أحكام الامتناع عن الفعل في المسؤولية عن الفعل الشخصي

آ. م. د. مثنى محمد عبد

المقدمة

تترتب مسؤولية فاعل الضرر عن خطأه اذا الحق المخطيء ضررا بالغير، وهو امر لاخلاف عليه فقها وقانونا، وهو ما يعر ف بـ (الخطا الايجابي). فمتى وقع الضرر قامت مسؤولية المخطيء. ولا فرق هنا بين ناقص الاهلية او عديمها أو كاملها، فكل من الحق ضررا بالغير تحمل فاعل الضرر المسؤولية عن فعله.

ولكن الامر ليس سيان بالنسبة للخطا السلبي، فهل تطبق قواعد الخطا الايجابي في حالة ارتكاب الضرر نتيجة لخطأ سلبي؟. بمعنى آخر هل يتحمل فاعل الضرر المسؤزولية عن الخطا السلبي؟

وهنا تندرج صورة من صور الخطا السلبي او وهي (الامتناع عن الفعل)، وهو الحالة التي يلتزم فيها الفرد بعدم القيام بعمل في الوقت الذي يفرض عليه القانون احيانا القيام بعمل. أو يفرض عليه الواجب القيام بعمل معين.

أشكالية البحث:

وهنا تثور أشكالية تتلخص في ما ياتي:

١–ما هو الحكم القانوني في حالة امتناع الفرد عن القيام بعمل مفروضا عليه بحكم القانون او بحكم الواجب القانوني العام؟

٢– هل يتساوى اثر الامتناع عن الفعل الذي يفرضه الواجب القانوني العام، مع الاثر الذي تفرضه النصوص القانونية الخاصة؟

٣– هل يتساوى الحكم على الممتنع ناقص الاهلية، والممتنع كامل الاهلية؟

٤–ماهو الحكم اذا كان الممتنع ناقص الاهلية، بمعنى ان يكون الضرر ترتب على امتناع شخصا ما عديم الاهلية؟

٥–وأخيرا ما هو موقف الفقه الاسلامي من هذه المسألة بالذات، وما هي اراء الفقهاء في الموضوع.

هذه الاشكاليات جميعها سوف نجيب عنها في هذا البحث ان شاء الله تعالى.

تمهيد:

أن تحديد مفهوم الخطأ في نطاق المسؤولية المدنية من أدق المسائل، وذلك لأختلاف الفقهاء بصدده، وما إذا كان يعد ركناً من أركان المسؤولية المدنية أم لا، بحيث يمكن تصور قيام المسؤولية بمعزل عنه، كما أن تعدد صوره ومظاهره وصعوبة تحديد نطاقه يشكل عقبة في تحديد مفهومه.

وإذا كانت كلمة الفقهاء لم تتفق على رأي واحد في هذا الموضوع، إلاّ أن ما يجب ذكره، أن الخطأ هو ركن جوهري من أركان المسؤولية المدنية وخاصة تلك التي تنشأ عن الفعل الشخصي سواء كانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية، وأن المسؤولية التي لا تقيم وزناً للخطأ ليست إلاّ حالة خاصة لا يمكن الأخذ بها ما لم يوجد نص قانوني يجيز الأخذ بها. وبالرغم من أن الفقه المدني لم يتفق على تعريف موحد للخطأ في المسؤولية المدنية، إلا أنه يمكن أن يعرف بأنه تقصير في مسلك الأنسان لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول. وهذا هو التعريف العام الذي يشمل المسؤولية العقدية والتقصيرية معاً.

وإذا كانت التشريعات الوضعية قد أغفلت تعريف الخطأ تعريفاً يحدّد عناصره ويبيّن طريقة ضبطه، إلاّ أنها عدته أساساً للمسؤولية المدنية وما يترتب عليه من إلتزام بالتعويض وأن أختلفت تعبيراتها بهذا الخصوص. فالقانون الفرنسي يعد الخطأ ركناً من أركان المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية وفقاً لنصوص صريحة وردت في هذا التشريع.

ويعد الخطأ وهو الفعل الأيجابي أو السلبي الصادر من المدعى عليه ركنا من أركان المسؤولية في القانون الأنكلوأمريكي. والمتمثل بخرق الواجب المفروض على المدعى عليه والذي يتطلب منه مراعاة الحرص والعناية في سلوكه وتصرفاته تجاه المدعي. وفي القانون المدني المصري يعد الخطأ أساساً للالتزام بالتعويض سواء كان هذا الخطأ عمديا أم في صورة إهمال.

وقد سار المشرع العراقي بهذا الأتجاه، حيث خصص المادة ١٦٨ من القانون المدني للخطأ في المسؤولية العقدية، أما في المسؤولية التقصيرية فأن

الأمر لايختلف، أذ عدت المادة ١٨٦ وما بعدها الخطأ أساساً لقيام هذه المسؤولية وركناً من أركانها. إضافة إلى ذلك فقد جعل المشرع العراقي عنوان الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني هو (العمل غير المشروع) والعمل لايكون غير مشروع الأ إذا كان عملاً خاطئاً، وهذا يدل بوضوح على وجوب توافر الخطأ لقيام هذه المسؤولية.

وختم المشرع العراقي النصوص المتعلقة بالأعمال غير المشروعة بحكم مشترك حيث ألزمت المادة (٢٠٤) من القانون المدني الحكم بالتعويض عن كل تعد يصيب الغير بأي ضرر من الأضرار. ولم يكن هذا الموقف الفقهي والتشريعي إزاء الخطأ كركن من أركان المسؤولية غريبا عن القضاء. إذ أن من المبادئ المسلم بها أن الشخص لا يكون مسؤولا إلاّ إذا وقع في جانبه خطأ.

المبحث الاول
مفهوم الامتناع

لايوجد تعريف محدد وواضح في تعريف الامتناع بسبب انقسام الفقهاء في تحديده وبيان طبيعته وما يترتب عليه من اثار. وبناءا على ذلك ستناول في هذا المبحث نتناول تعريف الامتناع عن الفعل وانواعه، وخصائصه في المطالب التالية:

المطلب الاول
تعريف خطأ الامتناع

أنقسم الفقهاء في تعريف خطأ الامتناع بحسب نظرته للخطأ السلبي على أتجاهين، الاول يضيق من مفهوم الامتناع والثاني يوسع من مفهومه. وهذه الاتجاهات هي التاليـة:

الاتجاه الضيق١: بموجب هذا الاتجاه فأن الامتناع عن الفعل لايعدوا أن يكون صورة أخرى لأرتكاب الخطأ. بمعنى أن الامتناع من غير الممكن اعتباره خطاءا ألا أذا نص القانون على ذلك. وبناءا على ذلك فأن أنصار هذا الاتجاه عرفوا الامتناع بأنه (أحجام شخص عن اتيان فعل ايجابي معين كان المشرع

ينتظره منه في ظروف معينة. شرط ان يوجد واجب قانوني يلزم بهذا الفعل، وان يكون في استطاعة الممتنع عنه اقترانه بأرادته) ٢. وعرفه أخرون بأنه (القعود عن اتيان سلوك معين كان القانون يتطلبه في واقعة معينة، باتخاذ سلوك مغاير له. او بوقف كلي عن السلوك) ٣. وهو (عدم أرتكاب فعل معين كان ينبغي تحقيقه بناءا على قاعدة معينة) ٤. كما انه (التخلي عن اداء عمل أو واجب قانوني، او انها اخلال بالتزام ايجابي ينشئه قانون العقوبات أو يقره) ٥. او هو (احجام ارادي عن فعل او واجب) ٦.

مما تقدم يتضح أن الفقهاء ينظرون الى الامتناع عن الفعل بنفس نظرتهم الى الخطأ الايجابي، بمعنى أن الامتناع عن الفعل يتم بارتكاب الافعال التي جرمها القانون، لأنها تقع بطريق سلبي. ويبدوا مما تقدم أنه من غير الممكن ان يكون الممتنع مسؤولا، الا اذا كان الامتناع مدرجا ضمن الافعال التي جرمها القانون.

الاتجاه الواسع: بموجب هذا الاتجاه فان الامتناع لايتحدد بنص معين، بمعنى ان الامتناع يعد خطاءا يترتب عليه قيام مسؤولية الممتنع، طالما ترتب على امتناعه ضرر بالغير. ولذلك فأن انصار هذا الاتجاه عرفوا الامتناع بأنه (الإخلال بالتزام قانوني بأداء عمل معين سواء كان إراديا بقوة القانون أو غير إرادي ينشئه صراحة أو ضمنا. كما يمكن أن يكون خطأ الامتناع إخلال بالواجب القانوني العام باليقظة والتبصر في أداء العمل) ٧. وعرف الامتناع أيضا بأنه (الانحراف في السلوك الاعتيادي للشخص مع ادراكه لهذا الانحراف) ٨.

ويعبر عن خطأ الامتناع أحيانا بالامتناع عن الفعل وأحيانا أخرى بخطأ الترك. والترك يفترض دائما نسيانا أو إهمالا بمناسبة عمل معين، بينما خطأ الامتناع يعبر عن عدم العمل كالامتناع عن التعاقد مثلا أو التدخل في حالة الخطر.

يتضح مما تقدم ان الاتجاه الثاني أي الموسع يعطي للخطا السلبي او الامتناع مفهوما او سع بكثير من الاتجاه الاول. فالامتناع عن الفعل واحدى صوره الامتناع من الممكن ان يقع ولو لم ينص عليه في القانون. فهو قد ينشيء من مصدر ارادي مثل العقد. او ينشأ من فعل غير مشروع طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية. وهذا يعني ان كل ضرر يتحقق من فعل سلبي يكون فاعله مسؤولا عنه.

كما ويلاحظ على هذا التعريف أنه عرف الامتناع بمعزل عن أي الزام يدعو عند الاخلال به الى اعتباره خطأ. كما اقتصر على الحالة التي ينكل فيها الشخص

عن الفعل بموجب نص وارد في عقد او تشريع. فلا مناص عندئذ من القول بمسؤولية من اخل بهذا الالتزام. هذا ويذكر ان المشرع العراقي قد افرد نصين لمسؤولية الممتنع. الاول لمسؤولية المستعير العقدية، فالمادة (٨٥٨) من القانون المدني العراقي، عقدت الضمان على المستعير لدى امتناعه عن انقاذ المال المعار من التلف أو الغصب. أما الثاني فهو لمسؤولية صاحب الحيوان وقد أفرد له المشرع العراقي عددا من النصوص. وما يهم هو نص المادة (٢٢٢/ا) جاء فيها (اذا اضر حيوان بمال شخص وراه صاحبه ولم يمنعه كان ضامنا). وقد نقل المشرع العراقي هذا النص عن المادة (٩٢٩) من مجلة الاحكام العدلية، والتي اخذت هذا الحكم من اراء الفقهاء المسلمين.

المطلب الثاني

انواع الامتناع عن الفعل

يقع الامتناع على صورتين، هما:

اولاً: البسيط.

ثانياً: ذو النتيجة.

وبناءا على ذلك سيقسم هذا المطلب على فرعين، الاول في يتناول مدلولهما والثاني لتحديد اوجه التمييز بينهما.

الفرع الاول

معنى الامتناع البسيط والامتناع

اولاً: معنى خطأ الامتناع البسيط: هو ذلك الخطأ الذي لايلزم لقيامه حصول ضرر معين. بل أن مجرد الامتناع يكفي لتحقق مسؤولية الممتنع. دون حاجة الى تحقق ضرر معين. كما يعد المسؤولية تامة، حتى وان لم يتحقق ضرر معين. بل وحتى لو حدث ضرر فأنه لايعتد به ويتساوى حدوثه وعدم حدوثه.

ان الامتناع البسيط يمكن أن يتحقق فـــي جميع صـــور الخطا، سواء كان الخطا عمديــا ام لا. لأن الارادة توجه الى عدم أتيان الفعل الواجب القيام به لتنفيذ أرادة المشرع. ويحتاج هذا النوع من الخطأ الى اثبات الضرر. لأن مجرد أرتكاب السلوك المتمثل بالامتناع يعد كافيا لقيام مسؤولية الممتنع. ومن الامثلة على هذا النوع من الامتناع، أمتناع الشاهد عن الحضور أمام المحكمة لأداء الشهادة. او

الامتناع عن الاخبار عن الولادات والوفيات وابلاغ السلطات المختصة بذلك حسب نص المادة (٩٩) من قانون الرعاية الاجتماعية رقم ١٢٦لسنة ١٩٨٠. والامتناع عن بيع سلعة مسعرة بأسعارها المحددة، أذ تقوم المسؤولية بمجرد الامتناع. في كل الامثلة المتقدمة يعد الامتناع هنا امتناعا بسيطا ٩.

ثانياً: الامتناع ذو النتيجة: يسمى هذا النوع من الامتناع بذو النتيجة، كونه يترتب عليه ضرر معين. بمعنى أن فاعل الضرر يتخذ سلوكا سلبيا يتمثل في الامتناع عن القيام بفعل معين. ويترتب على الامتناع ضرر ما، كما في حالة الخطا الايجابي. فهنا لاتقوم مسؤولية الممتنع الا اذا ترتب على امتناعه ضرر معين. أن هذا الامتناع يقسم على قسمين:
القسم الاول: الامتناع ذو النتيجة المجرد:

هو ذلك الامتناع الذي يترتب عليه ضرر. ويعد هذا النوع من الامتناع وسطا بين الفعل الايجابي والفعل السلبي، لكون الضرر حدث من السلوك الايجابي. ومن امثلة هذا النوع، امتناع الام عن ارضاع طفلها حديث الولادة فيموت بسبب ذلك. فهنا العلاقة بين الام ورضيعها علاقة تفرضها الطبيعة البشرية التي تفرض على الام واجب الاعتناء برضيعها. او قد يكون الامتناع خرقا لواجب التزم به الجاني بموجب عقد يحدد التزاما بين الطرفين. كمن يتعاقد مع شخص عجوز عاجز يلتزم بموجبه بالعمل لاجل العناية به والسهر عليه. فيتركه في احى الليالي ويموت العاجز نتيجة ذلك.

القسم الثاني: الامتناع المسبوق بفعل ايجابي:

في هذا النوع من الامتناع يكون هناك فعل ايجابي اولاً: قبل الفعل السلبي. كمن يحبس غيره دون حق ثم يتركه بغير غذاء او يلقي بأخر في البحر وهو يعرف تمام المعرفة انه لايحسن السباحة ثم يراه يصارع الموج ولا يمد له يد المساعدة، بل يدعه يغرق على بصيرة.

مما تقدم يتبين ان العلاقة بين الفعل والامتناع متذبذبة بين حين واخر، فقد لاتوجد العلاقة بين الفعل والامتناع كصلة السبب بالمسبب، مثل تناول الطعام والامتناع عن دفع الثمن. فالفعل الايجابي وهو تناول الطعام مستقل عن الفعل السلبي وهو الامتناع عن دفع الثمن ولا يأتي أي منهما بالتعاقب وكل منهما يكون مستقلا عن الاخر. واحيانا اخرى توجد علاقة سببية بين الفعل والامتناع، أي ان

يكون الفعل سببا للامتناع. ومثال ذلك اختلاس المالك الاموال المحجوز عليها من قبل القضاء او الادارة حتى يمتنع عن الوفاء بالدين للدائنين. او الامتناع عن انقاذ الغريق. ففي هذه الحالات يكون العمل والامتناع في حالة اقتران وتبعية. أي ان الفعل والامتناع يتعاقبان بحيث يكون الامتناع تابعا للفعل ومسببا له ١٠.

المطلب الثالث

خصائص خطأ الامتناع عن الفعل

للامتناع عن الفعل خصائص معينة وهي على النحو الاتي:

١- ان خطا ارادي: معنى ذلك هو الخطأ الذي يرتكبه الفاعل وتتجه نيته الى اقتراف الفعل نفسه وحدوث الضرر هو نتيجة محتملة له دون أن تدخل في نيته أو قصده. وارادة الامتناع عن الفعل تتحقق بعلم الممتنع. وهذا يعني ان لاتترتب المسؤولية من توهم بعدم وجود الخطر، كما لو شاهد جريح وقد تصور انه في حالة سكر. ولا يشترط أن تتجه نيته نحو قصد الاضرار. فمن الممكن أن يكون الخطا ارادیا مع انتفاء هذا القصد لديه، لمجرد عدم الاكتراث لما يحصل، ولا ينفي أرادة الامتناع الا الاكراه أو القوة القاهرة ١١.

٢- أنه خطأ ينشاء عنه مسؤولية الممتنع: أذ يترتب على حدوثه قيام مسؤولية الممتنع. وهذه المسؤولية تكون تعاقدية اذا سبق الامتناع التزام عقدي. كأمتناع المقاول عن استخدام المواد الانشائية المتفق عليها في العقد. وتكون تقصيرية أذا لم يكن هناك عقد. هذا الى جانب ان بعض التشريعات ومنها قانون العقوبات العراقي عاقب في المادة (٣٧٠) الممتنع. وهذا يعني أن المسؤولية الجنائية لها أثر على نهوض وانقضاء مسؤولية الممتنع المدنية. وهذا يعني أن مسؤولية الممتنع الجنائية أذا لم تنهض لايترتب عليه عدم قيام مسؤوليته المدنية بالتبعية. ذلك أنه للقاضي المدني حرية واسعة للحكم بالمسؤولية المدنية للممتنع. وأن لم يرد نص صريح بقيامها لأن المصادر من تشريع وغيره تبرر مسؤولية الممتنع عند توافر شروطها وأركانها. ويذهب اغلب فقهاء القانون المدني الى أنه اذا نص القانون الجنائي على قيام مسؤولية الممتنع، فأن هذا النص يستتبع قيام مسؤوليته المدنية.

هذا وأن النص على مسؤولية الممتنع في القانون المدني دون قانون العقوبات يحول دون تحقق المسؤولية الجنائية للممتنع. بينما لو ورد مثل هذا النص في

قانون العقوبات لترتب عليه قيام المسؤولية المدنية للممتنع بالتبعية. كما أن ذلك يعد اعترافا من المشرع الجنائي بقيام المسؤولية المدنية. ولو أن القاضي المدني ينص على مسؤولية الممتنع في الوقت الذي يجرم فيه قانون العقوبات الممتنع، لكان النص في القانون المدني كافيا دون داع للجوء الى النص العقابي. ويؤيد هذا الرأي بعض أتجاهات القضاء العراقي (أن كل خطأ جنائي خطأ مدني وليس العكس).

٣–من حيث التعمد: أنقسم الفقهاء حول ما اذا كان الخطأ بالامتناع عمديا، على ثلاثة اراء:

الاول: يذهب انصاره الى اعتبار الممتنع عن انقاذ غيره مرتكبا لخطأ غير عمدي أذ لم يتعمد من وراء امتناعه أحداث الضرر، لعدم وجود دليل على ذلك ١٢.

الثاني: أن الامتناع خطأ عمدي يتوخى فيه الممتنع الحاق الضرر بالمتضرر ١٣.

الثالث: أن الممتنع قد يقصد بأمتناعه قصد الاضرار بالغير أو قد لايتوفر مثل هذا القصد فيكون الامتناع بحكم اللامبالاة وعدم الاكتراث١٤. ومما لا شك فيه أنه إذا أحدث الفرد ضررا تتوفر فيه كل مواصفات الخطأ فهو مسؤول عن فعله هذا، إلا أن نفس الشخص قد يؤاخذ على موقف سلبي كالترك أوالامتناع فهل يمنكن القول بأنه قد ارتكبه عن طريق الترك أوالامتناع؟

مما لا شك فيه أنه يمكن أن يتوافر الخطأ بالترك أو الامتناع بنفس الطريقة التي يتوافر فيها الخطأ بالفعل الايجابي. فقد يصاب المضرور بالضرر نتيجة التجاوز الذي يقوم به المسؤول في الحالة الأولى فيعد خطأ الضرب أو السرقة مثلا خطاءا أيجابيا. كما يمكن أن ينتج الضرر عن الامتناع عن العمل، مثل الطبيب الذي يمتنع عن إسعاف المريض إذ أنه هنا قد ارتكب عملا سلبيا، فيعد خطئه قائم على الامتنـــاع. إن الخطأ في الحالة الأولى التي تتمثل في التجاوز الذي يقوم به المسؤول يكون إيجابيا. أما الخطأ في الحالة الثانية والمتمثل في امتناع الطبيب فيكون سلبيا. فالخطأ إذا يكون ناتجا عن فعل أيجابي أو سلبي بحسب الاحوال. وقد استقر أغلب الفقهاء في فرنسا على هذا الرأي ١٥.

إن كل خطأ امتناع قد تنتج عنه المسؤولية لأن الضرر يمكن أن يكون ناتجا عن عمل سلبي أو ايجابي، رغم أن المعتاد أن العمل الايجابي هو الذي تنجر عنه المسؤولية، لأنه كيف يمكن أن نلوم إنسانا عن عدم قيامه بأي عمل، لأن الفعل يمكن أن يكون خاطئا أما الامتناع فلا خطأ فيه. ولمعرفة أي نوع من الامتناع تنتج عنه المسؤولية فإنه لمن الضروري التفرقة بين الامتناع عن العمل والامتناع البسيط.

فيكون الامتناع عن العمل عندما يتصل بنشاط معين. فالسائق الذي يتسبب في حادث مرور لأنه أهمل استعمال أضواء السيارة يعد أنه ارتكب خطأ. لأن هذا الامتناع متصل بنشاط السائق، وبالتالي فلا يمكن لأحد زعم أن الامتناع لا يمكن أن يكون خاطئا وهذا هو مجال الإهمال. ولقد نصت المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي على أن الفرد مسؤول عن إهماله.

أما الامتناع البسيط فيتوفر عندما لا يكون هناك ارتباط بينه وبين نشاط المدين. إذ لا يمكن مؤاخذة المتسبب في الضرر عن قيامه بالعمل دون أخذ الحيطة والحذر اللازمين. ولكن يمكن مؤاخذته عن عدم قيامه بأي عمل وتركه الواقعة التي لم يساهم في نشأتها تتحقق ١٦.

هذا ولم يكن يؤخذ بالامتناع البسيط لانعدام نص قانوني يعاقب به الجاني وحتى سنة ١٩٤١ إذ وضعت محكمة النقض الفرنسية أساسا مفاده (أن أي امتناع يمكن أن يكون خطأ إذا نشأ عن عدم تنفيذ التزام بعمل). ولمعرفة ما إذا كان هناك التزام بعمل فإن على القاضي أن يبحث في نوع التصرف الذي يقوم به شخص عادي يكون في نفس ظروف وملابسات الممتنع، يخضعه فيها للقواعد العامة التي مقياسها "الرجل العادي".

٤–جسامة خطأ الامتناع: يذهب بعض الفقهاء الى اعتبار الشخص الذي يمتنع عن أنقاذ غيره قد ارتكب خطاءا جسيما. في حين يذهب فقهاء آخرون الى ترك تحديد جسامة الخطا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع. لأن جدوى جسامة الخطأ بالامتناع لا تتضح الا من حيث تقدير التعويض. فأذا كان الاصل انه لا اثر لجسامة الخطأ عند تقدير التعويض الا ان هذه الجسامة تراعى عند التعويض. والمراعاة لا تكون الا بالزيادة في مقداره عن المعتاد، وتغليظها بحق الممتنع.

٥–اساس خطا الامتناع: تقام مسؤولية الممتنع على أساس الخطا الثابت أو الخطأ المفترض قابل لاثبات العكس. واحيانا لايقبل أثبات العكس بحسب المركز القانوني الذي يضعه المشرع. فيكون خطأ الممتنع غير قابل لاثبات العكس طبقا لنص المادة (١/٢٢٢) مدني عراقي. ويكون خطأ الموظف قابل لاثبات العكس في أحيانا اخرى.

وما يجب الإشارة إليه هنا أن حرية الامتناع في مجال التعاقد هي القاعدة العامة، إذ لا سبيل لالزام شخص على التعاقد إذا رفض ذلك أن يكون مجبرا على إبداء أسباب رفضه. إن التسليم بحرية الامتناع عن التعاقد كفيل بأن يحفظ المجتمع من الفوضى التي قد تعمه لو أمكن إجبار الغير على الدخول في علاقة تعاقدية بمجرد توجيه لإيجاب له، إلا أن هذه الحرية قد وردت عليها قيود لم يعد مسلما بها على إطلاقها ١٧.

المبحث الثاني
مضمون الامتناع عن الفعل

المسؤولية المدنية الناشئة عن الامتناع عن الفعل لا تنهض الابقيام الخطأ الناشئ عن الامتناع عن الفعل. والذي هو عبارة عن خطأ يرتكب بسلوك سلبي. وتقع نتيجة لاغفال المخطيء او امتناعه عن الالتزام باتخاذ الحيطة والحذر التي او جبها القانون على الافراد من اجل منع حدوث الضرر ١٨، ويتكون الامتناع عن الفعل من ثلاثة عناصر هي ١٩ : ١ – سلوك خاطيء سلبي صادر من فاعل الضرر يتمثل بالامتناع عن فعل معين.

٢–ضرر يترتب على هذا السلوك، ذلك ان الغالب ان يترك الفعل او الامتناع تغييراً في العالم الخارجي.

٣–علاقة سببية بين الامتناع عن الفعل والضررالذي تحقق. فلا يكون الممتنع مخطئا مالم تكن النتيجة الضارة او الخطرة مترتبة على سلوكه.

المطلب الاول

شروط السلوك السلبي (الامتناع)

ذكرنا سابقا ان بعض الفقهاء عرف السلوك السلبي بانه (احجام الشخص عن اتيان فعل ايجابي معين كان الشارع ينتظره منه في ظروف معينة بشرط ان يوجد واجب قانوني يلزم بهذا الفعل وان يكون في استطاعة الممتنع عنه ارادته) ٢٠. في حين يعرفه اخرون بانه (احجام الارادة عن اتخاذ سلوك ايجابي معين كان يتعين اتخاذه أي انه امساك ارادي عن الحركة العضوية في الوقت الذي كان يجب اتيانها فيه) ٢١.

من تحليل هذه التعاريف نستطيع استخلاص ثلاثة شروط لقيام السلوك السلبي هي: الاحجام عن اتيان فعل ايجابي، ووجود واجب قانوني يلزم بهذا الفعل، واستطاعة ارادته وهذا ماسنوضحه فيما ياتي:

١–الاحجام عن اتيان فعل ايجابي معين: ليس الامتناع مجرد موقف سلبي، بمعنى انه ليس احجاماً مجرداً او وقوفاً كلياً عن الحركة، وانما هو موقف سلبي بالقياس الى فعل ايجابي معين، ومن هذا الفعل يستمد الامتناع كيانه وخصائصه ٢٢. وهذا الفعل الذي كان من الواجب اتيانه يحدده القانون صراحة او ضمناً بالنظر الى ظروف معينه ٢٣.

فالام التي تمتنع عن ارضاع طفلها تكون مسؤولة اذا هلك طفلها نتيجة ذلك الامتناع. على الرغم من عدم صدور أي فعل او حركة عضوية منها، الأن امتناعها عن القيام بالفعل الايجابي المفروض عليها رتب المسؤولية من جانبها ٢٤.

٢–الواجب القانوني: ليس كل امتناع عن القيام بفعل ايجابي يرتب مسؤوليته، بل لا بد ان يكون الفعل الايجابي الذي امتنع عن القيام به مفروضا عليه، بمعنى اخر يجب ان يكون الامتناع الذي يوصف بكونه عنصراً في الركن المادي للخطأ والذي يوجب مسؤولية فاعله، هو الامتناع عن القيام بعمل ايجابي مطلوب من الممتنع ان يقوم به على سبيل الالزام القانوني٢٥. فاذا كان العمل الايجابي غير ملزم للممتنع فلا يسأل عنه حتى وان كان عدم قيامه به يتنافى مع المبادى الاخلاقية.

ويعد العمل الايجابي واجباً مفروضاً على الممتنع ومن ثم يسأل عنه في حالتين نصت عليهما المادة (٣٤/أ) من قانون العقوبات العراقي. اذ نصت على أنه (اذا فرض القانون او الاتفاق واجبا على شخص وامتنع عن ادائه قاصدا احداث الجريمة التي نشات مباشرة عن هذا الامتناع) ويستدل من نص هذه المادة على ان مصدر الواجب القانوني، قد يكون نصا في قانون العقوبات او القوانين المكملة له او اية قاعدة قانونية اخرى بل ان من الجائز ان يكون مصدره عملاً قانونياً كالعقد او مجرد عمل مادي كالفعل الضار، اذا صلح طبقا لقواعد القانون ان يكون مصدراً لنشوء الواجب القانوني، وبالتالي فاذا لم يكن هناك ثمة واجب قانوني فلا يمكن ان ينسب الامتناع لمن أحجم عن الفعل وان كان في إحجامه ما يناقض واجباً اخلاقياً (٢٦).

٣–الصفة الارادية للامتناع: الامتناع كالسلوك الايجابي، سلوك ارادي، ولهذا فلا بد من توافر ارادة وظيفتها ربط الحركة او السكنة بانسان معين. أي تحقق رابطة السببية النفسية بين الارادة والامتناع كما تتحقق هذه الرابطة بين الارادة والسلوك الايجابي. وكل ماهنالك من فرق بين الحالتين ان الارادة في السلوك الايجابي هي ارادة دافعة في حين انها في السلوك السلبي اراده قابضة (٢٧).

وتثير الصفة الارادية للامتناع بالنسبة للاخطاء الناشئة عن الإهمال، وهي جرائم امتناع غير عمدية بعض الصعوبات. فهذه الاخطاء تقوم بمجرد نسيان فاعل الضرر القيام بالسلوك الايجابي المفروض عليه، وهذا يعني ان ارادته لم تتجه الى هذا الامتناع ولكن الصفة الارادية تعد متوافرة اذا ثبت انه كان في وسع الجاني ان يريد امتناعه، أي كان في استطاعته لو بذل القدر المعتاد من العناية والحرص ان يعلم بواجبه فلا يحجم عن ادائه الا وهو يريد هذا الاحجام (٢٨).

فاذا ثبت ان الاحجام قد تجرد من الصفة الارادية فلا يوصف بانه امتناع في المعنى القانوني، فاذا اصيب عامل الاشارات في محطة السكك الحديد باغماء في الوقت الذي كان يتعين عليه فيه اعطاء اشاره تحذير الى قطار على وشك الدخول في المحطة او تعرض لاكراه شخص قيده بالحبال او حبسه في حجرة خلال هذا الوقت فلم يقم بالسلوك الايجابي المفروض عليه فلا يمكن ان يقال عنه انه ممتنع في لغة القانون (٢٩).

المطلب الثاني

صحة الامتناع في تكوين الركن المادي للخطأ

أنقسم الفقه في تحديد مدى صلاحية الامتناع لتكوين ركن التعدي أو الاخلال للخطأ على رأيين، وهذه الاراء هي:

الراي الاول:

يذهب رأي في الفقه الى ان السلوك في الاخطاء غير العمدية هو دائماً سلوك سلبي، وذلك لان ركنها المعنوي بحسب رأيهم هو الإهمال. وعليه لابد ان يكون ركنها المادي وفي جميع الاحوال سلوكاً سلبياً (٣٠). ويستند اصحاب هذا الراي في سبيل تدعيم رايهم الى ان الأخطاء غير العمدية لايتصور وقوعها بفعل ايجابي فلا يتصور مثلا وقوع فعل قتل غير عمدي، وانما يتصور وقوع القتل بمناسبة فعل ايجابي مشروع، ولا يكون الخطأ غير العمدي هنا هو الفعل الايجابي لانه مشروع في ذاته، ولكن الخطأ غير العمدي هو الإهمال او التقصير الذي شاب ممارسة هذا الفعل. فمن يتدرب على الرماية مثلاً اذا قتل انساناً خطأ فان خطأه لا يتمثل في فعل لان الفعل الذي اقدم عليه وهو الرماية مشروع، ولكن خطأه يتمثل في أخلاله بالتزام ايجابي بأتخاذ الاحتياطات الكافية لمنع وقوع الضرر نتيجة للقيام بهذا العمل المشروع. وهذا يعني ان الخطأ هنا هو خطأ امتناع عن اتخاذ هذه الاحتياطات. فليس صحيحا مايقال عادة من ان الأخطأء غير العمدية تقع بفعل ايجابي او باتخاذ موقف سلبي، وذلك لان الخطأ غير العمدي لا يقع بفعل ايجابي وانما بمناسبته وذلك لان وقوع الخطأ بفعل ايجابي مجرد يقتضي ان يكون هذا الفعل في ذاته غير مشروع (٣١).

وقد تعرض هذا الراي للنقد، وذلك لأن أحد لم يقل ان الخطأ غير العمدي وهو الفعل الايجابي او الموقف السلبي، لان الفعل الايجابي ماهو الاعنصر في الركن المادي. في حين ان الخطأ غير العمدي هو صورة من صور الركن المعنوي، وبالتالي فليس من المعقول ان يقال ان الركن المعنوي هو الركن المادي او بالعكس (٣٢). اما ماقيل عن عد فعل الرماية الذي سبب القتل فعلاً مشروعاً فهو غير دقيق، وذلك لان هذا السلوك يعد غير مشروع، وان المشرع حرمه لما ينطوي على ممارسته من امكانية تحقق نتائج غير مشروعة (٣٣).

واخيراً فان عد الخطأ هو دائماً اخلالاً بالتزام ايجابي يوجب على الشخص اداء عمل او اتخاذ احتياط معين بمناسبة القيام بعمل لمنع وقوع الضرر هو محل نظر. وذلك لان الاخلال بهذه الاحتياطات هو ليس الخطأ غير العمدي وانما هو عنصر من عناصره (٣٤).

الراي الثاني

يذهب الرأي الغالب في الفقه الى القول بان الاخطاء غير العمدية يمكن ان تقع بسلوك ايجابي او بسلوك سلبي (٣٥). ويستند اصحاب هذا الراي الى أن النصوص القانونية الخاصة بالاخطاء غير العمدية تؤيد ذلك (٣٦).

ويبدو لنا ان الرأي الذي يساوي بين السلوك الايجابي والسلبي في اطار الاخطاء غير العمدية هو الاولى بالاتباع. وذلك لان السلوك الخاطيء ما هو الاعنصر في الركن المادي، اما الخطأ غير العمدي فهو الركن المعنوي فيها.

فقيادة السيارة هو سلوك مشروع في ذاته لايعاقب عليه القانون الااذا اقترن بخطأ، في حين ان قيادة سيارة بسرعة كبيرة تجاوز الحد الذي تقتضيه ظروف المرور مكانه وزمانـه يدل على رعونة وعدم احتياط او احتراز السائق، وهي صور الخطأ المقترنه بالسلوك الايجابي الذي اتجهت اليه ارادة الفاعل. اما قيادة السيارة ليلاً وفي ممر ضيق مع اغفال اضاءة مصابيحها مع انها صالحة للاستعمال مما يؤدي الى دعس احد الاشخاص ووفاته او اصابته، ففي هذه الحالة نجد ان السائق قد اتجهت ارادته الى عدم القيام بالعمل الذي يفرضه عليه القانون بمعنى انه قام بسلوك سلبي يتمثل بالامتناع عن واجب قانوني مفروض عليه وعلى كل شخص يوجد في الظروف نفسها وتقع منه بهذا الامتناع الناشئ عن الإهمال الذي هوخطأ غير عمدي رتكب بسلوك سلبي.

اما الخطأ في الفقه الاسلامي فلا يختلف في معناه ومضمونه عما هو في القانون. اذ ان الخطأ في الفقه الاسلامي هو عبارة عن حركة ارادية تحدث تغييراً في العالم الخارجي سواء بصورة مباشرة كافعال الضرب والجرح (٣٧). او بصورة غير مباشرة (التسبب) كمن يحفر بئرا في الطريق العام او في مسجد ولا يتخذ الاحتياطات المناسبة لمنع المارة من السقوط فيه فيسقط فيه احد الاشخاص الامر الذي يؤدي الى وفاته او اصابته (٣٨). وبذلك تخرج التصرفات الارادية

الباطنية التي لاتحدث اثراً في العالم الخارجي بشكل ملموس والحركات اللارادية عن هذا النطاق (٣٩).

والفقه الاسلامي يساوي بين النشاط الايجابي (الفعل) والموقف السلبي (الترك او الامتناع) من حيث ترتيب الاثار (٤٠). ويتحقق السلوك الايجابي اذا عمل الانسان عملاً ينشأ عنه الضرر كمن يلقي حجراً من شرفته ليتخلص منه دون قصد اصابه احد فيصيب احد المارة (٤١) او يجعل الدابة تقف في الطريق العام او يرش المياه فيه. اما السلوك السلبي فانه يتحقق اذا قصر الانسان في القيام بما يجب عليه شرعاً او عرفاً (٤٢). فاذا وقع طفل من سطح فمات فان كان ممن يحفظ نفسه كان هذا بمنزلة البالغ وان كان ممن لايحفظ نفسه فعلى ابويه الدية والكفارة. لان حفظه عليهما فتجب الكفارة عليهما اذا كان في حجرهما وان كان فـــي حجر احدهمــا فالكفارة عليــه (٤٣). فالقاعدة الشرعية تقضي بأن الممتنع يسأل عن النتيجة الضارة التي تترتب على ذلك الامتناع كلما استوجب التدخل (٤٤). والمعيار الذي اخذ به الفقه الاسلامي يتسع لحالات كثيرة خلافاً للمعيار الذي اخذ به القانون، وهذا يؤكد مقدار عناية الفقه الاسلامي بحق الانسان على اخيه الانسان وان لم يكن بينهما التزام خاص (٤٥).

المطلب الثالث

التكييف القانوني للامتناع ومعياره

أنقسم الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للامتناع على أتجاهين:

الاول: وفق هذا الاتجاه فأن الامتناع أو الامتناع عن الفعل هو أحجام الشخص عن القيام بفعل أيجابي معين، يوجب القانون القيام به رعاية للحقوق التي يحميها بشرط، أن يكون في استطاعة الممتنع القيام به٤٦. وعرفه آخرون بأنه حركة قابضة دفعت لها أرادة مانعة تنحصر وظيفتها في ربط الحركة أو السكنة بأنسان معين ٤٧.

الثاني: ألامتناع هو التصرف الذي يأخذ صورة ترك أو أمتناع، وهو لايتحقق الا حيث يدل الترك أو الامتناع عن أهمال أو عدم أحتياط. والعبرة في معرفة هذه الدلالة للظروف والعادات والتقاليد المحيطة بألانسان وقت أن صدر منه الترك أو الامتناع المؤاخذ عليه. فمن يترك غيره في حالة حرجة توجب

الاضرار به دون أن يتدخل لأنقاذه يعد ممتنعا لذا يعد مخطئا ٤٨. وعرفه آخرون بأن الامتناع يكون بأغفال اتخاذ أحتياط معين كان يجب اتخاذه عند ممارسة عمل ما ويمكن أن يكون بالامتناع عن عمل أو لأتخاذ موقف سلبي مستقل عن أي عمل ايجابي.

ويذهب بعض الفقهاء الى القول، أن أغفال أتخاذ أحتياط معيــن تندرج فـــي الفعل الايجابـــي وتوصف بألاهمال عند ممارسة العمل وتكون اقرب الى الخطا الايجابي منه الى الامتناع عن الفعل، كما لو أغفل شخص اطفاء سيجارته قبل القاءها في سلة المهملات فتسببت في أندلاع الحريق. والفرق بين الاتجاهين يظهر فيما يأتي:

١– أن فقهاء الاتجاه الاول فرقوا بين الامتناع أو الترك وبين الايجابية التي تقع بطريق الترك، فالامتناع لايوجد الا اذا كان مخالفا لما يامر به القانون حسب رأيهم. كأمتناع الطبيب بالتبليغ عن ظهور وباء معين أو امتناع أم عن ارضاع طفلها. فيكون ركنها المادي هو الامتناع مع وجود امر في القانون يقضي بالقيام بعمل تجاه أمر معين. اما الجريمة الايجابية التي تقع بطريق الترك فهي الجريمة التي لايشترط لتوافرها وجود أمر أوفعل معين يفرضه القانون، بل وجود نهي وتحريم، كالنهي عن الحاق الاذى بألاخرين ٤٩. في حين ان فقهاء الاتجاه الثاني فان الامتناع عن الفعل في نظرهم هو الذي يأخذ صورة ترك أو أمتناع وهو لا يتحقق الا حيث يدل الترك على اهمال أو عدم أحتياط.

٢– أن فقهاء الاتجاه الاول يطلقون مصطلح (الامتناع) على عدم الفعل. أما فقهاء الاتجاه الثاني فيطلقون مصطلح الامتناع عن الفعل على نفس المعنى.

من خلال ما تقدم نجد أن الامتناع عن الفعل أو الامتناع هو الفعل الذي ينطوي على (الامتناع عن القيام بفعل سواء كان هذا الامتناع مصدره القانون أو التزام قانوني عام أو التزام اخلاقي أو انساني).

المطلب الرابع

معيار الامتناع عن الفعل وعناصره

يتكون الامتناع عن الفعل من عناصر محددة، ولكن بحث العناصر لا بد لنا من الوقوف على معيار تحديد خطأ الامتناع عن الفعل. وفق الفروع التالية:

الفرع الاول

معيار خطأ الامتناع عن الفعل

ان معرفة الامتناع عن الفعل قد يدق احيانا بحيث يكون من الصعوبة بمكان معرفته وتمييزه عن غيره. فأذا كان بألامكان معرفة الخطأ الايجابي كلما صدر عن الانسان فعل ما مثل دهس شخص أو الاعتداء عليه. فأن الامتناع عن الفعل من غير الممكن معرفته، خصوصا أذا ما علمنا أن بعض الافعال تكون طبيعتها أو نشاتها أيجابية، ويدخل فيها السلب كأحد العناصر المكونة للنتائج التي قادت أو أدت اليها. فالامتناع عن الفعل يرتكز اساسا على عمل آخر هو السلب أوالامتناع. مثل أمتناع الطبيب عن علاج مريض أو الامتناع عن اغاثة الملهوف، فقرار الشخص عدم القيام بفعل يعد امتناعه هذا مساويا للعمل الايجابي ومعادلا له. فأذا نتج عن ذلك ضرر فأنه من الصعوبة بمكان التفرقة بين احداث الضرر وبين ترك الضرر يحدث، متى ثبت أن بأمكان الشخص ان يحول دون حدوثه. ولعل الصعوبة تزداد اذا كان هناك فعل بدايته أيجابية وسلبية في أن واحد. في هذه الحالة هل الضرر الذي ينتج بسبب الفعل الايجابي أم السلبي. فمن يشعل سيجارة ويرميها في كومة من الحطب لتشتعل دون قصد منه ويمتنع عن اطفاءها معتقدا انها لاتؤدي الى حدوث حريق. فهل ان أشتعال النار كان بسبب العمل الايجابي وهو القاء السيجارة فـــي الحطب أم بسبب آخر وهو العمل السلبي المتمثل في ترك شرارة النار تتحول الـــى لهب.

وتظهر اهمية التمييز بين الخطا الايجابي والامتناع بصورة خاصة فيما يتعلق بمسؤولية عديم التمييز. فعديم التمييز يسال عن فعل الخطا اذا كان ايجابيا مثل القاءه حجارة على دار جاره فيكسر زجاج البيت ويصيب صاحب الدار بجروح. ولكن هل يمكن مساءلة عديم التمييز عن امتناعه عن القيام بفعل معين. حتى ولو كان هذا الفعل يفرضه القانون، فالصغير الذي يشاهد شخصا يستغيث ولا يسارع الى انقاذه فها من الممكن محاسبته عن امتناعه عن اغاثة الملهوف؟ هذا السؤال سوف تتم الاجابة عنه في الصفحات القادمة.

الفرع الثاني

عناصر الامتناع عن الفعل

من المعروف ان اركان المسؤولية التقصيرية (خطأ وضرر وعلاقة سببية). وان الخطا في المسؤولية التقصيرية هو الاخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن ادراك. وهذا يعني أن عناصر الامتناع عن الفعل هي نفس عناصر الخطا أي يجب ان يتكون من ركنين. مع ملاحظة اختلاف طبيعة الامتناع عن الفعل التي تكون سكون عن طبيعة الخطا الايجابي الذي يكون حركة، وهذين الركنين هما:

المادي: التعدي والاخلال: يقصد بالاخلال والتعدي مجاوزة الحد المسموح به قانونا لمارسة الشخص نشاطه الحياتي. ويقاس بمعيار موضوعي (الشخص المعتاد المجرد). ولا خلاف في هذا الركن بين الخطا الايجابي والامتناع عن الفعل. ولعل تساؤلا يطرح هنا عن المقصود بالخطا الايجابي؟ وهنا سوف يجاب بأنه القيام بفعل مخالف للقانون مثل دهس شخص أو الاعتداء عليه. وهنا يتم التنويه عن معنى الخطا الايجابي. بمعنى آخر، الا يعد الدهس او الاعتداء صورة من صور الامتناع الا وهو الامتناع عن الانصياع للنصوص القانونية الامرة بأحترام حقوق الغير وعدم التعدي عليها. وهو ما يمثل صورة من صور الامتناع عن الفعل، فهنا يشترك الخطا الايجابي مع الامتناع عن الفعل في ان كلاهما يمثلان حالتين من حالات الامتناع عن تطبيق النص القانوني. فالامتناع عن الفعل هو عدم القيام بعمل، والخطا الايجابي هو مخالفة النص القانوني او الالتزام القانوني القاضي بعدم الاضرار بالغير. فما يشترك به الخطاءان هو الامتناع عن تطبيق النص القانوني ٥٠.

المعنوي: الادراك والتمييز: بمعنى ان يكون الممتنع مميزا أو مدركا لفعله. وهذا العنصر تم هدمه في الفقه الحديث وحل محله مبدأ آخر واخذت تشريعات اغلب دول العالم تنأى عنه. وهو مساءلة عديم التمييز عن فعله الضار. فلا يهم ان يكون الفاعل مميزا المهم ان فعله الايجابي خطأ ترتب عليه ضرر معين. بغض النظر عن كون فاعل الضرر مميزا ام لا. وهذا العنصر اي الادراك لا يشترط وجوده هنا. أي أن أنعدام التمييز يؤدي الى قيام المسؤولية أذا صدر عن صاحبه فعل ضار ٥١. فالفقهاء أتفقوا على عدم ضرورة توافر عنصر الادراك والتمييز لقيام المسؤولية عن الفعل الضار اذا كان الفعل الصادر ايجابيا. ولكن الكلمة ليست

واحدة بالنسبة لعديم التمييز فيما يتعلق بالامتناع عن الفعل، فالصغير الذي يشاهد شخصا يغرق ولايسارع الى انقاذه هل من الممكن محاسبته عن ذلك الامتناع؟ والمجنون الذي يشاهد حريقا يندلع في دار جاره ولايسارع لأطفائه هل من الممكن ان تقوم مسؤليته عن امتناعه. والسكران الذي يسمع ويشاهد استغاثة المعتدى عليه ويبقى مع ذلك مسمرا بألارض هل يحاسب عن امتناعه عن اغاثة الملهوف؟. فهؤلاء يكون بالامكان محاسبتهم اذا ما أرتكبوا فعلا ضارا، ولكن في الامثلة المتقدمة لم يرتكبوا اي فعل ضار بالغير، بل لاتسمح حالتهم بالقيام بأي عمل ايجابي.

الجواب عن ذلك نقول أن المسؤلية التقصيرية تقام على اساس الخطا أو الاخلال بألتزام قانوني سابق. ومقتضى هذا الالتزام على حد قول بعض الفقهاءعدم الاضرار بالغير. وهذا ما يمكن تصوره اذا كان الخطا ايجابيا، بمعنى ان الخطا الايجابي يشكل خرقا لهذا الالتزام. ولكن اذا كان الخطأ سلبيا أي أمتناع يصدر من عديم التمييز فهل يعد هذا الامتناع خرقا للالتزام السابق. فمن المستحيل أن يحاسب عديم التمييز لعدم أطفائه الحريق الذي شب في بيت جاره. ومن المستحيل محاسبة عديم التمييز عن عدم اغاثته للغريق، فلا التزام بمستحيل ومن الاستحالة توقع فعل أيجابي صحيح عن عديم التمييز، فكيف يمكن محاسبته لأمتناعه عن فعل لايستطيع معه القيام بأي حل. وهذا ما يميز الخطا الايجابي حيث يكون بألامكان محاسبة عديم التمييز عن فعله الايجابي الضار. ولكننا نجد أنه من غير المنطقي ان يحاسب عديم التمييز عن أمتناعه عن القيام بفعل معين.

المبحث الثالث

شروط تحقق الامتناع عن الفعل واثاره

لايقع الامتناع عن الفعل مصادفة، بل لابد من وجود شروط معينة حتى تنهض مسؤولية الممتنع. أذ ليس كل امتناع يستوجب مسؤولية الممتنع، وانما لابد من توافر هذه الشروط. في هذا المبحث نتناول بحث موضوع كيفية تحقق الامتناع عن الفعل. وبيان اثاره وفق المطالب التالية:

المطلب الاول

شروط تحقق الامتناع عن الفعل

يشترط لتحقق الامتناع عن الفعل، ما يأتي من الشروط:

١–أن يكون الامتناع عمديا بمعنى وجود (نية الاضرار لدى الممتنع): يشترط لقيام مسؤولية الشخص عن فعله السلبي أن يتوافر لدى الممتنع نية الاضرار بالغير. وهذا العنصر أمر نفسي يكشف القاضي عنه من خلال ظروف ووقائع الدعوى والقرائن والادلة المتوفرة. ومع ذلك يكون للقاضي سلطة تقديرية في البت بوجود هذه النية من عدمها. وبهذا المعيار يتم التمييز بين الخطأ المتعمد وغير المتعمد. ونية الاضرار بالغير يعني أن يتطلب الامتناع عن الفعل عنصر الادراك والتمييز. ولكنه يتعارض فيما لو كان الممتنع غير مميز فلا يمكن تطبيقه في هذه الحالة. ووجود هذا الشرط يعد من ابرز مظاهر التفرقة بين الامتناع عن الفعل والخطأ الايجابي من جهة، ويفرق بين مسؤولية المميز وغير المميز من جهة أخرى.

فالمسؤولية التقصيرية ينبغي أن يتوافر فيها ركن الخطأ وهذا الركن كما ذكرنا سابقا يقوم على عنصرين هما التعدي والادراك والتمييز. ولكن جرى الفقه والقضاء والتشريع على هدم ركن التمييز ومساءلة عديم التمييز عن الضرر الذي يحدثه. مع ملاحظة أن الخطأ هنا هو خطأ ايجابي. فالخطأ الايجابي لايعفي عديم التمييز من المسؤولية. ولكن أذا كان الخطأ المرتكب هو خطأ سلبي فأنه يعد الميدان الاساسي لتطبيق عناصر الخطأ. أو بتعبير أدق فأن الادراك والتمييز يشترط توافره لتطبيق عناصر الخطأ، فعديم التمييز الذي يسأل بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية عن فعله الضار الذي يلحقه بالغير كما ذهب الى ذلك الفقهاء المسلمون. وأذا كان فعله ايجابيا فأنه من غير الممكن ان يسأل عن فعله السلبي لأنه يستحيل أن تتوافر لدى عديم التمييز نية الاضرار بالغير. فمن يشاهد شخصا يحترق دون أن يسارع لأنقاذه يعد مسؤولا تقصيريا لخطأه السلبي. ولكن اذا كان الشاهد صغيرا لايتجاوز عمره سنة واحدة فما الذي يكون بامكان الصغير ان يفعله لأنقاذ الشخص حتى يكون بألامكان محاسبته؟. فهنا يتوقف تطبيق نص المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي. اذ لايكون بالامكان تطبيق النص المذكور على عديم التمييز في هذه الحالة. فما ذهب اليه المشرع في النص السابق كان المراد منه فعل عديم التمييز الايجابي وليس السلبي. فعديم التمييز الذي يشعل

عود ثقاب في اثاث جاره أو حضانته ويؤدي ذلك الى أحتراق الدار فانه يكون مسؤولا عن الفعل الضار في هذه الحالة، وهنا يتم تطبيق نص المادة (١٩١) سابقة الذكر. ولكن في حالة صدور أمتناع عن عديم التمييز فهل يمكن محاسبته بموجب نص المادة السابقة؟. فهنا يتوقف حكم المادة (١٩١) لعدم أمكان تطبيقه في هذه الحالة. ويلحق بهذا الحكم نص المادة (١٨٦) م. ع. لأن هذه المادة أشترطت صراحة التعمد والتعدي. وهذا ما يفسر اختلاف توجه المشرع في نصوص المادتين السابقتين. وذهب بعض الفقهاء الى انه تناقض وقع فيه المشرع العراقي، فالمشرع العراقي أشترط التعمد والتعدي في نص المادة (١٨٦) ولم يشترطهما في نص المادة (١٩١) وبناءا على ذلك ذهب بعض الفقهاء الى تناقض المشرع العراقي.

والذي يبدوا ان المشرع العراقي جعل عديم التمييز مسؤولا عن الخطا الايجابي وغير مسؤول عن الامتناع عن الفعل. فنية الاضرار او التعمد من غير الممكن ان تتوافر لدى عديم التمييز ومن ثم من غير الممكن مساءلته عن امتناعه او عن خطاه السلبي.

والذي نراه هو أن المسؤولية التقصيرية عن الامتناع عن الفعل لاتنهض أذا لم يتوافر عنصر التمييز فقط، بل نزيد على ذلك بالقول أنه ينبغي أن يكون الشخص كامل الاهلية أي بالغا سن الرشد حتى يمكن مساءلته عن خطأه السلبي. فأذا كان من عناصر الخطا توافر التمييز والادراك، فمن غير المعقول منطقيا ان نحاسب من كان عمره عشر سنوات لأمتناعه عن أنقاذ شخص يحترق أو أغاثة ملهوف. مالم يكن قد ساهم بفعله الايجابي الاولي في أحداث الضرر، فعديم التمييزالذي يشعل عود ثقاب في كومة من الحطب فأنه يسأل أذا امتنع عن أطفاء الحريق طالما كانت الشرارة الاولى للحريق بفعل فاعل الخطا الايجابي. ولكن اذا كان امتناع عديم التمييز لايتصل ولاعلاقة له بفعل اولي أيجابي. فهل يسأل عن امتناعه عن أطفاء الحريق أو محاولته لأطفاء الحريق؟ لذلك نرى أن أشتراط عنصر الادراك والتمييز لايكفي لوحده لمسؤلية المميز بل لابد ان يكون الشخص كامل الاهلية.

فنية الاضرار بالغير اذا توافرت فأن الامتناع عن الفعل يتحول الى خطا عمدي اذا قصد فاعله الى الحاق الضرر بالغير. أما الخطأ غير العمدي فينتفي فيه قصد الاضرار لأنه صدر منه عن اهمال وعدم احتياط وتقصير. مثل من يقود

السيارة بسرعة كبيرة في مكان مزدحم ويمتنع عن تخفيف سرعته ويصيب احدهم.

وما يميز الخطا العمدي عن الخطا الجسيم أنه لايجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية الناتجة عن امتناع المدين بسبب عقد معين أذا كان الخطا عمديا او جسيما. والتعويض في المسؤولية العقدية يكون عن الضرر المتوقع وغير المتوقع. كما لايجوز التأمين على المسؤولية عن الخطا العمدي. والخطا العمدي قد يستغرق الخطا غير العمدي أذا كان الضرر يرجع الى خطأ شخصين أحدهما خطأءا عمديا والآخر غير عمدي. أذ يسأل مرتكب الخطأ العمدي عن تعويض المضرور بشكل كامل ولوحده عند تعدد الاخطأء التي احدثت الضرر.

٢–تطبيق معيار الشخص المعتاد المتوسط المجرد: وهو ما أتجه اليه الفقه الحديث واخذت به معظم التشريعات. وبموجبه يسأل الممتنع اذا خالف سلوكه سلوك الشخص المعتاد.

٣– عدم تعرض الممتنع لأي خطر أذا قام بالفعل: فاذا كان من شان فعل الشخص الايجابي أن لايلحق به أي ضرر وامتنع عن القيام به فأنه يسأل عن ذلك. وهو ما يشكل قرينة غير قاطعة على وجود نية الاضرار بالغير. واذا كان العكس اي تدخله من شانه ان يلحق به ضرر فلا يكون مسؤولا عن اي ضرر يحدث.

المطلب الثاني

أحكام الامتناع عن الفعل

يخضع الامتناع عن الفعل لقواعد خاصة تكون بحسب صورة الخطأ نفسه. فالامتناع عن الفعل لايكون على نوع واحد كما هو الحال بالنسبة للخطأ الايجابي، وانما هو يكون على عدة انواع، وتكون أحكام كل نوع على حدة وكما يأتي:

الاول: الامتناع عن تطبيق النص القانوني: ويقصد به الامتناع المسبوق بنص قانوني كالعسكري الذي يخضع لنصوص القانون العسكري ويرفض الانصياع لأوامر مباشرة من رئيسه. والطبيب يمتنع عن علاج مرضاه. وأمتناع القاضي عن الحكم في القضية المعروضة أمامه. ففي كل هذه الصور فأن الامتناع عن الفعل أساسه نص القانون أو الالتزام القانوني المنصوص عليه. في هذه الصورة يقع الامتناع نتيجة مخالفة تطبيق نصا قانونيا أو الامتناع عن الواجب

الذي يفرضه القانون. مثل أمتناع السائق عن تهدئة السرعة عند مروره بمكان مزدحم. وأمتناع شركة السكك الحديدية عن أتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية الناس كوضع أشارات تحذير للمارة وأمتناع صاحب العمل عن اتخاذ أجراءات الوقائية اللازمة لحماية الغير وامتناع المالك عن صيانة ملكه وامتناع البنك عن عدم صرف صك مزور بسبب عدم التحقق من صحة التواقيع. وتوجب تلك الصورة من الامتناع مسؤولية الشخص الممتنع أذا اصيب الغير بضرر على أساس أن الخطأ في تلك الحالة يتكون من فعل ايجابي يتمثل بألامتناع عن القيام بألتزام يفرضه القانون ٥٢.

من خلال ما تقدم يتبين أن هذه الصورة تضمنت وجود التزام بالقيام بعمل يفرضه القانون على الفرد فأذا أمتنع عن القيام به فأنه يعد متعديا. وهذا يعني أن المسؤولية التقصيرية تتحقق في هذه الحالة أذا كان الامتناع عن نصا يوجب القانون فعله. وهنا ينبغي ملاحظة أن الممتنع ينبغي ان يكون مميزا. وما دام هناك نصا قانوني فأنه لاتوجه الى عديم التمييز الا اذا كان الفعل الصادر منه أيجابيا وليس سلبيا.

الثاني: الامتناع المجرد: يقصد به الامتناع عن الفعل الصادر دون أن يخرق به نص أو التزاما قانونيا. وصورته الامتناع عن اغاثة الملهوف، فلا يوجد نصا معين يلزم الشخص بأغاثة الملهوف. ولهذا ذهب بعض الفقهاء الى عدم ترتب أي مسؤولية على الامتناع المجرد، في حين ذهب فقهاء آخرون الى مسؤولية الممتنع في هذه الحالة. وحجتهم في ذلك أنه عندما يكون الامتناع مخالفا لقواعد الحياة الاساسية في المجتمع فأنه يكون مخالفا للقواعد العامة في القانون القاضية بأحترام حقوق وحدود الاخرين. فمن يرى شخصا يغرق دون أن يسارع لمساعدته فأنه يكون مسؤولا تقصيريا لمخالفته للقواعد العامة السابقة٥٣.

المطلب الثاني

أثر الامتناع عن الفعل

أنقسم الفقه في تحديد ألاثر المترتب على خطأ الامتناع عن الفعل على مذهبين. ولكل مذهب وجهات نظر ينبغي الوقوف عندها، ثم ناخذ ماهو راجح منها.

الفرع الاول

المذهب التقليدي

تنطلق اراء هذا المذهب من اراء المدرسة الفردية والمذهب الفردي من جهة. والخلط بين قواعد المسؤولية في القانون المدني وأحكام القانون الجنائي من جهة أخرى. ووفق اراء هذا المذهب المتأثر على ما يبدوا بمبدأ الشرعية الذي يحكم قانون العقوبات والذي يقضي بأن لاجريم ولا عقوبة الا بنص. ومن ثم فأن الامتناع عن الفعل طالما لم يرد بشأنه نص في القانون يحرمه فلا مسؤولية عنه. وبناءا على هذا الرأي ذهب الفقهاء الى عدم مسؤولية الشخص عن الامتناع عن الفعل طبقا لقواعد المسؤولية المنصوص عليها في القانون المدني. وهذا يعني أن الامتناع عن الفعل أذا لم يكن مخالفا لنص قانوني أو لم يكن في اثناء الفعل فأنه لايعد خطاءا تقصيريا ولا يخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية، الا في حالات أستثنائية. وفي ذلك موافقة لما ذهب اليه بعض الفقهاء الى عدم مسؤولية الممتنع أذا كان امتناعه مخالفا لنص قانوني. لأن القول بخلاف ذلك يؤدي الى المساس بحرية الافراد فالفرد يعيش داخل المجتمع مستقلا عن الآخرين والقول بمسؤولية الفرد عن الامتناع يعني المساس بحريته. فالمسؤولية التقصيرية تقام على اساس الاخلال بالتزام هو عدم الاضرار بالغير وليس الاخلال بحمايتهم. ذلك ان مساءلة الفرد عن الامتناع عن الفعل يعني تحميل الفرد التزاما وعبئا اضافيا مقتضاه هو حماية الافراد الاخرين ٥٤. وبموجب ذلك قضت المحاكم الفرنسية بـ (عدم مسؤولية الاخ الذي ترك اخته المعوقة واهمل امرها والعناية بها وتوقف عن تقديم الطعام لها حتى ماتت في حجرتها أستنادا الى ان القانون الفرنسي لايعاقب الا على منع تقديم الطعام أو الغذاء وليس الامتناع عن تقديم الطعام والفرق بين المنع والامتناع أن المنع عمل ايجابي أما الامتناع فهو عمل سلبي لايعاقب عليه القانون).

تقييم الرأي السابق:

أول ما يلاحظ على فقهاء هذا المذهب أنهم ربطوا بين الخطأ في القانون الجنائي والخطأ في القانون المدني. بل لانبالغ أذا قلنا أنهم ذهبوا الى حد القول أن الخطا المدني يستند على الخطأ الجنائي. وهذا الراي يتناقض مع مفهوم الخطأ في القانونين من حيث الاساس. ذلك ان اساس الخطأ الجنائي يقوم على مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص)، في حين أن الخطأ المدني لايأخذ بهذه القاعدة في تحديد الامتناع عن الفعل. ففي قواعد المسؤولية التقصيرية هناك ارنباط وثيق الصلة بين الخطا والضررفي تحديد مسؤولية الممتنع. بمعنى أن كل فعل يؤدي الى حدوث ضرر فأن من شانه ان يرتب المسؤولية التقصيرية بغض النظر عن كون الفعل صحيحا ام خاطئا.

فالمعيار لتحديد الخطا في المسؤولية المدنية ليس هو قاعدة (لاجريمة ولاعقوبة الا بنص) وانا هو حدوث الضرر أو وقوعه فمتى وقع الضرر ترتب على ذلك قيام مسؤولية فاعل الضرر. وهذا يعني أن القاضي المدني حريته في تحديد الخطا أوسع من القاضي الجنائي. ذلك ان القاضي المدني له أن يقرر وجود الخطأ بغير أن يكون مقيدا بنص قانوني، بخلاف القاضي الجنائي الذي يكون مقيدا بنصوص تجرم وتحدد العقوبة للخطأ الجنائي. في حين أن القاضي المدني يبحث عن الضرر والخطا والعلاقة السببية، فمتى توافرت أركانها ترتبت وقامت مسؤولية الممتنع. ثم أن عدم مساءلة الفرد عن الامتناع فيه أخلال للالتزام القانوني القاضي بعدم الاضرار بالاخرين. فمن يرى شخصا يحترق دون ان يساعده يعد أخلالا بالتزام عدم الاضرار بألاخرين. نعم، ان الممتنع لم يقم بعمل أدى الى احتراق الشخص لكن الاساس للالتزام القانوني الذي يقضي بعدم الاضرار بالاخرين هو اساس أجنماعي واخلاقي قبل ان يكون اساسا قانونيا، فالالتزام بعدم الاضرار بالاخرين ما وضع الا حرصا من المشرع على استقرار المجتمع وسلامته وتعاضده وترابطه ومن شان الامتناع عن الفعل أن يخل بذلك كله.

تعديل اراء المذهب التقليدي:

نتيجة الانتقادات التي وجهت الى أراء المذهب التقليدي، فقد أصر انصار المذهب على النتائج التي توصلو اليها ولكنهم عدلو عن المبررات التي ساقوها سابقا. من خلال أستنادهم الى عدم مسؤولية الممتنع بسبب انعدام رابطة السببية

بين الضرر الحاصل والامتناع عن الفعل. ووفقا لذلك لا مسؤولية على الشخص الممتنع عن اطفاء الحريق الذي يتسبب به شخصا آخر٥٥. وهو ما اخذت محكمة النقض المصرية (أذا كان كل انسان مسؤولا عن اهماله فأن الامتناع لايرتب المسؤولية الا اذا كان هناك نص قانوني يلزم القيام بالعمل الذي امتنع عنه) والاخذ بهذا الراي يعني أنه لاتوجد علاقة بين الضرر الذي حدث وامتناع آخر عن دفع الضرر. فالضرر ما كان ليحصل لو ان الخطا لم يقم به احد الاشخاص على الاخر ولا علاقة للممتنع بحدوث هذه النتيجة اذا لم يخرج من حالة السكون الى الحركة فلايكون الامتناع بحد ذاته مسببا للضرر. ووفق هذا الاتجاه فأن الامتناع يكون في حالات قليلة السبب الرئيسي في وقوع الضرر، كسائق السيارة الذي لايستعمل جهاز التنبيه فيكون أمتناعه سببا في وقوع الحادث. هذا ولم يأخذ أغلب الفقهاء بفكرة أنعدام الرابطة السببية بصفتها أساسا للقول أن الامتناع لا يقوى على حمل المسؤولية. فالضرر ينشأ من عدة أسباب من بينها الامتناع. فأذا قامت رابطة السببية بين الامتناع والضرر فأن ذلك يكفي لقيام المسؤولية حتى لو كانت هناك أسباب أخرى كحدوث الضرر.

الفرع الثاني

المذهب الحديث

بعد عزوف اغلب الفقهاء والتشريعات عن الاخذ بما تضمنه المذهب التقليدي. فبالاضافة الى الانتقادات التي وجهت للمذهب التقليدي، فقد ذهب انصار المذهب الحديث الى الاخذ بمعيار قصد الاضرار أو ما يعرف (سوء النية) لمساءلة الممتنع. فمسؤولية الممتنع تنهض أذا كان امتناعه بسوء نية أي ان الممتنع يريد حدوث الضرر بالمضرور. فسوء النية وقصد الاضرار يوجبان المسؤولية وسندهم في ذلك نظرية اساءة أستعمال الحق ٥٦. وبموجبها فأن من يمتنع عن أنقاذ الغريق لرغبة بموته يكون مسؤولا تقصيريا لأنه سيء النية. ويلاحظ على هذا الاتجاه أن سوء النية اوقصد الاضرار امر يصعب اثباته. كما مسألة قيام المسؤولية على الممتنع لافرق فيها الامتناع المتعمد وغير المتعمد.

والذي يبدوا هو ان رأي انصار المذهب الحديث هو الراجح، فالمسؤولية التقصيرية تقام على اساس الضرر وليس الخطا. فمتى ترتب على فعل ما ضرر

نتيجة امتناع شخص معين عن القيام بعمل معين تحققت عندئذ المسؤولية عن هذا الفعل.

ويذهب بعض انصار هذا المذهب٥٧ الى تحقق مسؤولية الممتنع اذا كان امتناعه مخالفا لما تقضي به قواعد الاخلاق، أنطلاقا من توسيع مفهوم القاعدة نفسها. فالقاعدة القانونية لايكون اصلها دائما نصا قانونيا. ذلك ان القاعدة القانونية لا تكون دائما بصفة مشرعة ومكتوبة وانما قد يكون مصدرها العرف او مباديء الشريعة الاسلامية أو قواعد العدل والانصاف. فأذا حدث ضرر لشخص ما وكان سبب الضرر الامتناع عن القيام بعمل معين. بمعنى ان الفعل لو قام به الممتنع لما وقع الضرر، فعندئذ يمكن قيام المسؤولية دون وجود نص صريح على الواقعة التي امتنع الشخص عن القيام بها. ولمعرفة خطأ الممتنع لابد من قياس سلوك الممتنع بسلوك شخص معتاد أي بسلوك شخص عادي محاط بنفس ظروف الممتنع الخارجية. بمعزل عن العوامل والظروف النفسية والداخلية. فأذا كان سلوك الشخص المعتاد مخالفا للممتنع عد الاخير مسؤولا عن الضرر.

يتضح مما تقدم أن الامتناع عن الفعل والخطا الايجابي يخضعان لنفس القواعد، فالخطا الايجابي يتحقق بصدور فعل عن الشخص يترتب عليه حدوث ضرر، ولا تنحصر صورته في مخالفة النصوص القانونية فقد يتحقق الخطا الايجابي عند مخالفة واجب قانوني غير منصوص عليه مادام يمكن تعيين هذا الواجب بالرجوع الى معيار الشخص العادي فأن هذا يعني أنه لامجال للتفرقة بين الخطا الايجابي والامتناع عن الفعل. ويمكن اعتبار الامتناع خطاءا تقصيريا عند مخالفة الواجب القانوني ولو لم يكن منصوصا عليه، بل يمكن تعيين الخطا بمعيار الرجل المعتاد. ويذهب بعض الفقهاء أن المسؤولية تتحقق ولو لم يكن هناك نص قانوني لأنه يقع على الشخص واجب اضافي وهو واجب المساعدة وهذا الواجب هو الذي يربط الممتنع بالضرر ويعين له دورا. وبغيره لايعدوا ان يكون الممتنع مجرد متفرج.

المطلب الثاني
اثار الامتناع عن الفعل

ذكرنا سابقا أن الامتناع أو الامتناع عن الفعل أما ان يكون مسبوقا بالتزام قانوني، كامتناع السائق عن اضاءة المصابيح ليلا. وامتناع العسكري عن القبض على المجرمين. واما امتناع مجرد من اي التزام. ولذلك فان أثار الامتناع تختلف في الحالة الاولى (المسبوق بالتزام) عن الحالة الثانية (المجرد).

أولاً: اثر الامتناع المسبوق بالتزام: يجب التفرقة هنا بين الامتناع المسبوق بالتزام قانوني والامتناع المسبوق بالتزام تعاقدي:

١- اثرالامتناع المسبوق بالتزام قانوني: الالتزام القانوني هنا مقتضاه عدم الاضرار بالاخرين. فأذا ادى الامتناع الى الحاق ضررا بالاخرين فالمسؤولية الناشئة هنا مسؤولية تقصيرية، والخطأ هنا هو تقصيري. فالاطفائي الذي يفرض عليه الواجب الوظيفي أطفاء الحرائق ويمتنع عن أطفاء النار رغم ذلك، يكون مسؤولا تقصيريا عن خطاه السلبي أو امتناعه عن القيام بواجبه. وعناصر الشرطة النهرية التي تمتنع عن انقاذ الغريق فأنه يترتب على ذلك قيام مسؤوليتها التقصيرية طبقا للقواعد العامة. والشخص الذي يحفر حفرة ويمتنع عن وضع أشارة تنبيه فان يكون مسؤولا تقصيريا عن الضرر. وسائق السيارة الذي يمتنع عن تخفيف السرعة في الاماكن المزدحمة. فان هذا الامتناع في جميع هذه الصور يرتب مسؤولية تقصيرية في الامتناع عن الواجب القانوني الذي يفرضه القانون. وهو قيام مسؤولية الممتنع والتزامه بتعويض المتضرر من هذا الامتناع.

٢- الامتناع عن الالتزام الارادي: وهي الصورة الثانية من الامتناع المسبوق بالتزام، أذ يكون للأرادة دور كبير في تقرير الامتناع. أذ ان الارادة تفرض على الشخص القيام بعمل معين لكنه يمتنع عن القيام بهذا الواجب. فالاتفاق الذي يحصل بين رب العمل والمقاول على استعمال مواد من صنف معين في بناء الدار، ويمتنع المقاول بعد ذلك من استخدام هذه المواد، فأن ذلك يرتب مسؤولية تعاقدية على المقاول لأن اساس الخطا هو الامتناع عن العمل بالاتفاق فهو التزام ارادي عقدي. بمعنى ان الخطا هنا هو خطا عقدي وليس تقصيري. والمرضعة التي تمتنع عن ارضاع الطفل فأن مسؤوليتها تترتب نتيجة امتناعها عن العمل بالاتفاق أو الالتزام الارادي.

الفرق بين الحالتين:

مما تقدم يظهر أن الفرق بين الحالتين يكون في كل من نوع الدعوى المقامة على الممتنع المدين، واساس المسؤولية، ومقدار التعويض. ونبحث في ذلك كلا على حدة.

١–أن نوع الدعوى في حالة الامتناع المسبوق بالتزام قانوني هي دائما دعوى المسؤولية التقصيرية. فدعوى المسؤولية التقصيرية تقام على سائق السيارة لأمتناعه عن اضاءة المصابيح ليلا مما ادى الى دهسه شخصا مارا مثلا. دون داع الى القيام باجراء آخر مثل أعذار المدين وانذاره. فمجرد توافر أركان المسؤولية التقصيرية من خطا وضرر وعلاقة سببية يرتب مسؤولية السائق تقصيريا. ويلزم بتعويض المضرور عما لحق به من ضرر نتيجة ما اصابه. في حين لا تنهض مسؤولية المتعاقد الممتنع كما في حالة المقاول الذي امتنع عن العمل بالاتفاق. وانما لابد من اعذار الممتنع والزامه بالقيام بالعمل المتفق عليه. فأذا أصر الممتنع فأن ذلك يرتب مسؤوليته بعد ذلك عن الامتناع عن الفعلوتكون مسؤوليته تعاقدية.

٢–ويختلف كلا النوعين في مقدار التعويض الذي يحكم به لصالح الدائن المتضرر في كلا الحالتين. ففي الامتناع عن الفعل العقدي لايلزم الممتنع بتعويض المتضرر سوى الضرر المباشر المتوقع فقط مالم يكن قد ساهم بغشه في احداث الضرر. اما الضرر غير المتوقع فلا يلزم المدين بالتعويض عنه. ولكن الممتنع في حالة الالتزم القانوني كما ذكرنا تكون مسؤوليته تقصيرية. وهذا يعني أنه يسأل عن الضرر المباشر كله سواء كان متوقعا ام غير متوقع.

٣–وتختلف الحالتان في ان مسؤولية مدعي التعويض في الخطا المنشا للمسؤولية التقصيرية تكون اخف عادة من مسؤولية مدعي التعويض في المسؤولية التعاقدية. أذ ان مدعي التعويض في التعاقدية لايكلف سوى باثبات الضرر. ذلك أن الخطا الواقع يكون متحققا بمجرد أمتناع المدين عن القيام بالالتزام التعاقدي المتفق عليه. في حين ان مدعي التعويض في التقصيرية عليه ان يثبت خطأ المقصر أو الممتنع عن القيام بالواجب القانوني المفروض على الشخص.

٤–وتختلف الحالتان في الاساس القانوني الذي تقوم عليه كلا الحالتان، فمسؤولية الممتنع في حالة الامتناع المسبوق بالتزام قانوني تكون تقصيرية دائما. ولكن الاساس القانوني للمسؤولية لايكون دائما واحدا وانما يختلف بحسب المسؤول

نفسه أي بحسب طبيعة الممتنع. فأذا كان الممتنع موظفا أو مكلفا بخدمة عامة فان الاساس القانوني هنا هو خطا مفترض قابل لأثبات العكس. بمعنى ان مسؤولية الممتنع تقوم على اساس خطا مفترض قابل لأثبات العكس. طبقا لقواعد مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه. ولكن المسؤولية عن الامتناع عن الفعلفي العقد تكون عقدية وهذا يعني ان الدعوى تقام على من تم التعاقد معه. لأنه يعد هو الممتنع عن العمل بشروط العقد المتفق عليه. حتى وان صدر الامتناع عن اي شخص تابعا له. أذ يبقى المدين المتعاقد معه هو من يتحمل تبعة امتناع تابعه.

٥-ولكن من جهة اخرى قد تختلط أحيانا دعوى المسؤولية التقصيرية بدعوى المسؤولية التعاقدية الناتجة عن الامتناع عن الفعل. فعندئذ يختار المتضرر مدعي التعويض الاصلح بينهما ليرفع بها دعوى التعويض. كما لو أمتنعت شركة الكهرباء عن اصلاح الاسلاك المعطوبة التي ادت الى وفاة شخص ما. فعندئذ تكون شركة الكهرباء مسؤولة تعاقديا عن اي ضرر يلحق بالافراد ومسؤولة تقصيريا عن وفاة الشخص. والفرق بين الدعويين هو ان دعوى المسؤولية التقصيرية تمتاز بكون التعويض الذي يحكم به اكبر لأنه يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع. رغم صعوبة اثبات خطا الممتنع. وتمتاز دعوى المسؤولية التعاقدية بتخفيف عبء الاثبات عن كاهل المتضرر رغم أن التعويض يشمل فقط الضرر المتوقع.

المطلب الثالث

أثار الامتناع المجرد

كما ذكرنا سابقا فأن الامتناع قد يكون مجردا من اي التزام قانوني. بمعنى أن الامتناع هنا يقع برغبة الممتنع وارادته من دون ان يكون الامتناع مخالفا لأي التزام قانوني او ارادي. وهنا يجب التمييز بين فرضين:

الاول: اذا كان الممتنع متعمدا: يكون الممتنع متعمدا في هذه الحالة أذا كان قصده الاضرار بالغير. ويتم استخلاص النية من ظروف ووقائع الحال. فالذي يرى شخصا يحترق أو غريقا بحاجة لمن ينقذه ولم يسارع لأنقاذه مع قدرته على ذلك وعدم تعرضه لأي ضرر أذا تدخل. فأنه يكون مقصرا ويكون للمتضرر ان يقيم دعوى المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة. لأمتناعه عن مساعدة من هو بحاجة الى مساعدة.

الثاني: اذا لم يكن الممتنع متعمدا: بمعنى انه لا يتوافر لدى الممتنع قصد الاضرار بالغير. فهنا تضاربت اراء الفقهاء حول اعتبار الامتناع المجرد مرتبا للمسؤولية. فذهب جانب من الفقه الى نفي مسؤولية الممتنع في هذه الحالة. ذلك أنه لايوجد أي التزام قانوني أو اتفاقي تفرضه الارادة. ومن ثم لاتوجد مسؤولية عن الامتناع المجرد فعندما لايتدخل القانون لفرض التزام على الشخص يقضي بمساعدة الاخرين فلا مسؤولية عليه. لأن الانسان ملزم بالامتناع عن ايقاع الاذى بالاخرين وليس ملزما بمنع وقوع الاذى عليهم.

فالواجب القانوني الذي يفرضه النص بالتدخل عندما يبلغ الامر حدا يفضل معه ان يقرر القاضي واجبا قانونيا للتدخل لمنع الضرر عن الاخرين. فاذا امتنع هذا الشخص عن التدخل أذا توافرت شروط حالة الضرورة ولم يكن في تدخله خطر عليه. فعندئذ تقوم مسؤولية الممتنع. فالذي يرى ابنه يتناول سما أو يحاول الانتحار مع علم الوالد بذلك ويمتنع عن انقاذه فأنه يكون مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بابنه لأن الوالد مكلف قانونا بحماية ابناءه. وحجة القائلين بعدم تحميل الممتنع المجرد للمسؤولية هي قاعدة المشروعية المنصوص عليها بقانون العقوبات (لاجريمة ولا عقوبة الا بنص).

في حين أن جانب آخر من الفقه يذهب الى تحميل الممتنع المجرد المسؤولية عن الامتناع. أذ أن الامتناع اذا كان من شانه أن يلحق بالغير ضررا فأنه يكون مرتبا للمسؤولية. نعم ان الامتناع في هذه الحالة لايكون مخالفا لنص قانوني، لكنه يكون مخالفا لواجب اخلاقي. فمن يرى شخصا يغرق ولا يسارع الى مساعدته مع قدرته على انقاذه، يكون مسؤولا لمخالفته لقواعد الحياة الاساسية. فأذا لم يكن بألامكان أعتبار الشجاعة التزاما فأن الجبن واللامبالاة وعدم الاكتراث لايمكن اعتبارها حقا. ويذهب فقهاء اخرون٥٨ الى وجوب قياس سلوك الممتنع بسلوك الرجل العادي المحاط بنفس الظروف الخارجية التي وجد فيها الممتنع. فأذا كان سلوك الممتنع هو نفس سلوك الرجل العادي فعندئذ لايكون الممتنع مسؤولا. أما اذا تنافى سلوك الممتنع مع سلوك الرجل العادي فعندئذ يكون الممتنع مسؤولا حتى أن لم يوجد نص يأمر بذلك وطالما ان تدخل الممتنع لايعرضه لخطر. فمن يمتنع عن انقاذ الغريق وكان بأمكانه أنقاذه دون ان يعرض نفسه للخطر يكون مسؤولا عن امتناعه. ولايستطيع دفع هذه المسؤولية الا اذا اثبت عدم امكانية انقاذ

الغريق أو ان انقاذه سيعرضه لخطر محقق. أما أذ كان الممتنع عديم التمييز، في هذا الفرض ينبغي التفريق بين صورتين:

الاولى: أذا كان امتناع عديم التمييز في اثناء الفعل كما لو القى عقب سيكارة في كومة من الحطب أدى الى أشتعالها وامتنع عن أطفائها. فعديم التمييز في هذه الحالة يكون مسؤولا لأن اساس الخطا هو ايجابي.

الثانية: أذا كان عديم التمييز أمتنع عن مباشرة فعل ايجابي مجرد، مثل أذا رأى شخص عديم التمييز شخصا يحترق فأن عديم التمييز لايكون مسؤولا عن الضرر الذي اصاب هذا الشخص لأنه لا التزام بمستحيل. ومن المستحيل الزام عديم التمييز الذي لايتجاوز عمره سبع سنوات أنقاذ غريق او اطفاء حريق.

المطلب الرابع

مسؤولية الممتنع والممتنع عديم التمييز

في بحث المسؤولية عن خطأ الامتناع نتطرق الى موضوع غاية في الاهمية، الا وهو مسؤولية الشخص اذا كان صغيرا غير مميز. فما هو الحكم في هذه الحالة، هل يسأل عن فعله كحال البالغ العاقل أم ان المشرع خصه بأحكام خاصة. في هذا المطلب نبحث هذا الموضوع من جانبين. الاول بحث الموضوع من وجهة النظر الفقهية والقانونية، والثاني من وجهة نظر الفقه الاسلامي.

الفرع الاول

الاساس القانوني لمسؤولية الممتنع عديم التمييز

الاساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز هو نص المادة (١٩١ مدني عراقي)، وهي تقيم المسؤولية على غير المميز، على عنصر واحد فقط. وهو عنصر التعدي. اي يعد غير المميز مسؤولا اذا اتى فعلا أيجابيا يكون بموجبه الصبي غير المميز مسؤولا عن فعله الخاطيء. ولكن المشكلة تثور أذا كان الفعل الصادر من غير المميز امتناعا عن القيام بعمل. فهنا ينبغي التمييز بين ما اذا سبق الامتناع فعل منشيء ومحدث للضرر عما اذا كان الامتناع غير مسبوق. فالبنسبة للفرض الاول عندما يسبق الامتناع فعل محدث للضرر تنهض مسؤولية عديم التمييز لأنه امتنع عن فعل كان هو السبب في احداثه. كأن يحبس بهائم غيره ويمتنع عن رعايتها فتموت جوعا او عطشا فهو متعد ولا يشفع له صغره وسبب

مسؤوليته فعله المحدث للضرر وان نجمت الاضرار عن الامتناع. والى هذا الاتجاه ذهب القضاء الفرنسي بقوله (ان امتناع القاصر مسبب الضرر عن اسعاف الضحية ومحاولته التمويه على الحادث وادلائه بتصريحات كاذبة للمحققين يثبت كل ذلك ان الاب لم يكن لأبنه مربيا يقظا).

اما في حالة اذا لم يسبق الامتناع فعل من غير المميز، فأنه لايكون مسؤولا لأنه غير مكلف وما لم يكن الشخص مكلفا فأن تركه وعدمه سواء. ومسؤولية عديم التمييز أذا خرجت من نطاق خطاب الوضع الى نطاق خطاب التكليف، فأن الخطأ فيها يستند الى ركنيه المادي وهو التعدي والمعنوي وهو الادراك والتمييز. ومن ثم لا يكون مسؤولا لأنعدام أحد ركني الخطأ وهو تمييز الممتنع. لأن من طلب منه الغوث غير المميز ولا عاقل. كما ان خطأ الامتناع هو خطأ ارادي ويحتاج الى اتخاذ قرار مسبق على العزم عليه. وهذا القراريفترض في أن من يتخذه أهل له من عقل وتمييز وارادة عديم التمييز هي ارادة معدومة. كما قضت محكمة النقض الفرنسية بذلك (لايعد خطأ أمتناع طفلين شاهدا طفلا ثالثاً: يشعل النار وسط الحشائش عن أبداء اي اعتراض أو منع هذا الفعل. وبخلاف ذلك ذهب بعض الفقهاء المسلمون الى مسؤولية عديم التمييز الممتنع لأن الاصل ان الضمان في الامتناع من خطاب الوضع لذلك يسري في البالغ وفي الصبي. (وضمن مار على صيد مجروح لم ينفذ مقتله أمكنة ذكاته ذاته بوجود الة وعلمه بها وهو من تصلح ذكاته ولو كتابيا وترك تذكيته حتى مات ضمن قيمته مجروحا لتفويته على ربه ولو كان المار غير بالغ لأن الضمان من خطاب الوضع).

الفرع الثاني

مسؤولية الممتنع والصغير الممتنع في الفقه الاسلامي

يقسم الفقه الاسلامي الفعل الضار الى (فعل بالمباشرة) و(فعل بالتسبب)، وبناءا على ذلك فأن الامتناع عن الفعل في الفقه الاسلامي يكون بصورتين، فقد يكون بصورة (المباشرة) وقد يكون بصورة (التسبب). وهذا يقتضي البحث عن معنى الامتناع بالمباشرة والامتناع بالتسبب.

الصورة الاولى: الامتناع مباشرة: وهي التي يكون يمتنع فيها الفرد عن تخليص مال لغيره معرض للهلاك مع قدرته على ذلك فيتلف. وقد اختلف الفقهاء في التضمين اذا كان الامتناع بالمباشرة على اتجاهين:

الاتجاه الاول: بموجب هذا الاتجاه فان الفعل السلبي يجب به الضمان على الممتنع متى ترتب عليه ضرر أو تلف بمال صاحبه كان غائبا عنه، ولم يحل بين الممتنع وصون المال حائل لا يستطيع الممتنع دفعه. فمن يرى نارا تلتهم مالا في غير وجود صاحبه وكان يستطيع اطفاءها وانقاذ المال من الاحراق فأنه يضمن هذا المال لصاحبه لأن صون المال واجب على القادر عليه ٥٩.

الاتجاه الثاني: بموجبه فأن الضمان لايجب بالفعل السلبي واستدلوا على ذلك بما يأتي:

آ.. أتلاف المال اما ان يكون بالمباشرة او التسبب. وهنا لاتوجد مباشرة لعدم وجود اتصال بين الفعل السلبي ومحل الضرر. كما لايوجد تسبب لأن الامتناع لم يؤدي الى فعل ترتب عليه ضرر، وانما حدث التلف نتيجة أمر آخر لا صلة له بالأمتناع، فالترك ليس معنى المجاوزة الى حق الغير.

ب. ـ اذا تم اعتبار الفعل السلبي من قبيل التسبب، بمعناه الواسع فأنه يشترط لوجوب الضمان به ان يكون اعتداءا، والكف والامتناع لا اعتداء فيه. ولا يؤاخذ الانسان على امر استكن في باطنه من كف او امتناع. وعلى ذلك اذا رأى شخص شخصا آخر يأكل طعام غيره ولم يمنعه من ذلك فلا ضمان عليه. واختلاف الفقهاء في هذه المسألة سببه اختلافهم في مناط التضمين. فمن رأى ان مناطه هو الاتلاف بالمباشرة او التسبب وجد ان الامتناع او الترك لايمكن ان يتحقق به اتلاف، ومن رأى ان صون المال عن الاتلاف واجب شرعا على القادر عليه وجد ان الامتناع او الكف من القادر عليه موجب للضمان على الممتنع. ويعود السبب في ذلك لأن الاضرار بالمباشرة يتطلب فعلا ايجابيا من المباشر، ولا يكفي فيا الفعل السلبي او الامتناع ٦٠.

هذا وقد رجح بعض الفقهاء ما ذهب اليه الاتجاه الثاني ٦١، بينما ذهب الاخرون الى ترجيح الرأي الاول، وحجتهم في ذلك ان الرأي الاول يتفق مع مباديء الشريعة الاسلامية الداعية الى التعاون بين المسلمين.

ونحن نرى ان القول بالضمان هو الاصوب على انه متسبب لا مباشر، لأن القاعدة تقضي أنه (اذا قصر الانسان في القيام بما يجب عليه بالشرع او بالعقد فتلف نفس او مال وجب عليه ضمان ما تلف) ٦٢.

هذا وجدير بالذكر ان فقهاء القانون اختلفوا حول امكانية وقوع الفعل السلبي بالمباشرة، فبعضهم يرى ان المباشرة لا يمكن ان تتحقق بفعل سلبي، لأن ذلك لا يتفق مع طبيعتها، فمباشر الضرر في حالة الامتناع ليس هو الممتنع وانما هو ما ترتب على الامتناع من مرض او جوع ٦٣. في حين يذهب فقهاء اخرون ٦٤ الى ان الفعل السلبي يكفي لتحقق المباشرة للأسباب الاتية:

اولاً: المباشرة لاتتطلب ان يكون هناك اتصال مباشر بين الفعل الضار ومحل الضرر، بل المهم ان يكون الفعل علة للضرر مباشرة دون واسطة.

ثانياً: المسؤول في المسئولية عن الفعل الشخصي هو دائما شخص ولذلك فالممتنع هو المباشر وليس النتيجة المترتبة على الامتناع او الترك، فالنتيجة في ذاتها ليست هي المباشر وانما ما يترتب بالضرورة على الفعل السلبي. ولا يجوز الفصل بأي صورة من الصور بين الفعل ذاته سلبا او ايجابا وبين النتيجة المترتبة عليه.

ثالثاً: ان القول بالضمان وعدمه انما يتوقف على توافر معيار التعدي، فمتى اعتبر الامتناع مخالف لمسلك الرجل المعتاد اذا وجد في ذات الظروف التي وجد فيها مرتكب الامتناع اعتبر تعديا وضمن الممتنع الضرر الناشيء عنه.

هذا وتتحقق المباشرة بالفعل السلبي في حالتين٦٥ : ١ – في حالة ترك واجب تفرضه نصوص القانون.

٢–في حالة مخالفة الواجب العام بالحيطة والحذر ومعياره هو مخالفة سلوك الرجل المعتاد.

الصورة الثانية: الامتناع بالتسبب:

ينقسم التسبب على نوعين، التسبب الايجابي والتسبب السلبي. فالتسبب الايجابي هو ان يقوم الشخص بعمل ينشأ عنه تلف كأيقاف الدواب والعربات في الطريق العام. او وضع الاحجار او رش الماء فيه.

اما التسبب السلبي فيكون بأتخاذ موقف سلبي في وضع يتطلب منه التدخل. اي يمتنع عن القيام بعمل عن القيام بعمل في ظرف يتطلب منه القيام به. فيترتب على امتناعه الحاق ضرر بشخص آخر٦٦. وهنا لابد من القول ان الفرق بين المباشرة بالامتناع والتسبب بالامتناع، انه في المباشرة بالامتناع تتحقق النتيجة حتما اما في التسبب بالامتناع فقد تتحقق النتيجة ولا تتحقق. هذا وان الاصل ان

الامتناع عدم والعدم لا ينتج الاعدما الا ان الممتنع يكون ملزما بألا يمتنع في حالتين ٦٧:

الاولى: وجود التزام شرعي ومثال ذلك الحائط المائل اذا امتنع صاحبه عن اصلاحه حتى سقط فترتب على سقوطه اتلاف نفس او مال.

الثانية: اذا سبق الامتناع فعل مادي وشكل ذلك الامتناع فعل الامتناع تعد لأن المتسبب لا يضمن الا بالتعدي.

هذا وقد اختلف الفقهاء المسلمين في الضمان بالفعل السلبي على رأيين، احدهما يذهب الى ان الفعل السلبي يترتب عليه الضمان متى ترتب عليه ضرر والاخر يرى عكس ذلك. هذا وان القول في كون الفعل السلبي يصلح ان يكون سببا للضمان بالمباشرة له ما يبرره لأن الفعل السلبي لا يتفق مع احكام المباشرة وطبيعتها والتي تفرض بالضرورة فعلا ايجابيا حتى وان كان لايشترط ان يكون هناك اتصال مباشر بين فعل المباشرة والشيء محل التلف. ومن هنا وجد الخلاف، فالبعض يرى ان المباشرة تتحقق بالفعل السلبي، والبعض لايرى ذلك. اما بالنسبة للمتسبب فأن طبيعته لا تتعارض مع الفعل السلبي لأن فعل المتسبب لا يحدث الضرر بذاته بل بواسطة فعل آخر هو فعل المباشر، او هو يؤثر في الهلاك ولا يحصله ٦٨.

مما تقدم يتضح ان الفقه الاسلامي أسس نظرية خاصة بالامتناع عن الفعل. والامتناع عن الفعل في الفقه الاسلامي يطلق عليه (عدم التحرز) و(التقصير) أو (التسبب). فيعد المباشر ضامنا وأن لم يعتد، ومعنى ذلك كما وضح سابقا أنه لايشترط تحقق التعدي لأقرار الضمان، بل يكتفى فقط لمساءلة المباشر للأتلاف صدور فعل مادي بطريقة مباشرة دون واسطة من شخص الحق ضررا بشخص آخر، سواء كان هذا الفعل المادي صدر من شخص مميز أو عديم التمييز. فلا عبرة لأهليته طالما كانت علاقة السببية واضحة وكافية لأثبات الاتصال بين الفعل والضرر وهو ما قال به جمهور الفقهاء.

أن الامر أكثر تعقيدا بالنسبة للمتسبب، أذ تشكل مسؤولية المتسبب عديم التمييز جدلا فقهيا بين الفقهاء المسلمين فمنهم من أيد مساءلة عديم التمييز المتسبب ومنهم من نفى عنه المسؤولية وكما يأتي:

الاتجاه الاول: يذهب انصار هذا الاتجاه الى انه لايمكن مساءلة عديم التمييز عن أفعاله الضارة بالتسبب بل يسأل فقط في حالة المباشرة. ودليلهم في ذلك ما يلي:

١–ما نصت عليه المادة (٩٣) من مجلة الاحكام العدلية على أن (المتسبب لايضمن الا بالتعمد). أذ فسروا المادة (٩٣) بأن عديم التمييز غير مدرك والتعمد يحتاج الى أدراك، ومن ثم من غير الممكن أن يصدر فعل متعمد من شخص فاقد التمييز. لذلك لايمكن مساءلة عديم التمييز عن أفعاله الضارة التي تلحق بالغير ٦٩.

٢–افترض انصار هذا الاتجاه بأنه حتى لو كان التعدي هو الشرط الوحيد اللازم لقيام مسؤولية المتسبب، فهذا يعني قدرة عديم التمييز على معرفة فيما اذا كان التصرف فيه مجاوزة للحق ام لا، او فيما اذا خالف عرفا. وبمفهوم المخالفة فأن عديم التمييز لايتوافر لديه الادراك لمعرفة مدى ارتكابه لفعل يشكل تعديا ام لا٧٠.

٣–استدلالهم ببعض تطبيقات الفقه التي تعفي عديم التمييز المتسبب من المسؤولية. مثل ما أورده السرخسي (لو سار صغيرا على الدابة فأوطأ انسانا فقتله فأن كان هو ممن يمسك عليها فديته على عاقلة الصبي وأن كان ممن لايسير على الدابة لصغره ولا يستمسك عليها فدية القتيل هدر) ٧١.

الاتجاه الثاني: يقضي هذا الاتجاه بألزام المتسبب عديم بالتعويض. وحجتهم في ذلك لأنه لاتوجد تفرقة بين ضمان المباشر وضمان المتسبب. فالمسؤولية تقع على عاتق عديم التمييز سواء كان مباشرا او متسببا. من هذه النصوص ما اورده الكاساني (لو اتلف الصبي او المجنون شيئا فضمانه في مالهما) وكذلك ما نصت عليه المادة (٩٢٢) من مجلة الاحكام العدلية من انه (لو اتلف احد مال الاخر او انقص قيمته تسببا، يعني لو كان سببا مفضيا لأتلاف مال او نقصان قيمته يكون ضامنا...).

الرأي الراجح:

من خلال ما تقدم أن الرأي الذي لا يلزم عديم التمييز عن الامتناع يستند الى ضرورة توافر عنصر التعمد، وهو ما لايمكن توافره في عديم التمييز. في حين ان الرأي الثاني يذهب الى مسؤولية عديم التمييز عن الامتناع. أذ لاتوجد تفرقة بين المميز وغير المميز فيما يتعلق بالفعل الضار الصادر من المخطيء. بمعنى

انه سواء أكان فاعل الضرر مميزا أو غير مميز يترتب عليه قيام مسؤوليته بمجرد حدوث الضرر. والذي نراه هو أن الممتنع أذا كان عديم التمييز فمن غير الممكن مساءلته عن فعله الضار.

المطلب الخامس

موقف الفقه الاسلامي من التعويض عن الامتناع

أتفقت كلمة الفقهاء المسلمون على التعويض عن الضرر أو الامتناع. فيضمن الممتنع ما تسبب بأمتناعه من أضرار على خلاف بينهم، بالنظر الى صور وقصد الامتناع والتعدي والتسبب، وتوافر علاقة السببية. ولكنهم أختلفوا في تبرير ذلك، وانقسموا نتيجة ذلك على الاتجاهات التالية:

الاتجاه الاول: يذهب الى تضمين الممتنع اذا قصد الامتناع وكان متعديا وتوافرت علاقة السببية، وخاصة أذا كان الامتناع قد سبق بفعل ايجابي. اما اذا كان الامتناع محضا اي ليس فيه تعدي. كان يكون قد تصرف بحقه فانهم لايوجبون الضمان. وحجتهم للتضمين ان الممتنع متسبب في الاتلاف. أذا لولا الامتناع لما حصل الاتلاف. ومن امثلتهم على ذلك، من ترك لقطة تضيع لايعد مسؤولا. ولو خاف ان يأخذها من يجحدها لأن الترك لايكون تضييعا بل هو امتناع. ولو غصب دابة فتبعتها اخرى لايضمن لعدم الازالة. والضرر الذي يحدثه الحيوان بنفسه لايضمنه صاحبه ولكن لو استهلك حيوان ما لأحد ورأه صاحبه ولم يمنعه يضمن. ومن راى حمارا يأكل حنطة أنسان فلم يمنعه حتى أكل، فان الصحيح انه يضمنه. ولو خرج احد من الخان ليلا وترك بابه مفتوحا فدخله لص وسرق مالا فيه لزم السارق ضمانه. وكذلك يجب الضمان على من ترك لدابته الحبل على الغارب في الطريق العام فيضمن الضرر الذي أحدثه. ولو فتح أحد باب أسطبل لآخر وفرت حيوانته او ضاعت. أو فتح باب قفص وفر الطير الذي كان فيه أو حل رباط دابته يكون ضامنا ٧٢.

الاتجاه الثاني: يوجب انصار هدا الاتجاه الى وجوب التعويض في كل امتناع ترتب عليه ضرر. وذلك لأن صون مال المسلم واجب ومن ترك واجبا ضمن. ومن أمثلتهم على ذلك، ان من جر على حباله شرك يصطاد به فوجد فيها صيدا يمكنه تخليصه وحوزه لصحابه، فتركه حتى مات فأنه يضمنه. ومن أمر بلقطة

يعلم أنه أذا تركها أخذها من يجحدها وجب عليه أخذها. وأن تركها حتى تلفت مع قدرته على اخذها ضمنها. وكذلك جيران المرأة الحامل يجب عليهم أن يدفعوا لها من ذي الرائحة (الطعام والشراب) أن طلبت منهم. أو علموا انها حامل وان عدم أكلها وشربها من ذي الرائحة يضرها، فان لم يدفعوا لها فأنهم يضمنون. ومن امكنه انقاذ نفس أو مال فلم يفعل مع القدرة على ذلك وجب عليه الضمان، أكان عمدا أم خطئا. ومن فتح حانوتا لرجل فتركه مفتوحا فسرق أو فتح قفص طائر، فطار. أو فك حبل دابة فهربت فمن فعل شيئا ٧٣.

الاتجاه الثالث: يذهب أنصار هذا الاتجاه الى التعويض كلما اعتبر الممتنع متسببا في الضرر ومتعديا في امتناعه. فيضمن متى وصف الامتناع بانه سبب الاتلاف، وخاصة اذا سبق بفعل أيجابي وكان الضرر نتيجة فعله. اما اذا لم يحدث منه فعل مهلك أو كان امتناعا محضا أو ليس متعينا عليه الفعل لايضمن ولكنه ياثم. ومن نصوصهم على ذلك أنه من أضطر الى طعام غيره فمنعه مالك الطعام. فمالك الطعام عاص بالمنع ومعصيته أفضت الى تلف المضطر لكن لايضمنه. وقيل يضمن ديته، لأن الضرورة قد جعلت له في طعامه حقا. ومن وجد لقطة وجب التقاطها. ولكن سواء قلنا بوجوب الالتقاط أو عدمه فلا يضمن بالترك. ومن فتح قفصا عن طائر وهيجه فطار في الحال ضمنه. وان وقف ثم طار فلا يضمنه. ومن حبس شيئا في دار وتركه من غير طعام ولا شراب فمات في مدة غالبا لايموت فيها كان ضامنا له ٧٤.

الاتجاه الرابع: يذهب الى ان الممتنع يجب عليه الضمان متى وصف امتناعه بأنه سبب الهلاك والتلف. او صف بان الممتنع متعد في امتناعه. ومن امثلة ذلك، ان من أضطر الى طعام غير مضطر او شرابه فطلبه منه فمنعه اياه فمات بذلك ضمنه منه. ومن امكنه انجاء ادمي من هلكة فلم يفعل ففي ضمانه وجهان، احدهما يضمنه والثاني لايضمنه. وقيل يفرق بين القادر وغير القادر فأن كان قادرا وتركه يضمنه، وان كان غير قادر وتركه لايضمن. كذلك من اخذ طعام انسان او شرابه في برية او مكان لايقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك او هلكت بهيمته فعليه ما تلف به. ومن ترك في الطريق طينا او حجرا فعثر به انسان ضمنه٧٥.

رأي الباحث: ان الفقهاء يوجبون التعويض على الممتنع متى وصف امتناعه بأنه قصد اليه، وكان متعديا وكان الامتناع عن الفعل مما يجب عليه شرعا او متعينا عليه وكان الامتناع مسببا في الضرر او الاتلاف. اما اذا لم يتصف بهذه

الشروط فأنه لايعد ضامنا وانما يعد آثما وهذا عند بعض الشافعية والحنابلة. اما المالكية فأنهم يوجبون الضمان في كل امتناع ما دام قصد الى الامتناع. والذي يبدوا للباحث وجوب الضمان في كل امتناع قصد اليه وترتب عليه ضرر وذلك لأن صون دم المسلم واجب على اخيه المسلم. وكما ان الامتناع هو مسبب الاتلاف ومن سبب الاتلاف يجب عليه بأي شكل. وايضا فأن عدم ايجاب الضمان في الامتناع يفتح بابا لأرتكاب الضرر بالامتناع لعدم وجود المسؤولية على الامتناع.

الخاتمـــة

من خلال ما تقدم نستنتج ما يأتي:

١–أن الخطأ الذي تتكون منه المسؤولية التقصيرية لايقع بصورة واحدة وانما يكون على عدة صور مختلفة.

٢–الخطأ السلبي كالخطا الايجابي من حيث وقوعه. فكما ان الخطأ الايجابي قد يقع بأرادة المخطيء وقد يقع دون أرادته. كذلك الحال فقد يقع الخطا السلبي بارادة منه وقد يقع دون ذلك.

٣–الخطا السلبي يشترط فيه نفس الشروط المقررة للخطا الايجابي. وهي التعدي والاخلال.

٤–يترتب على الخطا السلبي نفس الاثار المترتبة على الخطا الايجابي وهي قيام مسؤولية المخطيء الممتنع.

٥–الخطا السلبي قد يكون مخالفة لنص قانوني، وعندئذ لاتوجد مشكلة في تحميل الممتنع المسؤولية عن أمتناعه لوجود نص قانوني.

٦–الامتناع عن الفعل قد لايكون مخالفة لنص قانوني، ولكنه قد يكون مخالفة لواجب عام مفروض على جميع الافراد مقتضاه عد الاضرار بحقوق الافراد.

٧–أذا كان الامتناع عن الفعل مخالفة لنص قانوني، فهنا يسأل الممتنع عن فعله سواء كان هذا الممتنع كامل الاهلية او ناقصها.

٨–أما أذا كان الامتناع مخالفة لواجب قانوني عام دون ان يكون هناك نص قانوني، فهنا ينبغي التفرقة بين كامل الاهلية الذي يكون مسؤولا عن أمتناعه على حد قول بعض الفقهاء. وبين ناقص الاهلية الذي اختلف فيه الفقهاء ولكن الراجح هو ان الصغير لايسأل.

٩–المباشرة والتسبب نظرية فقهية اسسها الفقهاء المسلمون، وهم يذهبون الى أن الامتناع او الخطأ السلبي قد يكون بالمباشرة وقد يكون بالتسبب.

١٠– المباشرة السلبية أو الامتناع بالمباشرة، والامتناع بالتسبب كلاهما يطرح رأي فقهي واحد هو ان الممتنع يضمن ما ترتب على فعله من ضرر نتيجة هذا الامتناع.

التوصيات: بناء على ماتقدم بحثه، نوصي بالاتي:

ألاخذ بما هو راجح في الفقه الاسلامي في التمييز بين المباشر والمتسبب، فيما يتعلق بالامتناع عن الفعل، وتضمينه للقانون المدني العراقي في نص مستقل، على ان يكون النص متضمنا المطالب التالية:

١–تحميل الممتنع المسؤولية أذا كان في أمتناعه قد الحق ضررا بالغير.

٢–التفرقة بين الامتناع المخالف للنص القانوني والامتناع المخالف للواجب القانوني العام. وجعل الاول مسؤولا والثاني مسؤول في حالة كان بمقدوره مد يد المساعدة ولكنه امتنع عن ذلك.

٣–معالجة مسألة امتناع الصغير عن الفعل معالجة موضوعية وبصورة خاصة بحيث يكون الصغير مسؤولا عن أمتناعه في حالة أذا تسبب بالضرر بفعله وامتنع عن القيام بواجبه تجاه منع وقوع الضرر.

المراجـــــع

اولاً: كتب الفقه الاسلامي:

١–ابن قدامة، المغني، الجزء التاسع، كتاب الديات، دار الكتاب العربي، بيروت.

٢–الامام ابي عبد الله بن ادريس الشافعي – الام – ج٦ – ـ دار الكتب العلمية – بيروت – بدون سنة طبع.

٣–ابن فرحون تبصرة، تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام، الجزء الثاني، المطبعة البهية، القاهرة، ١٣٠٢هـ.

٤–ابو اسحاق الشيرازي، المهذب، الجزء الاول، مطبعة عيسى البابي الحلبي واولاده، مصر، ٤٧٦.

٥–الامام محمد شلتوت – الاسلام عقيدة وشريعة – دار القلم – القاهرة – ط٢ – ١٩٦٤.

٦–الامام علاء الدين ابي الحسن بن خليل الطرابلسي الحنفي – معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام – مطبعة مصطفى البابي الحلبي – القاهرة – ط٢ – ١٩٧٣.

٧–العلامة الامام موفق الدين ابي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي – المغني مع الشرح الكبير – ج٩ – دار الكتب العلمية – بيروت – بدون سنة طبع.

٨–القرافي، انوار البروق انواء الفروق، الجزء الثاني، طبعة عالم الكتب، بيروت.

٩–السرخسي، المبسوط، ج ٢٦، ط ٣، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٤٠٧.

١٠– الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، الجزء الخامس، ط ٢، المكتبة الاسلامية، تركيا، ١٣١٠.

١١– محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء ٤، المطبعة الازهرية، مصر، ١٩٢٧.

١٢– نصر فريد، الفتاوى الاسلامية، المكتبة التوفيقية، مصر، ١٩٩٩.

ثانياً: المراجع القانونية:

(١) أحمد ابو الروس، القصد الجنائي والمساهمة والمسؤولية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، دون سنة طبع.

(٢) ابراهيم عطا شعبان، النظرية للأمتناع في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٨١.

(٣) ابراهيم عطا شعبان – النظريه العامة للامتناع في الشريعة الاسلامية والقانون الجنائي الوضعي – دراسة مقارنه – جامعة القاهرة – كلية الحقوق – ١٩٨١.

(٤) أبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية بين الاطلاق والتقييد، دار النهضة العربية، ١٩٨٠.

(٥) بشار ملكاوي وفيصل المعمري، مصادر الالتزام، الفعل الضار، ط ١، دار وائل للطبع والنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٦.

(٦) حبيب ابراهيم الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٧٦.

(٧) حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ٢، ركن الخطأ، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١.

(٨) حسن علي الذنون، المسؤولية عن الخطأ، الطبعة الاولى، عمان دار وائل للنشر، ٢٠٠٦.

(٩) حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للألتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام/المصادر غير الارادية، ١٩٩٧.

(١٠) د. حسن صادق، قانون العقوبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٢، ١٩٩٤.

(١١) حسن عكوش، المسؤولية المدنية، ط ١، مطبعة العلوم، القاهرة، ١٩٥٧.

(١٢) حسين عامر وعبد الرحيم، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط ٢، القاهرة، دار المعارف، ١٩٧٩.

(١٣) جاسم العبودي، المداخلات في احداث الضرر تقصيرا، ط ٢، مكتبة الجيل العربي، العراق، الموصل، ٢٠٠٨.

(١٤) جلال علي العدوي، الاجبار القانوني على المعاوضة، مطبعة جامعة الاسكندرية، ١٩٦٥.

(١٥) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، ط١، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٨٣.

(١٦) عباس الحسني وكامل السامرائي، الفقه الجنائي في قرارات محاكم التمييز – القسم الخاص، ط١، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٦٨.

(١٧) عبد الفتاح عبد الباقي، دروس احكام الألتزام، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة.

(١٨) عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، جـ١، مصادر الألتزام، ط٢، ١٩٦٣.

(١٩) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة طبع.

(٢٠) عبد المعين لطفي، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الأول، الجزء الأول، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٧٧.

(٢١) عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية، الجزء الاول، القاهرة، عالم الكتب، ١٩٧٩.

(٢٢) د. عبد الفتاح مراد، جرائم الامتناع عن تنفيذ الاحكام وغيرها من جرائم الامتناع، بدون مكان للنشر وسنة طبع.

(٢٣) عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الدار الحديثة للطباعة.

(٢٤) د. عوض محمد – جرائم الاشخاص والاموال – دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية – ١٩٨٥.

(٢٥) عبد مزهر جعفر، جريمة الامتناع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.

(٢٦) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الاول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، ط ٣، نهضة مصر، ٢٠١١.

(٢٧) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج ١، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.

(٢٨) عبد الحكيم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية – دراسة تحليلية – في ضوء الفقه وقضاء النقض، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٦.

(٢٩) عبد السميع عبد الوهاب ابو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

(٣٠) سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية، مطبعة السلام، ١٩٨٧.

(٣١) سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القاهرة، ١٩٨٥.

(٣٢) د. سعيد مصطفى ود. موسى، شرح قانون العقوبات المصري الجديد، الطبعة الثالثة، ١٩٤٦.

(٣٣) صالح اللهيبي، المباشرة والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دار الثقافة، الاردن، عمان، ٢٠٠٤.

(٣٤) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧.

(٣٥) رمسيس بهنام – الجريمة والمجرم والجزاء – منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٩.

(٣٦) رؤوف عبيد – مبادى القسم العام من التشريع العقابي المصري – ط ٤، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.

(٣٧) فخري عبد الرزاق الحديثي – شرح قانون العقوبات – القسم العام – ط٢، العاتك للنشر، القاهرة، ٢٠٠٧.

(٣٨) – كامل السعيد، شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢.

(٣٩). كامل السعيد، الاحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الاردني، الطبعة الاولى، ١٩٨١.

(٤٠) محمود نجيب الحسني، جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.

(٤١) مأمون سلامة، شرح قانون العقوبات – القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤.

(٤٢) مأمون سلامة، جرائم ارتكاب الامتناع، رسالة دكتوراه، روما، ١٩٦٢.

(٤٣) مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الثانية، مكتبة عبد الله وهبة، ١٩٤٤.

(٤٤) منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الاخطاء الطبية، جامعة نايف للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٤.

(٤٥) محمد صبحي نجم، قانون العقوبات/القسم العام، الطبعة الاولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٠.

(٤٦) مختار القاضي أصول الالتزامات في القانون المدني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٧.

(٤٧) محمد علي الحلبي، شرح قانون العقوبات/القسم العام، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧.

(٤٨) مصطفى العوجي، القانون المدني/المسؤولية المدنية، الطبعة الاولى، مؤسسة بحسون، بيروت، ١٩٩٦.

(٤٩) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للاطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ١٩٨٩.

(٥٠) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط ٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.

(٥١) مصطفى الجمال، مذكرات في احكام المعاملات المدنية في الفقهين الاسلامي والغربي وقانون المعاملات المدنية الاماراتي، ج ١، مصادر الالتزام، ط ١، ١٩٩٣.

(٥٢) محمد المرسي زهرة، المصادر غير الارادية للالتزام، الفعل الضار والفعل، الطبعة الاولى، ٢٠٠٢.

(٥٣) ندى البدوي النجار، احكام المسؤولية، ط ١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ١٩٩٧.

(٥٤) هدى عبدالله، دروس في القانون المدني، ج ٣ – الاعمال غير المباحة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.

ثالثاً: البحوث:

١–جمال الكيلاني، المسؤولية جراء الامتناع عن تقديم الواجب العام عند الحاجة في الفقه والقانون المسمى بـ (اغاثة الملهوف)، بحث منشور في مجلة النجاح للابحاث، العدد الاول، المجلد ١٩، ٢٠٠٥.

٢–غني حسون طه، مسؤولية الطبيب الممتنع، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة البصرة، العدد الاول والثاني، السنة الاولى، ١٩٦٨.

٣–سليم ابراهيم حربه – جرائم الامتناع في التشريع العراقي – مجلة القانون المقارن – تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية – العدد السادس عشر – السنة الثانية عشرة – ١٩٨٥.

رابعاً: الدوريات:

١–قضاء محكمة التمييز المجلد الرابع ١٩٦٦.

٢–قضاء محكمة التمييز المجلد الثالث، بغداد، ١٩٦٩.

٣–مجلة ادارة قضايا الحكومة، س٣، ع٢، ١٩٧٩.

٤–مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني

٥–مجلة المحكمة العليا الليبية، س٧، ع٣، ١٩٧١.

خامساً: المراجع الاجنبية:

Léon jean, Henri MAZEAUD

Colin et capitant, Treite de droit civil, Librairte Dalloz,paris,1959.

Esmein, Le fondement de La resposabilite contractuelle. R. T. D. civil, 1933.

Glanville willians: op – cit. 6

Summary

Entail an active responsibility for his mistake damage if right Almkhte of the harm of others, which is for the descendants of jurisprudence and according to law, which defines AP (positive error). So when the damage occurred had responsibility. There is no difference here between minus or

Adimha or civil all of the right active harm to others carry responsibility for the damage done.

But it's not all the same for the negative line, do the wrong rules apply in the case of positive damage as a result of a negative error?. In other words, you assume an active damage Almsazulah by mistake downside?.

Here are falling form of mistake or a negative (omission), a case in which the individual is committed not to do in the time that the law imposes sometimes do. Or impose it be to do a particular job.

Problematic search:

And here arises the problem boils down to the following:

1– What is the legal ruling in the case of an individual's failure to take action imposed by the rule of law or by virtue of the General Legal Obligation?.

2– Is it even after the omission imposed by the General Legal Obligation, with effect imposed by the legal texts?.

3– Do you even judge the omission minus civil, civil Full omission?.

4– What is the ruling if the civil omission minus, meaning that the damage resulted in failure of the civil someone colorless?.

5– Finally, what is the position of Islamic jurisprudence of this particular issue, and what are the views of scholars on the subject. All these dilemmas will answer them in this research that God Almighty.

الهوامش

1– ـ يتزعم هذا الاتجاه فقاء القانون الجنائي. وايضا: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، جـ٢، الخطأ، ٢٠٠١، ص٦٢. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، المرجع السابق، ص١٧٨. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس احكام الألتزام، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة ١٩٩٢، ص٤٦.

٢– ـ محمود نجيب الحسني، جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٥ وما بعدها.

٣– ـ رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص ٥٣٥.

٤– ـ مأمون سلامة، شرح قانون العقوبات – القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٣٤.

٥– ـ حبيب ابراهيم الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٧٦، ص ٣٤.

٦– ـ ابراهيم عطا شعبان، النظرية للأمتناع في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٨١، ص ٨٢.

٧– ـ عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية، الجزء الاول، القاهرة، عالم الكتب، ١٩٧٩، ص ٥٠.

٨– ـ عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الدار الحديثة للطباعة، ص ٦١.

٩– ـ مأمون سلامة، جرائم ارتكاب الامتناع، رسالة دكتوراه، روما، ١٩٦٢، ص ٥٨. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المرجع السابق، ص١٠٨. احمد محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص١٣٧. وايضا حكم المحكمة العليا الليبية في ١٩٧١/١/١٩ الذي جاء فيه (ان مسؤولية المخاطر ليس لها سند في القانون المدني) مجلة المحكمة العليا الليبية، س٧، ع٣، ١٩٧١، ص٨٢ – ٨٣.

١٠– عباس الحسني وكامل السامرائي، الفقه الجنائي في قرارات محاكم التمييز – القسم الخاص، ط١، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٦٨، ص ١٣٤. انظر في ذلك: نقض مدني مصري جلسة ٣١ مايو ١٩٧٨، مجلة ادارة قضايا الحكومة، س٣، ع٢، ١٩٧٩، ص٢٠٨. حكم محكمة أستئناف القاهرة ١٩٥٣/١٠/٢٥، ١٢عبد المعين لطفي، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الأول، الجزء الأول، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٧٧، ص٤٥ – ٤٦. حكم محكمة مصر الأبتدائية ١٩٢٣/١٢/٢٩، المحاماة، س٤، ص٤٣. قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم ١١٢/استئافية/١٩٦٩ في ١٩٦٩/١٢/٣، قضاء محكمة التمييز المجلد الرابع ١٩٦٦ ص١٣٤. وكذلك قرارها في ١٩٦٥/٥/٢ قضاء محكمة التمييز المجلد الثالث، بغداد، ١٩٦٩، ص٥٧. وقرارها في ١٩٦٥/٧/٢٧، قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، ص٥٧.

١١– حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ٢، ركن الخطأ، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١، ص ١٨٨. منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الاخطاء الطبية، جامعة نايف للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٤، ص ٨٧. هدى عبدالله، دروس في القانون المدني، ج ٣ – الاعمال غير المباحة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ١٠٣. حبيب أبراهيم الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٣٠٥، ٣٠٦.

١٢– غني حسون طه، مسؤولية الطبيب الممتنع، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة البصرة، العدد الاول والثاني، السنة الاولى، ١٩٦٨، ص ٧٥. جاسم العبودي، المداخلات في احداث الضرر تقصيرا، ط ٢، مكتبة الجيل العربي، العراق، الموصل، ٢٠٠٨، ص ١٣٠. جمال الكيلاني،

المسؤولية جراء الامتناع عن تقديم الواجب العام عند الحاجة في الفقه والقانون المسمى بـ (اغاثة الملهوف)، بحث منشور في مجلة النجاح للابحاث، العدد الاول، المجلد ١٩، ٢٠٠٥، ص ٢١٥.

١٣– السنهوري، نظرية العقد، ج ١، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٠٧٩.

١٤– هدى عبدالله، المرجع السابق، ص ٩١. ندى البدوي النجار، احكام المسؤولية، ط ١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ١٩٩٧، ص ٧.

١٥– أنظر في هذا حسين عامر وعبد الرحيم، المرجع السابق، ص ١٥٤. حسين عامر، المرجع السابق، ص١٦٧ – ١٦٨. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، ط١، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٨٣، ص١١٢. حسن عكوش، المرجع السابق ص٢٨. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الثانية، مكتبة عبد الله وهبة، ١٩٤٤، ص٣٨.

١٦– أنظر في:

Colin et capitant, Treite de droit civil, Librairte Dalloz,paris,1959,p617, (٢) No, 1094. Esmein, Le fondement de La resposabilite contractuelle. R. T. D. civil, 1933, p. 630, no. 2.

17– – أنظر في هذا الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص ٢٥

١٨– وداد عبد الرحمن حمادي القيسي – المرجع السابق – ص٢٠.

١٩– د. رؤوف عبيد – مبادى القسم العام من التشريع العقابي المصري – المرجع السابق – ص١٨٨. ود. ماهر عبد شويش – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص – المرجع السابق – ص٢٠٢. يذهب راي في الفقه الى القول بان السلوك في الجريمة الناشئة عن الأهمال يرتكب في اغلب صورة واحواله بموقف سلبي الا انه يتصور ان يقع في احوال نادرة بافعال ايجابية او بنشاط ايجابي انظر د. احمد عبد اللطيف – المرجع السابق – ص٣٦٢. ووداد عبد الرحمن حمادي القيسي – المرجع السابق – ص٥٧.

٢٠ –. د. محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات اللبناني – القسم العام – المرجع السابق – ص٢٧٣

٢١ –. د. علي عبد القادر القهوجي – المرجع السابق – ص١٧٦. ود. جلال ثروت – قانون العقوبات – القسم العام – المرجع السابق – ص١٢٢.

٢٢ –. د. عبد الفتاح مراد – المرجع السابق – ص٦٣.

٢٣ –. د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – ص٢٧٤.

٢٤– محسن ناجي – المرجع السابق – ص١١٦

٢٥– د. فخري عبد الرزاق الحديثي – شرح قانون العقوبات – القسم العام – المرجع السابق – ص١٨١. وكذلكGlanville willians: op – cit – p. 46

(1) –26د. محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات اللبناني – المرجع السابق – ص٢٧٥ – ٢٧٦. ويوسف الياس حسو – المرجع السابق – ص٥٩.

٢٧– (٢) د. جلال ثروت – نظرية الجريمة المتعدية القصد – المرجع السابق – رقم ٢٤ – ص٥٨.

٢٨– () د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق – ص٢٧٧.

٢٩– () د. سليم ابراهيم حربه – جرائم الامتناع في التشريع العراقي – مجلة القانون المقارن – تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية – العدد السادس عشر – السنة الثانية عشرة – ١٩٨٥ – ص١٦٩. ومحسن ناجي – المرجع السابق – ص١١٧.

٣٠– () د. رمسيس بهنام – الجريمة والمجرم والجزاء – المرجع السابق – ص٥١٢.

٣١– () د. حبيب ابراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص٤٢ – ٤٣.

٣٢– () يوسف الياس حسو – المرجع السابق – ص٦٧.

٣٣– () يوسف الياس حسو – المرجع نفسه – ص٦٨.

٣٤– () د. محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات – القسم العام – المرجع السابق – ص٦٣٩ – ود. محمد عيد الغريب – المرجع السابق – ص ٦٨٣ – ٦٨٤.

٣٥– () د. سمير الشناوي – المرجع السابق – ص٢٦١ – ود. حميد السعدي – قانون العقوبات الجديد – في الاحكام العامة – المرجع السابق – ص ١٥٥.

٣٦– () د. عوض محمد – جرائم الاشخاص والاموال – دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية – ١٩٨٥ – ص٣١. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، جـ١، مصادر الألتزام، ط٢،

١٩٦٣، ص٤٢٧. سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية، مطبعة السلام، ١٩٨٧، ص٣.

٣٧– () قريب من هذا المعنى، ينظر الامام ابي عبد الله بن ادريس الشافعي – الام – ج٦ – ـ دار الكتب العلمية – بيروت – بدون سنة طبع – ص١٠٨.

٣٨– () عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الاسلامي – القسم العام – المرجع السابق – ص٤٣٥.

٣٩– () د. ابراهيم عطا شعبان – النظريه العامة للامتناع في الشريعة الاسلامية والقانون الجنائي الوضعي – دراسة مقارنه – جامعة القاهرة – كلية الحقوق – ١٩٨١ – ص٥٤.

٤٠– () د. محمد ابو حسان – المرجع السابق – ص٢٠٢.

٤١– () عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الاسلامي – القسم الخاص – المرجع السابق – ص١٠٩.

٤٢– () الامام محمد شلتوت – الاسلام عقيدة وشريعة – دار القلم – القاهرة – ط٢ – ١٩٦٤ – ص٣٢٦.

٤٣– () الامام علاء الدين ابي الحسن بن خليل الطرابلسي الحنفي – معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام – مطبعة مصطفى البابي الحلبي – القاهرة – ط٢ – ١٩٧٣ – ص ٣٩٤.

٤٤– () العلامة الامام موفق الدين ابي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي – المغني مع الشرح الكبير – ج٩ – دار الكتب العلمية – بيروت – بدون سنة طبع – ص٥٨٠. وعبد القادر عودة – التشريع الجنائي الاسلامي – القسم العام – المرجع السابق – ص٨٨.

٤٥– () الامام محمد شلتوت – المرجع السابق – ص٤٢٨.

٤٦– محمد صبحي نجم، قانون العقوبات/القسم العام، الطبعة الاولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٠، ص ١٩٨.

٤٧– عبد مزهر جعفر ن جريمة الامتناع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص ٦٦.

٤٨– عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة، الدار الحيثة للطباعة، بدون سنةطبع، ص ٦١. مختار القاضي أصول الالتزامات في القانون المدني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٧، ص ١٤٥.

٤٩– حسن علي الذنون، المسؤولية عن الخطأ، الطبعة الاولى، عمان دار وائل للنشر، ٢٠٠٦، ص ١٨٥ – ١٨٦. كامل السعيد، شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢، ص ٢٠٥. محمد علي الحلبي، شرح قانون العقوبات/القسم العام، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧، ص ٢٣٢.

٥٠– السنهوري، الوسيط، الجزء الاول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، ط ٣، نهضة مصر، ٢٠١١، ص ٧٧٩ وما بعدها. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة طبع، ص ٤٩١.

٥١– السنهوري المرجع السابق، ص ٧٩٦. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٤٩٥.

٥٢– أنظر في ذلك: عبد الفتاح مراد، جرائم الامتناع، ص ٤٤. مصطفى العوجي، القانون المدني/المسؤولية المدنية، الطبعة الاولى، مؤسسة بحسون، بيروت، ١٩٩٦، ص ٤٢. أحمد ابو الروس، القصد الجنائي والمساهمة والمسؤولية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، دون سنة طبع، ص ١٩. د. عوض، جرائم الاشخاص والاموال، كلية الحقوق/جامعة الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص ٢٣. د. كامل السعيد، الاحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الاردني، الطبعة الاولى، ١٩٨١، ص ١٦٢.

٥٣– عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٦٨. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص ٢٥٠. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للألتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام/المصادر غير الارادية، ١٩٩٧، ص ١٠٩. د. سعيد مصطفى ود. موسى، شرح قانون العقوبات المصري الجديد، الطبعة الثالثة، ١٩٤٦، ص ٧٠. د. حسن صادق، قانون العقوبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٢، ١٩٩٤، ص ١٧٢٢.

٥٤– د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، ص ١٩٧. عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص ٥٤.

٥٥– حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص ١٩٣. عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص ٢٢.

٥٦– مختار القاضي، المرجع السابق، ص ١٤٥.

٥٧– جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

٥٨- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط ٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٤٧٦. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للاطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٢٢٩.
٥٩- القرافي، انوار البروق انواء الفروق، الجزء الثاني، طبعة عالم الكتب، بيروت، ص ٢٠٦ و٢٠٧. ابن فرحون تبصرة، تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام، الجزء الثاني، المطبعة البهية، القاهرة، ١٣٠٢هـ، ص ١٢٥.
٦٠- أبراهيم الدسوقي، المسؤولية المدنية بين الاطلاق والتقييد، دار النهضة العربية، ١٩٨٠، ص ٣٠٦.
٦١- بشار ملكاوي وفيصل المعمري، مصادر الالتزام، الفعل الضار، ط ١، دار وائل للطبع والنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٦، ص ٣٩.
٦٢- محمود شلتوت، المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة، مطبعة الازهر، ص ٢٢.
٦٣- ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المسئولية المدنية بين الاطلاق والتقييد، دار النهضة العربية، ١٩٨٠، ص ٣٠٦. بشار ملكاوي وفيصل المعمري، المرجع السابق، ص ٣٩.
٦٤- مصطفى الجمال، مذكرات في احكام المعاملات المدنية في الفقهين الاسلامي والغربي وقانون المعاملات المدنية الاماراتي، ج ١، مصادر الالتزام، ط ١، ١٩٩٣، ص ٥٥٧. محمد المرسي زهرة، المصادر غير الارادية للالتزام، الفعل الضار والفعل، الطبعة الاولى، ٢٠٠٢، ص ١٣١.
٦٥- محمد مرسي، المرجع السابق، ص ١٤٤.
٦٦- صالح اللهيبي، المباشرة والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، دار الثقافة، الاردن، عمان، ٢٠٠٤، ص ٣٤.
٦٧- محمد المرسي، المرجع السابق، ص ٣٤.
٦٨- محمد المرسي، المرجع السابق، ص ١٤٤.
٦٩- جمال مهدي محمود، ص ٢٨٣.
٧٠- عبد السميع عبد الوهاب ابو الخير، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٤٨.
٧١- السرخسي، المبسوط، ج ٢٦، ط ٣، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٤٠٧، ص ٢٢٢.
٧٢- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، الجزء الخامس، ط ٢، المكتبة الاسلامية، تركيا، ١٣١٠، ص ٣٣٨. ابو اسحاق الشيرازي، المهذب، الجزء الاول، مطبعة عيسى البابي الحلبي واولاده، مصر، ٤٧٦، ص ٢٥٠.
٧٣- ابن قدامة، المغني، الجزء التاسع، كتاب الديات، دار الكتاب العربي، بيروت، ص ٥٨١.
٧٤- محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء ٤، المطبعة الازهرية، مصر، ١٩٢٧، ص ٢١٥.
٧٥- نصر فريد، الفتاوى الاسلامية، المكتبة التوفيقية، مصر، ١٩٩٩، ص ٤٩٨.