ .

ومن جهة أخرى فانه بالامكان مساءلة المتبوع حتى ولو كان غير مميزا ، وهو أمر ماكان ينسجم مع نظرية الخطأ المفترض .

وكذلك يمكن تبرير تحمل المتبوع نهائيا للتعويض ، وفقا لقاعدة الغرم بالغنم وعدم جواز رجوعه على التابع(٣٦) .

— وأخذ بهذه النظرية القضاء فى بعض أحكامه كمبرر لمسئولية المتبوع عن انحراف تابعه أثناء أدائه لوظيفته التى كلفه بها(٣٧) .

---

(٣٥) جاك فلور ، الالتزامات ، ج٢ ص ٢٣٦ .

(٣٦) فيقول سافاتييه فى مقال له فى دالوز ١٩٢٣ — ١ — ٥ « من الواضح أن مسئولية المتبوع هى مسئولية قانونية ، وبما أن القيام بنفى الخطأ أمر غير مسموح به فانه من الصعب تبرير تلك المسئولية بناء على الخطأ المفترض فالمتبوع هو الذى تعود عليه الفائدة من أعماله Beneficiare وبالتالى فانه تقع عليه مسئولية كل ما يترتب على هذا العمل من أضرار ذات صلة به دون اعتبار الى الاستقلال الذى قد يستمتع به عماله من الناحية المادية Independence phyisque وانما تبيعتهم الاقتصادية Dependence economique هى التى تكفى لجعلهم تابعين له ، يجنى الفوائد من وراء ما أسند اليهم من عمل ومن ثم عليه أن يتحمل من الناحية الاخرى المغارم الناجمة عن ذلك » .

(٣٧) نقض فرنسى ٢ أكتوبر ١٩٤٢ ، جازيت باليه ١٩٤٢ — ٢ — ٢٤٣ — حيث قضى « بمسئولية شركة الملاحة عن غرق احدى المراكب نتيجة لخطأ أحد بحارتها حتى وان كان ذلك البحار قد وضعته السلطة العسكرية تحت تصرفهم على أن تقوم تلك الشركة بدفع أجره مقابل العمل الذى ينفذه لحسابهم ، وقد جاء فى مسببات الحكم حيث قرر « أنه رغم أن الشركة لم تقم باختيار ذلك البحار ، الا انها قبلته ودفعت له أجره فى مقابل العمل الذى يقوم به لحسابها ولمصلحتها التجارية » . **انظر ايضا :** نقض مدنى فرنسى ١٥ فبراير ١٩٣٣ — جازيت دى باليه ١٩٣٤ — ١ — ٢٢٢ — نقض نقض جنائى فرنسى ٢٢ نوفمبر ١٩٢٤ — جازيت دى باليه ١٩٢٥ — ١ — ٢٥٣ .

٩٠ — أوجه الاعتراض على النظـرية :

قلد تعرضت نظرية المخاطر الى اعتراضات عديدة تتمثل فى الأوجـه الآتيـة : —

(أ) ذهب بعض الفقهاء الى القول بأنه اذا تم اقرار نظرية المخاطر، يتعين أن نقرر أن المتبوع يعد مسئولا دون الزام المضرور باثبات خطـأ التابع ، فكل نشاط مضر يقوم به التابع يحمل المتبوع المسئولية تلقائيا ، فى حين أنه فى القانون الوضعى ، لا يلزم المتبوع بالمسئولية الا اذا أقام الضحية (المضرور) الدليل على الخطأ الذى ارتكبه التابع [٣٨] .

(ب) فضلا عن ذلك تستوجب نظرية الخطر ألا يقيم المضـرور دعوى المسئولية الا ضد المتبوع بينما الفقه والقضاء يقران الجمع بين المسئوليتين أى يجوز للمضرور أن يقاضى التابع وأيضا المتبـوع أو يقيم دعواه ضد واحد منهما فقط[٣٩] .

(جـ) ان فلسفة المخاطر لا تتفق مع أحكام مسئولية المتبوع عـن أخطاء تابعه بل انها تتناقض تناقضا جوهريا معها . فعلى النقيض ممـا تستوجبه نظرية المخاطر فان المتبوع الذى صدر ضده حكم بالتعويض عن الضرر الذى لحق المضرور يملك حق اقامة دعوى رجوع ضد التـابع حتى يتمكن من استرداد ماقام بسداده ، فان نظرية المخاطر وان كان من الممكن أن تفسر لماذا لا يستطيع المتبوع أن يتخلص من مسئوليته بنفى الخطأ الا أنها لا تستطيع أن تفسر اذا يستطيع المتبوع أن يرجع علـى تابعه بما دفعه من تعويض ؟ [٤٠] .

---

(٣٨) ميشيل الجالشـيه بارون ، الالتزامـات ط ١٩٨٢م ص ١٨٩ بند ٦٣٧ .

(٣٩) ميشيل الجالشـيه بارون ، المرجع السـابق ، ص ١٨٩ بند ٦٣٧ — مازووتنك ، المرجع السابق ، ج١ فقرة ٩٣٣ ص ١٠١٠ .

(٤٠) لوتورنو Le Tourneau ، المرجـع السـابق ، فقرة ٢١٣٧ ص ٦٨٧ — فلور واوبير ، المرجع السابق ، فقرة ٧٠٩ ص ٢٣٦ .

— **مخاطر المشروع** : وازاء هذا النقد حاول بعض الفقهاء (٤١) التغلب عليه **بفكرة مخاطر المشروع** (٤٢) ، بحيث تبقى مسئولية المتبوع مسئولية شخصية ، بالنسبة للاخطاء البسيطة التى يرتكبها التابع فى ممارسة الوظيفة أو بسبب الوظيفة ، فالمتبوع لا يكون له فى هذه الحالة الرجوع على التابع حيث تعتبر هذه الاخطاء من المخاطر المألوفة للمشروع والتى يتحملها المتبوع سواء تجاه الغير أو تجاه التابع ، أما اذا كانت الاخطاء جسيمة فان فكرة مخاطر المشروع تؤدى فى هذه الحالة الى فكرةالضمان ، فالمتبوع يكون ضامنا لتابعه لأنه يضطلع بكل مخاطر المشروع تجاه الغير بما فيها المخاطر المألوفة والمخاطر غير المألوفة(٤٣) .

ولكن هذا القول لا يقدم تفسيرا لاحكام مسئولية المتبوع ، علاوة على أن مسئولية المتبوع تشترط خطأ التابع ، فان نظرية مخاطر المشروع لا تبرر أيضا رجوع المتبوع على التابع وتحمل الاخير العبء النهائى بالتعويض .

(د) أن مقتضى الأخذ بنظرية تحمل التبعة أن يسأل المتبوع عن كل الاخطاء التى يرتكبها التابع فى حين أن مسئولية المتبوع لا تقوم الا عن الاخطاء التى يرتكبها التابع فى ممارسة الوظيفة أو بسببها ، فلا يسأل المتبوع عن الأخطاء التى يرتكبها التابع وتكون أجنبية عن الوظيفة(٤٤) .

(هـ) ان الاخذ بفكرة المخاطر كأساس لمساءلة المتبوع يؤدى الى اعتباره كمتبوع من يكون الشخص تحت خضوعه الاقتصادى ، بينما

---

(٤١) Rives-lange ، مقالة بمجلة الاسبوع القانونى ١٩٧٠ — ١ — ٢٣٠٩ بعنوان :

Contribution à l'étude de la responsabilité des maitres et commettants (pour une nouvelle approehe de la question)».

راجع فينى Viney ، المرجع السابق ، فقرة ٨١٢ ص ٩٠٣ وما بعدها.

(٤٢) انظر د/ محمود الخيال ، فكرة مخاطر المشروع (فى رسالته) ص ١٦٩ وما بعدها .

(٤٣) Rives-Lange ، مقال بمجلة الاسبوع القانونى ١٩٧٠ — ١ — ٢٣٠٩ .

(٤٤) مازو ، المرجع السابق ج١ الطبعة السادسة بند ٩٣٣ ص ٩٠١ .

المعيار الذى اتخذه القضاء للكشف عن تلك العلاقة يقتصر على توافر سلطة التوجيه والاشراف فى الوقت الذى رفض فيه القضاء معيار الخضوع الاقتصادى كمعيار مميز لعلاقة التبعية(٤٥) .

(و) اذا كانت نظرية تحمل التبعه تقوم على أساس المنفعة التى تعود على المتبوع من نشاط تابعه ، والذى يسأل عنه ، فانه من الصعب القول بهذه المنفعة عندما يستخدم المتبوع تابعه لخدمته الشخصية وكذلك فى حالة استعارة خدمات التابع (٤٦) ، وتطبيقها فى هذه الحالة يكون ظالما(٤٧)

— **ولكن يرد على هذا الاعتراض** : بأن المنفعة المقصودة فى النظرية ليست المنفعة المادية فقط بل يكفى تحقق المنفعة المعنوية ، لكى يمكن القول بنظرية المخاطر وهو مايتحقق فى الغرض المذكور(٤٨) .

— علاوة على أن التابع يعمل لمصلحته الشخصية فى نطاق المشروعات الاقتصادية ، والتى يتمثل فى حصوله على أجرته التى يعتمد عليها فى حياته من الناحية الاقتصادية ، ومع ذلك أيضا قد يتعرض المشروع ذاته لمخاطر عديدة فالمشروع قد يدفع الاجور ويتحمل المصروفات والأعباء المالية ثم ينتهى به الامر الى خسارة مالية قد تؤدى به الى الافلاس فالغنم الذى يحصل عليه المشروع هو أمر ضرورى مقابل مخاطر الخسارة والافلاس التى قد يتعرض لها فى خضم الحياة الاقتصادية التى لا تكون مستقرة فى الدوام(٤٩) .

---

(٤٥) مازوتنك ، المرجع السابق ج١ الطبعة السادسة بند ٩٣٣ ص ١٠١٠ / ١٠١١ .

(٤٦) مازوتنك، المرجع السابق ، ج ١ فقرة ٩٣٣ ص ١٠٠٩ ط ٦ .

(٤٧) بلانيول وريبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، ج٢ ص ١١٢٥ — ديموج ، المرجع السابق ، ج٥ رقم ٩١٩ — بلانيول واسمان ، المرجع السابق ، ج٦ رقم ٦٤١ — لارومبه Larroumt ، مقال فى دالوز ١٩٨٤ ص ١٧٣ — كاربونييه ، المرجع السابق ، ج٤ الطبعة ١٢ ، الالتزامات ص ٤٣٢ ، رقم ١٠٣ .

(٤٨) انظر جاك فلور ، المرجع السابق ، ص ٤٣ / ٤٤ .

(٤٩) نقض جنائى فى ١٧ ديسمبر ١٩٦٤ — فقه القانون الجنائى ١٩٦٥ — ٢ — ١٤١٢٥ ، مذكرة رودبير .

٩١ — كما نجد أن مفهوم قاعدة الغرم بالغنم عند أنصار هذه النظرية يختلف عن مفهومها فى الفقه الاسلامى : على الوجه الآتى : —

١ — يظهر الفارق بين مافسر به علماء القانون من الماديين مبدأهم من تحمل التبعة بقاعدة الغرم بالغنم ، وبين مفهوم علماء الشريعة للقاعدة الاخيرة ، فبينما يفسر فقهاء القانون هذه القاعدة بأن كل مايحصل عليه الانسان من مغنم أو ربح من مشروعه أو نشاطه فعليه فى مقابل ذلك أن يتحمل تبعة ماينشأ عنه من ضرر بغيره . فان فقهاء الشريعة الاسلامية قد فهموا من قاعدة الغرم بالغنم ، أن ماغنمه الانسان من مال يستتبع غرامته اذا ما أصاب عين هذا المال ضرر وذلك بتحمله هو ضرره لا اذا ما أصاب غيره من جرائه ضرر(٥٠) .

٢ — كما يتضح لنا من ناحية أخرى عدم اتفاق مبدأ تحمل تبعة المخاطر الذى تقوم عليه المسئولية المادية مع أحكام الشريعة ، وذلك فيما ذهب اليه أصحابه من دعواهم بأن رب المال أو صاحب العمل وقد انتفع بنشاط عامله أو أجيره فجنى منه الربح الوفير فعليه أن يتحمل هذا النشاط بما يعرضه من مخاطر لذلك العامل وما قد يجر اليه من ضرر ويكون بالتالى مسئولا عن تعويضه ، ولو لم يكن ثمة خطأ من جانب صاحب العمل بناء على أن « الغنم بالغرم » فذلك التأسيس تأباه قواعد الشريعة وأحكامها ، فان المال وغلاته شرعا لصاحبه وماجناه رب المال من ربح أو كسب انما تولد من ماله وعمل قام به تابعه أو أجيره وهذا الاخير وقد أخذ عليه أجرة يكون حقا خالصا لصاحبه مستحقا له بما دفعه لذلك التابع أو الاجير من أجر بمقتضى عقد استئجار ، وكل من نتاج المال والعمل انما هو ثمرة من ثمرات ملكه ، وثمرات الملك لمالكه وقد أخذ بحقه مصداقا لقوله تعالى « ياأيها الذين امنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(٥١) .

---

(٥٠) انظر فى معرض التفرقة د / محمد صلاح الدين ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ / ٢٠٣ .

(٥١) سورة النساء آية ٢٩ .

ولا يمكن القـــول بأن ما حققه المالك من ربح أو غنم تولد من ماله أو من عمل دفع عنه أجرة هو أكل للمال بالباطل أو أخذه بدون حق أو أنه تناوله غصبا ومن غير تراض ومن ثم فان القول بتضمين المالك « صاحب العمل » بعد ذلك مايحدث من العامل ولا دخل له فى احداثه كمـــا يدعو الى ذلك أصحاب المسئولية المادية التى تقوم على مبدأ تحمل التبعة ليس له سبب سليم يؤسس عليه فى الشريعة(٥٢) .

٩٢ — كما ذهب القضاء الى ادانة نظرية المخاطر فقد أقرت محكمـــة النقض والابرام(٥٣) فى حكم أصدرته بأن « مفهوم الربح ليس محددا فى تقييمه للتـــابع » .

٩٣ — مـــخاطر الســـلطة :

ازاء الانتقادات التى وجهت الى نظرية المخاطر حـــاول البعـــض تأسيسها على فكرة مخاطر السلطة «Risque d'autarité» **ومضمونها :** أن المتبوع يسأل عن انحراف تابعه مقابل السلطة التى للمتبوع عليـــه فالقانون انما يفرض الضمان على المتبوع لا لمجرد أنه يستفيد من نشاط التابع ، بل لأن له عليه سلطة الرقابة والتوجيه ، والمسئولية مقابل السلطة، ورأوا أن تفسير المسئولية التبعية على هذا الوجه يتفادى أوجه النقـــد التى وجهت الى الفكرة ذاتها اذا اتخذت أساسا لمسئولية أصيلة عـــلى عاتق المتبوع(٥٤) .

— ولكن القول السابق بتأسيس فكرة التبعة على أساس مخـــاطر السلطة تعنى قيام مسئولية المتبوع بناء على خطأ غير ثابت أى خطـــأ

---

(٥٢) انظر الضمان فى الفقه الاسلامى للأستاذ الشيخ على الخفيف ج١ ص ٥٩ / ٦٠ .

(٥٣) نقض جنـــائى فرنسى فى ١٧ ديسمبر ١٩٦٤ — فقه القـــانون الجنائى ١٩٦٥ — ٢ — ١٤١٥٥ ، مذكرة رودير .

(٥٤) راجع فى ذلك رودير Rodiére ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٧١ ص ١٠٢ وما بعدها .

مفترض ، الأمر الذى يعود بنا الى نظرية الخطأ المفترض مرةأخرى [٥٥] .

والقول بوجود مخاطر مقابل السلطة يعطى مفهوم غامض لفكـرة المخاطر لأن السلطة يقابلها واجبات وليست مخاطر [٥٦] .

---

(٥٥) رودييه Rodiére ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٧١ ص ١٠٣ ، وقد أشار الى فكرة مخاطر السلطة د/ محمود الخيال فى رسالته ص ١٦٧ / ١٦٨ .

(٥٦) رودييه ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٧١ ص ١٠٣ .

المطلب الرابع

نظرية الضمان

La Théorie de la Garantée

٩٤ ـ مضمون النظرية :

ذهب جانب كبير من الفقه الى تأسيس مسئولية المتبوع عن الاضرار التى تلحق بالغير نتيجة انحراف تابعه على فكرة الضمان « الكفالة القانونية » حيث يضمن المتبوع اعسار تابعه تجاه الغير ، وهو كفيل لا يستطيع أن يدفع بالتجريد (٥٧) . فاذا كان الضحية قد وقع له تعد على حقوقه أو على شخصه أو على ماله من جراء نشاط التابع يجوز له أن يخاطب التابع لكى يحصل على تعويض ، الا أنه غالبا مايكون هذا الاجراء ليس فعالا لأن التابعين ليسوا بصفة عامة قادرين على تعويض الضحايا كما أن الفقرة الخامسة من المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى تجعل من المتبوع ضامنا وذلك لقدرته على الوفاء بالتزامات تابعه .

ـ ويبرر هذا الضمان بأنه يتعين على المتبوعين كفالة التعويضات الناجمة عن النشاط الذى يقوم به بواسطة تابعيه .

٩٥ ـ مميزات النظرية :

ـ ان هذه النظرية تتيح بشكل أفضل تفسير مجموع قواعد المسئولية الخاصة بالمتبوعين ، ولا يكون أولئك الأشخاص مسئولين الا فى حالة خطأ التابعين ، ذلك لأنهم طالما هم ضامنون فلا يتسنى لهم تعويض

---

(٥٧) بيسون تعليق فى دالوز ١٩٢٨ ـ ٢ ـ ١٤ مارتى ورينو ، المرجع السابق ، فقرة ٤٢٥ ـ تنك Tunc فى مازووتنك ، المرجع السابق ، ج١ فقرة ٤/٩٣٩ ـ فلور Flour ، فى رسالته ، ص ٥٤٥ وما بعدها ـ Letourneau ريبير ، القاعدة الأخلاقية ط٣ فقرة ١٢٦ ـ لورتورنو المرجع السابق ، فقرة ٢١٣٩ ص ٦٧٨ وما بعدها ـ ميشيل الجالشيه بارون ، المرجع السابق ، ص ٨٩ / ٩٠ فقرة ٦٣٩ ـ Rassat ، المسئولية المدنية ص ٥٩/٦٠ .

الضحايا الا انطلاقا من نفس الشـــروط التى للاشـــخاص الذيـــن يضـــمنونهم[٥٨] .

ـ كما أن قرينة الحال التي تقع على عاتق المتبوعين قرينه حـــال غير قابلة للنقض وهو ماتقدم له النظـــرية تبريرا واضحا ، لأنهـــم اذا قاموا بنفيها لن تتمكن الضحية من الحصول على الضمان .

ـ وأخيرا فان هذا الضمان ليس له دور الا من حيث العلاقة بين المتبوعين ، والضحايا ذلك لأن الضمان نشأ من أجل أولئك الضـــحايا ، وينتج ء نذلك أن التابع الذى اختصته الضحية أو المضرور لايمكنه أن يتحول ضد متبوعه . وعلى العكس من ذلك فان لهذا الاخير اذا قـــام بتعويض المضرور الحق فى الرجوع على تابعه بما دفعـــه من تعـــويض لاسترداده منه .

٩٦ ـ ومضمون هذه النظرية يتفق فى هذا الشأن مع الحكـــم الذى أصدرته الدائرة المدنية لمحكمة النقض والابرام[٥٩] فى ٦ فبراير ١٩٧٤

---

(٥٨) Michel le Galcher-Baron, les obligations paris 1982 p. 190-191 No. 639 Il sais : «Cette théorie est calle qui permet le mieux d'expliquer l'ensemble des règles de la responsabilité des commettants.

Ceux-ci nesont responsable qu'en cas de faute des préposés car étant des garants ils ne doivent indemniser les victimes que dans les nems conditions que les personnes dont ils sont les garants.

Rolf starck B. : Essai d'une theorie de la responsabilite civile consideree en coduble fonction de garantie et de peine privee — Paris 1947 op. cit. p. 294.

(٥٩) نقض مدنى فرنسى ٦ فبراير ١٩٧٤ ، قضـــاء ص ٤٠٩ حيث جاء فيـــه :

L'article 1384 du Code civil, généralement édicté pour assurer à la victime d'un dommage la réparation qui lui est due a, dans son a linéa 5 spécialement pour but de protéger les tiers confre l'insolvabilité de l'auteur du prejudice en leur permettant de rocourir contre son employeur, il sensuit que le préposé, dont la faute entraine la responsabilité civile de son commettant ne saurait appeler ce dernier en garantie, la victime ayant seule qualité pour le mettre en couse et invoquer contre lui, à son profit, les dispositions du texete susvise».

وجاء فى هذا الحكم « أن المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى التى تم سنها عامة لتكفل للضحية التى لحق بها ضرر حق الحصول على التعويض الذى يستحقه ، وتهدف الفقرة الخامسة منها بصفة خاصة الى حماية المضرور من اعسار مرتكب الضرر وذلك بالسماح له بمقاضاة المتبوع الذى قام بتشغيله كما أنه لا يجوز للتابع الذى ادى خطؤه الى الزام متبوعه بالمسئولية المدنية أن يقيم دعوى الضمان ضده حيث أن المضرور وحده هو الذى له صفة اتهامه متخذا ضده ولصالحه أحكام النص السابق ذكره » .

كما قضت بعض المحاكم بمضمون هذه النظرية كأساس لمسئولية المتبوع بقولها « بأن أساس المسئولية المنصوص عليها فى الفقرة الخامسة من المادة ١٣٨٤ فرنسى هو ضمان المضرور لاعسار التابع (٦٠) .

٩٧ — أوجه النقد :

لقد واجهت فكرة الضمانة أو الكفالة القانونية نقدا على الوجه الآتى : —

(أ) أول ما تثيره هو أن المتبوع ليس فى مركز الضامن بالمعنى المفهوم فى القانون المدنى « الكفيل القانونى » اذ يصح التساؤل عما اذا كانت للمضرور ذات المزايا التى تتقرر للدائن قبل الكفيل المتضامن ؟ (٦١) .

(ب) علاوة على أن قواعد الكفالة القانونية تقتضى وجوب تجريد المدين أولا قبل الرجوع على الكفيل ، لأن فكرة الضمان لاتلزم الكفيل

— مذكرة لى تورتو Le Tourneau ، المجلد القانونى ، ديسمبر ١٩٧٤ ، قضاء ص ٢٦٦ — مذكرة الجالشيه بارون فى هذا الشأن : مدنى ١٥ مايو ١٩٥٧ ، النشرة المدنية ٣ رقم ٣٤٩ ص ٢٣١ — حكم محكمة بواتيه فى ٢٨يونيو ١٩٤٦ — جازيت باليه ١٩٤٦ — ٢ .

(٦٠) باريس ٢٠ اكتوبر ١٩٣٤ : دالوز ١٩٣٤ — ٥٢٩ — بواتييه — يولية ١٩٤٦ — جازيت دى باليه ١٩٤٦ — ٢ — ٥٩ — نقض جنائى أكتوبر ١٩٥٨ ، Bull رقم ٦٣٦ ص ١١٢٨ — نقض جنائى ١٩ اكتوبر ١٩٨٢ Bull رقم ٢٢٦ .

(٦١) انظر فلور فى رسالته ص ٥٤ وما بعدها — بيسون تعليق فى دالوز ١٩٢٨ — ٢ — ١٤ ، ريبير ، القاعدة الأخلاقية رقم ١٢٦ .

الا بصفة عرضية ، بينما المضرور له الحق فى مقاضاة المتبوع مباشرة ممـا يصعب معه مقارنة أو تشبيه تلك المساءلة بفكرة الضمان أو الكفالة(٦٣) .

ولكن يرد على هذه بأن كفالة المتبوع من نوع خاص تتميز بأحكـام خاصة تختلف عن أحكام الكفالة العادية ، فالمتبوع كفيل التابع دون أن يكون له حق التجريد ، ويجوز للمضرور الرجوع على المتبوع قبـل أن يرجع على التابع(٦٤) .

(جـ) يتساءل الناقدون عن مصدر تلك الضمانة ، وعما اذا كـانت لا تخرج عن كونها مجرد افتراض تصورى لا أساس له فى الواقـع ، وبالتالى لا تصلح أساسا لنظام قانونى هو نظام المسـئولية عن أخطـاء التابعـين (٦٤) .

(د) فضلا عن أن الكفالة نظام مقرر فى الأصل لمصلحة المدين أكثر من مصلحة الدائن بينما مسئولية المتبوع تفرضها مصلحة المضرور(٦٥) .

---

(٦٢) Nonapolis : Abenuation de la Rasponsabilite du Commettant
رسالة باريس ١٩٥٧ ص ٨٨ .
(٦٣) Rassat ، المسئولية المدنية ، ص ٥٩ — ٦٠ .
(٦٤) ديموج ، المرجع السابق ، ج٥ رقم ٩٥٩ .
(٦٥) مازو ، المرجع السابق ط٤ بند ٩٣٥ .

المطلب الخامس

نظرية التأمين القانوني (٦٦)

La Théorie de la Assurance Legale

٩٨ ـ مضمون النظرية : يذهب أنصار هذه النظرية الى القول بأن الأساس الحقيقي لمسئولية المتبوع عن انحراف تابعه يكون في اعتبار المشرع للمتبوع كمؤمن نتيجة لاستفادته أو احتمال استفادته من خدمات تابعه ، وفرض عليه بالتالي أن يضمن الغير ضد المخاطر التي قد تصيبهم من الأخطاء الواقعة من تابعيه ، وذلك أثناء أدائهم للعمل المسند اليهم من قبل المتبوع (٦٧).

ـ والمضمون السابق للنظرية يحقق غرضين :

الأول : اعتبار المتبوع مؤمنا يجعله يحسن اختيار تابعيه ، وخاصة فيما يتعلق بالشرف والأمانة والدقة اللازم لقيامهم بالأعمال المسندة اليهم .

الثاني : أن الأخذ بهذه النظرية يجعل المتبوع حريصا على احكام رقابته على تابعه أثناء تنفيذه للعمل المسند اليه حتى لا تلحقه أضرار بسبب انحراف تابعه .

٩٩ ـ وقد قام أصحاب هذه النظرية فكرتهم على المقابلة بين أحكام التامين وبين أحكام مسئولية المتبوع لبيان أوجه الاتفاق بينهما(٦٨) :

أولا : المتبوع لا يستطيع التخلص من المسئولية بنفيه الخطأ من جانبه

---

(٦٦) انظر في عرض هذه النظرية ايضا الديناصوري ، والشواربي ، المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ط ١٩٨٨م ص ٢٨١ — ٢٨٢ .
د. محمد الشيخ عمر دفع الله ، مسئولية المتبوع ، دراسة مقارنة ص ١٠٦ وما بعدها .

(٦٧) Nanapolis : attenuation de la responsabilité du com- mettant, Paris 1957 P. 88-89.

(٦٨) انظر في ذلك Selailles ، الالتزامات الطبعة الثالثة ص ٣٢٧ Planiol Ripert ، القانون المدني الفرنسي ج٦ ص ٥٢٢ .
Legislation civil t : locré ج١٣ ص ٤١ وما بعدها .

وفى ذلك وجه شبه مع الزام المؤمن ، لأنه فى التأمين الاتفاقى لا يستطيع المؤمن نفى الخطأ ، وبالتالى يعتبر المتبوع مؤمنا حقيقيا وعلى المضرور من المخاطر ضد انحراف تابعه .

ثانيا : أن عناصر التأمين متوافرة فى مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه سواء من :

(أ) المخاطر : وهو العنصر الأول للتأمين ، فانه متحقق فى الأعمال التى يقوم بها التابع لحساب المتبوع .

(ب) التعويض : « الأداء المالى » وهو العنصر الثانى للتأمين ، ويقوم به المتبوع عند حدوث الضرر بسبب انحراف التابع أثناء أدائه لعمله .

(ج) قسط التأمين : وهو العنصر الثالث من عناصر التأمين والذى يقوم المستأمن بدفعه ، فانه يقابل فى مسئولية المتبوع ، ما يعود على هذا الأخير من فائدة قد ترجع عليه من نشاط تابعه .

— ومن المقارنة السابقة بين التأمين ومسئولية المتبوع نستنتج أن المضرور وحده هو الذى يستطيع مقاضاة ذلك المتبوع ، والتابع لا يستطيع الرجوع على ذلك المتبوع اذا ما اكتفى المضرور بمقاضاته واقتضاء التعويض منه فقط .

٩٤ — موقف القضاء الفرنسى (٦٩)

ذهب أنصار هذه النظرية الى القول بأن القضاء الفرنسى ذهب فى بعض أحكامه الى تأسيس مسئولية المتبوع استنادا الى فكرة التأمين القانونى (٧٠) .

---

(٦٩) انظر فى عرض أحكام محكمة النقض ، د/ محمد الشريف عمر فى رسالته ص ١٠٩ — ١١٠ .

(٧٠) حكم محكمة باريس ٣٠ اكتوبر ١٩٣٤ ، دالوز الأسبوعية ١٩٣٤ ص ٥٢٩ وجاء فيه « بأن الهدف من تقرير مساءلة المتبوع هو حماية الغير الذى يقد يكون ضحية لاعسار فاعل الضرر » — حكم محكمة بواتيه ٢٨ يونيو ١٩٤٦ جازيت باليه ١٩٤٦ — ٢ — ٥٩ — وحكم محكمة اجين ١٤ يناير ١٩٣٧ جازيت باليه ١٩٣٧ — ١ — ٦٣٨ — نقض فرنسى ٢١ اكتوبر ١٩٤٣ — جازيت باليه ١٩٤٢ — ٢ — ٢٤٣ .

وقد قضت محكمة بواتيه بأن « المسئولية التى تنص عليها المادة ١٣٨٤/٥ ليست فى حقيقتها الا ضمانا خاصا للغير وهذا الأخير هو الذى يهدف القانون عادة ، الى تأمينه ضد الأضرار التى يسببها التابع المعسر » *.

١٠١ — اتفاقات التأمين :

بعد أن وضحنا مضمون النظرية وموقف الفقه والقضاء منها يلزم أن يوضح أن اتفاقات التأمين تنقسم الى :

(أ) التأمين من الحوادث : وهو الاتفاق الذى يعقده شخص مع شركة التعويض عن الأضرار التى تصيبه بسبب نوع من الأفعال الضارة وبمقتضى هذا العقد تثبت له فى ذمة المؤمن الحق فى مبلغ التأمين بمجرد حدوث الاصابة المؤمن منها ، واذا دفعت الشركة مبلغ التأمين رجعت على المسئول بحق المصاب فى التعويض ، وكأن التأمين فى هذه الحال ضد اعسار المسؤول .

(ب) التأمين من المسئولية : وهو الاتفاق الذى يعقده شخص مع شركة التأمين لتغطية مسئوليته عما يحدثه بغيره من أضرار ، ويترتب عليه التزام الشركة بأن تدفع للمؤمن له قيمة التعويض الذى تقرر فى ذمته للمصاب ، وكأن المقصود منه درء الخسارة التى كان يجب أن يتحملها نتيجة فعله الضار مثال التأمين ضد حوادث السيارات .

١٠٢ — نقد النظرية :

وجه الفقه بعض الاعتراضات لهذه النظرية ، لأن الإتجاه الذى سلكه أنصار نظرية التأمين القانونى والذى يبنى على أساس المقابلة بين عناصر التأمين ومسئولية المتبوع انما جانبه الصواب للأسباب الآتية : —

أولا : ان فكرة التأمين القانونى غير منطبقة تماما على ما ذهب اليه أنصار هذا الرأى ، فالتأمين نظام يعتمد فى جوهره على تشتيت الخسارة على عدد من المستأمنين نظير قيام هؤلاء بدفع أقساط معينة ، أما فى

* حكم محكمة بواتيه ٢٨ يونيو ١٩٤٦ حاريت باليه ١٩٤٦ — ٢ — ٥٩

مسئولية المتبوع فان هذا الأخير يتحمل تعويض الاضرار التى تلحق الغير بفعـل ثابت فى ذمته الخاصـة .

ثانيا : القول بأن قسط التأمين هو مايحصل عليه المتبوع من أرباح بسبب قيام التابع بعمله ما هو الا العودة الى تطبيق قاعدة الغنم بالغرم طبقا للمفهوم القانونى أى الرجوع الى نظرية تحمل التبعة(٧١) .

ثالثا : ان نظام التأمين بجميع أنواعه ، أجنبى دخيل على المجتمعات الاسلامية ، ومازالت تقوم حوله شبه دينية ، تجعل النفوس المؤمنة فـى ريب من تناوله ، وتحمل على الاستبراء منه .

١٠٣ — ولهذا نرى: الأخذ بنظام اسلامى أصيل هو **نظام التأمين الجماعى التعـــاونى** .

ومضمون هذا النظام : أن يساهم كل عامل فى حرفه ، بدفع جزء معين من دخله شهريا ، وتنمى تلك الحصيلة بكافة وســائل التنمية المشروعة ، وتدعمها الحكومة والمؤسسات التعاونية باعانة سنوية مقدرة ، كما يفرض على أرباب الأعمال تقديم مساعدات مالية اليها ، كما يمكن صرف قســم من الزكاة التى تجبى منهم اليها .

ومن مجموع ذلك يعوض عن الأضرار التى يصاب بها العمال ، بل يمكن أن تكون بمثابة تأمين على مسئوليات العمال ، والمحترفين ، من كـل ما قد يسببونه للآخرين من أضرار بخطئهم .

ولهذا النظام سند من الكتاب فى قوله تعالى «.وتعاونوا على البـر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » وقد أقر الفقهاء القدامـى صورة واقعية تطبيقية منه حينما تعاون تجار البندقية على دفع أخطار البحار عن بضائعهم وعن أنفسهم ، كما أقر المحدثون ماقام به حديثا فى أيامنا

---

(٧١) انظر د/ محمد الشيخ عمر ، المرجع السابق ، ص ١١٠ .

قائدوا السيارات فى الخرطوم[٧٢] ، فكونوا من بينهم جماعة تعاونية مؤمنة، وكل فرد فيها مؤمن ومؤمن له ، وكلهم أخوة متعاونون فى هذه الخليـــة الجماعية ، لايهدفون الا الى ازالة الضرر ، والتعاون على درء الخطر[٧٣]

ويمتاز هذا النظام بأنه يستهدف تفتيت الخطر عن الفرد وتوزيعه على الجماعة ولا محل لفكرة الربح والاستغلال فيه مطلقا مثل شركات التأمـين فهى لاتستهدف سوى الربح •

وقد أخذت فكرة التأمين التعاونى قياسا على نظام العواقل ، وقـد كان العرب يتناصرون تكرما بالعاقلة ، وهى الاسرة أو القبيلة التى تجمعها الدم ، وتربطها الرحم ، فاذا جنى أحد أفرادها جناية أو سفك دما غرمت قبيلته مالزمه من دية وجناية ، وقد أقر الاسلام هذا المبدأ وجعله الزاميا لما فيه من تطبيق نظام التعاون الذى يتقبله الاسلام ويدعو اليه ونفى عنه ما لا يتلاءم مع الاسلام وقواعده العامة ، من اقامة الحدود ، فقال عليـه الصلاة والسلام : « لا تعقل العاقلة عمدا » ، وسرى استثناء العمد من نظام العاقلة هذا الى نظام الولاء — الذى بمقتضاه يصبح المسلم غير العربى فردا فى أسرة المسلم العربى يلتزم هذا بعقل جنايته فى غير عمد كما يلتزم ذلك بتوريثه مايترك من مال اذا لم يكن له ورثة وبذلك يأمن غير العربى بجوار هذا العربى ويجد منه الحليف والنصير — حتى الى نظام شركـات التأمين العـامة * •

وقد نص الفقهاء على أنه فى حالة انقطاع أواصر العاقلة • وعدم التناصر بالـدم يكون التناصر بالحرف ، ويكون أهل الحرفة التى ينتمى اليهـا الجـانى عاقلة له ** •

---

(٧٢) انظر فى مجلة حضارة الاسلام (السنة ٢ العدد ٥ ص ٥٢٩) مقالا لأستاذنا الجليل الشيخ / ابو زهرة بعنوان : حول التأمين .

(٧٣) د/فوزى فيض الله ، المرجع السابق ، ص ٤٥٢ بند ٢٥٩ .

(*) يعلل القانونيون بعدم جواز التأمين على العمد بأنه لا يجوز للانسان أن ييسر لنفسه سبل الغش — راجع د/ السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد (نظرية الالتزام بوجه عـام) — مصادر الالتزام طبعـة مطبعة دار النشر للجامعات المصرية — القاهرة ١٩٤٦ ص ٩٨١ .

(**) انظر حاشية الرملى على جامع الفصولين ج ٢ ص ٨٢ .

المبحث الثانى
معيار مسئولية المتبوع
فى القانون المصرى

١٠٤ — عندما نتناول بيان معيار مسئولية المتبوع فى القانون المصرى يلزم أن نوضح موقف المشرع ، القضاء ، الفقه المصرى من المعايير التى قبلت من الفقه والقضاء الفرنسى(٧٤) وذلك على الوجه الآتى : —

١٠٥ — موقف المشرع المصرى :

نص المشرع المصرى على مسئولية المتبوع عن الاضرار التى يحدثها تابعه بانحرافه فى المادة ١٧٤ مدنى بقوله :

« ١ — يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٢ — وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه ، متى كان له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه » .

— وبالرجوع الى الاعمال التحضيرية(٧٥) للمادة المذكورة نجد أن الرأى الذى انتهى اليه واضعوا التقنين المصرى . هو قيام مسئولية المتبوع تجاه الأضرار التى يحدثها تابعه **تقوم على خطأ مفترض لا يقبل اثبات العكس** ، فالمشرع جعل أساس هذه المسئولية خطأ المتبوع المفترض فى رقابة تابعه أو فى توجيهه فرضا غير قابل لاثبات العكس مرجعه الى سوء اختياره تابعه وتقصيره فى رقابته .

---

(٧٤) أنظر فى هذا البحث « معيار مسئولية المتبوع فى القانون الفرنسى » المبحث الأول من الفصل الأول — الباب الثانى .

(٧٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤١٤ — ٤١٥ .

١٠٦ — موقف الفقه والقضاء :

لم يتقيد الفقه المصرى(٧٦) بالأخذ بقيام مسئولية المتبوع على أساس الخطأ المفترض بسبب ماوجه اليه من نقد(٧٧) ، واتجه للبحث عن أساس آخر لمسئولية المتبوع ، وان كانت **بعض أحكام القضاء المصرى** قد اتجهت الى الأخذ بمعيار الخطأ المفترض كأساس لمسئولية المتبوع عن الأضرار التى يسببها تابعه بانحرافه حيث قضت محكمة النقض بأنه « من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القانون المدنى اذ نص فى المادة ١٧٤ على أن يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها فقد أقام هذه المسئولية على خطأ مفترض من جانب المتبوع فرضا لايقبل اثبات العكس ، مرجعه سوء اختياره لتابعه وتقصيره فى رقابته »(٧٨) .

---

(٧٦) **انظر فى تناول معيار مسئوليـــة المتبوع عن الأضرار التى تحدث بانحراف تابعه فى الفقه المصرى** : السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٦١ وما بعدها بند ٦٧٧ — ٦٩١ ، د/ توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٣٧٧ وما بعدها بند ٣٢٣ — د/ عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، بند ٥٣٢ وما بعدها — د/ عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٦٤ وما بعدها — د/ محمد لبيب شنب ، المرجع الســـابق ، ص ٣٦٥ وما بعدهـــا بند ٦٠ وما بعده — د/ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ٦٥٩ وما بعدها بند ٥٢٤ وما بعده — د/ مصطفى الجمال ، المرجع السابق ، ص ٤١٦ بند ٣٦٤ — د/ أحمد ســـلامة ، المرجع الســـابق ، ص ٣١٤ بند ٢١٢ — د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق بند ٢٥٣ ص ٤٤٤ — د/ مأمون الكزبرى، المرجع السابق ص ٤٥٣ وما بعدها بند ٣٦٢ — د/ عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص ٥٨١ بند ٩٤٩ .

(٧٧) انظر فى هذا البحث « نظرية الخطأ المفترض فى القانون الفرنسى » المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الثانى — الباب الثانى .

(٧٨) الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٤١ ق جلســـة ١٩٧٦/٣/١٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ٦٩٧ — وانظر نقض مدنى الطعن رقم ٥١٦ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٣/٢٢م س ٢٧ ص ٧٤٢ ، نقض جنائى ١٩٦٢/١١/٢٠ ، مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ١٣ رقم ١٨٤ ص ٧٥١ حيث جاء فيه « أنه من المقرر أن القـــانون المدنى آذ نص فى المادة ١/١٧٤ منـــه على أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها ، قد أقام هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب المتبوع فرضا لا يقبل اثبات العكس مرجعه الى ســـوء اختياره تابعـــه وتقصـــيره فى رقابته » — نقض مدنى أول يوليه ١٩٧٠ ، السنة ٢١ رقم ١١٧ ص ٧١١ — نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٧٤ السنة ٢٥ رقم ٢٧٥ ص ١٥١٩ .

ا— ويمكن القول بأن الاتجاهات التى ظهرت فى فرنسا قد انتقلت الى الفقه المصرى عموما وتأثر بها ، لذا نرى أن الفقه أول ما اتجه اليه هو أن مسئولية المتبوع ليست مسئولية ذاتية ، وانما هى مسئولية عن الغير نص عليها القانون .

وقد حاول الفقه أن يتخذ من بعض النظم القانونية كقوة المركز المالى للمتبوع أو تحمل التبعة أو النيابة ، أو الكفالة أساسا لمسئولية المتبوع . بعد رفض نظرية الخطأ المفترض .

— وخاصة بعد أن وجد اتجاها فى الفقه المصرى(٧٩)، آثار تساؤلا حول طبيعة القاعدة الواردة فى المادة ١/١٧٤ هل هى قاعدة اثبات تتضمن قرينة قانونية على خطأ المتبوع أم هى قاعدة موضوعية أى تقرر حكما موضوعيا وليست قاعدة اثبات .

حيث ذهب هذا الرأى الى القول « بأن القاعدة الواردة فى المادة ١٧٤ مدنى مصرى قاعدة موضوعية بمعنى أنها تقرر حكما موضوعيا ، وليست قاعدة اثبات ، ومن ثم فهى لا تتضمن قرينة قانونية على خطأ المتبوع وما يقال من أنها تشتمل على قرينة قاطعة لاتقبل اثبات العكس قول ليس له معنى قانونى فهو ليس الا تعبير غير سليم عن قاعدة موضوعية ، ذلك أن فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك فى صحتها ، اذ الدليل لابد أن يقبل اثبات العكس ، فاذا امتنع هذا الاثبات أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية حقيقية »(٨٠)

وقد رأى المشرع لاعتبارات اجتماعية يقدرها أن يضمن المتبوع خطأ تابعه الذى يقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها ويترتب عليه ضرر يصيب الغير (٨١) .

١٠٧ — وازاء ذلك نجد أن جانب من الفقه اتجه الى البحث عن علة

---

(٧٩) د/ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ٦٦٠ بند ٥٢٤ .

(٨٠) انظر د/ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ٦٦٠ بند ٥٢٤ .

(٨١) انظر نقض جنائى فى ١٠ فبراير ١٩٥٣ (مجموعة أحكام النقض ٤ — ٥٣٤ — ١٩٦) والمحاماة أيضا (ص ٢٣ — ٢١٢ — ٩٥) .

تقرير مسئولية المتبوع فى قوة المركز المالى للمتبوع بقوله « تقررت قاعدة أن المتبوع يسأل عن الاضرار التى سببها التابع بخطئه لمصلحة المضرور • ذلك أن التابع — عادة — يكون شخصا يحصل دخل يكفيه ليومه ، ومن ثم فليس لديه فائض يمكن للمضرور أن يقتضى التعويض منه • أما المتبوع فهو فى العادة شخص ملىء وقادر على دفع التعويض ومن ثم يكون من الأهمية بمكان تقرير مسئوليته عن أفعال تابعه ، فالحكومة والشركة المساهمة مثلا كلاهما متبوع ، ويسار واحد منهما لا يقارن على الاطلاق بيسار التابعين لأى منهما • وحتى اذا فرض وكان التابع موسرا ، فانه من المستحسن أن يكون للمضرور مدينان يرجع عليهما مجتمعين أو منفردين ويختار الشخص الذى يكون من الافضل أن يرجع عليه » (*) •

ويمكن الرد على الرأى السابق بأنه لا علاقة للمسئولية بالمركز المالى للمسئول وبالتالى لاتعتبر قوة المركز المالى علة ، يدور معها الحكم وجودا وعدما لأن المتبوع يسأل عن خطأ تابعه حتى ولو كان فقيرا معسرا ، فيحق للمضرور أن يرجع على المتبوع بالتعويض حتى ولو كان المتبوع معسرا كما اتجه الفقه (**) الى البحث عن أساس مسئولية المتبوع فى النيابة على اعتبار أن التابع يمثل المتبوع فهو يؤدى العمل نيابة عنه ولحسابه وهو ما يعنى أن هناك نيابة فى القيام بالأعمال المادية تقترب من النيابة بمعناها فى القانون المدنى والتى يستهدف أن يقوم النائب بأعمال قانونية أى تصرفات بالمعنى الفنى الكامل •

وقد نحا جانب من القضاء الى الاشارة فى أحكامه الى فكرة النيابة(٨٢) •

١٠٨ — وأمام الانتقادات التى وجهت الى نظرية النيابة(٨٣)، اتجه

(*) انظر فى هذا الرأى د/ أحمد سلامه ، مذكرات فى نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ص ٣٠٧/٣٠٨ بند ٢٠٨ طبعة ١٩٧٨م •

(**) انظر فى عرض ذلك الدكتور السنهورى ، المرجع السابق بند ٦٧١ ص ١٤٨٢ وما بعدها •

(٨٢) اتجهت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم لها صادر بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥ الى الاشارة الى فكرة النيابة كأساس لمسئولية المتبوع عن التابع •

(٨٣) انظر فى أوجه النقد التى وجهت الى فكرة النيابة فى هذا البحث ص ١٠١ بند ٨٧ •

جانب من الفقه(٨٤) الى البحث عن أساس حقيقى لمسئولية المتبوع ، وحاول تأصيله على مبدأ تحمل التبعة ، فيقوم بتحليل علاقة التبعية ليكشف عن ذلك ،

والقول بأن فكرة تحمل التبعية هى أساس مسئولية المتبوع فى القانون

---

(٨٤) ذهب الأستاذ الدكتور / محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، فقرة ٦٠ ص ٣٩٦ الى القول « لماذا يحرص القانون على ضمان حصول المضرور على حقه فى حالة وقوع الضرر بفعل تابع ويقرر مسئولية المتبوع الى جانب مسئولية التابع ؟ لماذا اختار القانون المتبوع بالذات لكى يجعله مسئولا أو ضامنا أو كفيلا ؟

لأنه هو الذى يستفيد من عمل التابع ، ففوائد هذا العمل تعود على المتبوع ، فمن العدالة أن يتحمل هو المغارم الناجمة عن هذا العمل ، فالغرم بالغنم ، وعلى ذلك فأن المتبوع هو الذى يتحمل تبعة ونتائج أفعال تابعه الخاطئة لأنه هو الذى يستفيد من هذه الأفعال فيما لو انتجت نفعا ما مع ملاحظة أن الفائدة التى يجنيها المتبوع قد تكون فائدة مادية ، وقد تكون فائدة معنوية ويلاحظ أن نظرية تحمل التبعة انما تفسر العلاقة بين المتبوع والمضرور ولا شأن لها بالعلاقة بين التابع والمتبوع » .

وانظر أيضا الدكتور / اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤٤٦ بند ٢٥٣ حيث يقول فى معرض بيان العلة التى من أجلها فرض القانون الضمان على المتبوع « ولا نرى تفسيرا لذلك سوى فكرة تحمل التبعة ، لا تبعة المنافع فحسب . تلك التبعة التى يعبر عنها بالعبارة المشهورة « الغرم بالغنم » بل هى أساسا تبعة السلطة ، فالقانون انما يفرض الضمان على المتبوع لا لمجرد أنه يستفيد من نشاط التابع ، بل لأن له عليه سلطة الرقابة والتوجيه والمسئولية مقابل السلطة ، ونلاحظ أن الاستعانة بفكرة تحمل التبعة على هذا الوجه كتفسير لمسئولية تبعية يتحملها المتبوع باعتباره ضامنا لتابعه يتفادى أوجه النقد التى وجهت الى الفكرة ذاتها اذا اتخذت أساسا لمسئولية أصلية على عاتق المتبوع » .

ولكن يمكن القول بأن بناء مسئولية المتبوع على مخاطر السلطة حيث يسأل المتبوع لاساءته استعمال سلطته على التابع يعنى قيام مسئولية المتبوع بناء على خطأ ثابت أى خطأ مفترض من الأمر الذى يعود بنا الى نظرية الخطأ المفترض مرة أخرى . والقول بوجود مخاطر مقابل السلطة يعنى اعطاء فكرة المخاطر معنى غامض فالسلطة تقابلها واجبات وليست مخاطر — كما أن القول بذلك يؤدى الى اعطاء هذه الفكرة معانى تختلف باختلاف نوع المسئولية التى تواجهها . فالسلطة بصفة عامة ، تمثل القاسم المشترك فى المسئولية عن فعل الغير مادام الأمر كذلك فلا يمكن أن تعنى السلطة بالنسبة لمسئولية المتبوع معنا مختلفا عن السلطة فى مسئولية متولى الرقابة ، فتكون المسئولية عن فعل الغير فى احدى صورها موضوعية ، وفى الصورة الأخرى مسئولية شخصية . انظر فى ذلك رودييه ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٧١ — overstake المرجع السابق ، ١٤٣ فقرة ٢٤٧ .

المصرى ، فان هذا القول يحتاج الى بعض التحديد ، لأن المتبوع لا يتحمل تبعة أى نشاط يصدر من التابع بل هو لايتحمل الا تبعة النشاط غير المشروع المرتبط بالوظيفة ، كما أن فكرة تحمل التبعة لا تقوم بدورها الا فى علاقة المضرور بالمتبوع ، بمعنى أن الأخير يسأل عن تعويض المتضرر ، لا على أساس خطأ منسوب اليه وانما على أساس أنه ينتفع من نشاط التابع(٨٥) .

١٠٩ — هذا وقد وجهت الى نظرية التبعة انتقادات عديدة (٨٦) أدت الى اتجاه غالبية الفقه(٨٧) الى القول بقيام مسئولية المتبوع عن الأضرار التى تحدث بانحراف تابعه على أساس فكرة الضمان أو الكفالة التى مصدرها القانون أى الكفالة القانونية أو الضمان القانونى ، فالمتبوع كون كفيلا متضامنا للتابع فى الوفاء بالتزامه بتعويض الضرر فلا يكون له أن يدفع بالتجريد أولا ، فهو كفيل متضامن للتابع فى مواجهة الغير أى كفالته من نوع خاص .

وقد أيدت محكمة النقض المصرية(٨٨) هذا المعنى بقولها « النص فى

---

(٨٥) انظر د/ بشرى جندى / تحمل التبعة فى المسئولية غير العقدية ، مجلة ادارة قضايا الحكومة العدد الثالث السنة ١٣ — ١٩٦٩م ص ٥٦٧ .

(٨٦) انظر فى هذا البحث أوجه النقد لنظرية تحمل التبعة فى القانون الفرنسى المطلب الثالث من المبحث الأول — الفصل الأول — الباب الثانى .

(٨٧) انظر المراجع الذى ذكرت فى هامش (٧٦) ، ص (١٧٩) حيث أيدت القول بقيام مسئولية المتبوع عن الأضرار التى يسببها التابع بانحرافه للغير على أساس فكرة الضمان القانونى .

(٨٨) الطعن رقم ٦٥٧ لسنة ٤٢ جلسة ١٩٧٦/٥/٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ١١٨٠ — منشور بالموسوعة الذهبية ص ٧٨ بند ١٧٠ — نقض مدنى ١٩٨٣/١/١٣ طعن رقم ٥٣٢ لسنة ٤٥ ق .

انظر — نقض مدنى فى ١٩٥٤/١٢/١٦ مجموعة أحكام النقض ٦ — ٢٧٠ — ٣٥ حيث جاء فيه أنه « متى كان الحكم الجنائى قد قضى بالزام الموظفين المقترفين للجريمة متضامنين بالتعويض المدنى كما قضى بالزام الحكومة بهذا التعويض بطريق التضامن مع هؤلاء الموظفين على اعتبار أنها مسئولية المتبوع عن تابعه وليست مسئولية معهم عن خطأ شخصى وقع منها ساهم فى ارتكاب هذه الجريمة ، فانها بهذا الوصف تعتبر فى حكم الكفيل المتضامن ، كفالة ليس مصدرها العقد ، وانما مصدرها القانون ، فاذا دفعت التعويض المحكوم به على موظفيها باعتبارهم مسئولين عن أحداث الضرر الذى كان أساسا للتعويض تنفيذا للحكم الجنائى الصادر فى الدعوى المدنية فان لها بهذا الوصف أن يحل محل الدائن المحكوم له بالتعويض فى حقوقه ويكون لها الحق فى الرجوع على أى من المدينين المتضامنين بجميع ما أدته وفقا للمادة ٥٠٥ من القانون المدنى القديم » .

المادتين ١٧٤/١٧٥ من القانون المدنى يدل على أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور تقوم على فكرة الضمان القانونى ، فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ، ومن ثم فان للمتبوع الحق فى الرجوع على تابعه محدث الضرر بما يفى به من التعويض للمضرور لا على أساس أنه مسئول معه بل لأنه مسئول عنه » . ولا وجه لأن يعترض على هذه النظرية[٨٩] بأن الكفالة هنا مقررة رغم ارادة الكفيل[٩٠] ، لاننا بصدد ضمان يفرضه القانون لاعتبارات معينة حتى يتيسر للمضرور الحصول على التعويض[٩١] .

١١٠ — بعد العرض السابق لكافة النظريات التى قيلت وانتقد الذى وجه اليها فاننى أرى أن نساير غالبية الفقه فى القول بأن الراجح هو قيام مسئولية المتبوع على أساس فكرة الضمان أى الكفالة أى يعتبر المتبوع كفيلا تضامنيا ، فلا يكون له أن يدفع بالتجريد فى مواجهة الغير . لأن هذه النظرية كما ذكرنا تبرر عدم قيام مسئولية المتبوع الا بتوافر شروط قيام مسئولية التابع فهو المدين الأصلى .

— كما أنها تفسر رجوع المتبوع على التابع بما أداه من تعويض للمضرور كما أنها تبرر عدم امكان رجوع التابع على المتبوع اذا ما اختصه الضحية بالمطالبة بالتعويض دون المتبوع . لأنه هو المخطىء الأصلى ، علاوة على أنها تبرر عدم امكانية قيام المتبوع بنفى الخطأ عن نفسه حيث أنه كفيل متضامن مع التابع عما أحدثه من أضرار بسبب انحرافه أثناء أو بسبب أدائه لعمل المتبوع الذى كلفه به .

— أما أوجه النقد التى وجهت الى الكفالة بعدم امكانية المتبوع الدفع بالتجريد أولا بالمخالفة لأحكام الكفالة حيث يحق للكفيل أن يدفع بتجريد الدين المكفول أولا : فانه قد رد على ذلك بأن كفالة المتبوع من نوع خاص تتميز بأحكام خاصة تختلف عن أحكام الكفالة العادية . فالمتبوع كفيل التابع كفالة تضامنية دون أن يكون له حق التجريد ويجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع .

---

(٨٩) انظر فى أوجه النقد الى نظرية الضمان القانونى فى هذا البحث بند ٩٧ .

(٩٠) مازو ، المرجع السابق ، فقرة ٩٣٥ .

(٩١) انظر د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ٦٦١ .

الفصل الثانى

معيار مسئولية المتبوع
فى الفقه الاسلامى

١١١ — القاعدة العامة فى الفقه الاسلامى كل فرد مسئول عن نتائج فعله ، لأنه لايجوز أن يتحمل شخص ما وزر أعمال صدرت عن غيره ، أى أن الأساس فى المسئولية فى الفقه الاسلامى هو شخصية العقوبة ، والأدلة على ذلك كثيرة كقوله تعالى « ولا تزر وازرة وزر أخرى »(١) وقوله تعالى « كل نفس بما كسبت رهينة »(٢) ، وقوله تعالى « لا يكلف الله نفسا الا وسعها لها ماكسبت وعليها ما اكتسبت » (٣) .

ووجه الدلالة فى هذه الآيات يتلخص فى أن الانسان ليس مسئولا الا عن خطئه الشخصى ولا يسأل عن نتيجة خطأ غيره ولذلك ذهب بعض الفقهاء الى القول بأن الفقه الاسلامى لايعرف المسئولية عن فعل الغير ، الا اذا أكره الشخص اكراها كالآلة فى يد المكره ، وهو الاكـراه الجىء المعتبى شرعا فعندئذ يكون المكره مسئولا لتنزيله حينئذ منزلة المباشر ، والمباشر منـزلة الآلة(٤) .

وتقرير التبعة الفردية التى توجب أن يكون الفرد مسئولا عن فعـله

---

(١) سورة الاسراء آية ١٥ .
(٢) سورة المدثر آية ٣٨ .
(٣) سورة البقرة آية ٢٨٦ .
(٤) منير القاضى — ملتقى البحرين ج١ ص ٣٣٣ ، مطبعة المعانى ، بغداد ١٩٥١/١٩٥٢ م — سيد عبد الله على حسين ، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الاسلامى ج٢ ص ٢٦٧ — ٢٧٢ ط دار احياء الكتاب العربى — عيسى البابى الحلبى ١٣٦٦هـ / ١٩٤٧م — الشيخ / على الخفيف ، الضمان فى الفقه الاسلامى ، القسم الاول — معهد البحوث والدراسات العربية — القاهرة ١٩٧٥م ص ٤٧ — ٥٨ ، ص ٢٣٩ — ٢٤٠ .

لا عن فعل غيره هو من المبادىء المسلم بها فى الشرائع الحديثة ، الا أن كثيرا من المبادىء الأساسية لا تخلو من استثناءات يقتضيها العدل ويفرضها الانصاف وذلك لتعارض المصالح التى تقتضى الترجيح بينها مع مراعاة تغير الأزمان وتقلب الاحوال(٥) .

١١٢ — ولذلك فانماذهب اليه البعض من القول بأن الفقه الاسلامى لم يعرف المسئولية عن فعل الغير استنادا الى النصوص السابقة يمكن رده بأن هذه النصوص تعنى المسئولية الجنائية ، أما المسئولية المدنية عن فعل الغير **فى الفقه الاسلامى** فالأصل فيها حديث رسول الله ﷺ « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، الامام راع ومسئول عن رعيته ، والرجل راع فى أهله ، وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية فى بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها ، والخادم راع فى مال سيده ، ومسئول عن رعيته » (٦) .

— وبالرجوع الى كتب الفقه نجد أن مبدأ المسئولية المدنية عن فعل الغير مبدأ أصيل فى الفقه الاسلامى ويتبين ذلك من خلال استعراض مادونه الفقهاء من صور تؤصل هذا المبدأ : —

١— « ان سلم ولده الصغير الى السابح ليعلمه السباحة فغرق ، فالضمان على عاقلة السابح ، لأنه سلمه اليه ليحتاط فى حفظه ، فاذا غرق نسب اليه التفريط فى حفظه ... » (٧) .

٢ — « صبى ابن ثلاث سنين وحق الحضانة للأم فخرجت وتركت الصبى فوقع فى النار تضمن الأم وفى المحيط لا تضمن فى بنت ست سنين » (٨) فالمسئولية هنا على الأم لأنها راعية وهى مسئولة عمن ترعاه .

٣ — « لو أمر صبينا باتلاف مال آخر فأتلفه ضمن الآمر » ، « لو

---

(٥) سيد أمين محمد خالد ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ .
(٦) صحيح البخارى — كتاب العتق ج٢ ص ١٣٩ .
(٧) المغنى لابن قدامه ج٧ ص ٨٣١ — الطبعة الثالثة ، اصدار المنار سنة ١٣٦٧هـ .
(٨) مجمع الضمانات للبغدادى ص ٤٥٨ .

دفع الى الصبى ســكينا ليمسكه له فوقع من يده على الصغير أو على آخر ضمن الدافع » [٩] .

٤ ــ « لو أودع صبى محجورا عليه وديعة بلا اذن وليه فأتلفها لــم يضمنها الصبى للتسليط من مالكها » [١٠] .

٥ ــ « ... وان كان (أى الصبى) لايعقل أو كان صغيرا سنا ، (أى من تسع سنين وسقط من سطح ، وغرق) قالوا يكون عن الوالدين أو على من كان الصبى فى حجره اترك الحفظ » [١١] .

ــوعليه فالضمان الناشىء عن فعل الغير لم يكن غريبا عن الفقــه الاسلامى وله صوره المتعددة ، تلك التى تستخلص من القضايا العملية التى عالجها الفقهاء ، لأن فقهاء الاسلام ، لم يتحدثوا فى الضمان أو فى غيره بشكل تجريدى ، وانما بمنهج خاص بهم فقد كانوا يعمدون ، الى ذكر المســائل ويضعون لها الحلول أو يطرحون فروضا بمسائل ويضعونلها النتائج بناء على ما يستنبطونه من المصادر النقلية فى الفقه الاسلامى أو المصــــادر العقلية ، ملتزمين فى ذلك كله بعلم أصول الفقه الذى انفردوا بوضــــع قواعــده .

وبفرض اعطاء صورة واضحة لبيان أساس مسئولية المتبوع عن فعل التابع والمسئولية عن فعل الأمير وعمال الدولة رأينا أن نبحث فى فقــرتين هاتين الصــورتين :

١١٣ ــ الضمان عن التبعة الناشئة عن عمال الأمير وعمال الدولة [١٢] :

ليس فى الشريعة الاسلامية من هو بمنجاة عن المسئولية بدءا مــــن الخليفة حتى أصغر فرد من الناس ، فكل شخص يضمن أفعاله وأقوالــه تجاه الله تعالى فى الآخرة ، اضــافة الى مسئوليتــه أمام المجتمع الذى يعيــش فيــه .

---

(٩) جامع الفصولين ج٢ ص ٧٨ .
(١٠) مجمع الضمانات للبغدادى ص ٤٢٣ .
(١١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٠ .
(١٢) انظر فى هذا البحث بند ١١ « اذا كان الأمر الصادر للمأمور من السلطان أو من فى حكمه » .

ومن ذلك أن عليا بن أبي طالب (رضى الله عنه) كان يرى مسئولية الخليفة عن كل مايترتب من أعمال السلطة العامة ، فقد روى أن عمرا بعث الى امرأة مغنية : فقيل لها : أجيبى عمر ، ففزعت المرأة ، وكانت حاملا ، وقالت : ياويلى مالها ولعمر ، فاجهضت . فاستشار عمر أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم . فأشار عليه بعضهم ، ان ليس عليه شىء ، انما هو وال ومؤدب ، وكان على رضى الله عنه لم يبد رأيه ، فقال عمر ماتقول ؟ قال « ان كانوا قالوا برأيهم ، فقد أخطأ رأيهم ، وان كانوا قالوا فى اهواك فلم ينصحوا لك أى أن ديته عليك ، لأنك أنت أفزعتها ، وألقت ولدها فى سبيلك ، فقال عمر له ، عزمت عليك لاتبرح حتى تقسمها على قومك »[١٣] ، لكن الرأى الغالب من الفقهاء منهم الاوزاعى وأبو حنيفة والثورى قد ذهب الى أن التبعة تقع على بيت المال ، لأن الخطأ قد يكثر فى احكامه واجتهاده ، ولأنه نائب عن الله تعالى فى أحكامه وأفعاله فكان ارش جنايته فى مال الله تعالى عز وجل[١٤] .

وان أمر السلطان الذى يجب طاعته ، هو بمرتبة الاكراه ، وحكمه كحكمه تماما ، وفى ذلك يقول الشافعى والسيوطى رحمهما الله « لو قتل الجلاد رجلا بأمر الأمام ظلما ، فالضمان على الامام لا على الجلاد »[١٥] . فالخليفة أو الحاكم مادام يمثل الأمة، فان ضمان التبعة الناشئة عن أعمالهم يقع فى بيت المال بهذا الاعتبار .

وكذلك ، فان بيت المال يضمن أفعال الدولة وموظفيها ، فالخليفة يكون مسئولا عن الاضرار التى يسببها عماله ، وان لم يكن فى المساءلة اكراه أو أمر . وقد كان عمر (رضى الله عنه) يعتبر ظلم عماله للرعية كأنه صادر منه بالذات[١٦] .

---

(١٣) المهذب للشيرازى ج٢ ص ١٩٢ مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر — بدون سنة طبع ؟ — المحلى لابن حزم ج١١ ص ٢٤ .

(١٤) كشاف القناع عن متن الاقناع — لمنصور بن يونس البهوتى — مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٩٤٧ — ١٩٤٨ ج٦ ص ٤٩ .

(١٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٩ .

(١٦) ويظهر ذلك فيما لو أخطأ الحاكم فزاد فى تنفيذ العقوبة ، بما أوجب التلف، ويظهر فى سائر التصرفات التى يراها الحاكم لمصلحة العامة،=

ويقول « ايما عامل لى ظلم أحدا وبلغنى مظلمته فلم أغيرها فأنـا الذى ظلمتـه » (١٧) .

ويروى أن أبا بكر وعمر بن عبدالعزيز ، كانا يعوضان الضرر الناشىء عن أفعال عمالهم من بيت المال ، فقد روى أبو يوسف ، أن رجـلا أتى الخليفة عمر بن عبدالعزيز وقال له « ياأمير المؤمنين زرعت زرعا ، فمر به جيش من أهـل الشـام ، فأفسـدوه ، فعوضـه ، الخليفـة عشرة آلاف درهم » (١٨) .

ويذكر أن هناك أحكام أخرى تفيد عكس مما سبق فى المساءلة عن جناية عمال الدولة ، فقد روى عن عمر بن الخطاب (رضى الله عنه) ، أنه كان يقتص من عماله ويقول : « انى لم آمرهم بالتعدى فهم أثناء عملهـم يعملون لأنفسهم لا لى » (١٩) .

لكن الذى نستخلصه من ذلك أنه يفيد معنى الرجوع من قبل الدولة على عمالها فى حالة اتيانهم أفعال عمدية .

وقد ذهب البعض (٢٠) الى أن أساس مسئولية الدولة مبنى على نفس المبدأ الوارد فى القوانين الوضعية ، وهو افتراض الخطأ ، لكن يبدو لـى من ملاحظة الأمثلة السابقة ، أن هذا الرأى بعيد عن الواقع ، لأن الضـمان

= ويترتب عليها تلف ما لخاصة الناس ، فالضـمان فى كل هذا يتحمله بيت المال ، انظر فى ذلك الشيخ محمود شلتوت / الاسـلام عقيدة وشريعة — مطابع دار القلم القاهرة بلا سنة طبع ؟ ص ٤٣١ .

(١٧) الطبقات الكبرى ج٣ لابن سعد — سيرة عمـر بن الخطاب — دار بيروت للطباعة والنشر ، ودار صادر للطباعة والنشر ١٣٧٧هـ ١٩٥٧م ص ٣٠٥ .

(١٨) كتاب الخراج — الطبعة الثالثة — المطبعة السلفية القاهرة ، سنة ١٩٨٢هـ لابى يوسف (القاضى يعقوب بن ابراهيم) .

(١٩) د. صبحى المحمصانى ، النظرية العامة للموجبـات والعقود فى الشريعة الاسلامية — الجزء الأول — ص ٢٢٧ — مطابع الكشاف بيروت ١٩٤٨م .

(٢٠) من هذا الرأى : يوسف محسن محمد على ، الضمان الناشىء عن العمل غير المشروع أو المسئولية التقصيرية فى الشريعة الاسلامية — رسالة ماجستير فى الشريعة الاسلاميـة ـ كلية الآداب — جامعـة بغداد ١٩٧٢ مطبوعة على الآلة الكاتبة ص ٢٨١ .

يجد أساسه فى مبدأ تحمل بيت المال نتائج أفعال الحكام والعمال من دون اشتراط أى نوع من الخطأ للأسباب الآتية :

١ — ان صدور الخطأ من بيت المال أمر غير متصور .

٢ — ان التعدى الصادر من تابعى بيت المال — مباشرة الفعل — كاف لتحقيق المسئولية عنه بغض النظر عن اقترانه بالقصد .

٣ — ان أساس التعويض يستند على فكرة التضـــامن الاجتماعى والتكافل بين أفراد المجتمع الواحد .

٤ — وان اقامة الدليل على وجود سبب أجنبى يقطع رابطة السببية بين التعدى والضرر ، ولا يعدم التعدى أساسا .

١١٤ — أساس تضمين المتبوع عن فعل التابع :

لا يختلف الأمر فى تضمين المتبوع عن فعل تابعه عن تضمين بيت المال لأعمال الخليفة ، وتضمين الحاكم عن أفعال عماله ، فالسيد أو المتبوع يكون ضامنا للأفعال التى تقع من خادمه أو تابعه (٢١) .

كما أن فكرة المسئولية عن فعل الغير تتمثل فى القسامة والعاقلة ، ومسئولية معلم الصنعة عن أخطاء أجيره ، ومسئولية مؤجر العمال عـــن أخطـــاء عمـــاله .

ومن الأمثلة التى ذكرها الفقهاء فى هذا الموضوع يتبين لنا الأساس الذى تقوم عليه مساءلة المتبوع عن فعل تابعه ، فمن ذلك ماذكره صاحب البدائع « لو استأجر رجلا ليحفر له بئرا فى الطريق فحفر فوقع فيها انسان فان كانت البئر فى فناء المستأجر فالضمان عليه ، لا على الأجير لأن له ولاية الانتفـــاع بفنـــائه » (٢٢) .

وذكر أيضا « ايما رجل من هؤلاء التجار فى الاسواق .. أمر أجـــيرا عنده فرش فى طريق فناء المسلمين ، فعطب به عاطب، فالضمان على الآمر،

(٢١) أنظر فى هذا البحث بند ١٥ « مسئولية السيد عن الرقيق » .
(٢٢) البدائع ج٧ ص ٢٧٧ — الطبعة الأولى — مطبعة الجمالية بمصر ١٣٢٨هـ — ١٩١٠م .

وان كان أمره فتوضأ فى طريق ، فالضمان على المتوضىء ، لأن منفعة الوضوء للمتوضىء ومنفعة الرش للآمر » (٢٣) .

وفى معرض الحديث عن **مسئولية المتبوع عن انحراف التابع نجد** أن فقهاء المسلمين قد تعرضوا **لأساس هذه الاسئولية أيضا** بمناسبة حديثهم عن تضمين الأجير على **الوجه الآتى :**

١١٥ — (أ) نجد أن الفقهاء قالوا فى تعليل مسئولية الأستاذ عن ضرر التلميذ أو الأجير الخاص هو النيابة ، اذ الأجير نائب عنه ، وأنه حين **يعمل انما يعمل لمؤجره ، وفق عقد الاجارة وتعتبر يد الأجير على الشىء** كيد المستأجر وفعله كفعله لأن منافع الأجير مملوكة للمستأجر . ان « المنافع صارت مملوكة للمستأجر ، فاذا أمره بالتصرف فى ماكه صح وصار نائبا مقامه **فصار فعله منقولا اليه ، كأنه فعله بنفسه** » (٢٤) .

(ب) كما أن الفقهاء أضافوا فعل الأجير الى مستأجره مالم يتعمد الأجير ، فقد ذكر الموصلى فى هذا الشأن « ان فعل الأجير فى البضائع كلها يعتبر مضافا لاستاذه فما أتلفه الأجير يضمنه الاستاذ اذ **أنه يصير نائبا عنه** وكأنه فعله بنفسه الا اذا تعمد الأجير الافساد والضرر ، فعندئذ يضمن هو **لا الأستاذ** » (٢٥) .

(ج) جاء فى المغنى أن الأجير الخاص لايضمن اذا تلف محل العمل بعمله أو تحت يده مالم يتعد أما اذا تعدى فإنه يضمن، **لأن الأجير الخاص نائب عن المالك فى صرف منافعه الى ما أمره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب** فأما ماتلف بتعديه فيجب ضمانه مثل الخباز الذى يسرف **فى الوقود** (٢٦) .

---

(٢٣) مجمع الضمانات ص ١٥٩ ط١ سنة ١٣٠٨هـ — رد المحتار ج٥ ص ١٨٧ ط٣ سنة ١٣٢٦هـ .

(٢٤) مجمع الضمانات ص ٢٧ / ٢٨ — الضمان للشيخ على الخفيف ص ٢٣٨ .

(٢٥) الاختيار لتعليل المختار ج٢ للموصلى (عبد الله بن محمود الموصلى الحنفى) .

(٢٦) راجع المغنى لابن قدامة ج٥ ص ٣٩٠ / ٣٩١ .

(د) ومن ذلك ماذكره صاحب البدائع « لو استأجر رجلا ليحفر له بئرا فى الطريق فحفر فوقع فيها انسان ، فان كان البئر فى فناء المستأجر **فالضمان عليه ، لا على الأجير لأن له ولاية الانتفاع بفنائه** »(٢٧) .

(هـ) وذكر أيضا « ايما رجل من هؤلاء التجار فى الأسواق .. أمر أجيرا عنده ، فرش فى طريق فناء المسلمين ، فعطب أحدهم فالضمان على الآمر وان كان أمره فتوضأ فى طريق ، فالضمان على المتوضىء ، لأن **منفعة الوضوء للمتوضىء ومنفعة الرش للآمر** » (٢٨) .

١١٦ — ومن الأمثلة السابقة نجد أن هناك اتجاهان فى الفقه بخصوص الأساس فى مسئولية المتبوع عن الأضرار التى يحدثها تابعه بانحرافه على الوجه الآتى :

(أ) اتجه الفريق الأول الى القول : بأن أساس هذه المسئولية فى الفقه الاسلامى هو **النيابة** استنادا الى ماذكر فى المثال الأول والثانى والثالث ، وان كانت فى فعل مادى ، فالكفالة تكون فى التصرفات كما تكون فى الأفعال ، كالكفالة بالنفس ، وكما فى الانابة فى ذبح الأضحية .

وعللوا ذلك : بأن مسئولية المتبوع عن فعل التابع ، استثناء من الأصل العام وهو كما ذكرنا أن الضمان منوط بالتعدى ، لكن لما كانت يد العامل على الشىء كيد صاحب العمل ، وفعله فيه كفعله ، لأنه نائبه ، ولم يكن من المستساغ تضمينه لأنه فى معنى تضمين نفسه .

(ب) أما الفريق الآخر فقد ذهب الى القول : بين أساس الضمان أو أساس مسئولية المتبوع هو مبدأ **تحمل التبعة عن فعل الغير** ، القائم على المنفعة التى يجنيها المتبوع أو المستأجر من خدمات التابع أو الأجير ، ذلك وفقا للقاعدة المقررة فى الفقه الاسلامى « الغرم بالغنم » .

ولذلك نجد فى المثالين الرابع والخامس المذكورين يكون المتبوع مسئولا

---

(٢٧) البدائع للكاسانى ج٧ ص ٢٧٧ — مجمع الضمانات ص ١٧٨ .
(٢٨) مجمع الضمانات ص ١٥٩ — رد المحتار على الدر المختار ج٥ ص ١٨٧ الطبعة الثالثة المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية سنة ١٣٢٦هـ .

عن تابعه من دون اشتراط ثبوت الخطأ أو التقصير من التابع ، وذلك بخلاف القوانين الوضعية التى تشترط صدور خطأ من التابع لقيام مسئولية المتبوع .

— أما اشتراط وجود التفريط والتقصير من قبل التابع ، فان ذلك يؤدى الى انشاء حق للمتبوع بالرجوع على التابع ، **وأوضح مثال على على ذلك** : ما ذكره البغدادى بقوله « أجير القصار اذا وطىء ثوبا من ثياب القصارة لا يوطأ مثله ، فانتقص أو تخرق ، ضمن الأجير لأنه لم يؤذن له فى ذلك » (٢٩) .

ومعنى ذلك : أنه لو أفسد أجير القصار ثوبا للغير كان ضمان ذلك الافساد يقع على القصار ولا شىء على الأجير فيما لو أوتى على يديه الا أن يكون قد ضيع أو فرط أو تعدى ، فضمانه على الأجير » (٣٠) .

وصاحب الثوب فى الحالة الأخيرة : فان شاء رجع على الأجير (التابع) ان رأى مصلحته فى ذلك ، والا فهو يرجع على القصار الذى يقع عليه الضمان ابتداء (٣١) .

وخلاصة القول : أن الفقه الاسلامى اتجه الى تأسيس مسئولية المتبوع عن أعمال التابع على مبدأ تحمل تبعة أفعال تابعيهم تأسيسا على فكرة « الغرم بالغنم » كما اتجه البعض الى تأسيسها على فكرة النيابة أو الوكالة كما ذكرنا .

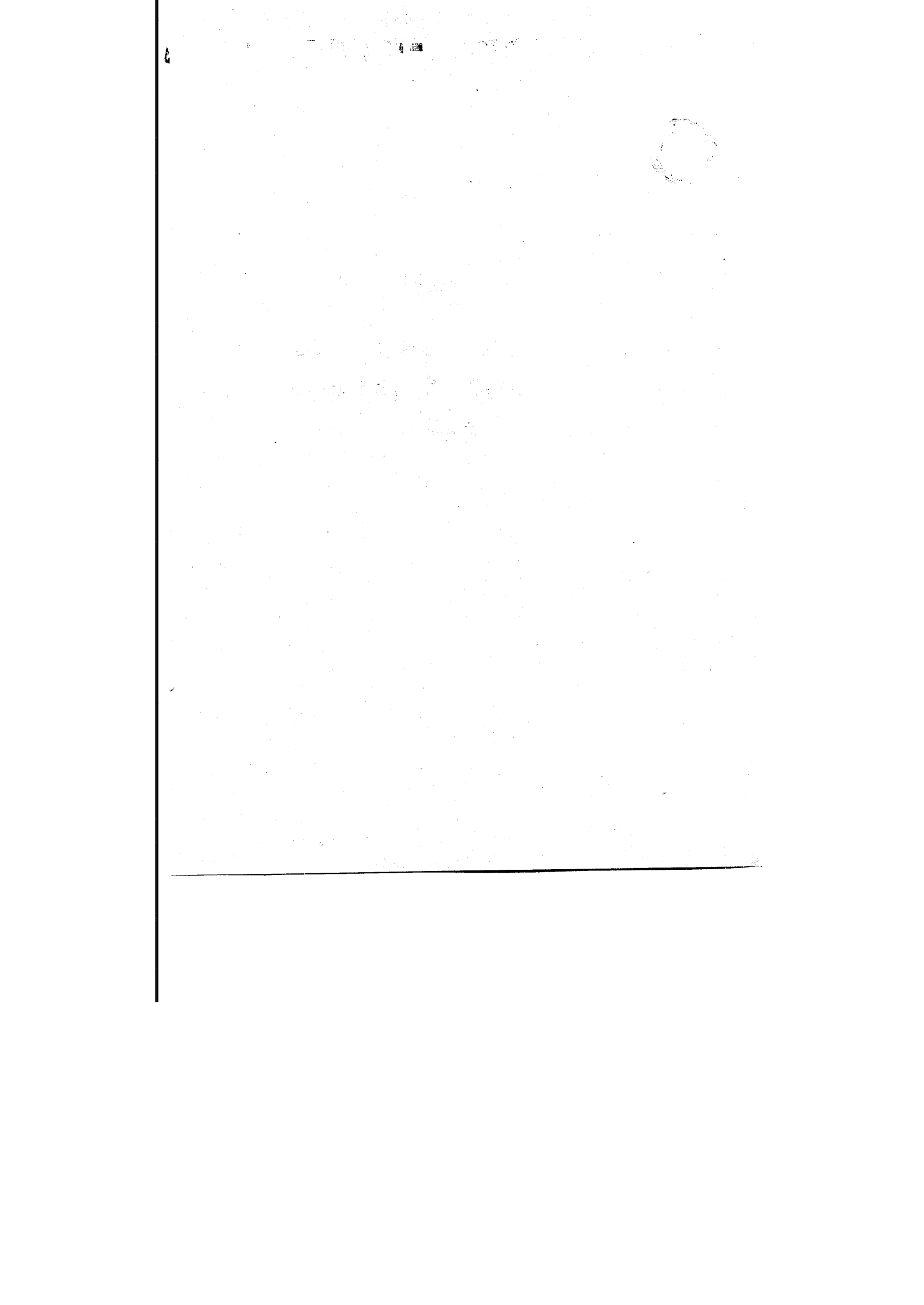
ويمكن القول : أن الشريعة الاسلامية وان كانت قد شرعت مبدأ عدم مسئولية الانسان عن فعل غيره ، الا أنها أقرت لهذا المبدأ مستثنيات يكون فيها الشخص مسئولا عن عمل غيره **وذلك** كما ذكرنا فى أحوال الاكراه الملجىء والأمر المجبر الصادر عن السلطان ، وشبه

(٢٩) مجمع الضمانات للبغدادى ص ٤٣ .
(٣٠) المدونة الكبرى ج١١ ص ٣١ — ٣٣ مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٣هـ
(٣١) المدونة الكبرى ج١١ ص ٣١ — ٣٥ .

الاكراه (الاكراه المعنوى) من أمر الأب لابنه وأمر السيد لعبده، وفى جناية الصبى والعبد المأمورين من غير الأب والسيد وفى أحوال الأجير الذى يستأجر للقيام بعمل لا يعلم هو بحرمته ويكون مغرورا فيه ، أو يعود نفعه للمستأجر وحده وفى أحوال الأجير الخاص وتلميذ الأستاذ وقد سبق أن تناولنا تلك الأحوال بالبيان فى موضعها وعلة استثنائها من أصل المبدأ .

الباب الثالث

صور إنحراف التابع عن نطاق
اختصاصه الوظيفي وأثر الانحراف
على مسئولية المتبوع



الباب الثالث

صور انحراف التابع عن نطاق اختصاصه الوظيفى وأثر الانحراف على مسئولية المتبوع فى القانون والفقه الاسلامى

١١٧ — يتناول هذا الباب شرح صور انحراف التابع عن نطاق اختصاصه الوظيفى ، وأثر انحرافه على مسئولية المتبوع فى القانون والفقه الاسلامى ، وذلك فى فصلين .

الفصل الأول

صور انحراف التابع عن نطاق اختصاصه الوظيفى فى القانون والفقه الاسلامى

١١٨ — نتناول فى هذا الفصل بيان وشرح صور انحراف التابع عن نطاق اختصاصاته الوظيفية ، وقد نصت المادة ١٧٤/١ على هذه الصور بقولها « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

وهذه الصور التى نصت عليها المادة المذكورة تكون أحد الشروط التى يلزم توافرها لتحقق مسئولية المتبوع عن الأضرار التى يحدثها تابعه بانحرافه .

كما نصت على ذلك الفقرة الخامسة من المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى التى لا تلزم المتبوعين بالمسئولية الا بالنسبة للاضرار التى يتسبب فيها التابعون « فى الأعمال التى جعلوهم يعملون فيها »[1] .

Cette conditionest exigéc par : l'article 1384 alinéa 5du Code civil qui n'engage le responsabilité des commettants que pour les dommages Cousés par les préposes «dans les Fonctions auxquelles ils les ont employeur».

— كما أعتبر القضاء المصرى فى بعض أحكامه الأخطاء الواقعة بمناسبه الوظيفه داعيه الى مسئوليه المتبوع علاوة على الانحراف اثناء أو بسبب الوظيفه عندما نص على أنه «تتحقق المسئوليه كلما كان فعل التابع قد وقع أثناء أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على اتيان فعله غير المشروع أو **هيأت له بأية طريقة كانت** فرصة ارتكابه سواء ارتكبه التابع لمصلحه المتبوع أو عن باعث شخصى ، وسواء كان الباعث الذى دفعه اليه متصلا بالوظيفه او لا علاقه له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع او بغير علمه »[٢] .

— وتوجد حالات لا يعد فيها صاحب العمل مسئولا على الأطلاق ، ذلك لأن خطأ المستخدم ليس له أية صلة بأدائه لعمله ، اذ أن العمل المضر ارتكب خارج أوقات العمل وليس ناجما عن التعسف فى استعمال الوظائف ويحدث ذلك أيضا عندما يتسبب المستخدم خلال أجازته مثلا فى الحاق ضرر بطرف ثالث[٣] .

— ومن خلال ما سبق وفقا لما جاء به المشرع والقضاء لصور انحراف التابع . نقول أن انحراف التابع قد يقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسبب تأدية الوظيفة أو بمناسبة وظيفته أو قد يقع الانحراف ويكون أجنبيا عن الوظيفة .

وعلى ذلك نتناول فى هذا الفصل انحراف التابع أثناء أو بسبب تأدية الوظيفة وانحرافه بمناسبة وظيفته ، والانحراف الأجنبى عن الوظيفة .

ثم نعقب ذلك بايضاح صور التعدى الذى يقع من التابع فى الفقه الاسلامى .

---

(٢) انظر نقض مدنى ١٩٧٦/٣/٢٣ — م نقض م — ٢٧ — ٧٤٢ .

(٣) Voir également pour un accident de trajet : crim 3 juin 1970 jcp 1970 iv p. 93, Bull crim n° 181 p. 432.

المبحث الأول

صور انحراف التابع عن نطاق اختصاصه الوظيفى فى القانون المدنى

ونتناول فى هذا المبحث صور انحراف التابع أثنـاء أو بسبب الوظيفـة وصور انحرافه بمناسبة الوظيفة ثم انحراف التابع بسبب أجنبى موضحين موقف الفقه والقضـاء من كل صورة من تلك الصور .

المطلب الأول

انحراف التابع أثناء أو بسبب تأدية الوظيفة

١١٩ — معيار التمييز بين الانحراف أثناء تأدية الوظيفة ، والانحراف فى تجاوز حدود الوظيفة أى بسببها(٤)

اتجهت محكمـة النقض المصرية الى التمييز بين الانحراف الواقع من التابع أثنـاء تأدية عمله وبين الانحراف الواقع من التابع متجاوزا به حدود وظيفتـه(٥) .

وقد اتخذت فى معرض هذه التفرقة **معيار وقوع الانحراف فى الوقت المحـدد لأداء العمـل ، ووقوعه خـارج الوقت** . حيث رأت أنه اذا وقع الانحراف أى الخطأ فى الوقت المخصص لتأدية وظيفته كان خطأ فى تأدية الوظيفـة بالذات أو على الأقل ملحقا بهذا النوع من الخطأ .

أما اذا وقع الانحراف من التابع فى غير الوقت المخصص لتأدية الوظيفة بالذات أعتبر ذلك اساءة لاستعمال شئون الوظيفة وكان الانحراف متجاوزا حدود الوظيفة .

---

(٤) انظر فى ذلك د. سليمان مرقس ، بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية ط ١٩٨٧ ص ٣٩٦ .

(٥) Les Fautes commises par les prépasés dans l'exercice de leurs fonctions et celles commises par eux pendant l'exercice de ces mêmes fanctions».

وقد اشتق هـذا المعيـار من ثنايا أحكام محكمـة النقض ، حيث قضـت بذلك فى حكمين أحدهمـا[٦] صـادر بتاريخ ٢٢ أبريل ١٩٤٠ والثانى[٧] بتاريخ ٢٧ ينـاير ١٩٤١ وقد جاء فى حيثيات أحد الحكمين « أن القانون لا يشترط لتحميل المخدوم المسئولية المدنية عن فعل تابعه أن يكـون هذا الفعل **داخلا فى طبيعة الوظيفة التى عهد بها الى التابع أو أن يقع منـه بصـفته هـذه ، بل يكتفى فى تقرير هـذه المسـئولية بأن يكون الفعـل قد وقع من التابع أثناء تأدية الوظيفة أو أن تكون الوظيفة هى التى ساعدته على ارتكابه** ولو كان بعيدا عن الوظيفة ولا اتصال له بها ، لأن المخدوم يجب أن يسأل فى هذه الحالة الأخيرة على أساس اساءة الخدم استعمال الشئون التى عهد هو بها اليهم[٨] .

— ومن حيثيـات الحكم السـابق يتضح لنـا أن المحكمة تقصـد بالفعـل الذى يقع من التابع أثناء تأدية الوظيفة الأعمال التى تقع منه فى الوقت الذى يقوم فيـه بوظيفته سـواء كانت تلك الأعمـال داخلة فى ضمن أعمـال الوظيفة أم غير داخلة فيهـا[٩] أما الفعل الذى وقع منـه متجاوزا حدود الوظيفة هو ذلك الفعل الذى لم يقع منه فى وقت تأدية وظيفته بالذات .

— وقد رتبت محكمة النقض المصرية على ذلك بعض النتائج منها :

(أ) مسـئولية السيد على الاطلاق فيما يتعلق بالانحراف الذى يقـع من تابعه فى الوقت المحدد لتأدية العمل المسـند اليه بغض النظر عمـا اذا كان الفعل قد وقع أو أرتكب لمصلحة التـابع خاصـة أو لمصلحة المخـدوم ، وعمـا اذا كانت البواعث التى دفعت اليه لا علاقة لهـا بالوظيفـة أو كانت متصـلة بهـا .

(ب) أما بالنسبة للنوع الثانى وهو ما يقع من التابع فى غير الوقت المخصص لتأدية الوظيفـة بالذات ، والذى يعتبر اسـاءة لاستعمال شئون

---

(٦) المحاماة ٢١ — ١٩ — ١٨ المجموعة ٤٢ — ٥٨ — ٣٤ .
(٧) المحاماة ٢١ — ٨٥٢ — ٣٥٩ .
(٨) المحاماة ٢١ ص ٢١ — ٢٢ .
(٩) أنظر د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٣٩٢ — قارن فى هذا المعنى أيضا نقض جنائى ٨ نوفمبر ١٩٣٧ المحاماة ١٨ — ٤٢٠ — ٢١٩ .

الوظيفـــة فقد رتبت عليه محكمة النقض مسئولية المتبوع ولكنها مســـئولية ليست مطلقـــة .

١٢٠ — ولا شك أن اطلاق المسئولية بالنسبة للنوع الأول على هذا الشكل يمثل أقصى درجات المســـئولية ، وقول محكمة النقض السابق قد **يرتب بعض النتـــائج** التى لا تتفق وتعريف الخطـــأ اثنـــاء تادية الوظيفـــة بانه « الخطـــأ الذى يقع من التابع حـــال قيامه بعمل لحساب ســـيده ، وفى مصلحة ســـيده وبناء على تعليماته سواء أكان هذا الخطـــأ ناشـــئا عن القيـــام بذات الأعمـــال التى تفرضها الوظيفة على التابع أو عن سوء تنفيذ هذه الأعمـــال أو عن تقصـــير فيمـــا يجب مراعاته عن القيـــام بهذه الأعمال من مهارة ودقة وحيطة ويقظة)[١٠] . **ومثال ذلك** : أن يرسل المتبوع تابعـــه فى مهمـــة خاصة فقابل غريم له فقتله .فهل يكون المتبوع مسئولا عن القتل بغض النظر عن الباعث عليه ؟

اذا نظرنا الى معيـــار التفرقة بين الانحراف أثناء العمـــل والانحراف يتجاوز حدود ع الوظيفة على اطلاق المسئولية فى الحالات الأولى نجد أن المتبوع يكون مسئولا عن قتل تابعه لغريمه[١١] .

وقد ذهبت بعض **المحاكم الفرنســـية** الى هذه النتيجة فى بعض أحكامها عندما قررت مسئولية المتبوع عن الخطأ الذى ارتكبه أحد تابعيه اذا اشترك فى مشاجرة حدثت فى المصنع فى الوقت المخصص للعمل وفقأ عين زميل له[١٢]

---

(١٠) بيرســـون ودى فيليه ، فى المسئولية المدنيـــة سنة ١٩٣٢ ج١ ص ٢٧٦ .

(١١) انظر فى هذا المعنى د. سليمان مرقس ، بحوث وتعليقات على الأحكام ص ٤٠٠ — ٤٠١ ، وانظر ايضا نقض مدنى فرنسى ٢٤ مايو ١٩٢٧، دالوز الأسبوعى ١٩٢٧ ص ٤٠٠ .

(١٢) دوييه ١٢ يناير ١٩٠٣ ســـيرى ١٩٠٤ — ٢ — ٢٨٩ ، وكانت المحاكم الفرنسية متأثرة فى ذلك بما اضطرد عليه القضـــاء فى تفسير نص ورد فى قانون حوادث العمل الصادر فى ١٩ ابريل ١٨٩٨ بالزام رب العمل بتعويض العمال عن الاصابات التى تلحقهم بسبب العمل وبمناسبته . «Par le fait et à l'occastion du travail» حيث اعتبر القضاء هذه العبارة الأخيرة تشمل كل حادث يقع للعامل فى الوقت والمكان المخصصين =

وان كانت أحكام محكمة النقض الفرنسية لا تميز بين الخطأ فى تأدية الوظيفة والخطأ بتجاوز حدود الوظيفة أى بسببها . اذ يستوى عندها تكييف عمل التابع بأنه خطأ فى تأدية الوظيفة أو تجاوز فى حدود الوظيفة لأنها ترتب عليها فى الحالتين نتيجة واحدة هى مسئولية السيد بدرجة واحدة .

هذا وبعد ايضاح معيار التمييز بين الانحراف أثناء تأدية الوظيفة والانحراف بتجاوز حدود الوظيفة أى بسببها نتناول كل من الصورتين فى فرعين على الوجه الآتى :

الفرع الأول

انحراف التابع أثناء تأدية الوظيفة

La faut dans l'exercice de ces Fonctions

١٢١ — تعريف الانحراف فى تأدية الوظيفة :

اختلف الفقهاء فى تعريف الانحراف فى تأدية الوظيفة ما بين موسع

= لتأدية عمله . ولو كان ناشئا عن ظروف أجنبية عن العمل غير الظروف التى تعتبر من فعل الطبيعة ، فقاست المحاكم ما يعتبر واقعا بمناسبة وظيفة التابع à l'occasion de la fonction du préposé على حوادث العمل التى تعتبر واقعة بمناسبة العمل à loccasion du travail — أنظر فى ذلك رتسائرت .

Rutsaert j. le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle, bruxelles — Paris 1930 p. 136.

— هذا وقد علق الأستاذ الدكتور / سليمان مرقس على هذا الحكم قائلا (ان هذا القياس بالرغم من التشابه الظاهر بين العبارتين قياس مع الفارق لأن مسئولية رب العمل التى نص عليها قانون سنة ١٨٩٨ قوامها تحمل التبعة فى حين أن مسئولية السيد عن فعل تابعه تبنيها المحاكم على افتراض وقوع خطأ من السيد فى اختيار تابعه وتوجيهه ورقابته ، واذا جاز أن يسأل رب العمل عما يصيب عماله من حوادث وقعت فى الزمن والمكان المخصصين للعمل ولو لم تكن لها صلة بالعمل بناء على نظرية تحمل التبعة أو الغرم بالغنم ، فانه لا يجوز أن يسأل السيد عن خطأ تابعه لمجرد وقوعه فى الوقت المخصص لتأدية وظيفته اذا لم تكن هناك أية صلة بين ذلك الخطأ والوظيفة ، مادامت مسئوليه السيد أساسها افتراض الخطأ فى توجيه التابع ورقابته ، مادام هو غير ملزم بتوجيه التابع ورقابته الا بالنسبة للاعمال التى تتعلق بوظيفته » . أنظر فى ذلك د. سليمان مرقس ، بحوث وتعليقات على الأحكام ط ١٩٨٧ ص ٤٠٢ .

ومضـيق له . فذهب البعض[١٣] الى القول بأنه « الفعل الداخل بطبيعتـه فى ضمن أعمـال الوظيفة وأن يقوم به التابع بصـفته تابعا)

وقد أخذ على هذا التعريف أن عبارته عامة ، وأن الضابط الذى يعـول عليه يحتاج هو نفسه الى التحديد [١٤].

واتجه البعض الآخر الى القول بأن مسئولية السيد عن الخطأ فى تأدية الوظيفة يقتصر على الانحراف الواقع من التابع بسبب اسـاءته تنفيذ التعليمـات الصـادرة اليـه[١٥] .

وقال فريق آخر[١٦] بأن مسئولية السيد عن انحراف تابعه فى تأدية الوظيفة ، انما يكون اذا « وقع الانحراف من التابع حال قيامه بعمـل لحساب سـيده وفى مصلحة سيده وبنـاء على تعليماته ، سواء أكان هـذا الخطأ ناشـئا عن القيـام بذات الأعمـال التى تفرضها الوظيفة على التابع أو عن سـوء تنفيذ هذه الأعمـال أو عن تقصير فيمـا يجب مراعاته عنـد القيام بهذه الأعمال من مهارة ودقة وحيطة ويقظة » .

١٢٢ — توافر الصلة بين خطأ التابع والوظيفة : ومما سبق نجد أن كل انحراف ايجابى أو سلبى فيمـا تفرضه الوظيفة من واجبات على التـابع يكون داخـلا ضمن أعمـال الوظيفة ، هذا ويثور التسـاؤل : متى تعتبر الصـلة متحققة بين التابع والوظيفـة التى استخـدم من أجلها ؟ لقـد درج القضـاء الفرنسى[١٧] ويؤيده فى ذلك الفقـه[١٨] على القول بتوافر

---

(١٣) أنظر فى هذا التعريف د. بهجت بدوى فى رسالته عن مسئولية السيد ص ١٦٦ ، والأستاذ Roux فى تعليق بمجلة سيرى ١٩١٤ — ٢ — ١٧٧م .

(١٤) أنظر د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٣٩٦ — ٣٩٧ .

(١٥) أنظر مازو ، المرجع السابق ، ج١ بند ٩٠٦ .

(١٦) بيرسـون ودى قيليه ، فى المسئولية المدنيـة سنة ١٩٣٥ ج١ ص ٢٧٦ .

(١٧) محكمة النقض الفرنسية بدوائرهـا المجتمعة ٩ مارس ١٩٦٠ ، دالوز ١٩٦٠ ، ٣٢٩ .

(١٨) مازو ، المرجع السابق ، بند ٩٠٥ — ديموج ، المرجع السابق ج٥ نبذة ٩٢٤ — أوبرى ورو ، المرجع السابق ، الطبعة الخامسـة ج٦ ص ٤٠٢ — ريكول مذكرات فى المسئولية التقصيرية ص ٩٩ — روتسائرت ، المرجع السابق ص ١٣٦ حيث يرى الصلة بين الوظيفة والفعل الواقع صلة العلة بالمعـلول .

الصـــلة بين الفعـــل غير المشروع والوظيفة ، وذلك ســـواء أكان تحققهـــا لوقوع ذلك الفعل أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها يقتضى توافر رابطة متعلقة بالزمان المحدد لأداء العمـــل أو المكـــان والأدوات المســـتخدمة والأهـــداف الخاصة بتنفيذها أى اشترطوا أن يكون ذلك الخطأ مرتبطا بالوظيفة برابطـــة الســـببية .

ـ وهنـــاك عدة عوامل ايجابية لهذه الصـــلة بين العمل الضـــار وبين تنفيذ الوظيفـــة ، يستهدى بها للقـــول بتـــوافر الصـــلة بين الانحراف أى الخطأ وبين تأدية الوظيفة يمكن ايجازها فيما يلى :

(أ) الانحراف الحادث من التابع أثنـــاء ساعات العمل : التى يحددها المتبوع واخلالا بواجبـــات العمل المنوط به ، وقد يتمثـــل ذلك الاخـــلال فى الاهمـــال والتقصير الصـــادر من التابع عنـــد قيـــامه بوظيفتـــه ، كمـــا قد يتمثل فى سوء فهمه لواجبات ذلك العمل الذى استخدم من أجله ، كما يتعين تحقق ذلك الاخلال أثنـــاء قيامه بعمل من أعمـــال تلك الوظيفـــة أى أن تلك الصلة تتحقق حيث يقع ذلك الخطأ عنـــد الممارسة العادية والمنتظمة لما عهـــد الى التـــابع من أعمـــال فى الوقت الذى حدده له المتبـــوع لتـــأدية أعمـــال الوظيفة فيه[١٩] .

ـ ومن ذلك ماقضى به من أنه « يكفى لمساءلة المتبوع مدنيا أن يثبت أن الحادث قد نشأ عن خطأ التابع ولو تعـــذر تعيينه من بين العـــاملين لديه ما دام الثابت أن وفاة المجنى عليه لا بد وأن تكون قد نشأت عن خطأ أحـــد المتهمين وهمـــا الكمسارى أو الســـائق اللذين همـــا تابعان لادارة النقـــل المشترك ، وذلك أن مســـئولية هـــذه الادارة مدنيـــا منـــاطها ما يقـــع من مستخدميها فى أثنـــاء تأدية خدمتهم ولا يمنع من ذلك أن المحكمة لم تستطع تعيين المخطىء منهما ما دام أن مسئوليتها مؤسسة على ما ثبت قطعا من أن هذا الخطأ انمـــا وقع من أحـــد مستخدميها اللذين كانا يعمـــلان معـــا فى الســـيارة »[٢٠] .

---

(١٩) انظر مازو ، المرجع السابق ، ج١ بند ٩٠٦ .

(٢٠) نقض مصرى ١٢/١١/١٩٤٣ ، مجموعة القواعد فى خمسةوعشرين عاما ، ملحق رقم ٤١ ص ٢٩١ .

وتطبيقا لذلك أيضـا قضى **القضـاء الفرنسى** « بعدم مسئولية المتبوع عن الأضرار التى تترتب على خطأ تابعه الذى وقع منـه أثنـاء رجـوعه من مكان عمله الى حيث يقطن مسـتقلا دراجة زميل له تأسـيسا على انعدام الصـلة بين ما وقع وبين الوظيفة التى استخدم من أجلها[٢١] .

كمـا قضت **محكمة النقض الفرنسـية** بعدم مسئولية المتبوع تأسيسا على أن ما وقع من العامل فى يوم الاحد وهو يوم عطلة عامة لا يرتبط بما عهد الى ذلك التابع من وظيفة»[٢٢] .

(ب) كذلك من العوامل الموضوعية لتحديد الصـلة بين انحراف التابع والوظيفـة المكـان الذى وقع فيـه الانحراف أى الخطـأ ، والأدوات المستخدمة من جانب التابع . فاذا وقع الحادث فى مكان العمل باسـتخدام أدوات العمل فهو خطـأ أثناء تأدية الوظيفـة بالمعنى الكـامل ، لأن عامل المكان لا ينظر اليـه باعتبـاره عاملا مقررا بذاته لهذه الصـلة أ ليس كل ما يقع من فعل غير مشروع فى مكـان العمل يتعين معه مساءلة المتبـوع عن الأضرار التى تترتب عليه[٢٣] . وقد **قضى القضـاء الفرنسى** تطبيقا لهـذا المعنى « بأن وقوع الفعل الضـار فى المكان المخصص للعمـل لا يكفى بذاته لتبرير تطبيـق المـادة ١٣٨٤/٣ مدنى فرنسى ، وذلك لعدم توافر الصـلة بين ما وقع من فعـل غير مشروع وما عهـد الى فاعله من وظيفـة ، وبذلك فان المتبـوع لا يسأل عن الأضرار التى لحقت تابعه نتيجة المشـاجرة التى نشبت بين تابعيه خارج زمن العمل رغم وقوعها فى المكان المحدد لأداء أعمالهم

---

(٢١) حكم مونبيليه ٢٨ ابريل ١٩٣٩ جازيت باليه ١٩٣٩ — ٢ — ١٩٨ .

(٢٢) نقض مدنى فرنسى ٢٥ نوفمبر ١٩٦١ ، دالوز ١٩٦٢ ملحق ٨٥ — نقض جنائى فرنسى ٢٢ مارس ١٩٣٢ جازيت باليه ١٩٣٢ — ٢ — ١٥١ — وحكم محكمة مو ٢٨ ابريل ١٩٣٩ جازيت باليه ١٩٣٩ — ١ — ١٩٨ حيث قضى « بعدم مسئولية المتبوع عن الأضرار التى تسبب فيها فعل تابعه وذلك لوقوع الفعل أثناء أجازة التابع » — كما قضى « بعدم تلك المساءلة حيث وقع ذلك الفعل فى غير ساعات العمل » راجع نقض فرنسى ٦ فبراير ١٩٧٤ دالوز ١٩٧٤ — ٤٩ وتعليق تورنو .

(٢٣) أنظر مازو ، المرجع السابق ج١ بند ٩٠٦ .

وذلك تأسيسا على انتهاء الرقابة بانتهاء زمن العمل مما يجعل وجودهم فى ذلك المكان مجردا من كل صفة تخولهم البقاء هناك »[٢٤] .

وذهب سافتييه[٢٥] الى القول بأنه « يجب أن ينظر الى تلك الصلة بين الفعل الضار **والوظيفة من زاوية الهدف الذى قصد من وراء العمل الخاطىء بحيث يسأل المتبوع فى كل حالة تكون الوظيفة قد اعتبرت الهدف من وقوع ذلك الفعل أو الوسيلة الضرورية لارتكابه** حتى وان كان هناك خروج عن مقتضى حدود التعليمات والتوجيهات ، ومن ثم لا يمكن أن تتحقق معه مساءلة حتى وان كان ذلك الفعل الضار فى الزمان المحدد والمكان المعين لتنفيذ العمل » .

١٢٣ ـ الباعث : تتحقق مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه حال تأدية الوظيفة ، ويستوى فى ذلك أن يكون قد ارتكب الخطأ تنفيذا لأوامر صدر له من المتبوع أو دون وجود هذا الأمر ، كما يستوى أن يكون الباعث على ذلك تحقيق مصلحة للمتبوع أو تحقيقا لمصلحة شخصية له ، كما يستوى أن يكون بعلم المتبوع أو بدون علمه أو رغم معارضته بل ولو كان المتبوع قد نهى تابعه عن اتيان هذا العمل ، وعلى ذلك اذا قاد السائق السيارة بسرعة فائقة فصدم شخصا فان مالك السيارة باعتباره متبوعا يكون مسئولا ولو كان قد حدد لسائقه حدا أقصى للسرعة لا يصح تجاوزه ، طالما أن ذلك الفعل الضار يجد سببه فى تلك الوظيفة[٢٦] .

---

(٢٤) انظر نقض جنائى فرنسى ١٩٣٨/١٠/٢٨ جازيت باليه ١٩٣٨ — ٢ — ٨٣٨ .

(٢٥) سافاتييه ، المرجع السابق ، ص ٤١٢ .

(١٦) انظر مازو ، المرجع السابق ج١ ، ط٤ بند ٩٠٨ ، ٩١٥ — سافاتييه ، المرجع السابق بند ٣١٨ وما بعده هنرى لالو ، المطول فى المسئولية المدنية طبعة رابعة ، بند ١٠٥٥ — د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٣٥٨ — د. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٠ .
انظر نقض فرنسى ١٩٠٥/١٠/٢٧ دالوز ١٩٠٦ — ١ — ١٦ — حكم محكمة بوردو ١٩٥٢/٣/٢٤ دالوز ١٩٥٢ — ٣٠ حيث قضت « بمسئولية المتبوع الذى يدير محلا لبيع الخيول ، وذلك عن الأضرار التى أصابت أحد المشترين الذى قام التابع بسرقة ملابسه وكيس نقوده ، تأسيسا على وقوع الفعل الخاطىء أثناء حراسة ذلك التابع لتلك الخيول أى أثناء ما عهد اليه من عمل » .
=

— وقضت محكمة النقض المصرية (٢٧) « بأن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القانون المدنى اذ نص فى المادة ١/١٧٤ منه على أن يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان دافعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها قد أقام هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب المتبوع فرضا لا يقبل اثبات العكس مرجعه سوء اختياره لتابعه أو تقصيره فى رقابته وأن القانون **اذ حدد نطاق هذه المسئولية بأن يكون العمل الضار غير مشروع واقعا من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها** ، لم يقصد أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ أو أن تكون ضرورية لامكان وقوعه بل تتحقق المسئولية أيضا كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على اتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة فرصة ارتكابه ، **سواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى، سواء كان الباعث الذى دفعه اليه متصلا بالوظيفة أو لا علاقة له بها وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه ....** » .

١٢٤ — كما تنتفى مسئولية المتبوع اذا كان المضرور يعلم أن التابع يعمل لحساب نفسه لا لحساب المتبوع . ففى هذه الحالة رغم ما قد يكون الفعل الضار من علاقة بالوظيفة ، سواء كانت علاقة موضوعية مكانية أو زمانية أو علاقة تتصل بوسائل الوظيفة وأدواتها أو بأغراض الوظيفة — فقد أجمع الشراح على **أن المتبوع لا يسأل طالما أن** المضرور كان يعلم بأن التابع يعمل لحساب نفسه أى لمصلحته الشخصية وليس لحساب

= هذا وقد ذهب بعض الفقهاء **الى التمييز بين الأخطاء العمدية وغيرها من الأخطاء التى تقع من التابع** ومساءلة المتبوع عن الأخطاء العمدية فقط (انظر مازو ، المرجع السابق ، الطبعه السادسة ، ج١ بند ٩٧٩ هامش (٣)) ، **وانظر عكس ذلك :** نقض جنائى ٤ يوليه ١٩٣٣ جازيت باليه ١٩٣٣ — ٢ — ٦٠٥ حيث استقر القضاء على مسئولية المتبوع عن الأخطاء العمدية وغير العمدية طالما أن الفعل الخاطىء يجد سببه فيما استخدم ذلك التابع من أجله » .

(٢٧) نقض مدنى بتاريخ ١٩٧٦/٣/٢٢ الملطعن رقم ٥١٦ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ٧٤٢ — نقض مدنى ١٩٥٦/٥/٣ — م نقض م — ٧ — ٥٨٢ .

متبوعه[٢٨] وذهب البعض[٢٩] الى القول بانتفائها كذلك فى حالة استطاعة المضرور العلم بذلك ، ويرجع ذلك الى اعتبار المضرور شريكا مع التابع لوقوع خطأ منه يمنع من تعويضه .

وقضت محكمة النقض المصرية[٣٠] بأن « النص فى المادة ٣٠ من قانون التجارة البحرى على مسئولية مالك السفينة مدنيا عن أعمال ربانها والزامه بوفاء ما التزم به فيما يختص بالسفينة وتسفيرها ، وان كان لا يواجه الا حالة المالك المجهز ، الا أنه اذا قام المالك المجهز بتأجير السفينة الى الغير بمشارطة ايجار موقوتة time charter مع ما يترتب على هذا التأجير من انتقال الادارة التجارية للسفينة الى المستأجر وتبعية ربانها له فى هذه الادارة **فان مسئولية المالك مع ذلك لا تنتفى الا اذا كان المتعاقد مع الربان يعلم بهذا التأجير أو كان عليه أن يعلم به أو اذا كان قد منح ائتمانه الى المستأجر شخصيا رغم جهله بصفته كمستأجر** واذا كان دفاع الطاعنة يقوم على عدم انتفاء مسئولية المالك للسفينة عند تأجيرها للغير ، وعلى أن أخطارها بمعرفة الربان بموعد وصول السفينة يستلزم قيامها بالأعمال التى تطالب بقيمتها طبقا للعرف السائد الذى تقول بقيامه، فان الحكم المطعون على انتفاء العلاقة بينها وبين الشركة المالكة للسفينة لمجرد ثبوت تأجيرها للغير لمشارطة موقوتة ، ودون أن يتعرض لبحث مدى مسئولية كل من المالك والمستأجر قبل الغير فى حالة تأجير السفينة ، ودون

---

(٢٨) انظر فلوروابير ، المرجع السابق ، ج ٢ سنة ١٩٧٦ م بند ٧٢٠٥ ص ٢٤٧ .

(٢٩) د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق بند ٢٩٧ .

(٣٠) نقض بتاريخ ١٩٧٥/٢/٢٧ — م نقض م — ٢٦ — ٥٠٣ وقضت ايضا محكمة النقض الجنائى بتاريخ ١٩٧٣/٢/١١ — م نقض ج — ٢٤ — ١٨٠ بأنه « اذ نص المشرع فى المادة ١٧٤ من القانون المدنى على أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته وبسببها فهو انما اقام المسئولية على خطأ مفترض من جانب المتبوع يرجع الى سوء اختيار تابعه وتقصيره فى رقابته ولا يشترط فى ذلك أن يكون المتبوع قادرا على المرقابة والتوجيه من الناحية الفنية ، بل يكفى أن يكون من الناحية الادارية هو صاحب الرقابة والتوجيه ، كما أن علاقة التبعية لا تقتضى أن يكون التابع مأجورا من المتبوع على نحو دائم ويحسب **المضرور أن يكون حين تقابل مع التابع معتقدا صحة الظاهر من ان التابع يعمل لحساب متبوعه** » .

أن يتحقق من علم الشركة الطاعنة بهذا التأجير ، ومداه وما اتجه اليه قصدها عند منح ائتمانها وأثر ذلك فى الدعوى ، خاصة وأن هذا التأجير لا يترتب عليه فى جميع الحالات رفع مسئولية المالك فانه يكون قد أخطأ فى القانون وشابه قصور فى التسبيب » .

— **أما القضاء الفرنسى** : فقد ذهب الى القول بأن المتبوع يعد غير ملزم بالمسئولية فى الحالات التى يعرف الضحية أن التابع جاوز حدود وظائفه ، كذلك عندما يسمح التابع لأحد الركاب بطريقة الأوتوستوب بركوب السيارة رغم اعتراض الشخص الذى يعمل طرفه ، فان هذا الأخير لا يستوجب المسئولية اذا علم الضحية بنهيه لهذا الأمر(٣١) .

فالمشكلة الخاصة بمسئولية المتبوع فى حالة التعسف فى استخدام الوظائف التى يؤديها التابع أو عندما تيسر الوظائف الفعل المضر الذى ارتكبه التابع ، لا تكون ذات شأن الا اذا لم يشترك الضحية فى فعل التابع(٣٢) .

ومن الأمثلة على ذلك فى القضاء الفرنسى(٣٣) : **أن يقوم أحد موظفى البنك بتبديد** رصيد أحد العملاء الذى كان ينوى اعطاءه له شخصيا ،

---

(٣١) مدنى فرنسى ١٧ يولية ١٩٦٨ ، النشرة المدنية ٢ رقم ٢١٦ ص ١٥٣ ، مجلة القانون المدنى الموسمية سنة ١٩٦٩ ص ٣٣٢ ، ملاحظةدورى — جنائى فرنسى ٥ أبريل ١٩٦٩ ، النشرة الجنائية رقم ٢٢٧ ص ٤٥٦ — جنائى فرنسى ٢٤ يونية ١٩٥٩ النشرة الجنائية رقم ٣٢٩ ص ٦٦٦ .

(٣٢) أنظر ميشيل الجالشيه — بارون ، الالتزامات طبعة ١٩٨٢ م ص ١٩٤ بند ٦٤٩ حيث يقول :

Le problème de la responsabilité du commettant en ces d'abus de fonctions du prépose ou lorsque l'acte dommageable du préposé à été facilité par les fonctions, ne se pose danc que lorsque la vitime n'a pas participè à l'acte du préposé.

(٣٣) نقض مدنى فرنسى ٨ فبراير ١٩٦٧ بلتان مدنى ، ١٩٦٧ — ٢ رقم ٥٦ ، نقض مدنى فرنسى ١١ يوليو ١٩٧٩ بلتان المدنى ١٩٧٩ — ٢ — رقم ٢١٢ ، ١٧ يولية ١٩٦٨ بلتان المدنى ١٩٦٨ — ٢ — رقم ٢١٦ ،محكمة استئناف باريس ١٠ يونة ١٩٦٩ فى جازت دى ياليه ١٩٦٩ — ٢ —٣٣٧ — نقض مدنى الدائرة الثانية ١٧ يولية ١٩٦٨ مجموعة النقض المدنى Bull ج ٢ بند ٢١٦٥ والدوائر المجتمعة Ch. soc. ٥ فبرار ١٩٥٠ دالوز الدورى ١٩٥٠ — ٣٦٦ ى

وكذلك الحال لو أن سائقا قام بنقل أحد الأشخاص وكان هذا الشخص يعلم أن السائق يعمل خارج نطاق خدمته .

١٢٥ — هذا ويتعين على المحكمة أن تعرض لقيام علاقة السببية أى الرابطة بين الانحراف والوظيفة وان كان تقديرها يخضع لسلطتها الموضوعية ما دام استخلاصها سائغا وقد قضت محكمة النقض المصرية بقولها « بأن استظهار قيام رابطة السببية بين الخطأ والوظيفة وهو الشرط الذى تتحقق به مسئولية المتبوع عن فعل تابعه هو من المسائل التى تخضع لتقدير محكمة الموضوع ولا يصح المجادلة فى شأن توافرها أمام محكمة النقض[٣٤] .

١٢٦ — أمثله قضائية على انحراف التابع أثناء تأدية الوظيفة[٣٥].

(أ) اطلاق الخفير الحكومى ، دون تبصر ، عيارا ناريا أثناء حراسته الليلية فأصاب أحد الأشخاص مما يتعين معه مساءلة الحكومة عن الأضرار التى ترتبت على ذلك الخطأ .

(ب) أن يلقى خادم بجسم صلب من النافذة أثناء قيامه بتنظيفها فيصيب أحد المارة بجرح أو يكسر زجاج سيارة أو أن يصدم سائق سيارة وهو يقودها أثناء تأدية عمله عابر طريق ، وخطأ الممرض الذى يعطى المريض سما بدل الدواء[٣٦] ، واهمال ملاحظ حمام السباحة فى أحد المدارس فيغرق أحد الطلبة .

(جـ) وقضى بمسئولية الحكومة بوصفها متبوعا وذلك باعتبار أن

---

(٣٤) نقض جنائى بتاريخ ١٩٥٥/٤/٥ — ٢٤٦٧ س ٢٤ — م ق ح — ١٩٣ — ٦٢٩.

(٣٥) **انظر فى هذه الأمثلة** : د/ السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٤٢ وما بعدها بند ٦٨٣ وما بعده — د/ عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ٢٦٠ — د/ محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ص ٣٨٨ — د/ سليمان مرقس ، تعليقات على الاحكام فى تعيين مدنى مسئولية السيد عن فعل تابعه ص ٣٩٧ وما بعدها — الدناصورى الشواربى ، المرجع السابق ، ص ٢٨٧ .

(٣٦) استئناف مصر ٢٩ فبراير ١٩١٩ ، المجموعة ٢٢ — ٦٧ — ٣٦ ، ٢٩ مارس ١٩٢٠ المجموعة رقم ٦ .

اقتحام أحد الجنود عيادة دكتور مطاردا المجنى عليه الذى احتمى أثناء المظاهرة بتلك العيادة ، واصابته داخلها ، دون أن يكون مشـــتركا فيها ، يعتبر واقعا حال تأدية الوظيفة .

(د) أن يخالف السائق اللوائح بتجاوزه السرعة المقررة أو بالســير على اليسار بدلا من السير على اليمين أو أن يترك السيارة عهدة شـــخص أجنبـــى[٣٧] .

(هـ) أن يهتك سائق سيارة مدرسية عرض تلميذة عهد اليه فـــى ايصالها الى منزلها أو أن يعهد الى خفيرين فى حراسة صراف فى ذهـــابه الى المركز فينقضا عليه ويقتلاه فى الطريق[٣٨] .

(د) أن يقصر عامل البراج فى حراسة سيارة مودعه لديه فتسرق ، أو أن يقصر ساعى البريد فى تسليم خطاب الى المرسل اليه فيفقـــده أو يختلســـه[٣٩] .

---

(٣٧) نقض فرنسى بتاريخ ٦ مايو ١٩٣٠ غازيت القضـــاء ١٩٣٠ — ٢ — ١٣٠ .

(٣٨) استئناف ١٨ نوفمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ — ١١٥ — ١١٦ .

(٣٩) مصر الابتدائية استئناف ٢٨ اكتوبر ١٩٠٧ المجموعة٩ رقم١٧ .

الفـــرع الثـــانى

انحراف التابع بســـبب تأديـــة الوظيفـــة

١٢٧ — طبقا لنص الادة ١٧٤/١ مدنى مصرى فمسئولية المتبوع عن انحراف تابعه لاتتحقق من تلك التى تقع أثناء الوظيفة فحسب ، وانمـــا عن تلك التى تقع بسبب الوظيفة أيضا(٤٠) .

١٢٨ — تحديد معنى الانحراف بسبب الوظيفة :

— وفى مسألة تحديد معنى الانحراف بسبب الوظيفة اختلف الفقهاء الى آراء مختلفة على الوجه الآتى : —

أولا : ذهب الفريق الاول(٤١) منهم الى القول بأن الانحراف بسبب الوظيفة هو ذلك الذى تربطه بالوظيفة سببية مباشرة بحيث يثبت أنه لولا الوظيفة ماوقع الخطأ(٤٢) ، والذى يكون **بأحد أمرين :**

---

(٤٠) د/ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ٥٥٥ .

(٤١)

Halton (H.W.) an elementery treatise on the Egyption civil codes, Cairo, 1904 I. p. 362.

— ساڤاتييه ، المرجـــع الســـابق ، بنـــد ٣١٨ — ســـوردا ، المرجـــع السابق ج ٢ نبذة ٩٠١ — د/ سليمان مرقس ، بحوث وتعليقات على الأحكام ط ١٩٨٧ ص ٤١٥ — د/ حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقره ٥٢٣ ، د/ عبد الحى حجازى ، موجز النظرية العـــامه للالتزامات طبعـــه ١٩٥٥ ص ٥٢٦ — نقض مصرى ٢ فبراير ١٩٢٥ ، المجموعة ١٩٢٦ رقم ٢٧ .

(٤٢) قضت محكمـــة النقض المصرية فى الطعـــن رقم ٩٦ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٩/٢٢ س ٢٧ ص ٧٤٢ بذلك المعنى بقولها « بأن القانون اذ حدد نطاق هذه المسئولية بأن يكون العمل الضـــار غير المشروع واقعـــا من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها لم يقض أن تكون المسئولية مقصـــورة على خطأ التابع وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ أو ان يكون ضرورية لامكان وقوعه . بل تتحقق أيضا كلما كان فعل التابع متوقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل أو ساعدته هذه الوظيفة على اتيان فعله غير المشروع .. » .

(أ) اما بالتزيد فى أداء عمل من أعمال الوظيفة : ومن الأمثلة القضائية على التزيد بسبب الوظيفة(٤٣) :

— أن يكلف رجل البوليس بتفتيش شخص فيسىء معاملته فى اجراء التفتيش ويعتدى عليه بالضرب(٤٤) .

— أن يقوم ناظر زراعة احدى الدوائر باعتداء مسلح على عمال مقاول نسب اليهم اعتداء على أرض الدائرة(٤٥) .

— أن يرى الخادم سيده يتضارب مع شخص آخر فيبادر الى مساعدته ، ويضرب المعتدى ضربا يفضى الى موته(٤٦) .

— اذا ارتكب الموظف جريمة ضد الأهالى رغبة منه فى ارضاء الحكومة القائمة بالحط من كرامة معارضيها(٤٧) .

(ب) واما باساءة استعمال شئون الوظيفة : ومن أمثلة اساءة استعمال شئون الوظيفة :

— أن يخرج السائق بسيارة سيده فى غير ماكلف به ، فيرتكب حادثا فى أثناء ذلك(٤٨) .

— أن يستعمل كمسارى بسكة الحديد وظيفته فى تهريب مسروقات من بلد الى آخر (٤٩) .

— أن يستعمل الخفير سلاحه فى قتل انسان(٥٠) .

— وقد عال أصحاب هذا الرأى(٥١) مسئولية المتبوع فى حالتى التجاوز

---

(٤٣) انظر فى ورود هذه الأمثلة : د/ سليمان مرقس ، الوافى فى شرح القانون المدنى ، الالتزامات ج ٢ طبعة ١٩٨٩ ص ٨٨٢ — ٨٨٣ .

(٤٤) نقض جنائى مصرى ٨ نوفمبر ١٩٣٧ ، المحاماة ٨—٤٢٠—٢١٩ .

(٤٥) استئناف مختلط ٢٣ مايو ١٩٠٠ ب١٢ ص٢٧٤ .

(٤٦) نقض ٥ يناير ١٩٢٥ ، المحاماة — ٥ — ٦٠٦ — ٥٠٣ .

(٤٧) جنايات المنصورة فى قضية أخطاب ١٥ يناير ١٩٣٠ المحاماة ١١—٣٧٨—٣١٤ وتأيد بحكم جنائى ٧ مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢—٢٦٧—١٤٨ .

(٤٨) نقض جنائى فرنسى ٢٤ يونية ١٩٣٢ ، جازيت القضاء ١٩٣٢—٢ — ٣٣٧ .

(٤٩) نقض جنائى فرنسى ٢٢ مارس ١٩٠٧ — سيرى ١٩٠٧ — ٤٧٣ .

(٥٠) نقض جنائى مصرى ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١—٨٥٢ .

(٥١) انظر فى هذا التعليل د/ سليمان مرقس ، الوافى فى شرح القانون المدنى ص٨٨٤—٨٨٥ بند ٢٨٢ ، ٢٨٣ .

بأن ما يقع من التابع من تزيد أو من اساءة لاستعمال شئون الوظيفة يكون من شأنه أن يمد حدود الوظيفة الى أبعد من دائرتها الطبيعية ، ويترتب على امتداد الوظيفة مسئولية المتبوع عما يرتكبه التابع أثنائه ، مسئولية يصح **أن لا تكون مطلقة بل ترد عليها بعض التحفظات حيث يشترط فى مساءلة السيد عما يرتكبه التابع فى أثناء مجاوزته حدود وظيفته أى بسببها: أولا** أن لا يكون المصاب قد عامل التابع عالما بمجاوزة الاخير حدود وظيفته [٥٢] . **ثانيا :** أن لايكون التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصى : كحقد أو انتقام أو استغلال ، فيتصور وقوعه فى حالتى الخطأ فى تأدية الوظيفة بالذات ، والتجاوز فى حدود الوظيفة أى بسببها ، **ولكن أثره فى رفع المسئولية عن السيد يقتصر على الحالة الاخيرة دون الأولى** [٥٣]

— هذا وقد وجه الى معيار السببية المباشرة **بعض النقد** حيث قيل أن هذا المعيار مبهم وليس واضحا علاوة على أن هذا المعيار واسع غير مانع من دخول حالات تحته قد تكون الوظيفة سببا مباشرا للخطأ دون أن تكون ضرورية فى ارتكابه [٥٤] .

ثانيا : اتجه الفريق الثانى الى تحديد معنى الخطأ بسبب الوظيفة بقولهم [٥٥] : ان الخطأ يكون بسبب الوظيفة فى صورتين : الاولى : اذا لم

---

(٥٢) أنظر فى تفصيل ذلك الباب الثالث — الفصل الاول — المطلب الاول من هذا البحث ص ٢٠٧ وما بعدها بند ١٢٤ .

(٥٣) انظر د/ سليمان مرقس ، الوافى فى شرح القانون المدنى ص٨٨٥ بند ٢٨٣ وقرب من هذا المعنى د/ خليل جريح فى القانون اللبنانى ص٢٤٠ .

(٥٤) انظر السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص١٤٥٠ .

(٥٥) السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص١٤٤٩ — د / عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص٢٦١ ، د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص٤٤١/٤٤٢ — د/جمال ذكى ، المرجع السابق ، ص ٥٣٦ رقم ٢٨٨ — د/ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص٤٨٨ بند ١٠٥ — د/ أحمد سلامه ، المرجع السابق ، ص٣١١/٣١٢ ، د/ سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص٢٨٢ بند ٢٠١ — د/ لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص٣٨٩—٣٩٠ — د/ عبدالحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام — مصادر الالتزام ، ص٥٢٩ — ٥٣١ — د/ مصطفى الجمال ، المرجع السابق ، ص٤١٤—٤١٥ بند ٢٦٢ — د/ توفيق فرج ، المرجع السابق ، بند ٢٣١ ص٣٦٥ — ٣٧٧ — د/ عبدالمجيد الحكيم ، الموجز فى شرح القانون المدنى ج١ ط٤ ص٥٨٠ — ٥٨١ .

يكن من الممكن وقوعه لولا الوظيفة[٥٦] . **والثانية** أن التابع لم يكن ليفكر فى اتيان الفعل الضار لولا الوظيفة .

— **ومعنى الصورة الاولى** : انه لكى تتحقق مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه بسبب الوظيفة يجب اثبات أن التابع ماكان يستطيع ارتكاب الانحراف لولا الوظيفة فعلاقة الوظيفة بالانحراف ليست فحسب انها ساعدت عليه أو هيأت الفرص لارتكابه .

— **ومعنى الصورة الثانية** : أن الانحراف الصادر من التابع يكون بسبب الوظيفة أيضا وتترتب عليه مسئولية متبوعه فى حالة أن التابع لم يكن ليفكر فى ارتكاب الانحراف أى الخطأ لولا الوظيفة .

— **وقد ذكر أنصار هذا الرأى بعض الأمثلة القضائية التى توضح الصورتين على الوجه الآتى** * :

---

(٥٦) لقد أخذ بهذه الصورة فقط دون الصورة الثانية الدكتور عبدالمنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، بند ٥٣٠ حيث يقول « والخطأ بسبب الوظيفة يراد به الخطأ الذى يقع من التابع وهو لا يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، ولكن تربطه مع ذلك بالوظيفة علاقة سببية وثيقة ، بحيث أنه لولا الوظيفة ماكان يستطيع التابع ارتكابه . فهى سببية من شأنها أن تجعل الوظيفة ضرورية لامكان ارتكاب الخطأ » ويرى الدكتور عبدالمنعم فرج « أن هذا المعيار الذى يقول به وهو أن يكون الخطأ بحيث لا يستطيع التابع ان يرتكبه لولا الوظيفة ، يتفق الجميع عليه ، وأن الخلاف نحصر فى أن من الفقهاء من يضيف معيارا آخر أو يلجأ فى تحديده الى عبارات يغلب عليها التعميم ، ويخشى معها أن تتسع لما هو أكثر منه ، أو يكتفى بما هو أقل منه ، والقول بهذا المعيار يجعلنا نتحاشى كل هذا حتى نقف بمسئولية المتبوع عند حدودها المعقولة اذ لا يبرر ضمان المتبوع للخطأ الذى يرتكبه تابعه الا أن يكون هذا الخطأ وثيق الصلة بالوظيفة الى الحد الذى يجعلها ضرورية لامكان ارتكابه » .

ونجد أن هذا الراى وقف فى مرحلة وسط مابين الفريق الاول والفريق الثانى ، الا أن هناك رأى توسع فى معيار اعتبار الانحراف بسبب الوظيفة حيث ذهب الدكتور / مصطفى مرعى ، المسئولية المدنية فقرة ٢٢٢ الى القول « بتوافر هذا الخطأ اذا كانت الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ او ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه اى يقول بالانحراف بمناسبة الوظيفة لتحقق مسئولية المتبوع » وهذا ما سنتناوله بالشرح فى هذا البحث تحت عنوان « الانحراف بمناسبة الوظيفة » فيما بعد .

* انظر المراجع التى ذكرت فى هامش رقم ٥٥ ص ٢١٦ .

(أ) أمثلة الصورة الاولى « أى أن الوظيفة ضرورية لارتكـــاب الفعـــل الضـــار »

ـ أن يكلف العمدة خفيران لحراسة الصراف أثناء ذهابه الى المركز ، فينقضان عليه فى الطريق ويقتلانه ، فالقتل هنا لم يقع وهما يقومان بعمل من أعمال الوظيفة لأن وظيفتهما حراسة الصراف وليس قتله ، ولكن الخفيرين ما كانا يستطيعان قتل الصراف لو لم يكلفا بحراسته(٥٧) .

ـ ان يتظاهر فراش بفتح باب السيارة لناظر المدرسة ، ويطعنه بسكين اعتقادا منه أن ناظر المدرسة كان يضطهده ، فانه لم يكن يستطيع قتـــل الناظر لولا وجوده فى الوظيفة فى المدرسة(٥٨) .

ـ ان قيام رجال الشرطة بزيارة بعض أقاربه أثناء قيامه بمهمـــة رسمية ، وفى أثناء الزيارة عبث بالمسدس فانطلق وقتل صبيا بجواره ـ ففى هذا المثال نجد أن مسئولية المتبوع لا تقتصر على الأضرار الناشئة مـــن تأدية الوظيفة نفسها ، بل هى واجبة عن الاضرار الناتجة من كل فعل وقع حال تأدية الوظيفة ، ولو لم يكن من أعمال الوظيفة ذاتها ، ولكن هيأت

---

(٥٧) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٨ نوفمبر ١٩١٤ ، الشرائع ، رقم ١١٦ ص ١١٥ وانظر فى هذا المثال د. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٦٠ / ٢٦١ ـ السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٤٤ / ١٤٤٥ .

(٥٨) نقض جنائى فى ٢٢ أبريل ١٩٤٠ ، المحاماة ٢١ رقم ١٨ س ١٩ حيث قالت فى أسباب حكمها « اذا كان الفعل لم يقع من التـــابع وقت تأدية وظيفته بالذات ، نفى هذه الحالة تقوم المسئولية كلما كانت الوظيفة هى التى ساعدت على اتيان الفعل الضار ، وهيأت للتابع بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه لأن المخدوم يجب أن يسأل فى هذه الحالة على أساس اساءة الخدم استعمال شئون الخدمة التى عهد هو بها اليهم ، فتكفلا بما افترضه القانون فى حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم فى كل ما يتعلق بها فاذا ترصد المتهم عند باب المدرسة التى يشتغل بها فراشا مع زملائه الفراشين فيها حتى موعد انصراف المجنى عليه فيها (وهو مدرس منتدب للقيام بأعمال نظارة المدرسة) وتمكن منه فى هذه الفرصة واغتاله فى هذا المكان وهو يتظاهر بأنه انما يقترب منه لكى يفتح له ـ بصفته رئيسا ـ باب السيارة التى كانت فى انتظاره ، فذلك يبرر قانونا الزام الوزارة بتعويض الضرر الذى وقع على المجنى عليه من خادمها المتهم » ـ انظر د. السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق ص ١٤٤٦ ـ ١٤٤٧ .

للتابع اداء الوظيفة بحيث لولا هذا الأداء ماكان هذا الفعل يقع كما وقع[٥٩] .

— أن يسرق ساعى البريد خطابا تسلمه بحكم وظيفته ، فهو لم يكن يستطيع أن يرتكب الخطأ لولا الوظيفة[٦٠] .

— ترك السائق السيارة وبها مفتاح الحركة لتابع آخر لمخدومه (خفير زراعة . فعبث هذا التابع بالمفتاح ، فانطلقت السيارة ، وأصابت شخصين فى الطريق ، فاعتبرت محكمة النقض المخدوم (المتبوع) مسئولا عن عمل كل من السائق وخفير الزراعة [٦١] .

— كلف سيد خادمه باحضار أحد العمال لاصلاح سيارته ، وأعطاه بطاقتين ليشترى بهما « البنزين » فأحضر الخادم عاملا فحص السيارة وقرر أن ليس بها عطل ، فأخذها الخادم واشترى البنزين ، وذهب يبحث عن سيده ليسلمه السيارة ، فأصاب أحد العابرة بخطئه ، فقضت محكمة النقض بمسئولية السيد عن الخادم ، وقالت فى أسباب حكمها « السيد مسئول عن خطأ تابعه ولو كان هذا الخطأ قد وقع منه وهو متجاوز حدود الوظيفة مادامت وظيفته هى التى هيأت له اتيان خطئه المستوجب للمسئولية[٦٢] .

— وهذه الحالات السابقة يجمعها جميعا أن الوظيفة كانت سببا لارتكاب الفعل الضار بمعنى أنه لولا الوظيفة لما كان فى استطاعة التابع أن يأتى الفعل الضار وقد ورد فى صياغات بعض الأحكام القضائية أن الوظيفة هى التى هيأت الفرصة لارتكاب الفعل .

---

(٥٩) نقض مدنى مصرى بتاريخ ١٩٤٦/١١/٢٨ — طعن رقم ١١٥ سنة ١٥ ق — منشور بالموسوعة الذهبية — ص ٦٣ بند ١٣٨ .

(٦٠) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٨ يوليه سنة ١٩٠٧ ، المجموعة الموسمية ٩ رقم ١٧ ص ٤٢ ويقرب منه نقض فرنسى فى ٢٢ مارس ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٤٧٣ — أنظر د. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق، ص ٢٦١ — د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٢٤٧ .

(٦١) نقض جنائى مصرى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ ، المحاماه ٢١ رقم ٣٠٧ ص ٧٠٢ — د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٤٧ .

(٦٢) نقض جنائى مصرى ٢٢ مارس ١٩٣٧ ، مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائى ٤ رقم ٦٢ ص ٥٦ .

ويرى أستاذنا الدكتور السنهورى ، أنه لايكفى أن الوظيفة ساعدت على اتيان الخطأ أو أنها هيأت الفرصة لارتكابه بل يجب فوق ذلك اثبات أن التابع ماكان يستطيع ارتكابه الخطأ لولا الوظيفة فعلاقة الوظيفة بالخطأ ليست أنها ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه بل هى ضرورية لامكان وقوع الخطأ ، ولولاها لما استطاع التابع أن يأتى العمل الذى جعله مسئولا(٦٣) .

(ب) الأمثلة القضائية للصورة الثانية « أن التابع لم يكن ليفكر فى اتيان الفعل الضار لولا الوظيفة » .

— اعتداء خادم على شخص كان يتشاجر مع سيده ، فقضت محكمة النقض بأن السيد يعتبر مسئولا عن الاضرار التى ارتكبها الخادم فى مصلحة سيده(٦٤) فالخادم هنا لم يكن ليفكر فى ضرب المعتدى على سيده لولا أنه خادم هذا السيد .

— قيام سائق احدى السيارات العامة بالاعتداء على راكب بسبب ما أبداه الراكب من اعتراض لعدم وقوف السائق عند محطة اجبارية ، فالسائق هنا ماكان ليفكر فى الاعتداء على الراكب لو لم يكن هو السائق للسيارة(٦٥) .

— قيام وكيل شيخ الخفراء بضرب المتهم ضربا أفضى الى موته فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن عمل وكيل شيخ الخفراء(٦٦) .

— اعتداء ناظر زراعة على عمال نسب اليهم انهم اعتدوا على الأرض

---

(٦٣) انظر د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٤٩ / ١٤٥٠ .

(٦٤) نقض جنائى بتاريخ ٥ يناير ١٩٢٥ ، المحاماة، رقم ٥٠٣ ص ٦٠١ — السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٤٥٠ / ١٤٥١ .

(٦٥) استئناف مختلط ١٩ ابريل ١٩٣٤ ، المجموعة ٤٦ ص ٢٦٤ — انظر د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣١٣ — د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤٤٢ — د. السنهورى ، المرجع السابق ص ١٤٥٢ .

(٦٦) نقض جنائى ٨ نوفمبر ١٩٣٧ ، مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائى ٤ رقم ١٠٩ ص ٩٠ — د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٥١/ ١٤٥٢ .

التى يتولى نظارتها ، فتكون الدائرة التابع لها الناظر مسئولا عن الانحراف الذى ارتكبه الناظر ، لأنه لم يكن ليفكر فى ارتكاب الانحراف لولا الوظيفة التى يؤديهـا(٦٧) .

— ارتكب موظف ادارى جريمة تحط من كرامة أشخاص ينتمـون الى الحزب المعارض لسياسة الحكومة لا يعد مدفوعا بعامل شخصى بل لارضاء الحكومة القائمة ، وابتغاء الزلفى عندها فقضت محكمة جنـايات المنصورة بأن الحكومة تسأل عن فعل هذا الموظف وتأيد هذا الحكم مـن محكمة النقض(٦٨) .

— والأمثلة السابقة توضح أن الانحراف الصادر من التـابع يكـون بسبب الوظيفة أيضا فى حالة أن التابع لم يكن ليفكر فى ارتكاب الانحـراف أى الخطأ لولا الوظيفة ، وعلى ذلك فمجاوزة التابع الحدود المرسـومة لوظيفته بالقيام بأعمال لا تتطلبها هذه الوظيفة ، ونهاه المتبوع عنهـا ، وسوء استعمال التابع لوظيفته باستغلال الامكانيات التى وضعتها فى يده لمصلحته الشخصية ، كل ذلك لا يمنع من اعتبار انحراف التابع واقعـا بسبب الوظيفة ، وبالتالى تقرير نمسئولية متبوعه عن هذا الانحراف وذلك حماية للمضرور الذى لايعلم فى العادة حدود وظيفة التابع ليقرر ما اذا كان التابع عند ارتكابه للخطأ يؤدى عملا من أعمال وظيفته أم أنه خارج هـذه الأعمال ، ويعتبر التابع قد انحرف بسبب الوظيفة أيضا سواء حرضـه المتبوع على ارتكاب الخطأ أو لم يحرضه ، وسواء علم المتبوع بالخطـأ أو لم يعلم ، وسواء عارض فيه أو لم يعارض ، ويعتبر الانحراف بسبب الوظيفة حتى ولو دفع التابع الى ارتكابه حافز شخصى(٦٩) .

١٢٩ — هذا وبعد استعراض آراء الفريقين والأمثلة التى ذكرها كل فريق فى تحديد معيار الانحراف بسبب الوظيفة نجد أن الفريقين توصلوا

---

(٦٧) انظر محكمة الاستئناف المختلط فى ٢٩ مايو ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٤ — د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣١٢ — د. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٦١ — د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٥١ .

(٦٨) جنايات المنصورة ١٥ يناير ١٩٣٠ ، المحـاماة ١١ ص ٣٧٨ ، نقض جنائى ٧ مايو ١٩٣١ ، المحاماة ١٢ ص ٢٦٧ .

(٦٩) السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٥٣ هامش (١) .

الى نتيجة واحدة فى كل الأمثلة التى ذكرت ، وهى مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه بسبب الوظيفة ، وان اختلفوا فى طرق الوصول الى النتيجة **فالأول :** توصل اليها عن طريق السببية المباشرة مع اشتراط اثبات أنه لولا الوظيفة ماوقع الخطأ سواء كان ذلك عن طريق التزيد أو اساءة استعمال الوظيفة ، **والثانى** : توصل اليها عن طريق معيارين : الوظيفة ضرورية لوقوع الفعل الضار ، أو أن التابع ماكان لفكر فى الانحراف لولا الوظيفة وبمقابلة الأمثلة التى ذكرها أصحاب الفريقين نجد أن الأمثلة التى ذكرها أصحاب الفريق الأول للتزيد تقابل ماذكره أصحاب الفريق الثانى من أمثلة لمعيار أنه لولا الوظيفة ماكان التفكير فى الانحراف ، والأمثلة التى ذكرت لاساءة استعمال الوظيفة تقابل أمثلة المعيار الثانى لأصحاب الفريق الثانى وهو أن الوظيفة ضرورية لوقوع الانحراف .

— وان كنت أرى أن المعيار الذى قال به أصحاب الفريق الأول لهو الأوفق فى تحديد معيار الانحراف بسبب الوظيفة لانضباطه والقدرة على تحديد مايعتبر تزيدا أو اساءة لاستعمال الوظيفة .

١٣٠ — وقد ذهب البعض الى القول أن هذه المعايير ليست كمعايير قاطعة وانما هى لمجرد الاسترشاد والاستئناس بها لتحديد رابطة السببية بين الانحراف والوظيفة ، لأن الرابطة ليست شيئا يرى ويلمس ولكنها رابطة نستنتج من ظروف الحال بعملية عقلية ، ومن ثم يجب أن نترك للقاضى أمر البحث عن توافر رابطة السببية بين خطأ التابع ووظيفته ، وفقا لظروف كل حادث دون أن نقيده فى ذلك بمعيار محدد[٧٠] .

وقد قضت محكمة النقض بذلك[٧١] بقولها « علاقة التبعية مسألة موضوعية يفصل فيها قاضى الموضوع بغير معقب طالما أنه يقيمها على عناصر تنتجها » .

وقضت أيضا بأن « استظهار قيام رابطة السببية بين الخطأ والوظيفة وهو الشرط الذى تتحقق به مسئولية المتبوع عن فعل تابعه هو من المسائل

---

(٧٠) انظر د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٣٨٩ .

(٧١) نقض جنائى بتاريخ ١٥/١٠/١٩٦٢ — م نقض ج — ١٣ — ٦٢٥ .

التى تخضع لتقدير محكمة الموضوع ولا يصح المجادلة فى شأن توافرها أمام محكمة النقض »[٧٢] .

١٣١ ــ لا عبرة بالدافع الشخصى للانحراف بسبب الوظيفة :

ــ هذه المسألة تتعلق بحالة التابع فيما قد يكون الدافع الى ارتكاب الخطأ دافع شخصى من عداوة أو حقد أو غرام أو غير ذلك .

ــ ولا شك فى أن الدافع الشخصى لايعتد به اذا كان التابع قد ارتكب الخطأ فى حال تأدية الوظيفة ــ كما ذكرنا ــ [٧٣] .

ــ وكذلك الأمر اذا كان الخطأ بسبب الوظيفة فالعبرة بالصلة الوثيقة التى تربط بين الخطأ والوظيفة ، تلك الصلة التى تجعل خطأ التابع ، خطأ بسبب الوظيفة طبقا للمعانى التى ذكرت[٧٤] ، فاذا ماتوفر ذلك قامت مسئولية المتبوع ، ولو كان الذى حفز التابع الى ارتكاب الخطأ دافع شخصى [٧٥] .

ــ وقد نحا القضاء فى بداية الأمر الى الاعتداد بالباعث الذى يكمن وراء ارتكاب الفعل الضار بحيث ماكان يقضى بمسئولية المتبوع عن الأضرار التى تترتب على أفعال تابعه المشروعة ، الا حيث انتفى ذلك الباعث أو الدافع الشخصى .

وتطبيقا لذلك قضت **محكمة النقض الفرنسية**[٧٦] بأنه « اذا قتل حارس الصيد شخصا آخر بسبب عداء شخصى بينهما لا صلة له بوظيفة الحارس فلا يسأل سيده عن ذلك » ، كما قضت **محكمة النقض المصرية** [٧٧]

---

(٧٢) نقض جنائى بتاريخ ١٩٥٥/٤/٥ ــ ٢٤٦٧ س ٥٤ ــ مجموعة ج ١٠٩٣ ــ ٦٢٩ .

(٧٣) أنظر فى هذا البحث بند ١٢٣ .

(٧٤) أنظر فى هذا البحث بند ١٢٨ .

(٧٥) أنظر فى هذا المعنى السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق ، ج١ ص ١٠٢١ فى المتن والهامش ــ د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ٤٨٦ هامش (٢) وقارن د. سليمان مرقس ، العقل الضار فقرة ١٣١ .

(٧٦) نقض فرنسى بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٠٤ ــ سيرى ــ ١٩٠٦ ــ ١ ــ ١٧٣ .

(٧٧) نقض جنائى ١٠ أبريل ١٩٣٣ ، المحاماة ١٤ ــ ٥ ــ ٤ ــ مشار اليه أيضا فى رسالة محمد الشيخ عمر ، المرجع السابق ، ص ٣٥٥ .

فى نقض حكم محكمة الجنايات الذى قضى بمسئولية الحكومة عن فعل الخفير الذى ذهب مع عمدة بلده وأبطلا ساقية يديرها أحد الأهالى بغير حق ثم بعد أن انصرف العمدة رجع وخلع جازيتها ، وذلك على اعتبار أن ماقام به الخفير ينطوى على تزيد منبعث من واقع شخصى لا علاقة له بالوظيفة ، وقد جاء فى حيثيات حكم محكمة النقض « ان التزيد الذى قام به ذلك الخفير قد يكون منبعثا عن دافع شخصى لا علاقة له بعمل الوظيفة وأن الخفير انما أراد به الامعان فى الكيد شفاء لحزازات وأحقاد شخصية وهو أمر جاء على لسان الشهود مما كان يجدر بالمحكمة معه أن تمحص فى حكمها هذه الواقعة لأنها من الوقائع الجوهرية التى قد تغير موقف الحكومة بالنسبة للمسئولية المدنية واغفال الحكم لبيان هذه الواقعة يجعله قاصر البيان متعينا نقضه » .

— ولكن أمام انتقاد جانب من الفقه[٧٨] **لهذا الاتجاه من محكمة** النقض حيث يرى الفقه عدم الاعتداد بالدافع الكامن من وراء ارتكاب الفعل طالما كان وقوعه حال تأدية الوظيفة أو بسببها ويتلخص نقد هذا الحكم فيما يلى[٧٩] : —

أولا : ماذهب اليه الحكم يتجافى مع صريح النص الذى يفرض المسئولية عن كل ما يأتيه الخادم حال تأدية الوظيفة أو بسببها ، بقطع النظر عن الدوافع التى يمكن أن تكون قد دفعت الخادم الى اتيان ما أتى ، لأن هذه الدوافع قد تكون أجنبية عنها ، وكونها أجنبية عن الوظيفة لا يغير من مسئولية المخدوم عن الأخطاء التى قارفها خادمه تحت تأثير هذه الدوافع الأجنبية .

ثانيا : ان هذا الحكم يصطدم مع الأساس الذى تقوم عليه مسئولية المخدوم عن خطأ خادمه لأن هذه المسئولية ترتكز على مظنة سوء الاختيار كما ترتكز على مظنة النقص فى المراقبة ، ويكفى لقيام المظنة أن يأتى الخادم

---

(٧٨) انظر فى نقد هذا الحكم د. مصطفى مرعى ، المرجع السابق ، بند ٢٢٨ ص ٢٢٠ — ٢٢٤ .

(٧٩) انظر د. مصطفى مرعى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢/٢٢٣ بند ٢٢٨ .

عن رغبة منه فى خدمة مخدومه ، لأن رقابة المخدوم يجب أن تغمر الخادم مادام متصلا بعمله ، وكل مايأتيه من الخطأ وقت اتصاله بعمله ، سواء قصد به نفعا لمخدومه أو قصد به الى تحقيق مأرب من مآربه الشخصية ، فيه دلالة على نقص فيما فرضه عليه مخدومه من الرقابة ، كما أن فيه دلالة على أن مخدومه لم يحسن اختياره .

ثالثا : علاوة على أن الأحكام جرت بعكس ذلك حيث قضت محكمة الاستئناف الأهلية **فى حكم** لها : بمسئولية الحكومة مدنيا عن جناية قتل ارتكبها خفيران على صراف كلفا بمراقبته .. ولكنهما قتلاه بقصد اختلاس الأموال التى كان يحملها الصراف معه(٨٠) وقضت فى حكم آخر : بمسئولية مصلحة البريد مدنيا من سرقة ارتكبها ساع من سعاتها على خطاب سلم اليه بحكم وظيفته(٨١) .

— وأمام هذه الانتقادات ما لبثت أن عدل القضاء عن الاعتداء بالباعث الى الأخذ بمعيار الفقهاء فى عدم الاعتداد بالباعث الشخصى طالما أن الأفعال الخاصة ذات صلة بالوظيفة(٨٢) وأصدرت حكما لها بتاريخ ٨ نوفمبر ١٩٣٨(٨٣) عدلت فيه عما ذهبت اليه فى هذا الشأن فى حكمها سنة ١٩٣٣ .

---

(٨٠) استئناف ١٨ نوفمبر ١٩١٤ ، الشرائع ٢ ص ١١٥ رقم ١١٦ .

(٨١) استئناف ٢٨ يوليه ١٩٠٧ المجموعة ٩ — ٤٢ — ١٧ — انظر فى ورود هذه الانتقادات د. سليمان مرقس ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٣ مارس ، ابريل ، مايو ١٩٤٣ ص ١٨٣/١٨٢ .

(٨٢) انظر نقض مدنى ٢٨ نوفمبر ١٩٤٦ — نقض جنائى ٨ نوفمبر ١٩٣٧ ، المحاماة السنة ٢٠ ص ٨١ — نقض جنائى ٢١ يناير ١٩٦٤ ، مجموعة أحكام النقض (جزائى) السنة ١٥ العدد الاول ص ٧٧ سنة ١٩٤٦ .

(٨٣) نقض بتاريخ ٨ نوفمبر ١٩٣٧ المحاماة — ٨ — ٤٢٠ — ٢١٩ وقد نقضت الحكم الصادر فى هذه القضية وقضت « .. بمسئولية الحكومة وقررت أنه « اذا تعدى وكيل شيخ الخفراء بالضرب على المجنى عليه ... كان هذا التعدى واقعا منه أثناء تأدية وظيفته ، ولم يكن التفتيش والضرب الا اعتمادا على تلك الوظيفة وبذلك تكون الحكومة مسئولة مدنيا عن نتيجة خطأ المتهم طبقا للمادة ١٥٢ مدنى (قديم) ولا تأثير للباعث على الجريمة ، وهو فرض الصلح على المجنى عليه فى الدعوى الحالية ، وعدم قيامه بدفع المبلغ المطلوب منه ، لأن نص تلك المادة **صريح فى فرض المسئولية على المخدوم من كل ما يأتيه الخادم حال تأدية عمله بصرف النظر عن البواعث =**

. . . . . .

= **التى يمكن أن تكون قد دفعته الى ارتكاب ما ارتكب ، ولان اساس مسئولية المخدوم عن خطأ خادمه ترتكز على افتراض سوء الاختيار والنقص فى الرقابة ، ويكفى لقيام هذا الافتراض ان يرتكب الخادم الخطأ اثناء تادية عمله سواء كان هذا الخطأ ناشئا عن باعث شخصى له او عن الرغبة فى خدمة مخدومه** » .

— ويرى الأستاذ الدكتور / سليمان مرقس ، مجلة القانون والاقتصاد العدد ١٣ سنة ١٩٤٣ ص ١٨٤ وما بعدها تعليقا على هذا الحكم « ان الحكم السابق ليس فيه أى أثر لباعث شخصى عند شيخ الخفراء كان يسوغ للمحكمة الاستئنافية أن تستبعد مسئولية الحكومة استنادا اليه او كان يحتاج من محكمة النقض أن تعرض بالنفى لما قد يترتب على الباعث الشخصى من استبعاد مسئولية السيد ... فاذا كان قد جاوز شيخ الخفراء حدود وظيفته بأن أراد أن يفرض عليهم الصلح ، فان عمله يعتبر تزيدا منه لحساب الدولة مخدومته ولا يمكن اعتباره صادرا عن باعث شخصى وكان يكفى محكمة النقض لنقض حكم المحكمة الاستئنافية — التى استبعدت مسئولية الدولة استنادا الى أن الفعل الضار وقع من شيخ الخفراء بدافع شخصى — أن تقرر أن الباعث ليس شخصيا بل متصلا بالوظيفة وكان فى ذلك غنى عن الاستطراد الى القول بان مسئولية السيد تقوم بقطع النظر عن البواعث التى يمكن أن تكون قد دفعت التابع الى ارتكاب، ما ارتكب ولذا ما قررته المحكمة فى هذا الشأن يعتبر تزيدا منها لم يكن يقتضيه الحكم فى القضية التى كانت معروضة عليها ، ولا يكون ذلك عدولا منها عن المبدأ الذى سبق أن قررته فى حكمها سنة ١٩٣٣ » .

— وقد رد الأستاذ الدكتور / سليمان مرقس على أوجه النقد التى قال بها الأستاذ / مصطفى مرعى المذكورة سابقا ويمكن الرجوع فى ذلك الى مجلة القانون والاقتصاد العدد ١٣ سنة ١٩٤٣ ص ١٨٦/١٨٧ .

المطـلب الثـانى

انحراف التابع بمناسبة الوظيفة

«àl'occasion des fonctions»
«àl'occasion des l'exercice»

١٣٢ — تعـريف :

الخطأ بمناسبة الوظيفة : هو ذلك الانحراف أى الخطأ الذى يقع من التابع والذى ييسرت الوظيفة ارتكابه أو هيأت الفرصة لارتكابه فحسب[٨٤].

— فهل يسأل المتبوع عن انحراف تابعه فى مثل تلك الحالات التـى سهلت الوظيفة ارتكابه للانحراف أو هيأت له الفرصة لانحرافه ؟ .

— ان الاجابة على هذا التساؤل تكون من خلال مناقشة ضابط الانحراف بمناسبة الوظيفة وما يعتبر داخلا فى حدود الوظيفة فيكون المتبوع مسئولا ، وما لا يعتبر فلا يكون مسئولا ، وسيكون نهجنا فى ذلك **بيان موقف القضاء والفقه الفرنسى** من الأخذ بمعيار الانحراف بمناسبة الوظيفة ، وكذلـك **موقف القضاء والفقه المصرى** من القول بمسئولية المتبوع عن انحـراف التابع بمناسبة الوظيفة .

١٣٣ — موقف القضاء والفقه الفرنسى :

أولا : موقف القضاء : درجت الأحكام الفرنسية على اقتضاء توافر الصلة بين الخطأ والوظيفة التى كلف التابع بها حيث قضى[٨٥] « بأن الخطأ الذى يمكن اعتباره واقعا بمناسبة الوظيفة ، والذى يمكن أن يسأل عنـه المتبوع بوصفه كذلك تطبيقا للمادة ١٣٨٤/٣ يتطلب أن يكون هناك على الأقل

---

(٨٤) انظر نقض مدنى مصرى ١٩٧٦/٣/٢٣ — م نقض م — ٢٧ — ٧٤٢ .

(٨٥) يقول ميشيل الجالشيه — بارون ، الالتزامات بند ٦٤٩ ص ١٩٤ .

A l'arigine, la jurisprudence avait adopté une interprétation extensive de la responsabilite des commettants en les déclarant responsables dés lors que l'acte accompli par les prépose n'etait pas étranger à lexercice des ses fonctions.

ممارسة ظاهرية للوظيفة ، وأن يكون ذلك الفعل داخلا فى الاطار العـادى لها ومرتبطا بها برابطة السببية أو أى ارتباط آخر » .

— وفى البدء كان الفقه قد اعتمد تفسيرا فسيحا لمسئولية المتبوعـين باعتبارهم مسئولين متى كان الفعل الذى قام به التابع ليس غريبا عن مزاولته لأعماله . **ثم ظهر خلاف بين الفقه ، وغرفة المشورة المدنية ، وغرفة المشورة** الجنائية .

(أ) لقد **اتخذت الدائرة المدنية** la chambre civile موقفا مقيـدا عندما قررت « أن المتبوع لايكون ملزما بالمسئولية الا اذا كان فعل التـابع متصلا برباط السببية أو مرتبطا بممارسة وظائفه ، أو يريد التابع أن يكتسب شهرة بالعمل لحساب المتبوع »(٨٦) .

كما قررت كذلك أنه يجب استبعاد كل مسئولية تتعلق بالمتبوع عندما يكون أساس الفعل المضر ناجما من التعسف من استعمال الوظائف من جانب التابع ، وان ذكر كلمة تعسف تفترض بالضرورة أن يكون هذا الفعل ليس له علاقة بالوظـائف(٨٧) .

(ب) **أما الدائرة الجنائية** «la chambre criminelle» فانها على العكس من ذلك استمرت فى اتخاذ موقف يرمى الى التوسع فى مسئولية المتبوعـين فقط احتفظت بمسئولية المتبوعين متى كان الفعل المضر الذى ارتكبه التابع قد وقع بعد أن يسرت له وظائفه هذا الأمر أو ارتكب بسببها حيث قضـت

---

(٨٦) مدنى ١٤ يوليه ١٩٥٤ «2 arrêts» قراران ، فقه ١٩٥٤ ، قضاء ص ٦٢٨ ، فقه القانون الجنائى ١٩٥٤ — ٢ — ٨٣٥٢ .

Civ 14 juillet 1954 (2 arrêts), D. 1954, jur, p. 628 J.C.P. 1954 II 8352.

وقضت فيه « بعدم مساءلة مالك العقار المستولى عليه عند ارتكاب حارس ذلك العقار سرقة بعض متعلقات شاغل العقار » .

(٨٧) مدنى ١٤ يونيه ١٩٥٧ ، فقه ١٩٥٨ ، وقضاء ص ٥٣ ، مذكرة سافاتييه R. savatier ، فقه القانون الجنائى ١٩٥٧ — ٢ — ١٠١٨٨ ، مذكرة روديير Radière وقضت فيه « بعدم مسئولية مالك السـيارة عن الحادث الذى يرتكبه السائق المعين لقيادتها من قبله شخصيا اثناء خروجه بالسيارة لنزهة شخصية » .

بمسئولية المتبوع عن فعل تابعه — عامل تجليس الرواد فى سينما قام بعد ارشاد احدى الرواد الى طريق المغسل (التواليت) بتتبعها واغتصابها ثم قتلها[٨٨] — ، وكذلك فى أماكن العمل [٨٩] .

— **والفرق بين قضاء الدائرة المدنية والدائرة الجنائية** : أن **الأولى** رفضت اعتبار المتبوع مسئولا عن انحراف تابعه لمجرد أن وظيفه التابع قد سهلت له أو هيات له فرصة الانحراف وتطلبت فوق ذلك أن يكون فعل التابع الذى وقع منه مرتبطا بممارسة وظائفه[٩٠] بينما **الثانية** توسعت فى مسئولية المتبوع وقالت بمسئوليته فى الحالات السابقة .

— وفى معرض التفرقة بين رأى الدائرة المدنية والدائرة الجنائية : أن **الأولى** la causalite adéquate تستند فى رأيها الى علاقة السببية الفعالة فتتشدد فى العلاقة اللازم توافرها بين خطأ التابع وأعمال وظيفته ، **أما الثانية** فمتأثرة بنظرية تعادل الأسباب l'équivalence des conditions فتعتبر صلة السببية متوافرة بين خطأ التابع ، والوظيفة لمجرد وقوع خطئه بمناسبة الوظيفة à laccasion de fonctions [٩١]

— وفى حكم صادر فى ٩ مارس ١٩٦٠[٩٢] انضمت الدوائر المجتمعة

---

(٨٨) جنائى ٥ نوفمبر ١٩٥٣ ، فقه القانون الجنائى ١٩٥٣ — ٢ — ٧٨١٨ مكرر ، جنائى ٢٠ مارس ٩٥٨ ، النشرة الجنائية رقم ٢٨٠ ص ٤٨٤ .

(٨٩) جنائى ٩ نوفمبر ١٩٥٥ فقه القانون الجنائى ١٩٥٦ — ٢ — ٩٠٦٣ ، مذكرة بيسون Besson — جنائى ٢١ يناير ١٩٥٨ ، النشرة الجنائية رقم ٧٥ ص ١٣١ .

(٩٠) يقول فلوروابير ، المرجع السابق ج٢ سنة ١٩٨٦ ص ٣٤٧ فى معرض التفرقة بين موقف الدائرة المدنية والجنائية :

«En schématisant - beaucoup - la divergence entre les deux chambres pouvait, au résultat de ces arrêts se traduire de la façon suivante, tandis que la chambre civile ne retenait la responsabilité du commettant que pour des fautes commises par le preposé dans ses fonctions, la chambre criminelle se satisfaisait de fautes commises simplement à loccasion des fonctions. Cette oppasition malgré diverses tentatives de repprochement. pasait bien s'être maintenue jusqu'a ce jour du moins pour l'essemntiel».

(٩١) انظر ليتورنو ، المرجع السابق ، طبعة ثالثة سنة ١٩٨٢ نبذه ٢٣٩١ وما بعدها د. سليمان مرقس ، الوافى فى شرح القانون المدنى ط ١٩٨٩ ص ٨٦٤ .

(٩٢) فقه القانون الجنائى ١٩٦٠ — ٢ — ١١١٣٣٩ ، مذكرة روديير فقه ١٩٦٠ ، قضاء ص ٣٢٩ — مذكرة ر. سافاتييه R. savatier .

«les chambres réunles» في محكمة النقض والابرام الى موقف الدائرة المدنية ، حيث رفضت فى هذا الحكم صيغة الاستئناف المقدمة ضد حكم كان قد رفض مسئولية أحد المتبوعين استخدم تابعه السيارة دون السماح له بذلك لأ التابع قام « بفعل لايمت بصلة الى علاقة التبعية التى تربطه بمجتمعه » .

Un acte indépendant du repport de prepasition qui l'unissait à son employeur».

— الا أن هذا الحكم لم يضع حدا للاختلاف فى الرأى القائم بين غرفة المشورة المدنية « الدائرة المدنية » ، وغرفة المشورة الجنائية (الدائرة الجنائية) ، فقد استمرت الأخيرة فى اقرار مسئولية المتبوع فى حالة التعسف فى استخدام الوظائف أو لمجرد أن تكون الوظائف قد مهدت السبيل لوقوع الفعل المضر الذى ارتكبه المتبوع ، وقد حمل حكم أصدرته الدائرة الجنائية فى ٢١ نوفمبر ١٩٦٨[٩٣] أحد المتبوعين مسئولية حادث الاغتيال الذى ارتكبه أحد العمال خارج مكان وفى غير أوقات العمل حيث قتل رئيسه فى العمل مستخدما لوحا خشبيا أخذه من ورشته ، كما قضت فى حكم آخر صادر فى ٢٨ مارس ١٩٧٣[٩٤] بمسئولية صاحب محل جزارة عن الفعل الذى ارتكبه كاتب حساباته الذى أصاب أحد الجيران أثناء اطلاقه النار من بندقيته الصغيرة وقد وقع الحادث خلال نصف ساعة من وقت فراغه بعد تناوله وجبة الغداء [٩٥] .

— فى حين أن الدائرة المدنية أبقت على موقفها المقيد لمسئولية المتبوع[٩٦] .

---

(٩٣) Goz. pal 1969 — 1 — 40

(٩٤) فقه ١٩٧٤ ، قضاء ص ٧٧ ، مذكرة جوبير «Jaubert» مجلة القانون المدنى الموسمية ١٩٧٤ ص ٤١٨ ملاحظة د «ols Durry»

(٩٥) **انظر كذلك** : جنائى ٢ نوفمبر ١٩٧١ ، فقه ١٩٧٢ ، قضاء ص ٢١ ، مذكرة لارومبه Larroumet — جنائى ٣٠ يناير ١٩٧٥ ، النشرة الجنائية رقم ٩٧ — جنائى ٨ فبراير ١٩٧٥ ، فقه ١٩٧٥ .

(٩٦) Civ. 9 oct, 1963 Gaz pal 9964 I 116; civ. 7. jan v. 1965, Gaz pal 1965 I 229; civ 9 fév 1967, Gaz pal. 1967 I 224, Rev. Trim. dr; civ. 1967 p. 635 obs Durry, civ 13 fév, 1975 Bull, civ, II n°5e p. 42; civ. 15 déc, 1975 Bull civ. II n° 346, p. 279; civ. 7 juillet 1976 J.L.P. 1976 IV p. 296, Bull, civ. II n° 235, p. 184 - I.

— ومثل الدوائر المجتمعة فى عام ١٩٦٠ انضم مجلس القضاء الاعلى « الجمعية العمومية » لمحكمة النقض والابرام «l'assemblée plénière de la cour de cassation» بالحكم الذى أصدره فى ١٠ يونيه ١٩٧٧م(٩٧) الى موقف الدائرة المدنية الثانية برفضها الزام أحد المتبوعين بمسئولية حادث ارتكبه تابعه الذى استخدم أحد عربات الشركة للأغراض الشخصية .

وفى سنة ١٩٨٣ عادت الجمعية العمومية مرة أخرى وقضت « بأن التابع الذى يتصرف بدون تصريح من صاحب العمل لتحقيق أغراض أجنبية عن الوظيفة يضع نفسه خارج نطاق الوظيفة التى استخدم من أجلها ، ولذلك لا يسأل المتبوع عن خطئه فاذا كانت محكمة الاستئناف قد قدرت أن الفعل الضار هو فعل عمدى خارج نطاق الوظيفة ، وتم ارتكابه لتحقيق أغراض شخصية فان المحكمة اذا قضت بعدم مسئولية المتبوع فانها تكون قد طبقت القانون التطبيق الصحيح(٩٨) . وقد أكبرت الجمعية العمومية لمحكمة النقض حكمها السابق فى ١٥ نوفمبر ١٩٨٥(٩٩) .

— وهذه الأحكام المذكورة قد حسمت الاختلاف فى الرأى الفقهى لدائرتى محكمة النقض والابرام على الأقل فى مجال الاستعمال التعسفى لاحدى السيارات ، وأن غرفة المشورة الجنائية « الدائرة الجنائية » انضمت الى هذا الاتجاه فى الحل الذى اتخذه مجلس القضاء الأعلى « الجمعية العمومية »(١٠٠) ، ولقد تمسكت الدائرة الجنائية برأيها الفقهى فى الافتراضات الأخرى(١٠١) .

---

(٩٧) Gaz - Pal 190 oût 1977, cah, jur. Elec Gaz 1977, jur p. 145 note le Galcher. Baron, Rev Frim dr.; civ. 1977 p. 774 obs. Durry, J.C.P. 1977 II 18730, Concl Gulphe.

(٩٨) نقض الجمعية العمومية ١٧ يونيه ١٩٨٣ فى دالوز ١٩٨٤ — ١٣٤ .

(٩٩) نقض الجمعية العمومية ١٥ نوفمبر ١٩٨٥ دالوز ١٩٨٦ — ٨١ والتعليق .

(١٠٠) Crim 15 mars 1978, D, 1978 jur p. 412. Crim 18 juillet, 1978, J.C.P. 1978 iv p. 304, Bull crim n° 237 p. 627.

(١٠١) Crim 3 mai 1979, Bull crim n° 157 - Crim 18 juin 1979, Bull, Crim n° 212.

وفى هذا المعنى يقول فلورواوبير :

Flour J. et Aubert (J.L.) : Droit civil : les abligations vol. II.

ثانيا : موقف الفقه الفرنسي(١٠٢) :

— أما موقف الفقه الفرنسى فقد انقسم الى فريقين : **الأول** : اتجه الى تأييد الاتجاه القاضى بالتوسع فى تفسير المادة ١٣٨٤/٣ والذى تبنته الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية ، حيث تنطبق حتى على الانحراف الذى كان دور الوظيفة فيه مجرد تسهيل وقوعه أو تهيئة الفرصة لارتكابه(١٠٣) أى بقول بمسئولية المتبوع بمناسبة الوظيفة ، ويرى أصحاب هذا الرأى أن مساءلة المتبوع عن أخطاء تابعه حيث كانت الوظيفة هى الهدف من ارتكاب الفعل غير المشروع ، أو الوسيلة الضرورية لوقوعه حتى وان كان هناك خروج عن حدود التعليمات التى أصدرها المتبوع فى هذا الخصوص ، وأصحاب هذا الرأى لا يرون فى الزمان والمكان وحدهما سببا للمساءلة اذا ماوقع الفعل أثناءه ، ولايمكن القول بها الا حيث تقوم الوظيفة بتسهيل وقوعه ، أما فيما يتعلق بالوسائل الخاصة بتنفيذ ماعهد للتابع من عمل فان هذا الرأى يقرر مساءلة المتبوع فقط حيث تكون تلك الوسائل قد لعبت

= Sources : le fait juridique 1986 p. 251-252 «En dernière analyse, la jurisprudence loin de s'être clarifieé et unifieé, à la suite de l'arrét du lojuin 1977, apparait aujourd'hui doublement diviseé. Dune part l'opposition entre la chambre civile et la chambre criminelle subsiste pour l'essentiel : pour tous les Casd' obus de fonctions qui ne reproduisent pas strictement les caractéristiques de fait de l'arrêt de 1977. D'autre part, et C'est la suite nécessaire de ce qui précéde, la chambre criminelle n'aplus de position uniforme à l'égard des abus de fonctions commis par les préposés, elle écarte la responsablité du commettant, s'il s'agit de l'abus précisément concerne par l'arrêt de 1977, elle la retient au contraire, dans tous les autres Las. Ce faisapt elle parait Considérer, que Certains abus de fonctionssont, rattachables â l'exercice des fonctions, alors que d'autres ne le sont pas ce qui n'est guère logique».

(١٠٢) انظر فى عرض موقف الفقه الفرنسى ايضا د. محمد الشيخ عمر ، فى رسالته ، ص ٣٤٧ — ٣٥٠ .

(١٠٣) سافاتييه ، المرجع السابق،بند ٣١٨ . هنرى لالو Labou H. Traité pratique de la responsabilite 6e éd Paris 1962 N : 1050-1055.

— وأيضا Beudant القانون المدنى الفرنسى ، ط ١ بند ١٢١٤ — مقال سافتييه فى تعليقه على حكم محكمة النقض بدوائرها المجتمعة ٩ مارس ١٩٦٠ ، فقه القانون الجنائى ١٩٦٠ — ٢ — ٥٥٩ .

دورا مباشرا فى وقوع ذلك الخطأ[١٠٤] .

ـ أما الثانى : فاتجه الى تأييد موقف الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية ، ورأى استبعاد الأفعال غير المشروعة ، من نطاق المساءلة واقتصارها على مايقع حال تأدية الوظيفة أى مايرتبط بها برابطة سببية مباشرة[١٠٥] .

واستند أنصار هذا الرأى فى تأييد رأيهم الى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى للمادة ١٣٨٤ وتعديل مجلس الدولة لمشروع القانون ١٣٨٤/٣ .

وذلك لأن ارادة المحررين للقانون كانت تتجه الى حصر مسئولية المتبوع فى الحالة التى يكون فيها التابع متصرفا بحسب أوامر سيده ، أى حيث يكون قد عهد اليه بمهمة معينة .

١٣٤ ـ موقف القضاء والفقه المصرى :

أولا : موقف القضاء : اتجه القضاء المصرى للأخذ بمسئولية المتبوع بمناسبة الوظيفة ، حيث يقر مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه بمناسبة تأدية عمله المكلف به ، حيث ذهب القضاء الى القول « بأن القانون عندما حدد نطاق هذه المسئولية بأن يكون العمل الضار غير المشروع واقعا من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها ، لم يقصد أن تكون المسئولية مقصورة على خطأ التابع وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ ، أو أن تكون ضرورية لامكان وقوعه بل تتحقق مسئولية المتبوع أيضا كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة ، **أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على اتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، سواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى ، وسواء كان الباعث الذى**

---

(١٠٤) سافاتييه ، المرجع السابق ، ص ٤١٢ .

(١٠٥) مازو ، المرجع السابق ، طبعة ٦ بند ٩١١ ـ اسمان : مسئولية المتبوع ، المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ١٩٢٤ ص ٢٠١ ، وايضا فلور ، المرجع السابق ، ص ٣٢١ ـ وايضا روديير مقاله المنشور فى فقه القانون الجنائى ١٩٥٦ ـ ٢ ـ ٦٥٧٧ ـ بلانيول وريبير واسمان ، التزامات الجزء لأول صفحة ٨٨١ .

دفعه اليه متصلا بالوظيفة أو لا علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه»(١٠٦) .

— وقضت أيضا محكمة النقض أخذا بمسئولية المتبوع عن انحراف تابعه بمناسبة الوظيفة صراحة عندما قضت فى حكم لها على أنه « المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القانون المدنى أقام فى المادة ١٧٤ منه مسئولية المتبوع عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع على خطأ مفترض من جانب المتبوع فرضا لا يقبل اثبات العكس ، مرجعه سوء اختياره لتابعه ، وتقصيره فى رقابته وأن القانون اذ حدد نطاق هذه المسئولية بأن يكون العمل الضار غير المشروع واقعا من التابع **« حال تأديته الوظيفة أو بسببها » لم يقصد أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ أو أن تكون ضرورية لامكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضا كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته ، أو ساعدته هذه الوظيفة على اتيان فعله غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت ارتكابه ، سواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى ، وسواء أكان الباعث الذى دفعه اليه متصلا بالوظيفة أو لا علاقة له بها وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه»(١٠٧) .**

— ومن الأمثلة التطبيقية أيضا ماقضى به القضاء بمسئولية الحكومة عن خطأ الخفير الذى استدرج زوج خليلته الى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة ، وذلك لأن الفعل غير المشروع قد وقع منه بوصفه خفيرا ، وفى الدرك المعين لتأدية خدمته فيه ، وبالسلاح المسلم اليه من الحكومة وأن المتهم انما تذرع بوظيفته ليضال بالمجنى عليه حتى طاوعه وجازت عليه الخدعة ثم تمكن من الفتك به .

وجاء فى حيثيات الحكم « ان القانون اذ نص فى المادة ١٥٢ مدنى (قديم) على الزام السيد بتعويض الضرر الذى أصاب الغير عن أفعال خدمه متى كان واقعا فى حال تأدية وظائفهم انما قصد بهذا النص المطلق

---

(١٠٦) انظر فى ذلك نقض مدنى بتاريخ ١٩٧٦/٣/٢٣ — م نقض م — ٢٧ — ٧٤٢ .

(١٠٧) الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٦/١ س ٢٢ ص ٧١١ .

أن يحمل المخدوم بالمسئولية المدنيـــة عن الضرر النـــاتج عن كل فعل غير مشروع يقع من ذلك التابع ، وذلك على الاطلاق اذا كان الفعل قد وقع فى أثناء تأدية الوظيفة ، بغض النظر عما اذا كان قد ارتكب لمصلحة التابع أو لمصلحة المخدوم ، وما اذا كانت البواعث التى دفعت اليه لا علاقة لها بالوظيفة أو متصلة بها ، أما اذا كان الفعل لم يقع من التابع وقت تأدية الوظيفة بالذات ففى هذه الحالة تقوم المسئولية ، كلما كانت الوظيفة هى التى ساعدت على اتيان الفعل الضار ، وهيأت للتابع بأية طريقة فرصة ارتكابه لأن المخدوم يجب أن يسأل فى هذه الحالة على أساس اساءة خدمه استعمال الشئون التى عهد بها اليهم متكفلا بما فرضه القانون فى حقه من وجوب مراقبتهم ، وملاحظتهم فى كل مايتعلق بها »(١٠٨) .

ـ كما قضى أيضا بمسئولية الحكومة عن خطأ رجل البوليس الذى توجه بعد انتهاء عمله الى حفلة عرس كان قد دعى اليهـــا وأطلق السلاح النارى الذى سلم اليه لمقتضيات الوظيفة ، تعبيرا عن مشاعره الخاصة ، وتركته يحمله فى جميع الأوقات فأصاب فتاة كانت جالسة بين الحاضرين، لأن الشارع لم يقصد قصر المسئولية فى المادة ١٥٢ مدنى (قديم) (١٧٤ مدنى جديد) على ما يقع من التابع وهو يؤدى عملا داخلا فى وظيفته ، أو يمارس شأنا من شئونها ، بل يجوز أن تتحقق هذه المسئولية أيضـــا كلما كانت وظيفة التابع قد ساعدته على اتيان فعله الضـــار غير المشروع أو هيأت له الفرصة لارتكابه ، بحيث لولاها لمـــا وقع الفعل بالصـــورة التى وقع بها .

وجاء فى حيثيات ذلك الحكم : « ذلك أن السلاح النارى الذى نشأت عنه الاصابة قد استلمـــه المتهم من وزارة الداخليـــة بموجب وظيفتـــه

---

(١٠٨) نقض جنائى ٢٧ يناير ١٩٤١ ـ مجموعة أحكام النقض (جنائى) ج ٥ رقم ١٩٦ ص ٣٩٦ .

واستطاع بسببها وما يسرته له من حمل السلاح فى غير ما حرج بين الناس وهيأت له الوظيفة بذلك فرصة ارتكاب الحادث باطلاق النار من السلاح الذى يحمله واصابة المجنى عليها اذ لولا هذه الوظيفة وما يسرت لصاحبها من حمل السلاح الحكومى لما وقع الحادث منه » (١٠٩) .

— ونستخلص من الأحكام السابقة لمحكمةالنقض أنه لايلزم لتحقق مسئولية المتبوع عن انحراف (خطأ) تابعه أن يرتكب التابع الانحراف أى الخطأ وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته أو أن ترتبط التبعية بالخطأ ارتباط العلة بالمعلول بأن هى السبب المباشر للخطأ ، أو أن تكون ضرورية لوقوعه ، ولا أن يرتكب التابع الخطأ ، أو أن تكون الوظيفة هى التى دفعته للتفكير فى ارتكاب الانحراف ، وانما يكفى لتحققها أن يرتكب التابع الخطأ بمناسبة الوظيفة بأن تكون هى التى هيأت له ارتكاب الانحراف أى الخطأ على أى نحو ، أو سهلت له ارتكابه على أى نحو ولو كان قد جاوز حدودها أو اساء استعمالها أو استغلها أو صدر عن باعث شخصى ، وسواء علم المتبوع بذلك أو لم يعلم ، وبغير حاجة الى البحث فيما اذا كان الخادم (التابع) قد خالف أمر سيده (المتبوع) أم لا (١١٠) .

ثانيا : موقف الفقه :

انقسم الفقه المصرى الى فريقين ازاء الأخذ بمعيار مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه بمناسبة الوظيفة بأن تكون الوظيفة سهلت أو

---

(١٠٩) نقض مدنى ٣ مايو ١٩٥٦ — مجموعة احكام النقض (مدنى) سنة ٧ العدد ٢ رقم ٨٠ ص ٥٧٢ .
وانظر فى نفس المعنى : نقض ٢٠ نوفمبر ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض (جزائى) سنة ١٣ ص ٧٥٣ — نقض جنائى ١٧ ديسمبر ١٩٦٣ ، مجموعة احكام النقض (جزائى) السنة ١٤ ص ٩٠٤ .

(١١٠) قضت محكمة النقض المدنية المصرية فى ١٢ نوفمبر ١٩٣٦ مجموعة عمر ، رقم ٢ ص ٨ بانه « يكفى لمساءلة المتبوع أن يكون الخطأ المنتج للضرر قد وقع من الخادم ، وأن يكون ذلك أثناء تأدية الخادم عمله وبغير حاجة الى البحث فيما اذا كان الخادم قد خالف امر سيده ، لأن هذه المسئولية مفترضة افتراضا قانونيا » .

ساعدت أو هيأت الفرصة لارتكاب الفعل الضـار غير المشروع • مابين مؤيد لهـذا الاتجاه الذى سلكه القضاء المصرى ، ما بين معارض لهـذا الاتجاه التوسعى على الوجه الآتى : —

(أ) ذهب جانب من الفقـه (١١١) الى تأييد ماذهبت اليه محكمـة النقض من توسع قائلا : « بأن خطأ الخادم قد لايقع منه أثنـاء تأدية وظيفتـه بالذات ، وانما تقع منه بمناسبة وظيفته فقط متى كانت الوظيفة هى التى هيأت للخادم اتيان ما أتى به من خطأ اذا كان الخطأ متصـلا بالوظيفة اتصالا ظاهرا » (١١٢) •

ـ وقد ذكر أصحاب هذا الاتجاه بعض الأمثلة التوضيحية لانحراف التابع بمناسبة الوظيفـة (١١٣) :

١ ـ سائق انتهز فرصة وجود سيارة سيده تحت تصرفه فسار بها الى حيث أراد أن يقضى حاجة شخصية له (١١٤) •

---

(١١١) د/ محمود جمال الدين زكى ، الوجـيز فى نظـرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى ج١ ص ١٩٦ ص ٢٩٦ .

(١١٢) أنظر مصطفى مرعى ، المرجع السابق ، ص ٢١١ بند ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

(١١٣) **انظر عرض هذه الأمثلة** مصطفى مرعى ، المرجـع السـابق ص ٢١١ وما بعـدها بنـود ٢٢٢ — ٢٢٤ .

(١١٤) **انظـر عكس ذلك حـكم محكمة النقض** بتاريخ ١٩٣١/٣/٢٦ ، محاماة السـنة ١٢ بند ٢ حكم رقم ٥٩ ص ١٠٥ حيث عرضت على محكمة النقض قضـية سـيده حضرت لصيفها بالاسكندرية ، وتركت سـيارتها بالاسكندرية بعد أن أخـذت معهـا مفاتيحها ، وكان عند السـيده المذكورة سـائس فانتهز فرصـة غيابها وأصطنع مفتـاحا للسـيارة ، واستعملها خلسـة لمصلحته الخاصـة فصـدم عربه بها شخص فأماته وقـد أقـرت **محكمة النقض الحكم القاضى بعدم مسئولية صاحب السيارة وجاء فى حيثيات حـكم النقض ما يأتى :** « حيث أنه مادام قد ثبـت أن جـودة حسن الحبشى لـم تستخدمه السيده المذكورة سائقا لسيارتها بل كان هـو عندها كسائس فقـط لا شأن له بالسـيارة من جهة قيادتها ، وثبت أيضـا أنها احتاطت فأخـذت مفتاح السـيارة معها حتى لا يتمكن أحـد من استعمالها ، وثبت ان هذا السائس تلصص على مال سـيدته فى غفلة منهـا فاصطنع مفتاحا للسـيارة ليستعملها خلسة لمصلحته الشخصية وقد استعملها فعـلا على هذا الوجـه المناقض كل المناقضـة لمصلحة سيدته ، فكل هـذا الذى ثبت لا يـدع محـلا لشك فى أن مخدومته ليست مسئولة عما جـره بعمله من الاضرار ولقد انصفت المحكمة الاستئنافية اذ اعتمدت ما قررته المحكمـة =

٢ — أو خفيرا تجاوز دركه وقت خدمته وانتقل الى درك آخر حيث ارتكب حادثة ما (١١٥) .

=الابتدائية من أن المادة ١٥٢ مدنى (قديم) (١٧٤ مدنى جديد) لا انطباق لها فى هذه الصورة التى ليس فيها المتهم خادما مسلطا من قبلها على قياده السيارة بل هو أجنبى فى هذه الخدمة خائن فى مال سيدته فى غفلة منها وعلى الرغم من احتياطها » .

وقد علق الاستاذ / مصطفى مرعى على هذا الحكم قائلا « على أن حكم محكمة النقض — اذ نفى مسئولية صاحبة السيارة استناد على أن السائس كان فيما أتاه أجنبيا عن وظيفة القيادة التى وقع الخطأ أثناءها — لا يخلو من نقد : **أولا** : ان الرأى الراجح فى فرنسا يجعل المخدوم مسئولا عن الخطأ الذى يقع من خادمه أثناء عمل هيأته له وظيفته ومكنته منه ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون الخادم فى هذا العمل متجاوزا حد سلطة له بحكم وظيفته أو مغتصبا سلطة ليست له فيما اتفق عليه بينه وبين مخدومه ، وأن مجال الاعتراض على هذا الرأى فى مصر أضيق منه فى فرنسا بقدر ما اختلفت عبارة المشرع المصرى عن نظيرتها فى القانون الفرنسى . **ثانيا** : لأن وظيفة السائس — على خلاف غيرها من الوظائف كوظيفة الطباخ أو المحصل مثلا — متصلة بوظيفة السائق اتصالا مظهره أن كلا من الوظيفتين ينصب على موضع واحد من مواضع الخدمة ، كما أن كلتاهما تتمم الاخرى ، ومع هذا الاتصال بين الوظيفتين لا محل للقول بأن السائس اذا قاد السيارة على غير علم سيدته كان أجنبيا عن القيادة غير مسلط عليها ، وكل ما يمكن قوله أن السائس وقت القيادة كان متجاوزا حده فقط . **ثالثا** : تأثرت المحكمة فى حكمها بأن صاحبة السيارة قد حرصت على أن لا تستعمل السيارة فى غيبتها فأخذت مفتاحها معها ، كما تأثرت المحكمة فى حكمها بأن السائس فيما أتاه قد خرج على واجبه وتلصص على مال سيدته ، وهذه ظروف ان كانت تنهض فى جانب السيدة صاحبة السيارة فى ظل العدالة المطلقة ، الا أنها لا تكفى وحدها فى ظل القانون لاعفاء السيدة من المؤاخذة عن خطأ وقع من خادمها أثناء عمل هيأت له وظيفته التى لولاها لما أحدث ما حدث وقد عرفنا أن المخدوم يسأل عن خطأ خادمه ولو كان هذا الخطأ قد وقع من الخادم على خلاف تعليمات المخدوم » .

(١١٥) نقض بتاريخ ١٩٢٥/٢/٢٢ ، محاماة السنة الخامسة رقم ٦٠٩ ص ٧٣٣ حيث جاءت فى حيثيات الحكم « حيث أنه من الثابت أن الحادثة التى أصيبت فيها المجنى عليها نشأت عن اهمال الخفير الذى أطلق العيار النارى من بندقيته الميرى ليلا ، وكان فى ذلك الوقت موجودا فى درك خفير آخر بعد أن ترك دركه ليشرب ، وحيث أن المحكمة دفعت مسئوليتها بأن الخفير لم يكن يؤدى وظيفته وقد خالف الاوامر بتركه دركه ، وحيث أن الحادثة وقعت بسبب تأدية الخفير لأعمال وظيفته ، ومن المبادىء المقررة بأن السيد مسئول عن عمل خادمه ولو لم يكن المغرض من هذا العمل =

٣ — أو كان مستخدما عند تاجر أوفده مخـدومه الى عميل ليوصل اليه بضاعة فانتهز فرصـة وجوده فى منزل العميل وسرق متـاعا وصلت اليه يده (١١٦) .

— وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه فى تأييد رأيهم بالقول : —

١ — ان المـادة ٢٤٥ من المشروع التمهيـدى اذا كانت تسوى العمل غير المشروع الذى تهيىء الوظيفة للتابع فرصة ارتكابه بالعمل غير المشروع أثنـاء الوظيفة ، وأقر المشرع بهذا مذهب القضاء المصرى فى تزرعه الى التوسع فى مسئولية المتبوع ، فانه لم يقصد بتعديلها فى لجنة القـانون المـدنى بمجلس الشيوخ الى ما انتهت اليه فى المـادة ١٧٤ ، وتضييق نطاقها ، بل آثرت اللجنة أن تنسج على منوال التقنين الحـالى فى التعبير ابقاء على ما انتهى اليه القضاء من نتـائج فى تفسير المـادة ١٥٢ (قديم) (١١٧) .

٢ — كما ذهب هذا الرأى الى القول بأن الرأى عند جمهرة العلماء

= القيام بشئون الوظيفة ، بشرط أن يكون فعله مرتبطا بالعمل الذى يقوم به، وحيث أن السيد لا تزول مسئوليته ، ولو كان الخادم قد ارتكب الفعل المسند اليـه خالف أ وامـر سـيده » .

(١١٦) مرسليا ١٩١٣/٧/٢٨ جـارنا صفحة ٥٤٢ .

(١١٧) أنظر فى ذلك د/ محمود جمال الدين زكى ، الوجيز فى نظرية الالتـزام فى القـانون المـدنى المصرى ج١ ص ٢٩٦ طبعـة ١٩٦٨م ونقض جنـائى بتـاريخ ٣ مـايو ١٩٥٦ مجموعـة احكـام النقض ٧ — ٥٨٢ — ٨٠ ، نقض جنـائى ١٧ ابريـل ١٩٥٦ مجمـوعة احـكام النقض الجنائى ٧ — ٦١٠ — ١٧٢ حيث جـاء فى حيثيات حكمهـا « **أولا** : بانه وان كانت واقعة الدعـوى تخضع لحكم المـادة ١٥٢ مدنى قديم الا أن هذا الحكم — كما استقر على تأويله قضاء هذه المحكمة — لا يفترق فى شىء من حكم المـادة ١٧٤ مدنى جـديد ، ذلك أن المشرع آثر أن ينسـج على منوال التشريع القديم فى التعبـير واقتصد فى تعـديل صيغة الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ ، فلم يضف سوى عبارة « أو بسببها » ولم يهـدف من ذلك الى ايراد حكم جـديد لمسئولية المتبـوع عن عمـل تابعه غـير المشروع ، انما قصد فى الواقع الى اقرار هذه المسئولية كما كانت وفى الحـدود التى جرى عليها القضاء فى ظل القانون القديم ، كما يتبين من الاعمال التحضيرية لتقنين المـادة ١٧٤ مدنى فاذا كان الحكم المطعون فيه قد اسـتند الى هذه المـادة وأشـار الى الاعمـال التحضيرية فيما اتجهت اليه من اقرار مذهب القضاء فى القانون المدنى القـديم ، فان الحـكم لا يكون قـد اخطـأ فى تطبيـق القـانون .... » .

فى فرنسا أن مسئولية المخـدوم تتنـاول مايقع من خادمه أثنـاء تأدية وظيفتـه dans l'exercile de ses fonctions كما تتناول ما يقع من الخادم بمناسبة تأدية وظيفته a l'occasion de cetexercice أو أثناء اساءة استغلالها Alors même que le dommage resulte d'unabus de dite fonctions ولا يشترط فى الحالتين الأخيرتين الا أن تكـون الوظيفة هى التى هيأت للخادم اتيان ما أتى من الخطأ الداعى للمؤاخذة (١١٨) .

٣ — واستندوا أيضا الى أن كثرة من أحكام المحاكم الفرنسية تؤيد الرأى القائل بالتوسع فى مسئولية المتبوع ، علاوة على أنه رأى ظـاهر الحجة ، لأن على المخدوم أن يكون دقيقا فى اختيار خدامه ، وأن يفرض عليهم بعـد اختيارهم رقابة صـارمة تحول بينهم وبين أن يتجـاوزوا حدودهم أو أن يسيئوا استغلال وظائفهم بحيث اذا خرج الخادم على مقتضى واجبه ، أو أساء استغلال وظيفته ، فقد صح القول بأن المخدوم لم يكن موفقا فى اختياره لخادمه أو لم يحسن مراقبته ، وهذا كاف وحده لوجوب مسئولية المخدوم، لأن مسئوليته انما تقوم على مظنة سوء المراقبة ومظنة سوء الاختيار (١١٩) .

٤ — ان الأخذ بهذا الاتجاه فى القـانون المصرى أولى لأن عبـارة المادة ١٥٢ مدنى (قديم) (تقابلها المادة ١٧٤ مدنى جديد) أوسع من عبارة المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى .

---

(١١٨) الاسـتاذ / مصطفى مرعـى ، المرجـع السـابق ، بند ٢٢ ص ٢١١ / ٢١٢ .

وقد أشار فى هامش (١) ص ٢١٢ نفس المرجع الى الفقـه الفرنسى المؤيـد لهذا الاتجاه : بوردى وبارد ، الالتزامات ، ح ٤ نبـذة ٢٩١٤ — اوبرى ورود ، المرجع السابق ، ط ٤ ج ٤ نبذة ٤٤٧ هامش ٢٣ / ٢٤ — كولان وكابيتان ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ١٩٥ — ديموج ، المرجـع السابق ، ج ٥ نبذة ٩١٩ — ٩٢٠ .

(١١٩) الاسـتاذ / مصطفى مرعـى ، المرجـع السـابق ص ٢١٢

وانظر فى أحكام النقض الفرنسية :

نقض ١٩٢٨/١١/٢٣ ، دالـوز الاسـبوعى ١٩٢٩ — ٢١ ، اكس ١٩١٤/٣/١٣ سـيرى ١٩١٤ — ٢ — ١٧٧ ، نقض ١٩١٠/٣/٢١ سـير ١٩١٣ — ١ — ٢٩٧ ، نقض ١٩٠٧/٣/٢٣ داللوز ١٩٠٨ — ١ — ٣٥١ — نقض ١٩١٩/١١/١٧ دالـوز ١٩٢٠ — ١ — ١٥٦ ، نقض ١٩٠٧/٣/٢٢ سـيرى ١٩٠٧ — ١ — ١٧٣ ، نقض ١٩٢٧/١٢/٢١ جازيـت باليـه ١٩٢٨ — ١ — ١٣٧ ، نقض ١٩١٥/٢/٥ دالوز ١٩١٩ — ١ — ٨ .

(ب) أما غالبية الفقه المصرى فقد رفض الأخذ بالمعيار المطلق لتقرير مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه فلا تقوم مسئوليـــة المتبوع اذا وقع الانحراف بمناسبة الوظيفة بأن تكون الوظيفـــة قد سهلت أو ساعدته أو هيأت له الفرصة لارتكاب الانحراف أى الخطأ ، حيث ذهب غالبية الفقه الى ضرورة تقييد مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه ، لأن كثيرا ماتكون الوظيفة قـــد هيأت ارتكاب الفعل الضار ، ومع ذلك لا يترتب على عمله مسئولية المتبوع ، كأن يقوم التابع مثلا بالحصول على الوسيلة التى سهلت له ارتكاب ذلك الانحراف من طريق الوظيفة ، كما اذا ارتكب أحد العمال مخالفة جمع مفرقعات باستعماله فى ذلك مواد أولية سرقهـــا من المصنع الذى يعمل به .

ويرى البعض من أصحاب هذا الرأى : أن كون الوظيفة قد هيأت الفرصـــة لارتكاب الانحراف أو ساعدت عليه لايعدو أن يكون عنصر من العنـــاصر التى يعتمد عليها القاضى فى الاستدلال على حصـــول التجاوز فى حدود الوظيفـــة ، بشرط أن تكون التسهيلات التى هيأتها الوظيفـــة للتابع مرتبطة بالوظيفـــة **برباط السببية المباشرة ، بحيث يثبت أنه لولا الوظيفة ما وقع الخطأ** ، ويكون ذلك بأحد أمرين : التزيد فى أداء عمل من أعمـــال الوظيفة ، واما باساءة استعمال شـــئون الوظيفة (١٢٠) كما يرى البعض الآخر من أنصار هذا الرأى (١٢١) : ان مسئوليـــة المتبوع لاتقوم اذا وقع انحراف تابعه بمناسبة الوظيفة على اطلاقه فليس كافيا أن تكون الوظيفة ساعدت على اتيان الخطأ أو أنها هيأت الفرصة لارتكابه،

---

(١٢٠) أنظر د. سليمان مرقس ، بحـــوث وتعليقات على الأحـــكام ط ١٩٨٧ ص ٤١٥ ، د. عبد الحى حجازى ، موجز النظرية العامة للالتزام ج١ طبعة ١٩٥٥ ص ٥٢٦ .

(١٢١) د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٥٤ وما بعدهـــا بند ٦٨٥ وما بعده — د. توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٣٧٧ بند ٢٢٢ — د. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٦١ / ٢٦٢ — د. عبد الحى حجازى ، المرجع الســـابق ، ص ٥٣١ / ٥٣٢ — د. مصطفى الجمـــال ، المرجع السابق ، ص ٤١٤ / ٤١٥ — د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣١٢ / ٣١٣ — د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤٤٢ / ٤٤٣ — د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٣٨٩ / ٣٩٠ .

بل يجب فوق هذا اثبات أن التابع ما كان يستطيع ارتكابه للانحراف أى الخطأ لولا الوظيفة أى أن الوظيفة ضرورية لارتكاب الانحراف من قبل التابع أو أنه لم يكن ليفكر فى ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة .

١٣٥ — أوجه النقد لمعيار مسئولية المتبوع بمناسبة الوظيفة :

— لقد اتجه الفريق الثانى من الفقه الى نقد معيار مسئولية المتبوع بمناسبة الوظيفة وذلك بقولهم :

(أ) ان هذا المعيار غير واضح وضوحا كافيا ، ولا يعتبر ضابطا دقيقا ، اذ يتعذر معه القول متى تعتبر الصلة بين فعل التابع ووظيفته كافية ومتى لا تعتبر كذلك ، وقد أدى الأخذ به الى تضارب الأحكام(١٢٢) **فمثلا** : اذا استعمل السائق سيارة سيده فى مصلحته الشخصية فقد حكم تارة بأن الحادث الذى ارتكبه السائق فى أثناء ذلك ذا صلة كافية بوظيفته ويستتبع مسئولية السيد عنه (١٢٣) وحكم تارة أخرى بعكس ذلك (١٢٤) ، **وقد أدى ذلك ببعض الشراح الى القول بعدم امكان التعويل على هذا الضابط** ، ولاسيما بعد أن ثبت لديهم من استقراء وقائع الأحكام التى بنت عليه مسئولية السيد وجود خطأ شخصى من السيد يكفى لاقامة مسئوليته على أساس المادة ١٣٨٢/٢١٢/١٥١ فرنسى (١٢٥) .

(ب) كما اتجه أنصار الفريق الثانى الى نقد موقف محكمة النقض المصرية من الأخذ بمسئولية المتبوع عند خطأ تابعه بمناسبة الوظيفة على الوجه الآتى :

---

(١٢٢) انظر د. سليمان مرقس ، بحوث وتعليقات على الاحكام فى المسئولية المدنية ، ص ٤١٣ .

(١٢٣) نقض فرنسى جنائى ٢٤ يونيه ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢ — ٢ — ٣٣٧ — ، استئناف باريس ٢ فبراير ١٩٣٣ غازيت القضاء ١٩٣٣ — ١ — ٧٧١ .

(١٢٤) استئناف كولمار ١٣ فبراير ١٩٢٩ مجلة الالزاس واللورين القانونية ١٩٢٩ ص ٥١٨ ، نقض مصرى جنائى ٢٩ مارس ١٩٣١ المحاماة ١٢ — ١٠٥ — ٥٩ .

(١٢٥) انظر مازو ، المرجع السابق ، ج١ نبذة ٩١٤ — بيروسون ودى فيليه ، المرجع السابق ، ج١ ص ٢٦٧ .

١ — انبرى بعض الفقهاء الى تحليل أحكام محكمة النقض فى هذا الصدد قائلين « ان محكمة النقض كانت فى غنى عن هـذا التوسع وأن أحكامها كانت تستقيم فيما لو عرض لها من الأقضية لو أنها التزمت المبدأ الصحيح ، واشترطت أن يكون الخطأ قد وقع بسبب الوظيفة لا بمناسبة الوظيفة فحسب ، فان الأحكام التى أصـدرتها فى هذا الموضـوع ماكان منطوقها ليتغير لو أقيمت أسبابها على هذا الأساس الدقيق » (١٢٦) .

٢ — وقد أشار الدكتور / السنهورى (١٢٧) الى بعض الافتراضات التطبيقية لهذا المعيار الذى قال به وهو « أن تكون الوظيفة ضرورية لوقوع الخطأ ، أو ما كان التـابع ليفكر فى ارتكاب الخطـأ أى الانحراف لولا الوظيفة » وأوضح فيها أن الوظيفة قد تهيىء الفرصة لارتكاب الخطـأ وهو الخطأ بمناسبة الوظيفة ومع ذلك لا يترتب على عمله مسئولية المتبوع وذلك طبقا للمعيار المذكور : —

« لو أن سائق السيارة ، بدلا من أن يعتدى على الراكب معه ممـا يجعل الخطأ واقعا بسبب الوظيفة ، كان يضمر الحقد لخصم له ، فقصد الانتقام منه ، وتعقبه فى الطريق ، وانتهز فرصة قيادته للسيارة فدهسه بها ، لم يكن صاحب السيارة مسئولا عن عمل السائق ، لأن السائق كان ينوى الاضرار بخصمه ، سواء كان ذلك بدهسه أو بأن يلحق به أى نوع آخر من أنواع الأذى ، فلم تكن وظيفة السائق ضرورية لارتكاب الخطأ، بل اقتصرت على تيسيره وهيأت الفرصة لوقوعه ، ويكون الخطأ فى هذه الحالة قد وقع ، لا بسبب الوظيفة ، بل بمناسبة الوظيفة .

— لو أن طاهيا أمسك بالسكين التى يستخدمها فى عمله ، وطعن بها القصاب الذى يشترى منه اللحم لسيده لشجار بينهما بسبب هذا التعامل كان هذا خطأ بسبب الوظيفة لأن الطاهى لم يكن ليفكر فى الاعتداء على

---

(١٢٦) انظر د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٥٤ وما بعدها بند ٦٨٥ .

(١٢٧) انظر الدكتور السـنهورى ، المرجـع السـابق ، بند ٦٨٥ ص ١٤٥٥ — ١٤٥٨ .

القصاب لولا وظيفته ، ولكن هذا الطاهى نفسه ، لو كان له خصم يريد ايذاءه ، فذهب اليه حيث يسكن ، وأخذ السكين معه وطعنه بها ، لم يكن هذا خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الطاهى لو لم يجد هذه السكين لعثر على غيرها ، فوظيفته لم تكن ضرورية لارتكاب الخطأ ، بل اقتصرت على أن تيسر له ارتكابه ، وأن تهيىء له الفرصة فى ذلك ، فالخطأ هنا لم يقع بسبب الوظيفة ، بل بمناسبة الوظيفة ، ولذلك لا يكون السيد مسئولا عن عمل الطاهى .

— ولو أن الخفير الذى أحب امرأة متزوجة فاستدرج زوجها الى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة ، فارتكب خطأ بمناسبة الوظيفة ، لم يتذرع بوظيفته فى التضليل بالزوج ، بل ذهب اليه فى مسكنه ، وفى غير وقت العمل ، وأطلق عليه عيارا ناريا من سلاح الحكومة فقتله ، لم يكن هذا العمل خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الخفير كان يستطيع قتل الزوج بسلاح آخر غير السلاح الذى تسلمه من الحكومة ، وانما يسر له سلاح الحكومة ارتكاب جريمته ، وهيأ له الفرصة فى ذلك ، فيكون الخطأ الذى وقع منه خطأ بمناسبة الوظيفة ولا تكون الحكومة مسئولة عنه (١٢٨) .

١٣٦ — ومن استعراض موقف محكمة النقض واتجاه الفقه المؤيد والمعرض لا أرى الأخذ بمعيار مسئولية المتبوع عن انحراف (خطأ) تابعه بمناسبة الوظيفة على اطلاقه ، كما قال به الفريق المؤيد للقضاء حيث توسع القضاء فى تفسير المادة ١٣٨٤/٨ من القانون الفرنسى، المادة ١٧٤ من القانون المدنى المصرى بحيث تتضمن المساءلة عن الأخطاء التى سهلت الوظيفة أو هيأت الفرصة لوقوعها فان مقتضيات قواعد العدالة وقواعد النظام العام تفرض علينا أنه يجب أن نقيد هذا المعيار بالباعث لدى التابع فتترتب مسئولية المتبوع اذا كان الانحراف الخطأ بمناسبة الوظيفة وكان الباعث عليه تحقيق مصلحة المتبوع ، أو كان الباعث

---

(١٢٨) أنظر عكس ذلك حكم محكمة النقض بتاريخ ٣ مايو ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ — ٥٨٢ — ٨٠ (سبق الاشارة اليه) ص ٢٣٠ هامش (١١٧) من هذا الفصل .

الذى دفعه للانحراف متصلا بالوظيفة أو وقع الخطأ بعلم المتبوع .

أما اذا كان الباعث الذى دفعه للانحراف بمناسبة الوظيفة شخصيا لا علاقة له بالوظيفة أو بغير علم المتبوع ، فان مسئولية المتبوع لاتتحقق هنا ، وذلك أمرا اقتضه قواعد العدالة كما تقتضيته قواعد النظام العام.

— وتقدير الصلة الواجب توافرها والباعث فى جانب التابع والعلم من جانب المتبوع ، أمر يختلف من حالة الى أخرى مما يستوجب معه مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة ويترك تقديره لقاضى الموضوع[١٢٩] .

(١٢٩) نقض جنائى ١٥/١٠/١٩٦٢ — م نقض ج — ١٣ — ٦٢٥ .

المطلب الثـــالث

انحراف التابع بسبب أجنبى

عن الوظيفـــة

١٣٧ — السبب الأجنبى وعلاقة فعل التابع بالمضرور :

— اذا ما ترتب الضرر نتيجة فعل التابع قامت قرينة على مسئوليته، على أن ترتب الضرر على عمل التابع ليس معناه بالضرورة نسبة الضرر الى هذا العمل أو على الأقل نسبته اليه وحده • فقد تكون هناك أسباب أخرى أجنبية أكثر ارتباطا بالضرر من عمل التابع بحيث يمكن فى النهاية استبعاد قرينة السببية بين عمـله وبين الضرر عن طريق اثبـات السبب الأجنبى الذى أدى فى الحقيقة الى وقوع الضرر ، وقد نصت على ذلك المادة ١٦٥ من القانون المدنى المصرى بقولها : « اذ أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سـبب أجنبى لا يد فيه كحـادث مفاجى أو قـوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » وطبقا لنص المادة المذكور **يتمثل السبب الأجنبى بصفة عامة فى** : (أ) قوة قاهرة : وهى الحدث الذى **لايمكن دفعه** أو **حادث مفاجىء** : وهو الحـدث الذى لايمكن توقعـه ، فالفقه والقضاء قـد استقر على أن القوة القاهرة والحادث المفاجىء أمر واحد وأن هذا الأمر يتحقق فيه وصفان هما : عدم امكان التوقع وعـدم امكان الدفع فاذا توافر الوصفان فى أمر من الأمور وكان الضرر راجعا الى هذا الأمر امتنع قيام المسئولية سواء كان الأمر خارجيا : كالزلازل والحروب أو داخليا : كانفجار عجلة السيارة أو انفجار الآلة (١٣٠) .

---

(١٣٠) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٣/١٢/١٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٤ ص ٩٣٥ ، بند ٢ بأن « الأمر بوضع أرصدة شركات الأدوية والكيماويات والمستلزمات الطبية تحت التحفظ عملا بأحكام القرار بالقانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦١ ، **يوفر فى صحيح القانون قوة قاهـرة يترتب على قيامها انعدام مسئولية المتهمين الجنائية عن الجريمة المنصوص عليهـا فى** المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات التى تقع خلال الفترة من تاريخ العمل بالقانون سالف الذكر حتى تاريخ الافراج عن أموال تلك الشركات » .

ب ــ خطأ المضرور : فان خطأ المضرور قد يكون هو السبب الوحيد المنتج للضرر وقد يشترك فى احداثه مع خطأ المدعى عليه (التابع) • فاذا كان هو السبب الوحيد المنتج للضرر انتفت مسئولية المدعى عليه (التابع) مثال : أن يلقى شخص بنفسه أمام سيارة مسرعة فتقتله • ففى هــذه الحالة هناك خطأ من المضرور ، وخطأ من قائد السيارة ، ولكن خطأ المضرور يعتبر هو السبب الوحيد المنتج للحادث دون خطأ قائد السيارة ، ويعبر الفقه عن هذا الوضع بالقول بأن خطأ المضرور يستغرق خطأ المدعى عليه •

ــ أما اذا كان خطأ المضرور قد اشترك مع خطأ المدعى عليه بالمسئولية فى أحداث الضرر ، فان المدعى عليه بالمسئولية يكــون مسئولا مسئولية جزئية تتناسب مع قدر مساهمة سلوكه فى احداث الضرر ، ومثال ذلك : أن تصدم ســيارة مسرعة شخصا أثنــاء محاولته لعبور من غير المــكان المخصص لعبور المشاه فيكون كل من خطأ قائد السيارة فى القيادة بسرعه وخطأ المضرور فى العبور فى غير المكان المخصص لعبور المشاة سببا فى الحادث ، وقد أشارت المادة ٢١٦ من القانون المــدنى المصرى الى هذه الحالة بقولها « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، اذا كان الدائن بخطئه قد اشــترك فى احداث الضرر أو زاد فيــه » •

جـ ــ خطأ الغير : كذلك فان خطأ الغير قد يكون هو السبب الوحيد للضرر وقد يشترك فى احداثه مع خطأ المدعى عليه • فاذا كان هو السبب الوحيد انتفت مسئولية المدعى عليه ، فاذا أخطأ طبيب أثناء معالجة أحد المرضى وتوفى المريض على أثر ذلك وإكن تبين أن سبب الوفاة يرجع الى تناوله سما قدمه له شخص آخر فان الطبيب لا يكون مسئولا عن الوفاة[١٣١] ،

---

(١٣١) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٣/٤/٣٠ ، مجموعة المكتب الفنى الجنائية س ١١٤ ص ٢٦٦ بأن « الأصل أن من يشترك فى أعمــال والبناء لا يسأل الا عن نتائج خطئه الشخصى ، فصاحب البناء لا يعتبــر مسئولا جنائيا عما يصيب الناس من الأضرار ــ عند اقامة البناء ــ بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات المعقولة ، الا اذا كان العمل جاريا تحت ملاحظته واشرافه الخاص ، فان عهد به كله أو بعضه الى مقاول مختص يقوم بمثل =

وخطأ الغير يكون هو السبب الوحيد للضرر بالرغم من ثبوت خطأ المدعى عليه ، اذا ما استغرق هذا الخطأ الأخير ويتحقق ذلك — كما فى حالة خطأ المضرور — اذا ما كان خطأ عمديا أو كان خطأ المدعى عليه مجرد نتيجة لخطأ الغير المذكور .

— واذا اشترك خطأ الغير فى احداث الضرر مع خطأ المدعى عليه بالمسئولية كانت مسئولية هذا الأخير مسئولية جزئية . مثال ذلك : أن تصطدم سيارة مسرعة فى حاجز وضعه شخص ما فى وسط طريق مظلم فتنحرف وتهدم سور أحد المنازل . فى هذه الحالة لا يكون سائق السيارة مسئولا سوى مسئولية جزئية تتناسب مع قدر مساهمة خطئه فى الحادث، ويكون الغير الذى وضع الحاجز مسئولا كذلك مسئولية جزئية ، وهذه هى **حالة تعدد المسئولية ، وقد جعل المشرع المسئولين المتعددين عن عمل ضارة متضامنين ، وجعل المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، واذا لم يعين** القاضى نصيب كل منهم فيها .

حيث تقضى المادة ١٦٩ من القانون المدنى المصرى بتضامنهم من الالتزام يقولها « اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » .

= هذا العمل عادة تحت مسئوليته ، فهو الذى يسأل عن نتائج خطئه ، ولما كان دفاع الطاعن يقوم على أن مسئوليته قد انتفت بإقامته مقاولا لأعمال الحديد أثر بقيامه بهذه العملية فهو الذى يسأل عما يقع من تقصير فى اتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية الناس ، وقد أدانه الحكم المطعون فيه بوصف أنه المقاول المعهود اليه بانشاءات الحديد ورتب مسئوليته على أن نقل الحديد تم على نحو تسبب عنه قتل المجنى عليها ، وكان الحكم حين أشرك الطاعن فى المسئولية خلافا للأصل المقرر فى القانون والزمه باتخاذ احتياطات من جانبه ، بعد أن سلم بأنه قد عهد بأعمال الحديد الى مقاول مختص يقوم بهذا العمل عادة ، لم يبين سنده فيما انتهى اليه ، فانه يكون مشوبا بالقصور الموجب لنقضه » .

١٣٨ — السبب الأجنبى وعلاقة التابع بالوظيفة :

— اتفق الفقه[١٣٢] والقضاء[١٣٣] على عدم مسئولية المتبوع عن انحراف (خطأ) التابع اذا كان هذا الانحراف اجنبيا عن الوظيفة ، أى عندما تنقطع الصلة تماما بين الخطأ وبين الوظفية • ولكن متى يكون الانحراف (الخطأ) أجنبيا عن الوظيفة ؟

أولا — أجاب على ذلك الفقه[١٣٤] والقضاء[١٣٥] بقولهم : يكون الانحراف أجنبيا عن الوظيفة ما دامت العلاقة الزمنية والمكانية منعدمة بين الخطأ وبين الوظيفة الذى يؤديها التابع لمصلحة المتبوع ، ويرجع فى تحرى وقت العمل الى طبيعة الخدمة المنوطة بالخادم ، والى العرف المتبع والعادات الجارية لأن من العمل ما يجعل صاحبه تحت تصرف مخدومه بصفة مستمرة كعمل خدمة المنازل ، كما أن من العمل ما لا يقوم به صاحبه الا فى أوقات خاصة كعمل الخفير الذى يؤدى مهمته بالليل دون النهار[١٣٦] •

كذلك يكون الخطأ أجنبيا اذا كان فى وقت متصفا فيه بصفة الخدمة : كما اذا أضرب عاملا ن العمل أو كان الموظف فى اجازة طويلة أو قصيرة عند ارتكابه للخطأ •

— ومن أمثلة الانحراف (الخطأ) الأجنبى عن الوظيفة[١٣٧] •

---

(١٣٢) انظر د. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣ ، د. احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣١١ ، د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٥٨ ، الأستاذ / مصطفى مرعى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ بند ٢٢٩ — ٢٣٠ .

(١٣٣) نقض مدنى ١٩٤٢/٥/١٤ مجموعة محمود عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦ .

(١٣٤) انظر فى عرض ذلك د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٥٨ / ١٤٥٩ — د. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣ .

(١٣٥) نقض مدنى ١٩٤٢/٥/١٤ ، مجموعه عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦ — جنايات طنطا فى ١٩٢٤/٣/١٥ ، المحاماة ٥ رقم ٣٣ ص ٣٤ — نقض جنائى ١٩٥٤/١/٢٦ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ٩٣ ص ٢٩١ .

(١٣٦) مصطفى مرعى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥ بند ٢٣٠ .

(١٣٧) د/ السنهورى ، المرجع السابق ص ١٤٥٨ / ١٤٦٠ — د/ عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ٢٦٣ .

أ — أن يرتكب أحد رجل الشرطة جناية قتل فى وقت كان متعيبا عن عمله فى أجازة رسمية فلا تكون الحكومة مسئولة عن خطأ رجل الشرطة ، لأن الخطأ الذى ارتكبه التابع كان أجنبيا عن الوظيفة لانقطاع الصلة المكانية والزمانية بين الانحراف أى الخطأ والوظيفة(١٣٨) .

ب — أن يرتكب الخادم جريمة سرقة فى المنزل الذى يقيم فيه بعيدا عن منزل مخدومه فلا يكون المخدوم مسئولا عن انحراف الخادم ، لأن الخطأ فى هذا المثال ، لم يكن حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها ، وانما خطأ أجنبى عن الوظيفة لأنه منقطع الصلة بينه وبين الوظيفة .

ثانيا : وقد ذهب جانب من الفقه الى القول(١٣٩) : بأنه لا يشترط فى الخطأ الأجنبى عن الوظيفة أن يكون هناك انقطاع للصلة بين الانحراف وبين الوظيفة مكانيا وزمانيا ، فقد يكون الخطأ أجنبيا حتى ولو لم تنقطع الصلة المكانية والزمانية بينه وبين الوظيفة .

— وقد ساق هذا الرأى أمثلة على ذلك :

أ — اذا أرسل المخدوم خادمه ليشترى له شيئا من السوق فيتشاجر الخادم فى الطريق مع آخر ويعتدى عليه ، فلا يكون المخدوم مسئولا عن ذلك لأن الخطأ هنا ليس بمناسبة الوظيفة أو بسببها أو أثناءها ، وانما هو أجنبيا عن الوظيفة بالرغم من وجود الصلة الزمانية بينهما .

ب — أو أن يستقبل الموظف دائنا له فى مكتبه وتقوم مشادة بين الموظف والدائن بسبب الدين ، فيعتدى الموظف على الدائن بالضرب فلا يكون المتبوع هنا مسئولا عن الاضرار التى الحقها تابعه بالمضرور لأن الخطأ هنا أجنبيا عن الوظيفة بالرغم من وجود الصلة المكانية بينهما .

— ونخلص مما سبق أن الانحراف أى الخطأ الأجنبى عن الوظيفة والذى لا تتحقق بمقتضاه مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه وما يترتب عليه من أضرار الغير ، هو الذى لا يكون أثناء الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها — على رأى البعض — ويكون منقطع الصلة تماما بينه وبين الوظيفة دون اعتبار للانقطاع المكانى أو الزمانى عن الوظيفة .

---

(١٣٨) جنايات طنطا ١٩٤٢/٢/١٥ ، المحاماة ٥ رقم ٣٣ ص ٣٤ .

(١٣٩) انظر فى عرض ذلك : مصطفى مرعى ، المرجع السابق فقرة ٢٢٩ .

المبحث الثـــانى

حالات انحراف (خطأ) التابع فى الفقه الاسلامى

١٣٩ سبق القـــول[١٤٠] فى شروط مسئولية المتبوع عن انحـــراف (خطأ) التابع « أن يكون اتلف فى يده أو بعمله » أى يكون فى حدود آلة الوظيفة ومحلها وكيفية أدائها وأن يكون مأمورا به من قبل استاذه صراحة أو ولاية ، فان لم يكن فى حدود وظيفته ، ولا مأمور بـــه ، ولا مما جرت العادة بأن مثله يفعله ، فلا ضمان على الاستاذ ، انما الضمان على التلميذ من مـــاله[١٤١] .

١٤٠ ــ ومن النصوص الفقهية التى تعبر عن هذه الشروط :

ما جاء فى مجمع الضمانات « أجير القصار لا يضمن ما تخـــرق من عمل مأذون الا أن يخالف الاستاذ »[١٤٢] فاشترط النص عدم الاذن حتى لا يسأل المتبوع .

وما جاء فى مجمع الضمانات أيضا « واذا تخرق الثوب من دق تلميذ القصار أو أجيره لا ضـــمان عليهما اذا دقاه معتادا بل الضـــمان على الأستاذ ، ولو دقاه دقا غير معتاد ضمنا ، وولد القصار مثل تلميذه فى هذا الحـــــــكم[١٤٣] .

ومما سبق نجد أن من شروط ضمان الأجير والتلميذ بأن لا يخالف المعتاد ، وعبر عنه البعض بألا يتعمد الفساد ففى الزيلعى « فلا يضمن ما تلف به الا اذا تعمد الفساد فيضمن التعدى »[١٤٤] .

---

(١٤٠) انظر فى هذا البحث شروط تحقق « مسئولية المتبوع فى الفقه الاسلامى » ص ١١٩ وما بعدها بند ٦٢ وما بعده .
(١٤١) انظر فى ذلك المسئولية المدنية والجنائية للشيخ / محمـــود شلتوت ص ٢٨ وما بعدها .
(١٤٢) مجمع الضمانات ص ٤٥ .
(١٤٣) مجمع الضمانات ص ٤٥ .
(١٤٤) الدر المختار ج٥ ص ٦٧ .

— وبالنظر فى هذا الشرط وما احتواه من قيود نجد أن الشريعة عبرت عن عدم ضمان الأجير الخاص بقولها « لا يضمن ما تلف فى يده بعمله »(١٤٥) .

وبالمقارنة نجد أن هذا المفهوم عبر عنه القانون أيضا فى تحقق مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه بقوله « أن يقع الانحراف أثناء العمل أو بسببه » اذن فالمقصود منهما أن يجعل الضرر من العامل أو التلميذ أو الموظف وبصفة عامة من التابع وهو يمارس عمله المأذون فيه الذى لا تعدى فيه ، ولا خروج عن حدوده المعتادة .

وعلى ذلك نجد أن صور الانحراف أى التعدى الذى يقع من التابع ويتحمل المتبوع مسئوليتها فى الفقه الاسلامى انما تكون أثناء أدائه لعمله أو بسبب هذا العمل ، ويقابلها صور الانحراف التى نصت عليها المادة ١٧٤/١ من القانون المدنى بقولها « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها » . وهذا النص يشابه التعبير الشرعى بعدم ضمان الأجير « ولا يضمن ما تلف فى يده أو بعمله »(١٤٦) فالنص على أن يكون التلف أثناء أداء العمل أو بسببه يدل على أن صور الانحراف فى الفقه الاسلامى من جهة التابع انما تكون أثناء أدائه للعمل أو بسببه ، ولكى يضمن المتبوع ما وقع من انحراف تابعه فى هذه الصور فيشترط أن يكون مأمورا بالعمل من متبوعه ، وألا يكون قد خالف المتعاد كما وضح من النصوص السابقة(١٤٧) .

— واذا كان المعيار الشرعى الذى قال به الفقهاء لتحقق مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه يتمثل كما ذكرنا سابقا من أن لا يتعمد التابع

---

(١٤٥) عبارة متن الكنز — انظر الزيلعى ج٥ ص ١٣٨ .

(١٤٦) عبارة متن الكنز — انظر الزيلعى ج٥ ص ١٣٨ ، ص ٦ .

(١٤٧) انظر فى عرض ذلك : د. محمد فوزى فيض الله ، المرجع السابق ، ص ٣٨٨ وما بعدها — بند ٢٠٥ وما بعده — د. محمد صلاح الدين ، المرجع السابق ، ص ٣٧٨ وما بعدها .

الفساد ، فان هذا المعيار يتطبق على ضابط التعدى[١٤٨] ، وهو أن لا يفعل مثله فى موضعه .

ومن تطبيقات هذا الشرط ما يأتى :

أولا : من صور التعدى الذى يقع من التابع ويسأل عنها المتبوع : هو أن يدهس التابع طفلا أثناء الانطلاق المعتاد أو الاصطدام بسيارة عابرة فى اتجاه معاكس ، لخال فى القيادة[١٤٩] فهذا من الأخطاء العادية ، وفى أثناء القيام بالعمل أو الوظيفة ، تلك الأخطاء المتوقعة التى لا تخلو منها علاقة بين تابع ومتبوع ، فكان من المعقول أن يتحمل نتائجها المتبوع استنادا الى أساس المسئولية وهى النيابة أو تحمل التبعة ، علاوة على أنه نفسه لو كان محل التابع لم يكن فى مقدوره أن يتحاشى دائما هذه الأخطاء[١٥٠] .

ثانيا : من صور التعدى التى لا تستند الى الضابط العام للتعدى والتى ليس من العدل أن يتحمل نتائجها المتبوع بل يجب أن يتحمل نتائجها التابع موزع البريد الذى يختلس خطابا كلف بتسليمه لصاحبه أو استدراج الخفير زوج المرأة التى يحبها لقتله بالبندقية فى المخفر .. الخ هذه الصور يظهر فيها التعمد الاجرامى الذى لا يصح معه أن يسأل المتبوع لأنه ليس من العمل المأذون فيه وهو تعد خارج حدود الوظيفة علاوة على أنه ليس من طبيعة الوظيفة ولا مما جرت العادة أن يحدث مثله فى ظروفها ، لا لشىء الا لمجرد أن التابع استغل مكان العمل وآلاته وملابساته فالعدل يقتضى ألا يسأل المتبوع عن صور التعدى التى تحدث فى تلك الحالات .

---

(١٤٨) انظر فى هذا البحث « مفهوم الخطأ فى الفقه الاسلامى » بند ٦٤ وما بعده ، بند ٦٧ وما بعده .

(١٤٩) أنظر هذه د. فوزى فيض الله ، المرجع السابق ، ص ٣٩١ .

(١٥٠) أنظر د/ فوزى فيض الله ، المرجع السابق ، ص ٣٩١ .

الفصل الثانى

أثـر انحراف التابع على مسئولية المتبوع
فى القانون والفقه الاسلامى

١٤١ — نتناول فى هذا الفصل شرح مدى مسئولية المتبوع عن انحراف التابع أى علاقة المضرور بالمتبوع وتابعه وعلاقة المتبوع بتابعه ومـدى حقه فى الرجـوع على تابعه بالتعويض الذى دفعه للمضرور على الوجه الآتـى :

المبحـث الاول
مدى مسئولية المتبوع عن انحراف التابع
« علاقة المضرور بالمتبوع وتابعـه »

١٤٢ — عند اثبات المضرور أن الفعـل المضر يكمن وراء خطـأ ارتكبه التابع يكون له الحق فى اقامة دعوى بالمسئولية الشخصية ضد التابع طبقا للمادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ من القانون الفرنسى ، المادة ١٧٤ من القانون المدنـى المصرى .

— الا أنه متى توافرت الشروط الأخرى — وقوع خطأ من التابع أثناء عمله أو بسـببه — التى تلزم المتبوعين بالمسئولية فيكون للمضرور كذلك الحق فى اقامة دعوى بالمسئولية ضد المتبوع ، ولا يلزم المضرور لتحقق مسئولية المتبوع أن يقوم باثبات خطأ المتبوع لأنها مسئولية بقوة القانون وباعتبار المتبـوع ضامنا ازاء الضحية يعد مسئولا بنفس قـدر مسئولية تابعـه .

— ولا سبيل الى دفع مسئولية المتبوع بنفى خطئه ، فاذا قام التابع بارتكاب الفعل المضر أثناء مزاولته مهام وظيفته أو بسببها ، وبما أن قرينه

حال المسئولية التى تقع على عاتق المتبوع غير قابلة للنقض فلن يفيده فى شىء اقامة الدليل على أنه لم يرتكب أى خطأ[١] .

كما أنه لا يستعان فى هذا المقام بالقوة القهرية أو بطرف ثالث أو بخطأ الضحية باعتبارها أسبابا للاعفاء ، ان دورها ينحصر فى مجال شروط تطبيق المسئولية ، فاذا كان الضرر راجعا بالفعل الى حالة من القوة القهرية أو الى خطأ ارتكبه الضحية (المضرور) الى فعل سلكه طرف ثالث فان مسئولية المتبوع لم تعد واجبه ذلك لأن أحد الشروط المستوجبة لمسئوليته وهو خطأ التابع غير موجود[٢] .

— وأن ما يقال من أن المتبوع يستطيع دفع مسئوليته بنفس مسئولية التابع استنادا الى سبب أجنبى قول تعوزه الدقة فقد رأينا مسئولية المتبوع لا تقوم الا اذا تحققت مسئولية التابع فاذا انتفت هذه الأخيرة فان الأولى لا تقوم لعدم توافر الشروط اللازمة لذلك[٣] .

— ولكن اذا كان الضرر الذى لحق بالضحية يرجع الى خطأ ارتكبه التابع ، وخطأ الضحية فى نفس الوقت ، ولم يستغرق خطأ الضحية خطأ التابع فلن يكون المتبوع مسئولاً الا جزئيا ذلك لأن التابع مدان كذلك فمسئولية المتبوع مسئولية تابعة[٤] .

١٤٣ — ومن منطلق أن مسئولية المتبوع مسئولية تابعة أى أنها تستند الى

---

(١) أنظر د. ميشيل الجالشيه — بارون ، الالتزامات ط ١٩٨٢ فقرة ٦٥٠ ص ١٩٥ — د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، بند ٥٧/٥٦ ص ٣٩٣/٣٩٢ — د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ط ١٩٦٨ ص ٤٤٣ — ١٤١ بند ٢٥١ — د. عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق بند ٥٣٢ ص ٦٧٢ — د. السنهورى ، المرجع السابق بند ٦٩٢ وما بعدها — د. مصطفى الجمال ، المرجع السابق ، ص ٤١٥ بند ٣٦٣ — د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٣١٣ وما بعدها بند ٢١١ .

(٢) أنظر فى هذا البحث ، « السبب الأجنبى وعلاقة فعل التابع بالمضرور » ص ٢٣٧ وما بعدها بند ١٣٧ .

(٣) أنظر د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، بند ٥٢٦ .

(٤) أنظر فى هذا البحث « السبب الأجنبى وعلاقة فعل التابع بالمضرور» بند ١٣٧ فقرة (ب) خطأ المضرور .

مسئولية التابع استنادا تبع الى الاصل[٥] ، فمسئولية التابع — وقد ثبت فى جانبه الخطأ والضرر وعلاقة السببية أى أركان المسئولية جميعا — تقوم الى جانب مسئولية المتبوع بل هى الأصل ، وقيام مسئولية المتبوع لا يحب ولا يلقى مسئولية التابع بل تقوم المسئوليتان جنبا الى جنب **ويترتب على ذلك عدة نتائج فى علاقة المضرور بكل من التابع والمتبوع ، وفى علاقة المتبوع بتابعه : —**

أولا : يكون كل من التابع والمتبوع مسئولان عن تعويض الضرر الذى لحق بالمضرور ويكونا متضامنين فى هذا التعويض تطبيقا للمادة ١٦٩ التى تقضى «اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض .

— وينبنى على ذلك أن المضرور يستطيع ان شاء أن يرجع على التابع مطالبا بتعويض هذا الضرر على أساس مسئوليته عن فعله الشخصى . ولا شك أن المضرور اذ يختار المتبوع أو يختار التابع لكى يطالبه بالتعويض فانما ينظر فى ذلك الى ما يحقق مصلحته ، والغالب أن تقضى هذه المصلحة بالرجوع على المتبوع لأنه هو الذى يكون أكثر يسارا فى العادة ، وبالتالى فان امكانية الحصول على التعويض منه تكون أكثر تيسيرا .

ويستطيع المضرور أن يرجع على المتبوع وحده ، فلا يلتزم بأن يرجع على المتبوع والتابع معا[٦] كما لا يشترط أن يختصم التابع فى دعوى

---

(٥) قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٧٧/١٢/١٤م ، مجموعة أحكام النقض السنة ٣٨ رقم ٣٠٧ ص ٧٩٨ بأن « مالك السيارة التى احدثت الضرر هى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه قائد السيارة ومؤداها أن مالك السيارة كفيلا متضامنا لقائد السيارة فى أداء التعويض الذى يحكم به عليه ، **ولما كان مما لا يجوز أن يسوى فى الحكم بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن لان تضامن الكفيل مع المدين لا يجعله مدينا اصليا بل يبقى التزامه تبعيا** فينقضى حتما بانقضاء التزام **المدين الأصلى ، وهو قائد السيارة** » .

(٦) قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢٨ مارس ١٩٦٩ — مجموعة النقض المدنى ١٩ — ٩٥ — ٦٤٢ بأن «للمضرور أن يرجع مباشرة على المتبوع بتعويض الضرر الناشىء عن أعمال تابعه غير المشروعة دون حاجة لادخال التابع فى الدعوى ولا تلتزم المحكمة فى هذه الحالة تنبيه المتبوع الى حقه فى ادخال تابعه » .

المسئولية التى ترفع على السيد ، أى أنه يجوز رفع الدعوى على المتبوع دون التابع ، بل يجوز رفعها عليه ولو نزل المضرور صراحة أو ضمنا عن حقه فى مطالبة التابع ، لأن القانون اذ ضم ذمة المتبوع الى ذمة التابع فى الالتزام بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر ، واذ جعل مسئولية الأول متوقفة على تحقق مسئولية أحد تابعيه(٧) لم يجعل مطالبة الأول متوقفة على مطالبة الثانى — كما هو شأن الزام الكفيل بالنسبة الى التزام المدين الأصلى — بل جعلهما مسئولية بالتضامن (م ١٦٩ : فأجاز بذلك للمضرور أن يطالب أيهما دون الآخر ، أو أن يجمع فى المطالبة بينهما)(٨)

— **وقد يكون التابع شريك فى الخطأ** ، فيحق للمضرور أن يرجع على المتبوع والتابع وشريكه جميعا متضامنين ، بل يصح له فى فى هذه الحالة أن يرجع على المتبوع وحده بكل التعويض ، ثم يرجع المتبوع بعد ذلك على التابع أو على التابع وشريكه ، فهو حر فى أن يختار من يرفع الدعوى عليه من المسئولين الثلاثة أو واحد أو أكثر ، ويطالب المدعى عليه بكل التعويض لأن الثلاثة متضامنين (١٦٩ مدنى مصرى)(٩) .

ثانيا : اذا اقتضى المضرور التعويض من التابع فان الأمر ينتهى عند هذا الحد فلا يجوز له أن يرجع على المتبوع والا أقتضى تعويضين عن ضرر واحد ، كما لا يجوز للتابع أن يرجع على المتبوع بشىء مما دفعه فهو

---

(٧) نقض مدنى مصرى بتاريخ ١٩٤٦/٣/١٨ الطعن رقم ١٦٠ سنة ١٦ ق .

(٨) قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢٢ نوفمبر ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ — ٣٧٢ — ١٣٧ بأنه « لا يشترط لمساءلة المخدوم عن خطأ خادمه ان يكون الخادم حاضرا او ممثلا فى الدعوى التى تقام على المخدوم ، واذن فالتنازل عن مخاصمة ورثة الخادم لا يحول دون مطالبة المخدوم ، اذ هذا التنازل ليس فيه ما ينفى مسئولية الخادم حتى يمكن ان يقال بعدم مسئولية المخدوم » .

(٩) قضت محكمة اسكندرية الكلية الوطنية بتاريخ ١٩٣٢/١٠/٢٩ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٣ ص ٩٠٣ بأنه « اذا وقعت جريمة من خادم باشتراكه مع آخر ، كان المخدوم مسئولا أمام المجنى عليه عن كامل التعويض المستحق عن الجريمة ، سواء رفعت الدعوى عليه بمفرده أو رفعت عليه من خادمه أو عليه من شريك خادمه أو عليهم جميعا » — انظر السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٤٧٦ .

المسئول الأصلى ، والعكس صحيحا حيث يحق للمتبوع أن يرجع على التابع بما دفعه ونصت على ذلك المادة ١٧٥ من التقنين المدنى بقولها « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » ومعنى الفقرة الأخيرة فى هذه المادة « فى الحدود التى يكون فيها الغير مسئولا عن تعويض الضرر » تولت مذكرة المشرع التمهيدى توضيحها فذكرت ، فاذا فرض على النقيض من ذلك (حيث يكون التابع مميزا) أن محدث الضرر غير أهل للمساءلة عن عمله غير المشروع فليس للمسئول عنه أن يرجع عليه بوجه من الوجوه لأنه يكون فى هذه الحالة مدينا أصليا ، وينعكس الوضع فلا يلزم من وقع منه الفعل الضار الا بصفة تبعية أو احتياطية » .

— ولكن هل هذا يتحقق بالنسبة لعلاقة المتبوع بالتابع اذا كان التابع غير مميزا ؟

رأينا أن مسئولية المتبوع مسئولية تبعية بالنسبة لمسئولية التابع ، فاذا انتفت مسئولية التابع نفسه لا تتحقق أيضا مسئولية المتبوع ، كما لو ثبت أن التابع قد ارتكب العمل غير المشروع ، **وهو فى حالة عدم تمييز بغير خطأ منه**(١٠) ، أو انتفت علاقة السببية بين خطأ التابع ، وبين الضرر **باثبات السبب الأجنبى ، فان مسئولية المتبوع لا تتحقق ، علاوة على أن المتبوع فى الأصل لا يسأل عن الافعال الجنائية التى تقع من تابعه اذا لم تكن ذات صلة بوظيفته ، الا اذا كان الفعل الجنائى قد وقع من التابع**

---

(١٠) على عكس المشرع الفرنسى نجد انه « رسخ المفهوم الموضوعى للخطأ المدنى بالنسبة » للمجانين باصداره قانون ٣ يناير ١٩٦٨م ومن بعده القضاء بالنسبة للطفل عديم التمييز بحيث أن التمييز لم يعد ركنا فى الخطأ ... على عكس المشرع المصرى الذى نص على عدم مسئولية عديم التمييز لانعدام ركن الادراك (م ١/١٦٤) ماعدا ما قرره فى المادة ٢/١٦٤ مدنى عندما نص على انه « ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم » .

انظر فى هذا البحث — الباب الاول — الفصل الاول — المبحث الثانى « خطأ التابع فى القانون الفرنسى » ، المصرى بند ٥٢ وما بعده .

تنفيذا لرغبة التابع فى خدمة متبوعه واساءة منه لفهم واجباته ، فان المتبوع يكـون مسـئولا(١١) .

— ولنا أن نتساءل عن مدى حجية الحكم الجنائى سـواء بادانة أو ببراءة التابع على دعوى المسئولية المقامة ضد المتبوع أمام المحاكم المدنية؟

١٤٤ — حجية الحـكم الجنـائى الصادر بادانة التابع على دعـوى المسئولية المدنية المقامة ضد المتبوع(١٢) :

ان حجية الحكم الجنائى الصـادر بالادانة لا تثير صـعوبة أمام القضاء المـدنى لأن القاضى الجنـائى يكون قـد عرض لركن الخطـأ حتما وأثبت وجوده ، والا لما صدر حكم بالادانة ، فيتقيد القاضى المدنى فى حكمه بوجود الخطأ من الناحية المدنية ، ذلك أن كل خطأ جنائى هو فى الوقت ذاته خطأ مدناولا عكس(١٣) .

وعلى ذلك فان الحكم الجنائى الصادر بادانة التابع يقيد القـاضى المدنى الذى ينظر دعوى المسئولية المدنية المقامة ضـد المتبوع باعتباره مسئولا مدنيا عن خطأ تابعه ، فلا يجوز للقاضى المدنى أن يرفض الدعوى

---

(١١) قضت محكمة الاستئناف المختلط فى ١٩٢٥/١١/٢١ ، مجموعة التشريع والأحكام ٤٢ — ٤٦ بانه « اذا كلف صاحب الملك بوابا عنده بمنع مستأجر من دخول مسكنه لتأخيره فى سداد الأجرة ، واثناء تنفيذ هذا الأمر اشتبك البواب مع المستأجر واعتدى عليه بالضرب ، فان صـاحب الملك يكون مسئولا عن تعويض الضرر الذى أصاب المسـتأجر » وقضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٢٥/١/٥ محاماة السنة الخامسة رقم ٥٠٣ ص ٦٠٦ « بأن السيد يعتبر مسئولا عن نتيجة الأعمال التى ارتكبها الخادم فى مصلحة سيده ولو كانت تلك النتيجة أشد خطورة مما كان يفرضه أو يريده السيد ، فاذا رأى الخادم سيده يتضارب مع شخص آخر فيبادر الى مساعدته بان ضرب المعتدى على سيده ضربا لم يقصد به قتله لكنه أفضى الى موته كان السيد مسئولا — انظر مصطفى مرعى ، المرجع السابق ، بند ٢٠٩ ص ٢٢١ .

(١٢) انظر د. احمد شوقى ، مسئولية المتبوع باعتباره حارسـا فقرة ١٦٣ وما بعدها ص ١٥٥ وما بعدها — د. محمود الخيال ، رسالته ، المرجع السابق ، ص ٢٨٥ وما بعدها .

(١٣) د. احمد شوقى ، مسئولية المتبوع باعتباره حارسا فقرة ١٦٣ ص ١٥٥ — د. السنهورى ، الوسيط ج١ فقرة ٦٣٤ ص ٩٥٣ — مدام فينى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٨ ص ١٨٢ — مازووتنك ، المرجع السابق ج٢ فقرة ١٧٨٩ ص ٨٧٨ .

المدنية بحجة أن التابع لم يرتكب خطأ[١٤] ، فالضرر يستند فى الغالب الى الحكم الجنائى الصادر بادانة التابع ليقيم دعواه المدنية ضد المتبوع باعتباره مسئولا عن انحراف تابعه •

١٤٥ ـ حجية الحكم الجنائى الصادر ببراءة التابع على دعوى المسئولية المقامة ضد المتبوع :

ان حجية الحكم الجنائى الصادر بالبراءة تثير بعض الصعوبات أمام القاضى المدنى حيث تتوقف الحجية على أسباب البراءة بعكس حجية الحكم الجنائى الصادر بالادانة لا تثير صعوبة بالنسبة لدعوى المسئولية المدنية ـ كما ذكرنا ـ

ـ فيكون للحكم الجنائى الصادر ببراءة التابع حجية أمام المحكمة المدنية التى تنظر دعوى المسئولية المدنية المقامة على المتبوع باعتباره مسئولا مدنيا عن تابعه ، وقد نصت على ذلك المادة ٤٥٦ من قانون الاجراءات الجنائية حيث توقف هذه الحجية على أسباب البراءة[١٥] •

وقد نصت المادة ١٠٢ من قانون الاثبات المصرى على أنه لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى الا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا » • وعلى ذلك اذا كان الحكم الجنائى الصادر ببراءة التابع مؤسسا على انعدام الركن المعنوى فى الجريمة ، فان هذا الحكم لايحوز حجية أمام القاضى المدنى الذى ينظر دعوى المسئولية المدنية ضد المتبوع ، ويكون له الحرية الكاملة فى التأكد من وجود فعل مكون للركن المادى للجريمة ، وأن هذا الفعل لايتطلب الركن المعنوى الذى يتطلبه القاضى الجنائى فى حكمه[١٦] ، فالحكم الجنائى الصادر ببراءة

---

(١٤) نقض مدنى فرنسى ١٢ مارس ١٩٥١ : دالوز ١٩٥١ ـ ٣٣٤ ، باريس ٧ فبراير ١٩٦٤ ، مجلة الاسبوع القانونى ١٩٦٤ ـ ٢ ـ ١٣٥٩٣ •

(١٥) انظر د/ محمود الخيال ، المرجع السابق ، ص ٢٨٨ •

(١٦) انظر د / احمد شوقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٦٤ ص ١٥٧ د / محمود الخيال ، المرجع السابق ، ص ٢٨٨ / ٢٨٩ •

التابع تأسيسا على انعدام الركن المعنوى فى الجريمة لايمنع القاضى المدنى من الكشف عن وجود خطأ فى صورة اهمال فى هذا الفعل[١٧] .

— كما أنه اذا كان الحكم الصادر ببراءة التابع مؤسسا على أن الفعل غير معاقب عليه جنائيا فانه لا حجية للحكم الجنائى فى هذه الحالة بالنسبة لدعوى المسئولية المدنية المقامة على المتبوع وللقاضى المدنى أن يسلم بوجود خطأ مدنى[١٨] .

أما اذا كان الحكم الجنائى الصادر ببراءة التابع يرجع الى عدم ارتكاب التابع خطأ أو عدم مساهمة فى الفعل الضار المقامه عنه الدعوى الجنائية فان هذا الحكم تكون له حجية أمام القاضى المدنى الذى ينظر دعوى المسئولية المدنية المقامه على المتبوع ، فلا يجوز للقاضى المدنى أن يقضى بمسئولية المتبوع[١٩] .

١٤٦ — تعلق مسئولية المتبوع بالنظام العام :

تتعلق أحكام مسئولية المتبوع بالنظام العام أى لايجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية ، ولهذا نصت المادة ٢١٧/٣ مدنى مصرى على أنه « يقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » .

---

(١٧) انظر فينى Viney ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٧ ص ١٨١ — مازووتنك ، المرجع السابق ، ج ٢ فقرة ١٨١٨ / ٢ ص ٨٩٨ وما بعدها — د / سليمان مرقس ، أصول الاثبات ، فقرة ١٨٨ .

انظر فى القضاء الفرنسى :

عرائض ٣٠ أكتوبر ١٩٤٥ : دالوز ١٩٤٦ قضاء — ٩٣ — بارين ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ : جازيف دى باليه ١٩٥٠ — ١ — ٢٤٨ — نقض مدنى ١٥ نوفمبر ١٩٧٥ : مجلة الاسبوع القانونى ١٩٧٥ — ٢ — ٣٨٢ .

(١٨) رؤوف عبيد ، الاجراءات الجنائية ص ٢٢٥ — نقض مدنى فرنسى ١٩٧٩/٢/١ دالوز ١٩٧٩ — اخطارات سريعة ٢٤٩ .

(١٩) مازووتنك ، المرجع السابق ، ج ١ فقرة ١٨١٤ ص ٨٩٥ ، فقرة ١٨١٥ ص ٨٩٦ — فينى Viney المرجع السابق ، فقرة ١٤٨ ص ١٨١ .

وقضت محكمة النقض [٢٠] بأن « تقوم مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة ، وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض على أساس الخطأ المفترض من جانب المتبوع كتقصيره فى مراقبة من عهد اليهم بالعمل لديه وتوجيههم مما مؤداه اعتبار مسئولية المتبوع قائمة بناء على عمل غير مشروع ، ومقتضى المادة ٣/٢١٧ من القانون المدنى هو عدم جواز الاتفاق سلفا على الأعفاء من المسئولية عن العمل غير المشروع ، فاذا كان الهدف المشروع فى تقرير مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة هو سلامة العلاقات فى المجتمع مما يعد من الأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر فان الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون اذ اعتبر القاعدة المقررة لمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة من المسائل المتعلقة بالنظام العام — فى معنى المادة ٢٨ من القانون المدنى [٢١] ورتبت على ذلك استبعاد تطبيق القانون الفلسطينى الذى لاتعرف نصوصه هذه المساءلة وطبق أحكام القانون المصرى فى هذا الخصوص » .

١٤٧ — ولا تحول تبعية المضرور لنفس المتبوع مطالبته بالتعويض عن الضرر الناجم من خطأ تابع آخر ، وفى هذه الحالة لا يتقيد بالقيد الذى تنص عليه قوانين التأمينات الاجتماعية وتمنع بمقتضاه احتجاج العامل على صاحب العمل بغير أحكام هذه القوانين الا اذا أثبت الخطأ الجسيم، حيث قضت محكمة النقض [٢٢] بهذا المعنى فى قولها : « يكون المتبوع

---

(٢٠) نقض مدنى مصرى بتاريخ ١٩٦٧/١١/٧ — م نقض م — ١٨ — ١٦١٤ .

(٢١) نصت المادة ٢٨ من القانون المدنى المصرى على انه « لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبى عينته النصوص السابقة ، اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للاداب فى مصر » .

(٢٢) نقض مصرى بتاريخ ١٩٧٩/٥/١٥ فى القضية رقم ١٦٦ لسنة ٤٥ ق .

مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه فى « حال تأدية وظيفته أو بسببها » وكانت مسئولية المتبوع عن تابعه ليست مسئولية ذاتيـــة انما هى فى حكم مسئولية الكفيل المتضـــامن من كفالة ليس مصدرها (العقد) وانما مصدرها القانون ، فانه لا جدوى من التحدى فى هذه الحالة بنص المادة ٤٢ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بشـــأن التأمينـــات الاجتماعية المنطبق على واقعة الدعوى **والتى لا تجيز للمصاب فيما يتعلق باصابات العمل أن يتمسك ضد الهيئة بأحكـــام أى قانون آخر ولا تجيز له ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل الا اذا كانت الاصـــابة قد نشأت عن خطأ جسيم من جانبه** ، ذلك أن مجال تطبيق هذه المادة ... وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة • هو بحث مسئوليـــة رب العمل الذاتية ، ولمـــا كان الحكم المطعون فيـــه أخذ بهذا النظر واعتبر طلب الزام الطاعن بالتعويض باعتباره متبوعا للعامل المعتدى وتطبيقـــا لنص المادة ١٧٤/١ من القانون المدنى ، خارجا عن نطاق تطبيق المادة ٤٢ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ فانه يكون قد التزم صحيح القانون » •

١٤٨ــ مقـــدار التعـــويض الذى يحق للمضرور مطالبة به التابع أو المتبوع :

يتمثل التعويض فى الأصل فى مبلغ من النقود يدفع للمضرور غير أن التعويض يمكن مع ذلك أن يكون تعويضا عينيا يتمثل فى اصلاح الضرر •

١٤٩ ــ التعـــويض النقـــدى :

فأما التعويض النقدى منذ تناولت كيفية تقديره المواد ١٧٠ ، ٢٢١ من القانون المدنى المصرى ، **فالأولى** تنص على أن « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة ، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعـــين مدى التعويض نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينـــة باعادة النظر فى التقـــدير » • تنص على أنه : **والثانيـــة** « ١ ــ اذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى

هو الذى يقدره • ويشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول • ٢ — ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » •

والمبدأ العام : أن التعويض النقدى يقدر بقدر الضرر المباشر الذى ترتب على العمل محل المساءلة مباشرة ، ماديا كان هذا الضرر أو جسمانيا أو أدبيا ، فلا يحكم بتعويض يجاوز قيمة الضرر • ويجب أن يحكم بتعويض كاف لجبر هذا الضرر جبرا كاملا (م ١٧٠ و٢٢١ مدنى مصرى) فاذا تعاقبت الأضرار ، فأدى الخطأ الى ضرر من الأضرار ، ثم رتب هذا الضرر ضررا آخر وأدى الضرر الأخير الى ضرر ثالث ، فان التعويض يقتصر على ماكان مباشرا من هذه الأضرار **والضرر المباشر** : هو الذى يكون نتيجة طبيعية للعمل محل المسائلة ، ووفقا لتعبير المشرع وهو يعتبر كذلك اذا لم يكن فى استطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول (م ٢٢١/١ مدنى مصرى) وتطبيقا لذلك **قضت محكمة النقض** المصرية[٢٣] بأنه : « اذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسئولية خطئها عن سحب رخصة من متجر بالآثار ومايترتب على هذا السحب من اعتباره متجرا بغير رخصة وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وازالة اللوحة المعلقة على محل تجارته ، وقضى بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الأضرار ، فقضاؤه صحيح قانونا » •

وقضت محكمة **الاستئناف الوطنية**[٢٤] بأنه « اذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل للقطار الذى كانت هذه الآلات مشحونة فيه ، **فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المتسبب مباشرة عن هذه الحادث** ، كأن يقال أن هذا الوابور كان معدا للتركيب على بئر ارتوازية وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر ، فتلفت زراعة صاحب البئر ، وكان

---

(٢٣) نقض ٩ ابريل ١٩٣٦ ، المحاماة س ١٧ ص ٧٤ .

(٢٤) أكتوبر ١٩١٤ ، التشريع ، رقم ٢١٥١ ص ٢٤٧ ، أشار اليه دد / السنهورى فى الوسيط ج ١ ص ١٠٣٠ .

أيضا متعهدا بأن يروى لأصحاب الأطيان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر ، ثم انه لم ينتفع أيضا بالأرض التى حفر البئر فيها وبالأرض التى أعدها لوضع الوابور .. الخ ، وأن المصلحة مسئولة عن تعويض كل هذه الأضرار » .

— والتعويض النقدى يجب أن يشمل مالحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب اذ ان هذين العنصرين يتمثل فيهما الضرر الذى يصيب المضرور (م ٢٢١ مدنى مصرى) فاذا صدم شخص بسيارته شخصا آخر فأتلف سيارته وجرحه جرحا أقعده عن العمل مدة معينة مثلا ، فان التعويض يجب أن يكون كافيا لاصلاح السيارة وتغطية نفقات علاج المصاب ، وهو ما يمثل عنصر الخسارة التى لحقته ، بالاضافة الى مقابل ماكان يمكن أن يحصل عليه من عمله لو لم تقعده الاصابة عن ذلك ،وهو مايمثل عنصر الكسب الفائت .

ومتى كان الضرر مباشرا فيجب التعويض عنه سواء كان متوقعا أو لم يكن كذلك ، وهذه مايفهم من نص المادة ٢٢١ ، فبعد أن وضعت هذه المادة مبدأ التعويض عن الضرر المباشر فى فقرتها الأولى ، عادت ونصت فى فقرتها الثانية على أنه « ومع ذلك اذا كان الالتزام بصورة العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة عند التعاقد » **مما يفهم معه أن الالتزام بالتعويض الناشىء عن المسئولية التقصيرية يمتد الى الضرر المباشر كله متوقعا كان أو غير متوقع** » .

— هذا وطبقا لنص المادة ١٧٠ مدنى مصرى فانه يقتضى أن يأخذ القاضى فى الاعتبار الظروف الملابسة ، والمقصود بذلك الظروف المختلفة للمضرور ، باعتبار أنها تؤثر فى مدى الضرر ، فمقدار الضرر الذى يصيب الشخص من فعل ما غير مشروع يختلف باختلاف ظروفه الجسمية والصحية . فحادث معين اذا أصاب شخصا عصبيا يسبب له ضررا أكبر مما يسببه لشخص سليم الأعصاب ، وجرح معين يصيب المريض بالسكر بضرر أكبر مما يصيب به شخصا سليما ، وتشويه الوجه مثلا

يصيب الممثلة بضرر أكبر مما يصيب غيرها • كذلك فمقدار الضرر يختلف باختلاف حالة الشخص العائلية • فمن يعول أسرة كبيرة يكون ضرره أشد من الأعزب مثلا وهكذا •

— ومن الواضح أن ارتباط التعوض بالضرر على النحو المتقدم يؤدى الى عدم الاعتداد بظروف المسئول ذاته (المتبوع أو التابع) أو بمدى جسامة الخطأ ، فكونه صحيحا أو مريضا وكونه غنيا أو فقيرا وكون خطئه يسيرا أو جسيما لا يؤثر فى مقدار التعويض •

— والتعويض النقدى قد يعطى للمضرور دفعة واحدة وقد يعطى له على أقساط وقد يعطى له فى صورة ايراد مرتب مدى حياته يدفع شهريا أو سنويا بحسب الأحوال • والقضى يختار بين هذه الطريقة أو تلك وفقا لظروف المضرور مصلحته (م ١٧١/١ مدنى مصرى) •

[redacted]

وجرى قضاء الدائرة المدنية بمحكمة النقض المصرية على أنه « يجوز لمحكمة الموضوع أن تقضى بتعويض اجمالى عن جميع الأضرار التى حاقت بالمضرور • الا أن ذلك مشروط بأن تبين عناصر الضرر الذى قضت من أجله بهذا التعويض وأن تناقش كل عنصر منها على حدة وتبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته »(٢٥) •

ومتى بين القاضى عناصر الضرر التى يستحق تعويضا عنها فان تقدير التعويض بعد ذلك « مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع مادام لايوجد نص فى القانون يلزمه باتباع معايير معينة فى خصوصة »(٢٦) •

---

(٢٥) نقض مدنى ١٩٧/٢/٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٨ ، ص ٣٩٥ بند ٢ .

(٢٦) نقض مدنى ١٩٧٢/٤/٨ ، مجموعة المكتب الفنى س ٢٣ ، ص ٦٧٠ ، بند ٤ .

١٥٠ — التعويض العينى :

أما التعويض العينى فيتمثل فى اصلاح الضرر بازالة مصدره من الأصل كأن يقدم المسئول للمضرور سيارة بدل السيارة التالفة ، وكان يلتزم الطبيب الذى جرح شخصا بعلاجه ، وكأن يرد المغتصب الأشياء التى اغتصبها ، ويعتبر من قبيل التعويض العينى الزام من قذف فى حق غيره أوسبه علنا أن ينشر بيانا فى الصحف يعتذر فيه عما صدر منه (م ١٧١/٢ مدنى مصرى) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن « التعويض العينى عن العمل الضار هو الأصل ولا يصار الى عوضه ، أى التعويض النقدى ، الا اذا استحال التعويض عينا ، فاذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدى وعرض المدعى عليه التعويض عينا — كرد الشىء المغتصب — وجب قبول ماعرضه ، به لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها اذا هى أهملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على مايطلبه من تعويض نقدى ، وعلى ذلك فاذا استولت جهة الادارة على عقار دون اتخاذ اجراءات نزع الملكية للمنافع العامة فقاضاها المالك مطالبا بقيمة العقار ، وأبدت الادارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة ، وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض، دون أن تعتد باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفى استحالة الرد أو جدية الاستعداد له ، فان حكمها يكون قد خالف القانون »[٢٧] .

---

(٢٧) نقض مدنى ١٩٤٨/١٢/١٦ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ١ ص ٢٥٩ ، بند ٢ — نقض جنائى ١٩٤٦/١٠/١٤ ، مجموعة القواعد الجنائية ، ص ٣٠١ ، بند ٩٩ .

المبحث الثـــانى

علاقـــة المتبوع بتابعـــه

فى القـــانون والفقـــه الاســـلامى

١٥١ — نتناول فى هذا المبحث بيـــان علاقة المتبـــوع بتابعه فى القانون والفقه الاسلامى وذلك فى مطلبين على الوجه الآتى :

المطلب الأول

علاقـــة المتبوع بتابعـــه

فى القـــانون

١٥٢ — ذكرنا أن مســـئولية المتبوع تقـــوم تبعا لتحقق مســـئولية التابع ، فمسئولية التابع مسئولية أصلية ، ومسئوليـــة المتبوع مسئولية تبعية ، والاثنان متضامنان أمام المضرور فى القانون (١٦٩ مدنى مصرى) وان شاء رجع عليهما معا ، على أن التضامن لا يلزم فى هذه الحالة لامكان الرجوع ، بكل التعويض على المتبوع اذ أن مسئولية المتبوع أســـاسها الضمان ، ومن ثم يجوز للمضرور أن يرجع عليه بكل التعويض على هذا الأساس ، فاذا رجع المضرور على التابع انتهى الأمر ، ولا يحق للتابع أن يرجع على المتبوع بالتعويض لأنه المسئول الأصـــلى . حيث قضت محكمة النقض الفرنسية[٢٨] « أن التابع الذى يحمل خطأ المســـئولية المدنية عندما يقيم الضحية دعواه ضده ، ليس له الحق فى ادخال الضامن أى المتبوع فى الدعوى حيث من حق الضحية وحده مقاضاته فقط » .

---

(٢٨) حكم محكمة النقض والابرام الفرنسية فى ٦ فبراير ١٩٧٤ ، فقـــه ١٩٧٤ قضـــاء ص ٤٠٩ ، مذكـــرة لى تورتو le tourneau والمجلد القانونى ، ديسمبر ١٩٧٤ ، قضاء ص ٢٦٦ مذكرة الجالشيه بارون Galcher-Baron وانظر ايضا نقض مدنى فرنسى ١٢ مايو ١٩٥٧ ، النشره المدنيـــة ٢ رقم ٣٤٩ ص ٢٣١ ، نقض جنـــائى ٣ يونيـــو ١٩٧٠ ، النشره الجنائية رقم ١٨١ ص ٤٣٢ ، فقه القانون الجنائى ١٩٧٠ ، ٤ ص ١٩٥ .

ـ أما اذا رجع على المتبوع وحده كان لهذا أن يرجع بما دفعه على تابعه لأن المتبوع ضامن وليس مسئولا مسئولية شخصية وقد نصت على ذلك المادة ١٧٥ مدنى مصرى بقولها : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » .

فاذا كان الفعل المضر ناتجا عن اساءة تنفيذ الأوامر أو عن التعسف فى استعمال وظائف التابع مثلا ففى هذه الحالة يكون من حق المتبوع أن يقيم ضد تابعه دعوى حق الرجوع للحصول على قيمة التعويض التى سددها للضحية[٢٩] .

١٥٣ ـ فللمتبوع عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور **أن يرجع على التابع بدعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى**[٣٠] ، والتى ليست الا تطبيقا للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور[٣١] والتى تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذى استوفى حقه اذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عن المدين[٣٢] .

ـ ولكن اذا كان الخطأ الذى ارتكبه التابع حدث وفقا لتعليمات أملاها عليه تابعه ، فليس للمتبوع أى حق فى رفع دعوى الحلول أى

---

(٢٩) نقض مدنى فرنسى ٢٧ أكتوبر ١٩٦٥ ، النشرة المدنية ٢ رقم ٧٩٧ ص ٥٦١ ـ نقض جنائى ١٨ يوليو ١٩٧٨ ، النشرة الجنائية رقم ٢٣٥ ص ٦٢١ .

(٣٠) نصت المادة ٧٩٩ مدنى على انه « اذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين ، ولكن اذا لم يوف الا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه الا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين » .

(٣١) نصت المادة ٣٢٦ مدنى على انه « اذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، على الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الاحوال الآتية : (أ) اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه (ب) اذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بماله من تأمين عينى ، ولو لم يكن للموفى اى تأمين . (ج) اذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم . (د) اذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول » .

(٣٢) نقض مدنى بتاريخ ١٩٧٩/٥/١٠ الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٤٣ ق ، مجموعة المكتب الفنى س ٣٠ ص ٣٠٧ بند ٢ .

لا يحق له الرجوع بالتعويض على التابع ، فانه بالرغم من أن التابع يكون مخطئا بالفعل ازاء الضحية الا أنه ليس كذلك ازاء المتبوع حيث أنه لم يرتكب الخطأ الا بناء على تعليماته . وبالتالى يكون المتبوع قد شارك التابع فى احداث الضرر ولكن خطأ المتبوع استغرق خطأ التابع وبالتالى يلزم هو بالتعويض دون الرجوع على التابع[٣٣] .

١٥٤ — اثبات خطأ التابع :

— اذا رجع المتبوع على التابع فلا يحق لهذا التابع أن يحتج على المتبوع بذلك الضمان ، كما أنه يتعين أن يكون هذا الرجوع على أساس خطأ ثابت فى جانب التابع طبقا للقواعد العامة ، وهذا هو الخطأ الذى يجب على المضرور أن يثبته حتى تتحقق مسئولية المتبوع ، فلا يصبح المتبوع فى حاجة الى اثباته عند رجوعه على التابع ، **وقد يحصل أن يكون التابع مسئولا ، على أساس خطأ مفترض** كما لو كان مسئولا عن تلميذ أو يكون مسئولا بوصفه حارسا لصاحب السيارة اذا استخدم سائقا ارتكب خطأ أصاب الغير بالضرر فيمكن اعتباره مسئولا كمتبوع وتابعه السائق ، ويمكن اعتباره حارس السيارة اذا لم تكن الحراسة للسائق .فيكون مسئولا بمقتضى هذه الحراسة مسئولية مبنية على خطأ مفترض افتراضا غير قابل لاثبات العكس ، **وفى هاتين الحالتين يجب على المتبوع عند رجوعه على التابع أن يثبت خطأه** ، لأن مسئولية التابع فى الحالة الأولى على أساس خطأ مفترض ومسئولية فى الثانية بوصفه حارسا ، وانما تكونان فى العلاقة بينه وبين المضرور ، وليس فى علاقته بالمتبوع[٣٤] .

— وقد أجاز القضاء المدنى للمتبوع أن يختصم تابعه فى الدعوى التى يرفعها المضرور على المتبوع وحده ، وأن يطلب المتبوع فى هذه الدعوى الحكم على تابعه بما قد يحكم به عليه للمضرور وذلك لما للمتبوع من مصلحة فى

---

(٣٣) انظر هذا البحث « السبب الاجنبى وعلاقة فعل التابع بالمضرور » بند ١٣٧ فقرة ج خطأ الغير .

(٣٤) نقض مدنى بتاريخ ١٩٥٤/١٢/١٦ طعن رقم ٢١٧ سنة ٢١ ق ويمكن الرجوع الى نفس الحكم فى مجموعة النقض ٦ رقم ٣٥ ص ٢٧٠ .

هذا الأختصام لأن مسئوليته تبعية لمسئولية التابع فاذا استطاع هذا درء مسئوليته وهو بطبيعة الحال أقـدر من المتبوع على الدفاع عن نفسه ، استفاد المتبوع من ذلك ، حيث لا تتحقق مسئوليته لعدم توافر شروط تحقق مسئولية التابع ، واذا لم يستطع التابع ، كان حكم التعويض حجة عليه فلا يمكنه أن يعود فيجادل فى وقوع الخطأ منه عندما يرجع عليه المتبوع بما أوفاه للمضرور من التعويض المحكوم به .

وطبيعى أنه اذا حكم للمتبوع فى تلك الدعوى على التابع بما حكم به للمضرور على المتبوع فان تنفيذ الحكم الصادر للمتبوع على التابع يكون معلقا على وفاة المتبوع بالتعويض المحكوم به عليه للمضرور[٣٥] .

١٥٥ ـ تقـادم دعوى المسئولية :

اذا كان للمدين فى حالة الرجوع عليه بدعوى الحلول أن يتمسك فى مواجهة الكفيل بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن ، فان من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذى أوفى التعويض عنه للمضرور بانقضاء حق هذا الدائن المضرور قبله بالتقادم الثلاثى المقرر فى المادة **بانقضاء حق هذا الدائن المضرور قبله بالتقادم الثلاثى المقرر فى المادة** ١٧٢ من القانون المدنى بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع ا وعلى أساس أنه انقضى على علم المضرور بحـدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض على أساس أن رفعـه الدعوى على المتبوع ، لا يقطع التقادم بالنسبة اليه ، والتقادم هنا لا يرد على حق المتبوع فى الرجوع على التابع ، وانما على حق الدائن الذى انتقل الى المتبوع بحلوله محل الدائن (المضرور) فيه والذى يطالب به المتبوع تابعه ، ذلك بأن المتبوع حين يوفى بالتعويض للدائن المضرور فانه يحل محل هذا الدائن فى نفس حقه وينتقل اليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع[٣٦] .

(٣٥) نقض مدنى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٦٩ ، مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٣٣ ص ١٩٩ .

(٣٦) نقض مدنى بتاريخ ١٠/٥/١٩٧٩ الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٤٣ ق .

« وقد نصت على ذلك المادة ١٧٢ من القانون المدنى فى فقرتها الأولى بأن تسقط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل غير المشروع » .

كما نصت ذات المادة فى فقرتها الثانية « على أنه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة فان دعوى التعويض لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية »(٣٧) .

وكما سبق أن رأينا أن مسئولية المتبوع ترتبط بالمسئولية الشخصية للتابع وأن مسئولية الأخير يمكن أن تقوم على خطأ يكون جريمة جنائية يعاقب عليها القانون الجنائى وعلى ذلك فان مسئولية المتبوع تسقط بالتقادم بسقوط دعوى المسئولية الشخصية ضد التابع أى بأقصر المدتين اما بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بوقوع الضرر والشخص المسئول عنه ، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الضرر ، أما فى الحالة التى تكون فيها مسئولية التابع ناشئة عن جريمة جنائية وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر بالشخص المسئول عنه أو بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الضرر ، فان دعوى المسئولية المدنية للمتبوع لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية للتابع ، أى بانقضاء عشر سنوات من يوم وقوع الضرر الناشىء عن جناية أو ثلاث سنوات فى حالة الضرر الناشىء عن جنحة أو بانقضاء سنة فى حالة الضرر الناشىء عن مخالفة وهى مدد تقادم الدعوى الجنائية التى نص عليها قانون الاجراءات الجنائية .

---

(٣٧) مدة التقادم فى القانون الفرنسى ثلاثون عاما ، راجع فى ذلك فينى Viney ، المرجع السابق ، فقرة ١٢٨ وما بعدها ص ١٦٨ وما بعدها ، فقرة ١٣٠ ص ١٧٣ وما بعدها — السنهورى ، الوسيط ، ج ١ فقرة ٦٢٥ ص ٩٣٦ وما بعدها .

١٥٦ — التعويض الذى يرجع به المتبوع على تابعه :

الأصل أن يرجع المتبوع على التابع بكل التعويض الذى دفعه للمضرور على أن المتبوع قد لا يرجع على التابع الا ببعض ما دفع من التعويض ، ويتحقق ذلك اذا وقع من المتبوع خطأ ذاتى يستقل عن خطأ التابع ويكون ذلك الخطأ قد أسهم فى حدوث الضرر ، فاذا أثبت التابع أن المتبوع قد اشترك معه فى الخطأ ، فهنا يقسم التعويض بنسبة اشتراك كل منهما فى الخطأ الذى تسبب عنه الضرر ، وفى هذه الحالة لايكون للمتبوع أن يرجع على تابعه بكل التعويض الذى فاه للمضرور بل ينتقص من هذا التعويض بقدر ما أسهم خطؤه فى حـدوث الضرر وقد نصت على ذلك المـادة ١٦٩ بقولها « اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » .

وقضت محكمة النقض بهذا المعنى بقولها « يجوز للتابع اذا رجع عليه المتبوع بما دفعه للمضرور أن يثبت أن المتبوع قد اشترك معه فى الخطأ وفى هذه الحالة يقسم التعويض بينهما بنسبة اشتراك كل منهما فى الخطأ الذى تسبب عنه الضرر ، واذا كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن التابع — قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بأن المطعون عليها — المتبوع — اشتركت معه فى الخطأ الذى نشأ عنه الحادث — وكان الحكم المطعون فيه لم يناقش هذا الدفاع ولم يعن بالرد عليه مع أنه دفاع جوهرى قد يتغير معه وجه الرأى فى الدعوى ، فانه يكون قد عاده قصور يبطله »[٣٨] .

---

(٣٨) نقض مدنى جلسـة ٢٦ نوفمبر ١٩٧٤ مجموعة احكـام النقض السنة ٢٥ رقم ٢١٩ ، وانظر ايضا نقض مدنى جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦ ، مجموعة احكام النقض المدنى ٦ — ٣٥ — ٢٧٠ .

المطلب الثانى

علاقة المتبوع بتابعه فى الفقه الاسلامى

١٥٧ — ان الشروط التى يجب توافرها لتحقق مسئولية المتبوع فى الفقه الاسلامى هى : —

أ — أن يكون هناك ارتباط أى عقد بين المتبوع وتابعه يتم بمقتضاه أن يسلم الثانى منافعه لصالح الأول ويكون للمتبوع حق الطاعة عليه والامتثال أى سلطة الرقابة والاشراف .

ب — أن يكون الضرر الحاصل من التابع (الخادم أو التلميذ مثلا) فى المنفعة المعقود عليها ، وذلك بالعمل الذى هو تسليم تلك المنفعة .

جـ — أن يكون التلف فى يده وبعمله أى يكون أثناء وبسبب العمل . وكما ذكرنا سلفا أن يكون فى حدود وظيفة آلته ومحل عمله وكيفية آدائه أو أن يكون مأمورا به من قبل استاذه صراحة أو دلالة . واذا لم يكن مأمورا به ولا مما جرت العادة بأن مثله يفعله فلا ضمان على المتبوع .

فاذا ما توافرت الشروط السابقة تحققت مسئولية المتبوع تجاه الأضرار التى يحدثها تابعه للضحية ، وعليه أن يدفع التعويض نيابة عن تابعه .

١٥٨ — رجوع المتبوع على التابع :

هل يحق للمتبوع أن يرجع بما دفعه من تعويض للمضرور على تابعه لتحصيله منه :

اذا مارجعنا الى أساس مسئولية المتبوع عن التابع[٣٩] فى الفقه الاسلامى نجد أن بعض الفقهاء بنى هذه المسئولية على أساس النيابة ، والبعض الآخر رأى فى أساسها تحمل التبعية ، وسواء بنيت مسئوليته على أساس النيابة أو تحمل التبعة من قبل الفقهاء ، نجد أنه لا يكون للمتبوع الحق فى أن يرجع على التابع ، وهذا الأمر يتفق مع قواعد الفقه

(٣٩) انظر فى هذا البحث « أساس تضمين المتبوع عن فعل التابع فى الفقه الاسلامى » بند ١١٤ وما بعده .

الاسلامى ، لأنه كما ذكرنا يكون التابع كنائب عن المتبوع فى تصرفه أو أن الضرر الذى سببه التابع يكون مقابل مكسب يحققه المتبوع تطبيقا لقاعدة الغنم بالغرم .

وفى كلا الأساسين واتساقا مع قواعد الفقه الاسلامى يتحمل التعويض المتبوع دون التابع فالانسان لا يرجع بالضمان على نفسه لأن التصرف الصادر من التابع والذى سبب الضرر يكون كأنه صدر من المتبوع باعتبار التابع نائبا عنه ، وفى هذا يقول البغدادى : « تلميذ القصار وسائر الصناع وأجيرهم ، لم يضمنوا الا بالتعدى ، وفيما لم يتعدوا ضمن الاستاذ ، ولا يرجع عليهم »(٤٠) .

١٥٩ — تقادم الحق فى التعويض :

اذا ثبت الحق فى التعويض للمضرور ، ثم مضت مدة ولم يطالب بحقه أمام القضاء أى لم يرفع دعوى المسئولية ، فهل يسقط حقه شرعا بمضى المدة ، وما هو مقدار المدة ، وهل يعتبر وضع اليد عموما من أسباب كسب الملكية ؟

ان التقادم : يسمى مرور الزمان ، معناه : انقضاء زمن معين على حق فى ذمة انسان ، أو على عين لغيره فى يده ، دون أن يطالب صاحبهما بهما ، وهو قادر على المطالبة(٤١) .

هذا وقد اتفق فقهاء المسلمين(٤٢) على أنه لا يعتبر التقادم أو مضى المدة أو وضع اليد سببا صحيحا من أسباب سقوط الحقوق اذ « لايجوز

---

(٤٠) انظر تبيين الحقوق للزيلعى ج ٥ ص ١٣٨ ، ص ٢١ ، ١٢ .

(٤١) انظر فى هذا التعريف د/ فوزى فيض الله ، المرجع السابق ، ص ٣٦٤ وما بعدها .

(٤٢) انظر المدونة الكبرى للامام مالك ج ١٣ ص ١٢ — حاشية الدسوقى على الشرح الكبير الورد برى ج ٤ ص ١١٥ ، ١٤٦ — البدائع للكاسانى ج ٦ ص ٢٢١ ، ٢٢٦ ، المبسوط للسرخى ج ١٦ ص ١٤٨ ، ج ١٧ ص ٣٠ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٩ — حاشيتا قليوبى وعميره ج ٤ ص ٣٣٤ . المهذب للشافعى ج ٢ ص ٣١٠ — المغنى لابن قدامة ج ١٠ ص ٢١٥ ، ٣٣٤ — المغنى لابن قدامة والشرح الكبير ج ١٢ ص ١٦٢ .

لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » وقد استند الفقهاء في ذلك الى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(٤٣) .

وذلك لأن سقوط الحق بالتقادم من قبيل أكل مال الغير بالباطل ، كما استندوا الى قوله صلى الله عليه وسلم ، لا يبطل حق أمرىء مسلم وان قـــدم »(٤٤) .

ولكن ذهب جانب من الفقه الى القول بأن التقادم وان كان لا يسقط الحق الا أنه مانـــع للقاضي من سماع الدعوى بالحـــق ، حماية لمبـــدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقية ، وتجنبا لاثارة المشـــكلات في الاثبات ونحوه ، وذلك لأن القضاء في الاسلام مظهر للحق لا مثبت له ، الحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمن وتقادم العهد ، لأن مبدأ الاسلام العام الأزلي هو احترام ملكية الأموال للآخرين الا أن القضاء مع هـــذا يقبل التخصيص بالزمان والمكان والخصومة ويقبل التعليق بالشرط ، وبناء عليه يصح للحاكم العام في مذهب الحنفية منع القاضي من سماع دعوى شخص مضى على وضع يده خمس عشرة سنة مثلا ، فيعتبر قضاؤه بعدئذ غير نافذ(٤٥) حيث جاء في الدر المختار « حتى لو أمر الســـلطان بعـــدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة لم ينفذ »(٤٦) وفي نفس المرجـــع « القضاء مظهر لا مثبت ، ويتخصص زمانا ومكانا وخصومة (٤٧) وجاء في تعليق ابن عابدين في حاشية رد المحتار فيما يتعلق ببيان علة المنع من سماع الدعوى للتقادم « ان عدم سماع الدعوى بعد هذه المدة انما هو

---

(٤٣) سورة النســـاء آية ٢٩ .

(٤٤) انظر المراسيل لابي داود ص ٣٨ . انظر مدونة الامام مالك ج ٥ ص ١٨٠ طبعة دار السعادة المطرية سنة ١٣٣٠هـ .

(٤٥) نصت المـــادة ١٦٦٠ من المجلة العدليـــة على ذلك فيما يأتي « لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والسعادة والعقارات الموقوفة التي ليست بعائدة الى أصل الوقف والعموم كالمقاطعة او التصرف بالاجارتين والمشروطة والتولية والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة » .

(٤٦) الدر المختار (بهامش الدر المختار) ج ٤ ص ٣٥٦ ط ٣ بولاق سنة ١٣٢٥ .

(٤٧) الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٦ .

نهى السلطان عن سماع فيكون القاضى معـزولا عن سماعها لأن القضـاء يتخصص وسبب النهى قطع الحيل والتزوير فلا ينافى ما فى الأشباه من أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان »[٤٨] . كما قيل فى معرض بيان علة منع سماع الدعوى للتقادم أن العرف يكذب أمثال هذه الدعاوى ويشـك فى أصل الحق وفى اثباته بعد هذه المدة الطويلة[٤٩] .

ـ هذا وقد ذهب البعض الى القول بأن هذا المنع ليس على اطـلاقه بل أنه مقيد فلا يدخل فيه الوقف والارث ، وكذلك الحالات التى يكون منها صاحب الحق مجنونا أو فى غيبة وقد جاء تأييدا لذلك فى رد المختار « أن السلاطين الآن يأمرون قضاتهم فى جميع ولاياتهم بأن لا يسمعوا دعوى بعد مضى خمس عشرة سنة ، سوى الوقف والأرث »[٥٠] .

ـ **مدد التقادم** : أما فيما يتعلق بمدد التقادم التى تمنـع سماع الدعوى بعد مضيها : (فقد نقل عن الحامدية أن الدعوى لو طالت بلا عذر ثلاثا وثلاثين سنة لا تسمع ، وذلك أخذا مما ذكره فى كتاب الدعوى عن المبسوط . اذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ، ولم يكن مانع من الدعوى ثم ادعى لا تسمع دعواه ، لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظـاهرا) .

فى جامع الفتاوى عن فتاوى العنابى : قال المتأخرون من أهل الفتوى

---

(٤٨) رد المحتار على الدر المختـار وحاشية ابن عابدين عليـه ج ٤ ص ٣٥٦ .

(٤٩) جاء فى الطرق الحكمية ص ٣٨ وما بعدها حيث يقول ابن القيم « ان من الدعاوى دعوى يقضى العرف بكذبها ومثالها : ان يكون رجل جائزا لدار متصرفا فيها السنين العديد الطويلة بالبناء والهدم والاجارة والعمارة ، وينسبها الى نفسه ، ويضيفها الى ملكه ، وانسـان حاضر يراه ويشـاهد افعاله طول هذه المدة ، وهو مع ذلك لا يعارضـه ولا يذكر أن له فيها حقا ولا مانع يمنعه من المطالبة بالحقوق ، ولا بينه وبين المتصرف فى الدار قرابه ولا شركة فى ميراث او ما اشبه ذلك مما يتسـامح فيه القربات والضمير بينهم ، بل كان عريا عن جميع ذلك ، ثم جاء بعد هذه المدة يدعيها لنفسه ، ويزعم أنها له ، ويريد أن يقيم بذلك بينة ، فدعواه غير مسموعة أصلا فضلا عن بينته ، وتبقى الدار بيد حائزها ، لأن كل دعوى يكذبها العرف وتنفيها العادة ، فانها مرفوضة غير مسموعة » .

(٥٠) رد المحتار ج ٤ ص ٣٥٦ س ٢٥ ، ٣٦ بولاق سنة ١٣٢٥ هـ .

لا تسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة ، الا أن يكون المدعى غائبا أو صبيا أو مجنونا ، وليس لهما ولـى ، المدعى عليه أميرا جائـرا • ونقل الطحاوى عن الخلاصته : لا تسمع بعد ست وثلاثين سنة • ثم لا يخفى أن هذا ليس مبنيا على المنع السلطانى ، بل هو منع من الفقهاء ، فـلا تسمع الدعوى بعده ، وان أمر السلطان بسماعها »[٥١] •

وعلى هذا فان مقدار المـدة التى اعتبرها الحكام مانعا من سـماع الدعوى فهى فى الوقف ثلاث وثلاثون سنة وقيل ست وثلاثون سنة وفى الارث ثلاث وثلاثين سنة قيل خمس عشرة سنة ، وفى أموال بيـت المال ست وثلاثون سنة وفى الاراضى الأميرية عشر سنوات •

وفى بقية الحقوق خمس عشر سنة ، وقد أخذت المجلة فى (المـادة ١٦٦٣) بمدة خمس عشرة سنة فى جميع الحقوق غير الوقف فهى سـت وثلاثون سنة ، والأراضى الأمـيرية فهى عشر سنين وتبتدىء المدة من الوقت ظهور اليد على الشىء بمظهر المالك لها ، وعدم المانع الشرعى من اقامة دعواه كالصغر والجنون والعته والغيبة ، فان وجد عذر شرعى كهذه الاعذار سقط اعتبار مضى المدة •

وبناء على هذا اذا ترك شخص دعواه فى التعويض عن الضرر مـدة خمس عشرة سنة ، سقط حقه فى اقامة الدعوى الا أن يقر الخصم بالحق، فينهدم مرور الزمن لظهور الحق باقراره[٥٢] وعلى ذلك نصت المادة ١٦٧٤ مـن المجـلة •

١٦٠ — مقـارنة :

يعتبر التقادم قانونا سـببا من أسباب كسب الحقـوق ، وهذا هو

---

(٥١) رد المحتار ج ٤ ص ٣٥٨ •

(٥٢) الدر المختار ورد المحتار ج ٤ ص ٣٥٦ وما بعدها — المدخل لنظرية الالتزام للاستاذ / مصطفى الزرقا فقرة ١٥٦ — المسئولية التقصيرية بين الفقه والقانون للد كتور / فوزى فيض الله ص ٣٦٤ وما بعدها .

المعروف بالتقادم المكسب ، وهو مخالف للشريعة الاسلامية[٥٣] ، كما أنه قد يسقط الحقوق وهذا هو التقادم المسقط وقد نص القانون المدنى[٥٤] ، على مدة سقوط دعوى المسئولية ، الا أن هذه المدة تختلف بحسب ما اذا كان الخطأ مدنيا أو جنائيا .

فاذا كان الخطأ مدنيا تسقط دعوى المسئولية بأقصر المدتين : ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة ، فهى تسقط بمضى ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عن الضرر . وهى تسقط فى كل حال بعد مضى خمس عشرة سنة من يوم وقوع الضرر ، وفى هذه الحالة يلتقى القانون المدنى والفقه الاسلامى . حيث تسقط الدعوى بالنسبة للقانون المدنى ولا تسمع الدعوى فى الفقه الاسلامى حيث يكذبها العرف او لتعذر الاثبات لمرور الزمن الطويل ولهذا لو أقر المدين بالحق سمعت الدعوى فى الفقه الاسلامى رغم مرور الزمان الطويل بينما التقادم المبنى على غير قرينة الوفاء فى القانون يعنى انقضاء الالتزام ولو أقر المدين بالحق .

وأما اذا كان الخطأ جنائيا فانه ينشأ عنه دعويان : دعوى مدنية ودعوى جنائية ، والدعوى المدنية تسقط بأقصر المدتين كما ذكرنا ، وأما الدعوى الجنائية فتسقط بعشر سنين . وتبقى الدعوى المدنية غير ساقطة مابقيت الدعوى الجنائية[٥٥] .

---

(٥٣) قد نجد فى الفقه الاسلامى ما يشابه المقرر قانونا ، فان المالكية قدروا المدة فى تملك العقار بعشر سنين اخذا من حديث « ومن حاز شيئا عشر سنين فهو له » رواه سعيد بن المسيب (العرف والعادة للأستاذ احمد فهمى أبو سنه : ص ١١٦) .

(٥٤) نصت المادة ١٧٢ من القانون المدنى المصرى على انه « (١) تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال ، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (٢) على انه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية » .

(٥٥) انظر فى هذا البحث « تقادم دعوى المسئولية » بند ١٥٥ .

وخلاصة القول : أن الفقه الاسلامى والقانون المدنى متفقان على مبدأ سقوط الدعوى فى التعويض بالتقادم من خلال عدم سماع الدعوى فى الفقه الاسلامى وسقوط الدعوى فى القانون المدنى ، وعلى مدة التقادم الطويلة الأجل ، الا أنهما مختلفان فى مدة التقادم القصيرة الأجل .

خاتمـــــة

١٦١ ـ لاشك أن المسئولية المدنية قد أصبحت فى العصر الحـديث مرآة صادقة تنعكس على سطحها كافة الأفكار والتطورات التى تلحق بالمجتمع من نواحيه المتعددة الاقتصادية والاجتماعية والانسانية فكل تطور لابد أن يجد صداه على هذا السطح الحساس ، ولهذا كان دافعنا الى هـذا البحث لنبحث فى ثنـاياه عن مسئولية المتبوع تجاه انحراف أى خطـأ تابعه عندما يتسبب بهذا الانحراف فى الاضرار بالغير أثنـاء أو بسبب تأدية وظيفته ، وذلك فى اطار القانون المدنى والفقه الاسلامى ، لنوضـح مدى الاتفاق والاختلاف بينهما فى هذا الموضوع .

١٦٢ ـ وقد تناولنا فـى **فصـل تمهيدى** : تطور مسئوليـة المتبوع فى القانون المدنى والفقه الاسلامى وخلصنا من الدراسـة الى أن الشرائع الأوربية لم تعرف تلك المسئولية الا فى غضـون القرن السابع عشر فلـم **يعرف القـانون الرومانى** : فى نصوصه تلك المساءلة على الاطلاق حتى أواخر مراحله ، أما **القـانون الفرنسى قـديما** : فلم يكن يعرف هـذه المساءلة لأن ماقام به الفقيـه « دوما » بتجميعه حالات معينة تحت أصل واحد واعتباره لها مساءلة عن فعل الغير ليس الا تعميما خاطئا ، وذلك باتفاق الفقهاء .

أما **القانون الفرنسى الحـديث** : فقـد جاء بأحكام تفصيلية تتلك المسئولية ، وقـد استمدها مباشرة من أفكار الفقيه بوتييه ، وجعل منها استثناء للقاعدة القاضية بوجوب قصر مساءلة الشخص عن أفعـاله غير المشروعة .. والى ذلك ذهب القانون المصرى القديم منه والحديث .

أما الفقه الاسلامى : وان كان الأصل منه وجوب اقتصار المساءلة على الأخطاء الشخصية ، الا أنه تعرض لمسئولية المتبوع ، وذلك من قبل القرن السادس الهجرى حيث تعرض لها فقهاؤه فى نطاق التبعية الناشئة عند اجارة الأشخاص ومساءلة المؤجر عن الأضرار التى تلحق بالغير نتيجة للفعل غير المشروع من الأجير فى أعمال الحفر والبناء ، والآمر والمأمور

والمكره والمكره ومسئولية السيد عن العبد ، كما عـرف الفقه الأسـلامى مساءلة الدولة عن أفعال تابعيها ، والتى لم يتوصل اليها الفقه الحـديث الا قريبا .

١٦٣ ـ وفى الباب الأول : تناولنا شروط تحقق مسئوليـة المتبوع عن انحراف تابعه فى القانون والفقـه الاسلامى : **ففى الفصـل الأول منه :** أوضحنا الشرط الأول وهـو : **توافر علاقة التبعية** : وتناولنا فيه المعايير التى اتخذت من قبل الفقه والقضاء للكشف عن علاقـة التبعية ومنهـا **معيـار الاختيـار** : وخلصت الدراسة الى عدم صلاحيته كمعيار للكشف عن تلك العلاقة ، **ومعيار السلطة والخضوع** : فقد تناولنا بحث المعايير التى قيلت فى بيـان ماهية سلطة المتبوع على تابعه وخلصت الدراسـة فيها الى رفض معيار التبعية الاقتصادية والاجتماعية ، ومعيار الخضوع القانونى ، ومعيـار تحديد الهدف وفرض الوسائل ، ومعيار الوظيفـة وذلك للانتقادات التى وجهت اليها فى البحث .

أما معيـار السلطة الفعلية : فقال به أغلب الفقـه والقضاء بشرط أن تنصب السلطة الفعلية على الرقابة والتوجيه والتى قد تكون قائمـة على رابطة قانونية عقدية أو مستمدة من قانون أو لائحة ، وقـد تكون مستندة الى سلطة فعلية ، والمعول عليه فى وجود علاقة التبعية تبعا للرأى الراجح هو حالة خضوع التابع لرقابة وتوجيهات المتبوع ، وأن توجـد هذه الرقابة والتوجيه وقت وقوع الضرر ، كما ذهب أغلبية الفقه الى أنه يكفى أن يكون المتبـوع قادرا على مبـاشرة هـذه السلطة ولا يلزم أن يستعملها .

وان اشترط بعض الفقهاء فى رأى نؤيده أن يقوم المتبوع بالممارسة الفعلية لسلطة الرقابة والتوجيه ولا يكفى القـدرة على الممارسة ، الأمر الذى يساعد على تضييق نطاق مسئولية المتبوع ، وخاصة أن مسـئوليته مفترضة أى استثناء من المساءلة عن الأخطاء الشخصية .

وفى هذا الاطار أيضـا خلصت الدراســة التى تمت **الى رأينــا** بعدم الاكتفاء بالسلطة الفعلية حيثتستلزم المباشرة الفعلية لوجود علاقة **التبعية بل يلزم عدم تجاوز التابع أوامر المتبوع الصريحة والضمنية حتى لا يسأل المتبوع عن انحــرافه بســبب تجاوز أوامره الصريحة والضمنية قياسا على عدم مسئولية الموكل عن تجاوز الوكيل حــدود الوكالة · ولذا يشترط لتحقق مسئولية المتبوع وفقا للرأى الذى خلصنا اليه من البحث ·**

أولا : وجود علاقة تبعية تتضمن : (أ) سلطة الرقابة والتوجيه من خلال الممارسة الفعلية ، (ب) أن يكون التابع قد عمل فى اطار هذه السلطة أى لم يتجاوز أوامر المتبوع الصريحة والضمنية ·

ثانيا : حدوث الضرر بخطأ التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها ·

وعلى ذلك اقترحنا تعديل الفقرة الثانية تص المادة١٧٤ مدنىمصرى لتكون على الوجه الآتى : —

« ١ — يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعــه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها ·

٢ — تقوم رابطة التبعيــة متى توافر للمتبوع سلطة فعلية فى رقابة **التابع وتوجيهه وأن يكون التابع قد عمل فى اطــار هــذه السلطة ولــم يتجــاوزها** » ·

— وتناولنا أيضا فى موضوع **السلطة الفعليــة** بعض الفروض التى تتحدث فى نطاق هذه السلطة مثل : انابة المتبوع غيره فى ممارســة حق الرقابة والتوجيــه ، ومدى مسئوليــة المتبوع خلال ذلك ، حيث انتهت الدراسة الى أنه يكفى أن ينيب غيره فى ممارسة هذه السلطة حتى تتحقق مسئوليته لأن تصرفات الوكيل تنصرف الى الأصيل مباشرة وخاصة فيما يتعلق بأحكام العقد ·

— وفى نطاق قدرة المتبوع على ممارســة الســلطة الفعلية وضــحنا مدى مسئولية المتبوع غير المميز وفيه ذهب الفقــه والقضــاء الى تحقق

مسئولية المتبوع غير المميز عن خطأ تابعـه استنادا الى أن مسئوليتـه مفترضه افتراضا قانونيا متى كانت له سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه ممثلا فى شخص وليه أو وصيه .

وكذلك مدى ضرورة توافر الدراية الفنية لدى المتبوع حتى تتحقق مسئوليته تجاه انحراف تابعه واستعرضنا آراء الفقهـاء والقضاء التى قيلت فى هذه المسألة وانتهت الدراسة الى الرأى الراجح فى الفقه وأيده القضاء بأنه تكفى الرقابة الادارية دون حاجة الى الدراية الفنية حتى تتحقق مسئولية المتبوع .

وفى مجال المقارنة بين مايميز مسئولية المتبوع عن مسئولية متولى الرقابة وجدنا أن سلطة المتبوع ورقابته على التابع لابد وأن تنصب على عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع بعكس مسئولية متولى الرقابة التى لا تكون فى عمل معين .

كما تناولنا أيضا فى البحث موضوع **التبعية العرضية** : ووضـحنا آراء الفقهاء والقضاء فى مدى مسئولية المتبـوع الأصلى وهل يلزم أن تتسم هذه الوظيفـة بطـابع الاستمرارية أو الدوام أو يكفى التبعية العرضية حتى تقوم التبعيـة ، وبالتالى قيام المسئولية ، واتجه غالبيـة الشراح والمحاكم الى أن الشخص الذى يستخدم تابعا لغيره فى عمل له يسأل عما يقع من هذا التابع فى أثنـاء خدمتـه له اذا كانت عليه سلطة التوجيه والرقابة ووضحنا أيضا القاعدة التى حاول القضاء والفقه وضعها فى تقرير انتقال سلطة التوجيه من المتبوع الأصلى الى المتبوع العرضى سواء كان مصدر هـذا الانتقال الاتفـاق أم النص أم رابطة التبعيـة سواء احتفظ بهـا المتبوع الأصلى فتتحقق مسئوليته أم لم يحتفظ بهـا فلا تتحقق مسئوليته .

— **أما الشرط الثانى** : من شروط تحقق مسئولية المتبوع فهو حدوث الضرر بانحراف (خطأ) التـابع حال تأدية وظيفتـه أو بسببها : حيث

تناولنا مفهوم الخطأ الذى يقع من التابع والذى بمقتضاه يحدث الضرر للغير وذلك فى الفقه والقضاء الفرنسى والذى ذهب جانب منه الى معارضة الرأى والاتجاه الغالب الذى يرى فى الخطأ ركنين مادى ومعنوى والذى انبنى عليه الرأى السائد لدى الفقه والقضاء بعدم مساءلة عديم التمييز استنادا الى أن التمييز ركن فى الخطأ ، أما الاتجاه المعارض فى الفقه الفرنسى يقول بأن التمييز ليس ركنا فى الخطأ وأن ركن الخطأ هو الركن المادى ولذلك قالوا بمسئولية عديم التمييز عن أفعاله التى تسبب ضررا للغير أيان كان سبب انعدام التمييز ، وقد ظهر هذا الاتجاه بعد قانون ٣ يناير ١٩٦٨ التى صدر فى فرنسا • حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٨٩ من القانون المدنى الفرنسى عن أن « الذى يتسبب فى الحاق ضرر بالغير لحظة اختلاله عقليا يكون ملزما بالتعويض » ، ووضحنا موقف القضاء الفرنسى من هذا الاتجاه مابين مؤيد ومعارض لمسئولية عديم التمييز ، كما تناولنا موقف المشرع المدنى المصرى من ذلك أيضا حيث ذهب الرأى الغالب فى الفقه الى اعتبار التمييز ركنا فى الخطأ ، وأشرنا الى حالة الاستثناء التى وردت فى المادة ١٦٤ مدنى مصرى وأن حكم هذه المادة مأخوذ من الشريعة الاسلامية •

تلك الشريعة التى وضح لنا موقفها من شروط تحقق مسئولية المتبوع فيها حيث تقف من فكرة الخطأ موقفا مغايرا للقانون المدنى وذلك من خلال نظريتها فى المباشرة والسبب موقفا وسطا مابين المذاهب الشخصية التى تقوم على فكرة الخطأ ، والمذاهب المادية التى تقوم على على فكرة تحمل التبعة • وتتجاوز عن شرط الخطأ وتكتفى بمجرد تسبب الفاعل فى حدوث الضرر اذ هى أى الشريعة الاسلامية تميز بالنسبة للأفعال غير المشروعة بين أفعال المباشرة وأفعال التسبب ، وقد خالف علماء الشريعة التوفيق اذ لم يعبروا عن الفعل الذى يولد التلف أو الضرر بالخطأ كما ذهب الى ذلك فقهاء القانون من الشخصيين ، وانما عبروا عنه فى الغالب « بالتعدى » نظرا لأن اللفظ الأخير يتسع معناه لغة واصطلاحا لكافة ألوان المجاوزة بما فيها العمد والخطأ وغير ذلك من وجوه العدوان

الأخرى ، بينما يقف التعبير بالخطأ قاصرا على لونه من التعدى بجانب أنه لايشمل العمد الا باصطلاح خاص .

وفيما يتعلق بالركن المعنوى للخطـأ — والـذى يتمثل فى الادراك والتمييز — فان الشريعة طبقا للثابت من أصولها وأحكامهـا لاتعرف فى التعدى الركن المادى والمعنوى ، كما هو شـأن القانونيين فى الخطأ بل يطرح علماؤها من حسابهم ادراك الفاعل وتمييزه اذا تعلق الأمر بشئون العدوان المالى ، والوجه فى ذلك أنهم يستبعدون فى هـذا الصـدد كل الاعتبارات الشخصية الخاصـة بشخص المتعدى من كونه مميزا أو غير مميز لأنها فى مظهرهم ظروف داخلية خاصة به ولا صـلة لهـا بواقعة التعدى . ولهذا قررت الشريعة مسئولية عديم التمييز عن خطئه الشخصى سواء كان تابعا وبالتالى مسئولية متبوعه أم كان متبوعا حيث قرر فقهاء المسلمين مسئولية القصر والمجانين ونحوهم عن كل فعل يصدر منهم وذلك فى أموالهم الخاصة الحاضرة ، والمستقبلة التى تتكون لديهم بعد الرشد مما يدل على اتجاههم فى التضمين نحو النزعة الموضوعية المادية .

١٦٤ — أما البـاب الثانى :

فتناولنا فيه **معيار مسئولية المتبوع عن انحراف تابعـه فى القانون والفقـه الاسـلامى :**

وفى الفصـل الأول : بحثنا معيار مسئوليـة المتبوع عن انحراف تابعه فى القانون المدنى ووضحنا موقف القانون والفقه والقضاء الفرنسى الذى تنـاول العديد من النظريات التى قيلت بصدد بيان أساس مسئولية المتبوع عن خطأ تابعـه بتعويض الغير عن الأضرار التى لحقت به من جراء خطأ تابعه ، فتنوعت آراء الفقهاء والقضاء فى تناول تلك النظريات فرأينا البعض يقيم معيار مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه على فكرة الخطأ المفترض ، واتجه البعض الآخر أمام الانتقادات التى وجهت الى نظرية الخطأ المفترض الى بنائها على أساس فكرة النيـابة ثم فكرة الحلول ، بينما فريق آخر بحث ذلك الأساس من زاوية تحمل التبعـة ، ووضحنا

الفرق بين مفهوم تحمل التبعة لدى القانونيين ، واختلافه عن مفهومها لدى الفقه الاسلامى حيث يذهب فقهاء الشريعة الاسلامية الى تفسير قاعدة « الغنم بالغرم » بأن ماغنمه الانسان من مال يستتبع غرامته اذا ما أصاب عين هذا المال ضرر وذلك بتحمله هو ضرره ، بعكس مفهوم الفقه الوضعى لتلك القاعدة فيرون بأن كل مايحصل عليه الانسان من مغنم أو ربح من مشروعه أو نشاطه فعليه فى مقابل ذلك أن يتحمل تبعة ماينشأ من ضرر لغيره ، ولقد وجهت الى نظرته تحل التبعة كما وجه الى النظريات السابقة انتقادات أدى بالبعض الى تأسيسها على فكرة مخاطر السلطة • وأخيرا رآه البعض متمثلا فى فكرة الضمان •

ولكن الفقه الحديث أخذ يبحث عن ذلك الأساس خارج النطاق التقليدى ، فرآه قائما على فكرة التأمين القانونى ، وذلك باعتبار أن المتبوع مؤمن نظرا لاستفادته أو احتمال استفادته من خدمات الغير ومن ذلك عليه أن يضمن الغير ضد المخاطر التى تلحقهم من أخطاء تابعيه •

ووجه الى هذه النظرية انتقادات ذكرناها فى البحث والتى تتمثل فى أن فكرة التأمين القانونى غير منضبطة ، وهى ليست مماثلة لفكرة التأمين الفعلى ، علاوة على مايشوب هذا النظام من شبهة دينية ، وأنها نظام دخيل علينا من الغرب وأن هذا النظام مرتبط بنظام التأمين العالمى الذى يسيطر عليه الصهاينة ومن ثم فعلاجا لذلك فقد اقترحنا فى البحث :

الأخذ بالنظام البديل الاسلامى فى هذا الصدد وهو نظام **التأمين** الجماعى التعاونى : الذى يتفق مع مبادىء الشريعة الاسلامية فيساهم كل عامل فى حرفة بدفع جزء معين من دخله شهريا بالاشتراك مع أصحاب الأعمال وتنمية الحصيلة بكافة الوسائل لتكون رؤوس أموال يعوض منها الأضرار التى يصاب بها العمال ، أو يتسبب فيها العمال للغير من منطلق قوله سبحانه وتعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » (آية رقم ٢ من سور المائدة) •

وأخـــيرا تناولنـــا مـــوقف القـــانون المصرى مـــن معيـــار مسئولية المتبوع حيث تعددت الآراء لدى الفقه المصرى فى ضوء المعيار الذى يعتمد عليه فى تأسيس مسئولية المتبوع فاتجه البعض الى البحث عن علة تقرير مسئولية المتبوع الى قوة المركز المالى له وقد انتقدنا هذا الرأى حيث يســـأل المتبوع عن خطأ تابعـــه حتى ولو كان فقيرا معسرا فيحق للمضرور أن يرجع على المتبوع بالتعويض حتى ولو كان معسرا •

بينما اتجه البعض الآخر الى البحث عنها فى فكرة النيابة وهنـــاك رأى ثالث يقيمها على أساس فكرة الضـــمان أو الكفالة التى مصـــدرها القانون أى الكفالة القانونية أو الضمان •

ـــ **أما الفقه الاسلامى** : فقد اتجه الى البحث عن معيار مسئوليـــة المتبوع فى اتجاهين :

الأول : أنها تقوم على فكرة النيابة • الثـــانى : أنهـــا تقوم على فكرة تحمل التبعة عن فعل الغير ، القائم على المنفعة التى يجنيها المتبوع أو المســـتأجر من خـــدمات التـــابع أو الأجـــير وذلك وفقـــا لقـــاعدة « الغنم بالغرم » •

١٦٥ ـــ أما الباب الثالث :

ففيه تنـــاولنا صـــور انحراف التابع عن نطاق اختصاصه الوظيفى وأثر الانحراف على مسئولية متبوع :

وفى **الفصـــل الأول** : استعرضنا صور انحراف التابع عن نطـــاق اختصاصه الوظيفى ورأينا صور الانحراف فى القانون المدنى قـــد تكون أثنـــاء أو بسبب العمل ، وقـــد تكون بمناســـبة الوظيفـــة أو قد يكون الانحراف بسبب أجنبى عن الوظيفة •

وقد تناول البحث موقف الفقـــه والقضاء من معيـــار التمييز بين

الانحراف أثنـاء تأدية الوظيفة ، والانحراف فى تجاوز حدود الوظيفة أى بسببها حيث اتجهت محكمة النقض المصرية الى التمييز بين الانحراف الواقع من التابع أثناء تأدية عمله وبين الانحراف الواقع من التـابع متجاوزا حدود الوظيفة ، بينما رأينا أن أحكام محكمة النقض الفرنسية لا تميز بين الخطأ فى تأدية الوظيفـة والخطأ بتجاوز حدود الوظيفة أى بسببها اذ يستوى عندها تكييف عمل التابع بأنه خطأ فى تأدية الوظيفـة أو تجاوز حدود الوظيفـة لأنها ترتب عليها فى الحالتين نتيجة واحدة هى مسئولية رب العمل بدرجة واحدة •

وقد استخلص البحث نتيجة هامة وهى ضرورة توافر الصـلة بين خطأ التابع والوظيفة وأشرنا الى العوامل الايجابية التى يستهدى بهـا لبيان هذه الصلة والتى تتمثل فى وقوع الانحراف من التابع أثناء ساعات العمل أو فى موقع العمل ، وكـذا الأدوات المستخدمة من جانب التـابع موضحين موقف الفقه والقضـاء من تلك العوامل ومدى الأخـذ بهـا كدلالات لتوافر الصلة المطلوبة بين الانحراف والوظيفة •

— **أما انحراف التابع بسبب تأدية الوظيفة** : فقد استعرضنا آراء الفقـه والقضاء فى المقصود بالانحراف بسبب الوظيفة فمنهم من ذهب الى القول : بأن الانحراف بسبب الوظيفة هو ذلك الذى تربطه الوظيفة سببية مباشرة بحيث يثبت أنه لولا الوظيفة ماوقع الخطأ سواء كان ذلك بالتزيد أو باساءة استعمال شئون الوظيفة ، أما **الفريق الآخر** : وهو رأى الغالبية من الفقه فقالوا بأن الخطأ بسبب الوظيفة يكون فى صـورتين : **الأولى** : اذا لم يكن من الممكن وقوعه لولا الوظيفة • **الثانية** : أن التابع لم يكن ليفكر فى اتيان الفعل الضار لولا الوظيفة •

وبخصوص انحراف التابع بمناسبة الوظيفة : لاحظنا خلال البحث الاتجاه لدى بعض المحاكم الى التوسع فى المسئولية لكى تعطى حالات الفعل الضار الصـادر عن التابع ليس بسبب الوظيفـة فحسب ، ولكن

أيضا بمناسبة الوظيفة ، وهو اتجاه يريد أن يصبح صاحب العمل ضـامنا لنشاط تابعيه ، وكفيلا للآثار المترتبة على هذا النشاط على أوسع نطـاق ممكن ، وقد احتدم الخلاف فى هذا الخصوص فى أحكام القضاء الفرنسى على أعلى مستوياته ، واستعرضنا موقف القضاء المصرى من ذلك حيث ذهب فى بعض أحكامه الى الأخذ بمسئوليـة المتبوع لانحراف تابعـه بمناسبة الوظيفة وانقسام الفقه المصرى مابين مؤيد لها ومعـارض وهو رأى الأغلبيـة .

ونعتقد ازاء ذلك أن الأمر يتعلق بالمخاطر التى يجوز القاء عبئها على المشروع ، لذلك فاننـا لا نرى وجها لتحميل المشروع بالمخـاطر غير العادية من ناحية تراخى صلتها بالوظيفة ، وهو الاتجاه الذى نؤيده نحو تضييق مسئولية المتبوع تجاه انحراف تابعه باشتراط الممارسة الفعلية ولا يكفى القدرة على ممارسة الرقابة والتوجيه علاوة على عدم تجاوز التابع لأوامر متبوعه الصريحة والضمنية والا كان مسئولا شخصيا عن انحرافه ، ولذلك يجب أن تستبعد من المسئوليـة حالات تجاوز حـدود الوظيفة التى تتسم بالشذوذ بحيث لاترتبط بها بصلة سببية حقيقيـة ، ويقتصر أمرها على أنهـا كانت أفعـالا بمناسبة الوظيفة تمت لحساب التابع مطلقا دون أدنى علاقة لها بالمتبوع . ذلك أن القول بغير ذلك يجعل من المتبوع ضامنا لكافة أوجه الخلل فى نشاط التابع الشخصى وهو توسع تأباه العدالة ، ولا يتفق مع المنطق القانونى .

ـ وأخيرا بالنسبة لانحراف التـابع بسبب أجنبى عن الوظيفـة :
اتفق الفقه والقضاء على عدم مسئولية المتبوع عن انحراف (خطأ) التابع إذا كان هذا الانحراف أجنبيا عن الوظيفة ، ويكون الانحراف أجنبيا عن الوظيفة مادامت العلاقة الزمنية والمكانية منعدمة بين الخطأ وبين الوظيفة التى يؤديها التابع لمصلحة المتبوع ، وان كان البعض لايشترط فى الخطأ الأجنبى عن الوظيفـة أن يكون هنـاك انقطاع الصـلة بين الخطأ وبين الوظيفـة مكانيا أو زمانيا وهـذا الاتجـاه يعمل على تضييق مسئولية المتبوع حيث يرى أن الخطأ يكون أجنبيا ولو لم تنقطع الصـلة المكانية

والزمانية بينـــه وبين الوظيفـــة وبالتالى لا تتحقق مسئولية المتبوع تجاه ذلك الانحراف الذى وقع من تابعه •

ـــ **أما فى الفقه الاسلامى** : فان القانون الوضعى يتفق مع ماجاءت به الشريعة الاسلامية بصدد صور انحراف التابع ، فنجد التعـــدى فى الفقه الاسلامى الذى يقع من التابع ويتحمل المتبوع مسئولياته انما يكون أثناء أدائه لعمله أو بسبب هذا العمل ، ويقابلها صور الانحراف التى نصت عليها المادة ١/١٧٤ مدنى مصرى •

وأخيرا فى الفصل الثانى : اشـــتمل على أثر انحـــراف التابع على مسئولية المتبوع فى القانون والفقه الاسلامى • فوضحت لنا الدراسة فى البحث مدى مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه أى علاقة المضرور بالمتبوع وتابعه وتناولنا **النتائج المترتبة على علاقة المضرور بكل من التابع والمتبوع** حيث يحق للمضرور مطالبتهما معا بالتضامن أو مطالبة أحدهما دون الآخر كما وضحنا مدى حجية الحكم الجنائى سواء بادانة أو ببراءة التابع على دعوى المسئولية المقامة ضد المتبوع أمام المحاكم المدنيـــة ، ومدى تعلق مسئولية المتبوع بالنظام العام ، وكذا مقـــدار التعويض الذى يحـــق للمضرو مطالبة التابع أو المتبوع به •

ـــ أما بخصوص علاقة المتبوع بتابعه سواء فى القانون أم فى الفقه الاســـــلامى :

فخلصت الدراسة أن المتبوع يحق له الرجوع على التابع بالتعويض الذى دفعه للمضرور بمقتضى دعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى ، والتى ليست الا تطبيقا للقاعـــدة العامة فى الحلـــول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ مدنى •

كما تناولنا تقادم دعوى المسئولية والتى نصت عليها المادة ١٧٢ مدنى مصرى ، وفى الأصل أن يرجع المتبـــوع على التابع بكل التعويض الذى دفعه للمضرور الا اذا أسهم بخطئه فى حدوث الضرر حيث تنتقص من هذا التعويض بقدر ما أسهم خطؤه فى حدوث الضرر (م ١٢٩ مدنى مصرى)

بعكس ذلك : ذهب الفقه الاسلامى الى القول بعدم أحقية المتبوع بالرجوع بالتعويض الذى دفعه للمضرور على تابعه ، وهذا الرأى يتفق مع قواعد الفقه الاسلامى لأنه كما ذكرنا أن الفقه الاسلامى يقيم أساس مسئوليته المتبوع على فكرة النيابة أو تحمل التبعة ، وسواء كانت المسئولية على أساس النيابة أو تحمل التبعة ، فان التابع كنائب عن المتبوع فى تصرفه أو أن الضرر الذى سببه التابع يكون مقابل مكسب يحققه المتبوع تطبيقا لقاعدة الغنم بالغرم » ، وفى كلا الأساسيين واتساقا مع قواعد الفقه الاسلامى يتحمل التعويض المتبوع دون التابع فالانسان لا يرجع بالضمان على نفسه .

— ووضحنا فى هذا البحث أيضا تقادم الحق فى التعويض ، والذى يختلف فيه القانون الوضعى عن الفقه الاسلامى فالحق فى الفقه الاسلامى لا يسقط بمضى المدة حيث ذهب الفقه الاسلامى بالاجماع على أنه لا يعتبر التقادم أى مضى المدة أو وضع اليد سببا صحيحا من أسباب سقوط الحق، اذ لايجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعى مصداقا لقوله سبحانه وتعالى « ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ٢٩ من سورة النساء وقوله صلى الله عليه وسلم « لا يسقط حق امرىء مسلم وان قدم » وكل ما يترتب على مضى المدة هو عدم سماع الدعوى حيث يكذبها العرف أو لتعذر الاثبات لمرور الزمن الطويل . بعكس التشريع الوضعى الذى يترتب على التقادم سقوط الحق وتملك المغتصب واضع اليد لفترة زمنية لملك الغير . وقضت المادة ١٧٢ مدنى فقرة ١ بأن « تسقط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر والشخص المسئول عنه ، وتسقط الدعوى على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل غير المشروع » .

والله ولى التوفيق ،،

المراجع

أولا : المراجع فى الفقه الاسـلامى

(أ) اللغـة العربيـة :

المصـباح المنير طبعة ١٩١٦م

(ب) كتب الحـديث :

ابن حنبـل (أحمد)

ـ سند الامام أحمد بن حنبل ـ دار صادر للطباعة والنشـر بيروت ـ بلا سنة طبع !

أبـو داود

ـ سنن أبو داود « كتاب الجهاد » باب ٩٥

البخارى (أبى عبد الله محمد بن اسماعيل)

ـ صحيح البخارى ج٢ المطبعة الأميرية ١٣١١ هـ

الشـوكانى

ـ نيـل الأوطـار شرح منتقى الأخبـار من أحاديث سـيد الأخيار لمحمد بن على بن محمد الشوكانى ، طبعة ١٣٥٧ هـ .

النسـائى

ـ سنن النسائى « كتاب البيعة » باب ٣٣

النووى (محيى الدين)

ـ صحيح مسلم شرح النووى ـ كتاب الامـارة ـ باب ٨ الطبعة الأولى المطبعة المصرية القاهرة ١٣٤٧هـ ـ ١٩٢٩م ثمانية عشر جزءا .

(د) كتب الفقـــه :

ابن الشحنة (أبو الوليد ابراهيم)

ـــ لسان الحكام فى معرفة الأحكام لابن الشحنة طبعة مطبعة جريدة البرهان ـــ الاسكندرية ١٢٩٩ هـ

ابن ضويان (ابراهيم بن محمد سالم)

ـــ منـــار السبيل فى شرح الدليل ، الجـــزء الأول ، الطبعة الأولى سنة ١٣٧٨ هـ

أبو سنه (أحمد فهمـــى)

ـــ النظرية العامة للموجبات فى العقود فى الشريعة الاسلامية مطبعة دار التأليف بمصر ١٣٨٧هـ / ١٩٦٧م

الحمـــوى (أحمـــد بن محمـــد)

ـــ غمز فى عيون البصائر على محاسن الأشـــباه والنظائر للحموى ، الجزء الثـــانى ، مطبعة دار الطباعة العـــامرة الآستانة ١٢٩٠هـ جزءان .

المحـــلى (جـــلال الديـــن)

ـــ شرح منهاج الطالبين للنـــووى لجـــلال الدين المحلى الجزء الثالث .

زكـــريا البرديســـى

ـــ (أ) الاكراه بين الشريعـــة والقانون ـــ مجلة القـــانون والاقتصاد ، لعدد الثانى السنة الثلاثون مارس ١٩٦٠م .

ـــ (ب) أصول الفقه ـــ مطبعة دار التأليف سنة ١٩٦١م .

ابن نجيم (الشيخ / زين العابدين بن ابراهيم)

ـــ الاشباه والنظائر لابن نجيم ، تحقيق وتعليق عبد العزيز محمد الوكيل طبعة ١٣٨٧هـ ـــ ١٩٦٨م مطابع سجل العرب مؤسسة الحلبى وشركاه للنشر والتوزيع .

البجيرمـــى (سايمان)

ـــ حاشية البجيرمى على شرح المنهج ج ٤ المطبعة الأميرية بولاق ١٣٠٩هـ •

د / سليمان محمد أحمد

ـــ ضمان المتلفات فى الفقه الاسلامى طبعة ١٤٠٥هـ/١٩٨٥ م مطبعة المجلد العربى القاهرة •

د أ سيد أمين محمـــد خالـــد

ـــ المسئولية التقصيرية عن فعل الغير فى الفقه الاسلامى ـــ رسالة من جامعة اقاهرة • ط ١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م •

د / سيد عبد اللـــه علي حسن

ـــ المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع ج ٢ ط ١ دار احياء الكتاب العربى ـــ عيسى البابى الحلبى ١٣٦٦هـ / ١٩٤٧م •

الشـــــــــوكانى

ـــ نيل الأوطار منتقى الأخبار للشوكانى ، الجزء الخامس مطبعة الحلبى ١٣٤٧هـ •

الشيبانى (ابن ربيـــع)

ـــ تيسير الوصول الى جامع الوصول لابن ربيع الشيبانى الشافعى ، الجزء الثانى « الكتاب السؤال » •

القرافى (شهاب الدين أبى العباس أحمد بن ادريس بن عبـــد الله الرحمن الصـــــنهاجى)

ـــ الفروق للقرافى وحواشيه (ادرار الشروق على انـــواء الفروق لابن الشاط ، وتهذيب الفروق ، والقواعد السنية فى الاسرار الفقهية للشيخ على حسين مفتى المالكية) ـــ الجزء الثانى الطبعة الأولى ـــ مطبعة دار احياء الكتب العربية ١٣٤٥ هـ •

السرخسى (شمس الدين)

ـــ المبسوط للسرخسى ج ٢٧ طبعة ١٣٢٤هـ ـــ الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة ثلاثون جزءا •

الشيرازى (ابن اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى)

ـــ المهذب فى فقه الامام الشافعى ، الجـزء الثانى ، مطبعة عيسى الحلبى ـــ بلا سنة طبع !

القليوبى (شـهاب الدين)

ـــ حاشـيتا قليوبى وعميرة ، الجزء الرابع ـــ حاشية على شرح المحلى على منهـاج الطـالبين للنووى مطبـوع مع حاشية عميره •

د / صبحى المحمصـــانى

ـــ النظريات العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية الجزء الأول ـــ مطابع الكشاف ببيروت سنة ١٩٤٨م •

السـيوطى (عبد الرحمن بن أبى بكر)

ـــ الأشباه والنظائر ـــ طبعة ١٣٧٨ هـ ـــ ١٩٥٩ م •

ـــ الكاسانى (علاء الدين أبى بكر بن مسعود)

البدائع للكاسانى ج٧ الطبعة الأولى ١٣٢٨هـ / ١٩١٠م مطبعة الجمالية بمصر •

ـــ الشافعى (أبى عبد الله محمد بن ادريس)

الأم ج ٦ رواية الربيع وبهامشـه مختصر المزنى ، الطبعـة الأولى ـــ شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٣٨١هـ ـــ ١٩٦١م •

ـــ الخرشى (عبد الله محمد)

شرح الخرشى على مختصر الخليل للامام أبى الضياء سيدى خليل ج ٤ ط ٢ سنة ١٣١٧ هـ ـــ المطبعة الكبرى الأميرية ـــ مصر •

— **الموصلى (عبد الله بن محمود)**

الاختيار لتعليل المحتار ، الجزء الثانى لعبد الله بن محمود الموصلى الحنفى ٠

— **الشيخ / على الخفيف**

الضمان فى الفقه الاسلامى ، الجزء الأول ، طبعة ١٩٧٥ م ٠

— **الزيلعى (فخر الدين عثمان على)**

تبيين الحقائق للزيلعى ج ٥ المطبعة الأميرية ١٣١٥ هـ ٠

— **ابن جزى (أبو القاسم محمد بن أحمد بن عبد الله بن يحيى الكلبى الغرناطى)**

القوانين الفقهية—مطبعة النهضة — فاس ١٣٥٤هـ — ١٩٣٥م ٠

— **ابن حزم (أبى محمد على)**

المحلى لابن حزم ج ١٠ مطبعة محمد منير الدمشقى ،القاهرة ١٣٥٢ هـ أحد عشر جزءا ٠

— **ابن قدامه المقدسى (أبى محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بنقدامه)**

المغنى لابن قدامه ج ١ ، ٥ ، ٧ ، ٩ طبعة ثالثة اصدار دار المنار ١٣٦٧ هـ ٠

— **ابن رشد الحفيد (أبى الوايد / محمد بن رشد القرطبى)**

بداية المجتهد ونهاية المقتصد — الجزء الثانى ، مطبعة أحمد كامل بدار الخلافة العليا سنة ١٣٣٣ هـ ٠

— **البغدادى (غياث الدين أبى محمد غانم بن محمد)**

مجمع الضمانات للبغدادى ، الطبعة الأولى — المطبعة الخيرية ، القاهرة ١٣٠٨ هـ ٠

— ابن عبد السلام (محمد عز الدين)

قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للامام محمـد عز الدين بن عبد السلام ، الجزء الثانى ، طبعـة ١٣٨٨ هـ — ١٩٦٨م — وله طبعة عام ١٣٥٤ هـ — المكتبة الحسينية المصرية •

— ابن عابدين (محمـد أمين)

رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصـار ، الجزء الخامس ، طبعة ثالثة ، المطبعـة الكبرى الأميرية ، ببولاق — مصر المحمية سنة ١٣٢٦ هـ •

— الدسوقى (الشيخ / محمد عرفه)

حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، مطبعة دار احيـاء الكتاب العربى — عيسى الحلبى وشركاه — بلا سنة طبع !

— د/ محمـد فوزى فيض الله

(أ) المسؤولية التقصيرية بين الشريعـة والقانون — رسـالة دكتوراه ، جامعة الأزهر ، طبعة ١٣٨٢هـ — ١٩٦٤م •

(ب) فصول فى الفقه الاسلامى — مطابع جامعـة دمشق — دمشق ١٩٦٧ — ١٩٦٨ م •

— د/ محمـد صـلاح الدين حلمى

أساس المسئولية التقصيرية فى الشريعة الاسلامية والقانون ، رسالة دكتوراه جامعة القـاهرة •

— د/ محمـد سـلام مدكور

مناهج الاجتهـاد فى الفقـه الاسـلامى ، محاضرات لقسم الدكتوراه بحقوق القاهرة والاسكندرية عام ١٩٧٠ م •

الشـيخ / محمـود شـلتوت

(أ) المسئولية المدنية والجنائية فى الشريعة الاسلامية — مطبعة جامعـة الأزهـر •

(ب) الاســـلام عقيـــدة وشريعـــة ـــ مطـــابع دار القلم بالقـــاهرة ـــ بلا سنة طبع ؟

منـــــير القـــاضى

ـــ ملتقى البحرين ج ١ مطبعة العانى بغـــداد ١٩٥١ •

د / وحيـــد الدين ســـوار

ـــ التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى ، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق ـــ جامعة القاهرة ، ١٩٦٠ ، مطابع دار الكتـــاب العربى بمصر بلا سنة طبع ؟

يوسف محســـن محمد على

ـــ الضمان الناشىء عن العمل غير المشروع أو المســـئولية التقصيرية فى الشريعة الاسلامية ـــ رسالة ماجستير فى الشريعة الاسلامية ـــ كليـــة الآداب ـــ جامعة بغـــداد ١٩٧٢ م مطبوعة على الآلة الكاتبة •

أبو يوسف (القاضى يعقوب بن ابراهيم)

ـــ كتاب الخراج ـــ الطبعة الثالثة ـــ المطبعة السلفية ـــ القـــاهرة ســـنة ١٣٨٢ هـ •

ثانيـا : المراجع القـانونية

د / ابراهيـم الدسـوقى

— الاعفاء من المسئولية المدنيـة ـ عن حوادث السيارات ـ دراسة تحليلية لنظرية السبب الأجنبى فى الفقـه والقضاء المصرى والفرنسى — رسالة دكتـوراه من جامعة عين شمس ـ دار النهضة العربية ـ القـاهرة ١٩٧٥ م ٠

د / أحمـد حشمت أبو ستيت

— نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ، الكتاب الأول ـ مصادر الالتزام ، الطبعة الثانيـة مطبعـة مصر القـاهرة ، سـنة ١٩٥٤ م ٠

د / أحمـد سـلامه

— مـذكرات فى نظرية الالتزام ـ مصـادر الالتزام ، ط ١٩٧٨ ٠

د / أحمد شـوقى عبد الرحمن

— « مسئولية المتبوع باعتباره حارسا » مطبوعات حقوق المنصـورة ، ١٩٧٥ ٠

د / اسـماعيل غـانم

— النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبـة ٠ ١٩٦٨ م ٠

د / بشرى جنـدى

— تحمل التبعية فى المسئولية غير العقدية ـ مجلة ادارة قضايا الحكومة العـدد الثالث السـنة ١٣ سنة ١٩٦٩ م

د / بهجت بدوى

— مسئولية المتبوع عن أعمـال التابع رسالة بالفرنسية باريس ١٩٢٩ .

د / توفيـق حسـن فرج

— النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام ، ط ١٩٧٨

د / جبـار صابر طـه

— اقامة المسئولية المدنيـة على العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، دراسة مقارنة فى الشريعة الاسـلامية والقـوانين الوضـعية طبعـة ١٤٠٤ هـ — ١٩٨٤ م — منشورات جامعة صلاح الدين — الجمهورية العراقية ، طبع بمطابع جامعة الموصل ، مديرية مطبعة الجامعة .

د / حسـن زكى الابراشى

— مسـئولية الأطبـاء والجراحين المدنيـة فى التشريع المصرى والقانون المقارن .
رسـالة دكتـوراه من جامعـة فؤاد الأول ١٩٤٩ م القاهرة ، دار النشر للجامعات المصرية ، بلا سنة طبع ؟

د / حسـن كيره

— أصول قانون العمل سـنة ١٩٧٩ م .
— المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية فى القـانون المدنى الجديد — الطبعة الثانية ، دار الفكر الحديث — القاهرة — ١٩٧٠ م .

د / حسـين عامر

— المسئولية المدنية والتقصيرية والعقدية طبعة سـنة ١٩٥٦ م مطبعـة مصر — الطبعة الأولى .
— قانون العمـل ، طبعة ١٩٦١ م .

د / حسن عكوش :

— المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية فى القانون المدنى طبعة ١٩٧٠ الطبعة الثانية ، دار الفكر الحديث —

د / حمدى عبد الرحمن

— قانون العمل طبعة ١٩٦١ .

خليل جريح

— النظرية العامة للموجبات ، ج ١ ، مصادر الموجبات الخارجة عن الارادة ، مطبعة صادر بيروت ، ١٩٥٧ م أو ١٩٧٥ م .

د / سالم أحمد الغص

— مسئولية المتبوع عن فعل التابع ، رسالة دكتوراه . جامعة عين شمس طبعة ١٩٨٨ م .

د / سعاد الشرقاوى

— آفاق جديدة أمام المسئولية الادارية والمسئولية المدنية مجلة العلوم الادارية ، السنة ١١ العدد الثانى ، ١٩٦٩ م .

د / سليمان مرقس

— الوافى فى شرح القانون المدنى ، ج ٢ ، المجلد الثانى طبعة ١٩٨٨ الطبعة الخامسة .

— بحوث وتعليقات على الأحكام فى المسئولية المدنية طبعة ١٩٨٧ .

د / عبد المنعم البدراوى

— القانون الرومانى ، طبعة ١٩٥٢ م .

د/عبد الناصر توفيق العطار

ـــمصادر الالتزام ـ المصادر غير الارادية فى القانون المدنى المصرى •

د / عبد الحى حجـــازى

ـــ النظرية العامة للالتزامات ، مصـــادر الالتزام ، الناشر مكتبة عبد الله وهبـــة •

د / عبد المجيد الحكيم

ـــ الموجز فى شرح القانون المدنى ، ج ٢ ، مصادر الالتزام الطبعة الرابعة مطبعة العانى ، بغداد •

د / عبد الرازق أحمد السنهورى

ـــ الوسيط فى شرح القانونى المدنى ، مصـــادر الالتزام ، المجلد الثانى ، طبعة ١٩٨١ م •

د / عبد الحميد الشواربى ، عز الدين الدناصورى

ـــ المســـئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضـــــاء طبعـــة ١٩٨٨ •

د / عبد المنعم فرج الصدة

ـــ مصـــادر الالتزام ، طبعة ١٩٧٤ •

د / عبد الودود يحيى

ـــ الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، طبعة ١٩٨١ م •

د / غـــازى عبد الرحمن ناجى

ـــ مسئولية المتبوع عن عمل التابع ، مجلة العدالة ، السنة الأولى ، العدد الثالث ، ١٩٧٥ م تصدر عن وزارة العدل العراقيـــة •

د / مامون الكزبرى

— نظرية الالتزامات فى ضوء قانون الالتزامات والعقـود المغربى ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام •

د / محمد لبيب شـنب

— دروس فى نظرية الالتزام ، مصـــادر الالتزام ، الجزء الثانى ، طبعة ١٩٧٧/٧٦ م •

د / محمد نصر رفـاعى

— الضرر كأســاس للمسئولية المدنية « دراسة مقـارنة » رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ١٩٧٨ م •

د / محمد الشـيخ عمر دفع الله

— مسئولية المتبوع ، رسالة دكتوراه ، جامعة القـاهرة ، مطابع سجل العرب ، ١٩٧٠ م •

د / محمد على عمران

— عقد العمل ، طبعة سنة ١٩٨٥ م •

د / محمود السـيد عبد المعطى الحفال :

— العلاقة بين مسئولية المتبوع ومسئولية الحارس لأشياء غير الحية ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس •

د / محمود جمـال الدين زكى

— الوجيز فى نظرية الالتزام فى القـانون المدنى المصرى ، ج ١ ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٦٨ م ، مطبعـــة جامعـة القـــاهرة •

— عقـد العمل الطبعة الثانية ، سنة ١٩٨٢ م •

د / محمود محمود مصطفى :

— شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الثانية ، دار النيل للطباعة ١٩٥٥ م .

أ / مصطفى مرعى

— المسئولية المدنية ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٣٦ م .

د / مصطفى محمد الجمال

— النظرية العامة للالتزامات ، ج ١ ، مصـــادر الالتزام ، طبعة ١٩٨٥ م .

ثالثا : المراجع باللغة الفرنسية

— André tunc : La responsabilité civile.

— Aubry, Rau : Cours de droit civile français 5éd, 6éd. par rau C. farcimmaigne.

— Badawi M.H. Bahgat : La responsapilité du Commettant thé se, Paris 1929.

— Baudry - lacantinerie et Barde : Traité theorique et pratique de droit civil 3, 4 ed : Desobligation, Paris, 1907.

— Bait : Appréciation in abstracto et appreciation in concreto droit civil français, Paris, 1965.

— Bertrant Edmond : Les aspects nouveaux de la nation de prepose et l'idée de la repressentation dans l'article 1384/5 Thèse Alix 1936.

— Le prepasé Moderne Thése Alix 1935.

— Besson : Notes in Dalloz 1930 — 2 — 117 et 1928 — 2 — 14.

— Berson et Filih : La responsabilité civile 1ed 1932.

— Bourjom : Le droit commun de la France livre VI titre 111 Ch 1 Pothire tome 11.

— Carbonnier (J) Droit civil t4, 12éd les obligations, Vol. II sources le fait juridique par J.L. Aubert, 1981.

— Colin (A) et Copitant (H) Cours de droit civil Français par Jullio de la Morandiere II loéd, 1948.

— Dallant : La Nation de preposition dans l'article 1384 Code civil Thèse poitiers 1927. Note Dalloz 1931-1-171.

— Domas : La, droit civil Français.

— Les lois Civiles XVI Titre.

— Demolombe : Droit civil contracts, T8 — et T 31.

— Demogue : Traité des oligations T 5.

— Notions de préposé in RTD civil 1908 P. 355 et 1913 P. 618 et 1917 P. 132.

— Esmein P. : Les principes de la responsabilite délictuelle, Revue critique 1932 P. 458 ets.

— Responsabilité de commettant Rev. Crit leg jur 1924, P. 195.

— Eugene, petit : Traite Elementaire de Droit Romain 1 éd 1959.

— Flour (J) : Les rapports de commettant a préposé dans l'art 1384 al 5C. civ Thèse Caen, 1933.

— Flour et Aubert : Obligations T. 1 1976 et T. 2 1982.

— Ghestin et Viney : Les obligations 1éd Paris 1982.

— Halton (H.W.) : An elementery treatise on the Egyption civile code — Cairo 1904.

— Gomaa (N) : La réparation du préjudice Causé par les malades mentaux, Rev, Trim, droit civil, 1971 P. 29 et s.

— Josserand (Louis) : «Cours de droit civil prositif francais» 3 éd T. 2. Paris 1938.

— Lalou Henri et Azard «Traite pratique de la responsabilite civile 6 ér. Paris, 1962.

— Le Tourneau Ph. : La responsabilite civile, 3e édition 1982.

— Laurant : Droit civil T. 2.

— Locré : Legislation civil T. 13.

— Marty (G) et Raynaud (P) : Droit civil, T. 11, ler Vol. 2e éd 1988.

— Mazeaud (L.) : Obligations in solidum et solidarité entre codébiteurs. Revue critique 1930 P. 141 et s.

— Mazeaud et Tunc : Traité de responsabilité 6 éd T. 1.

— Mazeaud et Chabas : Leçons de droit civil 7 ed Tl obligations, 1982.

— Michel Galcher Baron : Les obligations, 1982.

— Nanapolis : Attenuation de la responsabilité du commettant, Paris. 1957.

— Planiol, Ripert M. Esmein : Traité pratique de droit civil Français obligation T 6.

— Pirson et de villé : Traité de la responsabilité civile, Bruxelles — Paris 1930.

— Planiol, Ripert et Boulanger «traité de droit civil» Tome 2 Paris 1952.

— Rau Dvernesco : Les nation de preposition 1933.

— Renaud : la responsabilité de fait d'autrui Thése Toulouse 1925.

— Ripert : la regle morale T 1, Paris 1935.

— Ricol J. : Le responsabilité civile, cours de doctorat à université du Caire 1928-1929.

— Ripert et Boulanger : traite de droit civil T. 2 léd.

— Rutsaert J. : Le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle, Bruxelles-Paris, 1930.

— Rodiére, ya-T- il un responsabilité contractuelle du fait d'autrui, Dalloz 1952, P. 79 et 1957 P. 241.

— Rutsaert J. : Le fondement de la responsabilité civile extracon-tractuelle, Bruxelles-Paris, 1930.

— Salleilles : Les accidents du travail et la responsapillité civile Paris, 1897.

— Savatier R. : Traité de la responsabilité civile, 2e éd Paris, 1962.

— Starck (B) : Essai et une theorie de la responsapilité civile consideree en ca double fonction de garantie et de peime, privee, Paris, 1947.

— Starck (B) : «Demaine et Forment, de la responsabilité sans Faute» Revuie Trimestrielle de droit civil 1958 Vol. 56.

— Saurdat A : Traité generale de la responsabilité 5 ed T 2.

— Tourneau : La responsabilité civile de personne atteintes d'un trouble mental, J.C.P. 1971-1-2401.

Note Dalloz 1974, P. 409.

— Trandavil : La notion de faute, thése Paris, 1914.

— Viney : Remarques sur la distinctins entre la faute lourde, faute, inexecusoble et fante intentionnelle Dalloz 1975, P. 265.

— Remarque sur la reforme de l'artide 489 al, 2 de droit civile Français R.T.D. civil 1970 P. 251.

— Vedei et Delvolve : Droit administratif, 10 édition, 1980.

الفهرســـت

مســئولية المتبوع عن انحراف تابعــه
(دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى)

الموضـــوع	الصفحة
مقـــــدمة	٥

فصـــل تمهيـــدى

تطـــور مسئولية المتبوع فى القانون والفقه الاسلامى	١٥
المبحث الأول : تطور مسئولية المتبوع فى القانون	١٧
المبحث الثانى : تطور مسئولية المتبوع فى الفقه الاسلامى	٢٦
— مسئولية الآمر	٣٠
— مسئولية المكره	٣٥
— مسئولية السيد عن فعل العبد	٣٩

البـــاب الأول

شروط تحقق مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه فى القانون والفقه الاسلامى

الفصل الأول

شروط تحقق مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه فى القانون	٤٣
المبحث الأول : علاقة التبعية	٤٤
المطلب الأول : معيـــار الاختيـــار	٤٦
المطلب الثانى : معيار السلطة (الخضوع)	٥١
الفرع الأول : معيار التبعية الاقتصـــادية والاجتماعية	٥٤
الفرع الثانى : معيـــار الخضوع القانونى	٦٠

الموضـــوع الصفحة

الفرع الثالث : معيار السلطة الفعلية ٦٣
— مضمون سلطة التوجيه والرقابة . ٦٩
— الدراية الفنية لدى المتبوع . . ٧٥
— التبعية العرضية ومسئولية المتبـوع العـرضى ٨٣
المطلب الثالث : معيار تحديد الهدف وفرض الوسائل . . ٩١
المبحث الثانى : حدوث الضرر بانحراف التابع حـــال تأدية وظيفته أو بسببها ٩٦
المطلب الأول : خطأ التابع فى القـانون الفرنسى . ٩٨
المطلب الثانى : خطأ التابع فى القانون المصرى . . . ١١٠

الفصـــل الثـــانى

شروط تحقق مســئولية المتبوع عن انحراف تابعــه فى الفقــه الاســلامى ١١٨
المبحث الأول : مفهوم الخطأ فى الفقه الاسلامى . . . ١٢١
— مفهوم التعدى وتعريفه . . . ١٢٣
— أمثـلة لاستعمالات التعدى . . . ١٢٤
— معنى المبـاشرة والتسبب . . . ١٢٨
— أمثـلة المبـاشرة والتسبب . . . ١٢٩
— معيار المبـاشرة والتسبب . . . ١٣٢
— معيـار التعـدى ١٣٤
— مقارنة بين معيار الخطأ فى القـــانون وضابط التعدى فى الفقه الاســلامى . ١٣٧
المبحث الثانى : مسئولية غير المميز فى الفقه الاسلامى . . ١٤٠

الموضـــوع — الصفحة

البـــاب الثـــانى
معيـــار مسئولية المتبـــوع
عن انحراف تابعـــه فى القـــانون
والفقـــه الاســـلامى

الفصـــل الأول

معيـــار مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه فى القانون المدنى ١٤٥
المبحث الأول : معيار مسئولية المتبوع فى القـــانون الفرنسى ١٤٧
المطلب الأول : نظرية الخطأ المفترض ١٤٩
المطلب الثانى : نظرية النيـــابة ١٥٨
المطلب الثالث : نظرية تحمل التبعة ١٦٢
ـــ مخاطر المشروع ١٦٥
ـــ مخـــاطر السلطة ١٦٨
المطلب الرابع : نظرية الضـــمان ١٧٠
المطلب الخامس : نظرية التأمين القـــانونى . . . ١٧٥
المبحث الثانى : معيار مسئولية المتبوع فى القانون المصرى . ١٧٩

الفصـــل الثـــانى

معيـــار مسئولية المتبوع فى الفقه الاسلامى ١٨٦
ـــ الضمان من التبعة الناشئة عن عمال الأمير وعمال الدولة ١٨٨
ـــ أســـاس تضمين المتبوع عن فعل التابع ١٩١

البـــاب الثـــالث
صور انحراف التابع عن نطاق اختصاصه
الوظيفى ، وأثر الانحراف على مسئولية المتبوع
فى القانون والفقه الاسلامى

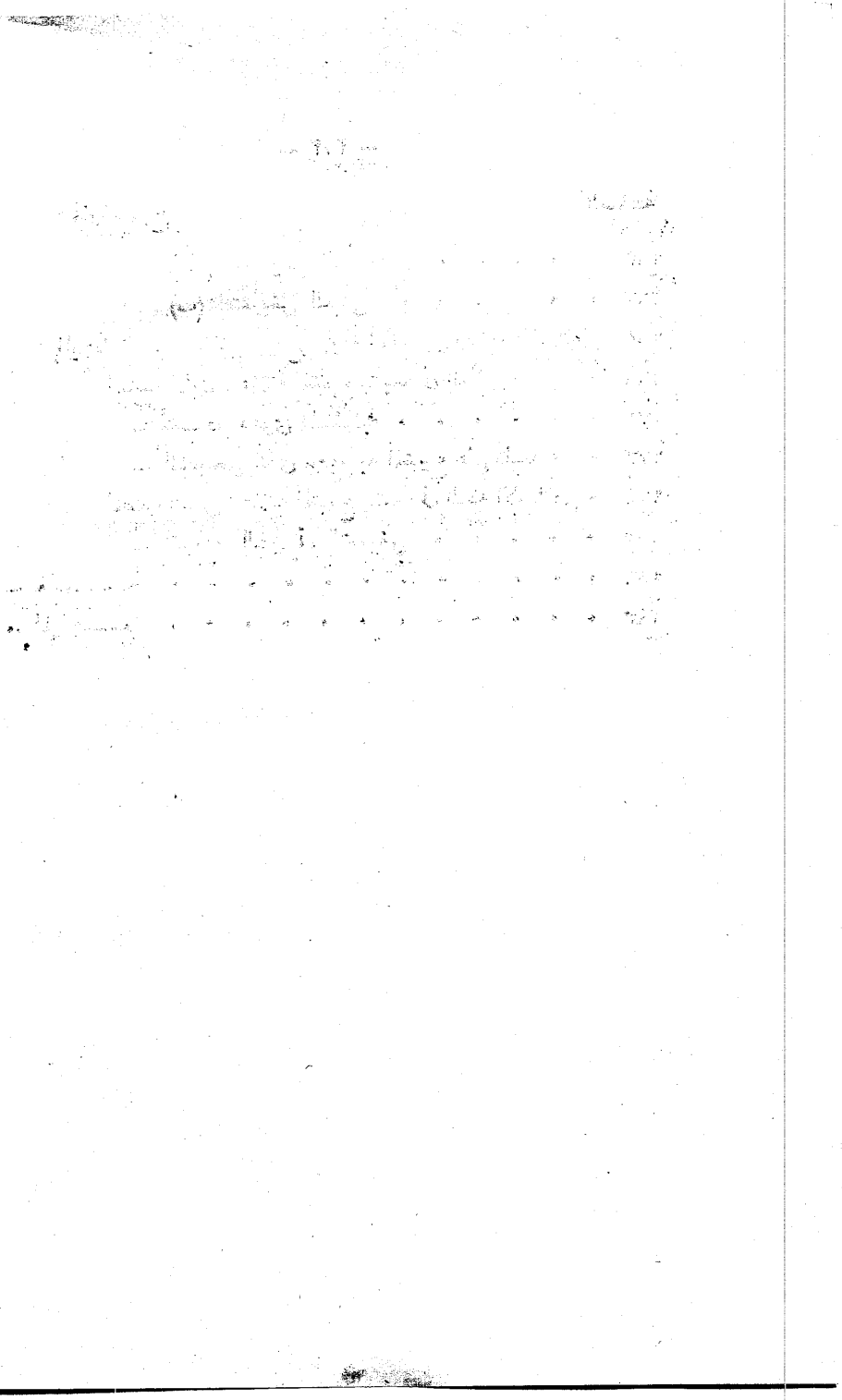
صور انحراف التابع عن نطاق اختصاصه الوظيفى فى القـــانون
والفقـــه الاســـلامى ١٩٩

الموضـــوع	الصفحة
المبحث الأول : صور انحراف التابع عن نطاق اختصـــاصه الوظيفى فى القانون المدنى • • • •	٢٠١
المطلب الأول : انحراف التـــابع أثنـــاء أو بسبب تأدية الوظيفة • • • • • • •	٢٠١
الفرع الأول : انحراف التابع أثناء تأدية الوظيفة	٢٠٤
الفرع الثانى : انحراف التابع بسبب تأدية الوظيفة	٢١٤
المطلب الثانى : انحراف التابع بمناسبة الوظيفة • •	٢٢٧
ـــ موقف القضاء والفقه الفرنسى • • • •	٢٢٧
ـــ موقف القضاء والفقه المصرى • • • •	٢٣٣
المطلب الثالث : انحراف التابع بسبب أجنبى عن الوظيفة	٢٤٦
ـــ السبب الأجنبى وعلاقة فعل التابع بالمضرور • •	٢٤٦
ـــ السبب الأجنبى وعلاقة عمل التابع بالوظيفة • •	٢٤٩
المبحث الثانى : حالات انحراف التابع فى الفقه الاسلامى •	٢٥١

الفصـــل الثانى

أثر انحراف التابع على مسئولية المتبوع فى القانون والفقه الاســـلامى • • • • • • • • • • • • •	٢٥٤
المبحث الأول : مدى مسئولية المتبوع عن انحراف التابع • • « علاقة المضرور بالمتبوع والتابع »	٢٥٤
ـــ حجية الحكم الجنائى الصادر بادانة التـــابع على دعوى المسئولية المدنية المقامة ضد المتبوع • •	٢٥٩
ـــ حجية الحكم الجنائى الصادر ببراءة التابع على دعوى المسئولية المقامة ضد المتبوع • • •	٢٦٠
ـــ تعلق مسئولية المتبوع بالنظام العـــام • • •	٢٦١
ـــ مقدار التعويض الذى يحق للمضرور مطالبـــة به التابع والمتبوع • • • • • • • • •	٢٦٣

الموضـــوع	الصفحة
(أ) التعويض النقـــدى	٢٦٣
(ب) التعويض العينى	٢٦٧
المبحث الثانى : علاقة المتبوع بتابعه فى القانون والفقه الاسلامى	٢٦٨
المطلب الأول : علاقة المتبوع بتابعه فى القانون . .	٢٦٨
ـ تقـــادم دعوى المسئولية	٢٧١
ـ التعويض الذى يرجع به المتبوع على تابعه . .	٢٧٣
المطلب الثانى : علاقة المتبوع بتابعه فى الفقه الاسلامى .	٢٧٤
ـ تقـــادم الحق فى التعويض	٢٧٥
ـ خاتمـــــة	٢٨١
ـ المراجـــع	٢٩٣



تصـويب الخطـأ

رقم الصفحة	السطر	الخطـأ	التصـويب
٢٤	١٤	بصه	بنصـه
١٣٣	٣	٧٣	ـــــ
١٧٩	٢	اتبوع	المتبـوع
١٩٢	٤	الاسئولية	المسـئولية
١٩٣	١١	اقول	القـول
١٩٩	٤	الاسلامر	الاسـلامى
٢١٦	٤	تحفظات	التحفظات
٢٤٦	٤	السيد	السبب

رقم الايداع ٧٩٤٨ / ١٩٩٠

ترقيم دولى ٥ ــ ٠٧٠٠ ــ ٠٠ ــ ٩٧٧

المطبعة التجارية الحديثة
٢٢ شارع ادريس راغب ــ الظاهر
تليفون ٩٠٣٣٦٤ القاهرة