

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية - أدرار

كلية : الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني  
في القانون الجزائري  
- دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي -

أطروحة مقدمة لنيل شهاة دكتوراه علوم في الحقوق

إشراف:  
أ.د. كابوية رشيدة

إعداد الطالب:  
عادلي أحمد

لجنة المناقشة

اللقب والإسم	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
يوسفات علي هاشم	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	رئيسا
كابوية رشيدة	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	مشرفا ومقررا
قوراري مجدوب	أستاذ التعليم العالي	جامعة بشار	مناقشا
عباسي محمد الحبيب	أستاذ محاضر أ	جامعة بشار	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« أَفَمَنْ أَتَّسَّ بُنْيَانُهُ عَلَى تَقْوَىٰ مِنَ اللَّهِ

وَرِضْوَانٍ خَيْرٌ أَمْ مَنْ أَتَّسَّ بُنْيَانُهُ عَلَىٰ شَفَا

جُرْفٍ هَارٍ فَانْهَارَ بِهِ فِي نَارٍ جَهَنَّمَ وَاللَّهُ لَا

يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ »

(سورة التوبة الآية 109)

# إهداء

إلى روح سيدي حضرة الوالد رحمه الله ...

إلى أمي العزيزة الغالية أطال الله في عمرها ...

إلى أهلي وأصدقائي وكل من ساندني في استكمال هذا البحث ...

أهدي ثمرة هذا البحث المتواضع.

# تشكرات

الشكر والحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا البحث.

كل الشكر والتقدير للسيدة المشرفة على هذا البحث العلمي  
الاستاذة الدكتورة "كابوية رشيدة" على نصائحها وتوجيهاتها.

الشكر موصول أيضا إلى أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم وتحملهم  
قراءة ومناقشة هذا البحث.

شكرا لكم.

## أولاً: المختصرات باللغة العربية

ص: صفحة .

ج: جزء.

ط: طبعة

د.ط: دون طبعة.

د.س.ط: دون سنة الطبع.

ج.ج: الجمهورية الجزائرية

ج.ر: الجريدة الرسمية.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

## ثانياً: المختصرات بالفرنسية

- Art : article.
- Ed : édition.
- N° : numéro.
- Op.cit : ouvrage précédemment cité.
- Cass : Cassation
- P : page

## مقدمة:

إن للمباني أهمية كبيرة في حياة الناس واستقرار معاشهم، فعمران الأرض على العموم، وتشبيد المباني والمساكن على الخصوص من جملة الواجبات والضرورات التي لا تدوم الحياة إلا بهما، ولا تكمل مصالح العباد إلا بوجودهما، أضف إلى هذا فإن بناء المساكن وعمارة الأرض لأجل التمكين فيها هو من جلة الغرائز الفطرية لحفظ النوع الإنساني بموجب الاستخلاف الإلهي الممنوح للإنسان على هذه الأرض، وبطبيعة الحال فإن هذا الاستخلاف يجعل الإنسان مكلفاً وملزماً بعمارة الأرض وتشبيد المساكن عليها، يضاف إلى ذلك أن البناء وتشبيد المساكن من العوامل الرئيسية في التقدم البشري، وكذلك فإن تشبيد المساكن والبناء له دلالات كثيرة، أهمها التقدم في العلوم المختلفة، وظاهرة عظيمة من ظواهر المدنية والحضارة وتقدم الصناعة وغيرها، وكما قال ابن خلدون: فإن نسبة العمران وكثرة الأمصار يتناسب مع جودة الصنائع وكثرتها<sup>1</sup>.

ومع هذا التسارع العجيب في البناء والتقدم العمراني نتيجة للتقدم البشري والتطور الحضاري الهائل للإنسان، فإننا نجد الكثير من التجاوز أو التقصير التي يقع فيها ملاك هذه المباني سواء أثناء تشبيدها أو إستغلالها أو نتيجة إهمال حراستها، أو بمناسبة إبرام عقود تكون تلك المباني محلا لها، كل ذلك من شأنه أن يهدد حياة الإنسان ويسبب له الأضرار في نفسه وممتلكاته ويؤثر على وجوده وذلك لما يصاحب هذا التقدم وذلك التطور من تجاوزات واعتداءات خطيرة على حقوق الناس العامة والخاصة، ومن مخالفة للنظام القانوني للبناء.

وتتنوع هذه التجاوزات والإعتداءات التي تقع بمناسبة حراسة أو استعمال المباني والتي تسبب أضرارا للغير، فأحيانا تكون نتيجة الإخلال بالالتزامات التعاقدية التي تكون المباني محلا لها كما هو الحال في عقد الايجار، وأحيانا أخرى تكون نتيجة الإهمال والتقصير في حراسة هذه المباني، كحالة تدهمها أو نشوب حريق بها، وقد تأخذ أيضا هذه الاعتداءات صورة

<sup>1</sup> عبد الرحمن بن محمد بن محمد، ابن خلدون أبو زيد، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، تحقيق خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، ط2، ج1، 1408 هـ - 1988 م، ص 548.

الإخلال بالالتزامات التي تفرضها حالة تجاوز المباني، وفي كل الحالات فإن حدوث تلك الأضرار التي تسببها المباني يقيم المسؤولية المدنية في حق المالك وهو كل من له حق ملكية على المبنى الذي تسبب في إحداث الضرر، بغض النظر عما إذا كان بحيازته أو بحيازة غيره.

وعندما يتعلق الأمر بالمباني فإنه من الضروري البحث في مسؤولية مالك المباني عن الأضرار التي تسببها هذه الأخيرة بالنسبة للغير وتبيان حكم القانون في مثل هذه المسائل التي أخذت تشغل معظم أوقات الناس وتقلق راحتهم، لأن الاختلاف فيها يؤدي أخيراً إلى اللجوء إلى المحاكم لفض المنازعات مما نحن في غنى عنه لو اتبعنا الضوابط القانونية للمباني.

وإذا ما عرفنا أن المسؤولية المدنية تنقسم إلى مسؤولية عقدية التي تترتب عن عدم تنفيذ التزام عقدي أو التأخر في التنفيذ أو سوء التنفيذ، ومسؤولية تقصيرية تنشأ نتيجة الإخلال بالالتزام قانوني، فإننا في دراستنا هاته سنركز على المسؤولية التقصيرية للمالك عن الأضرار التي تسببها المباني كونها تشكل أغلب حالات المسؤولية المدنية في نطاق دراستنا، في حين أن أضرار المباني في إطار المسؤولية العقدية للمالك لا تشكل سوى حيز صغير من ذلك، وسنتطرق لها في من خلال بعض عناصر هذا البحث، مع العلم أننا تناولنا نطاق هذه المسؤولية العقدية في مقال لنا بعنوان " نطاق المسؤولية العقدية للمالك عن أضرار المباني في القانون الجزائري"<sup>1</sup>.

وفي كل الحالات فإن الملاحظ أن التوجهات الحديثة للمسؤولية المدنية تتجه نحو إزالة هذه التفرقة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، كون هذه التوجهات تعتمد على أساس موضوعي لقيام المسؤولية المدنية، وهذا الأساس يكون مناطه الضرر.

ولقد تنوعت مسؤولية المالك عن أضرار المباني في القانون الجزائري حسب موضوعها، فقد تعرض المشرع الجزائري إلى المسؤولية الناشئة عن تهديم البناء من خلال المادة 140 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري، حيث إعتبر أن المالك مسؤولاً عن هذا التهديم، كما

<sup>1</sup> أحمد عادل، كابوية رشيدة، نطاق المسؤولية العقدية للمالك عن أضرار المباني في القانون الجزائري، مقال منشور بمجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالنعامة، العدد 01 (2022)، المجلد 08، ص 222-236.

أنه بإعمال الفقرة الأولى من نفس المادة يعتبر المالك الحائز مسؤولاً نحو الغير عن الأضرار التي يسببها الحريق الذي ينشب في المبنى الذي يملكه، وبخصوص القيود التي تلحق حق الملكية فقد نص المشرع الجزائري في القسم الثالث من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثالث من القانون المدني، المادة 690 وما يليها؛ على القيود التي تقيد حق المالك في استعمال المباني إلى حد يضر بالغير، لاسيما ما يتعلق بمضار الجوار غير مألوفة، أو القيود التي ترد على الجوار بوجه خاص، أو تلك الواردة على التلاصق في الجوار.

أما فيما يتعلق بالفقه الإسلامي فقد حرص على معرفة الأحكام الفقهية المتعلقة بالمباني، ومعرفة العمل في اتخاذ البيوت والمنازل للسكن والمأوى للأبدان في المدن، وفيما يباشر فيها من تصرفات، وما ينشأ عنها من علاقات، وما يتولد عادة عن ذلك من تداخل المصالح، وتضارب بينها وتخاصم حولها، وذلك نتيجة لما جبل عليه الإنسان من الفكر في عواقب أحواله، فتجده يفكر فيما يدفع عنه ما قد يقع من ضرر من المباني، كسقوطها أو ميلان حيطانها، أو منع الجار من الانتفاع بظاهر مبناه فيما له فيه حق، أو حصول الإختلاف في استحقاق الطرق والمنافذ للمياه الجارية والفضلات المسربة في القنوات، وربما يدعي بعضهم حق بعض في حائطه أو علوه، أو قناته لتضاييق الجوار، أو يدعي بعضهم على جاره اختلال حائطه خشية سقوطه، ويحتاج الحكم عليه، بهدمه ودفع ضرره عن جاره.<sup>1</sup>

وبهذا فإن ارتباط أحكام المباني بالمحيط أثمر سلسلة من القضايا وجدت حلها في الفقه الإسلامي، فعولجت ضمن أبوابه العامة، ولم يفرد لها القدماء بكتاب أو جزء إلا في وقت لاحق وعلى نحو ضيق، وسبب ذلك أن الصورة التي تعرض بها مسائل البناء في كتب الفقه، تبعد عن أن تكون ذات نسق واحد، لأن المباني وما ينشأ عن اتخاذها من أفضية، وعن استغلالها

<sup>1</sup> عبد الرحمن بن محمد بن محمد، ابن خلدون أبو زيد، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، المرجع السابق، ص 509-510.



من مشاكل وإضرار، تتجاوزها المصالح العامة والخاصة، ولذلك تنوعت ارتباطاتها، واختلفت تنزيلاتها، وتعددت استحقاقاتها، فتفرقت في أبواب الفقه أحكامها.<sup>1</sup>

وفي هذا السياق كانت دراستنا مقارنة بالفقه الإسلامي الذي أعطى للمالك الحرية في استعمال حقه، وفي نفس الوقت ألزمه بعدم الأضرار بالغير ضرراً فاحشاً، وهو بذلك لم يغلب جانب المالك على جانب الغير والعكس صحيح، بل نهج منهاجاً وسطياً بتحميل المالك ضمان الأضرار بمناسبة استعمال حقه، ويكون بذلك قد وفق بين مبدأين متعارضين هما؛ مبدأ ضمان استعمال الحق، ومبدأ عدم الأضرار بالآخرين وبالتالي إقامة التوازن بين الحقوق.

وعن أسباب إختيارنا للموضوع، فمنها ما هو ذاتي مرتبط بميولنا للبحث في الجانب القانوني المرتبط بالمباني ورغبتنا في مقارنة ذلك بأحكام الفقه الإسلامي، ومنها ما هو موضوعي يتعلق بكثرة انتشار الأضرار المرتبطة بالمباني نتيجة الإقبال المتزايد على تشييد المباني وإستعمالها رغم وجود النصوص التشريعية التي تنظم هذا المجال.

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد المسؤولية وبيان الضوابط القانونية لمثل هذه المسائل الهامة، من خلال التأصيل لموضوع المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني بالرجوع إلى مصدر تلك المسؤولية في أمهات كتب الفقه الإسلامي ببيان أصل نظرية الضرر أو التعسف في استعمال الحق أو الضمان أو تحمل التبعة، كما تهدف الدراسة إلى الموازنة بين المركز القانوني للمالك والغير في تحمل تبعات الخطأ أو الضرر وتقدير التعويض بحسب نوع المسؤولية.

وعن أهمية الدراسة فإن المسؤولية المدنية عن أضرار المباني تعد من أهم مواضيع القانون المدني وأجدرها بالبحث والدراسة، ذلك لما تتميز به من تطبيق عملي مستمر ولارتباطها بالحياة اليومية، لهذا رأيت أننا بأمس الحاجة لبيان وتأصيل حكم القانون في الضرر

<sup>1</sup> أبو عبد الله محمد الأندلسي (ابن الأزرق)، بدائع السلك في طبائع الملك، تحقيق محمد عبد الكريم، بيروت الدار العربية للكتاب، 1977، ج2، ص 764-766.

الذي يقع في هذا المجال، للخروج بضوابط ينتفع منها الجميع، خصوصا في هذا الوقت الذي أصبح فيه تشييد المباني بأسلوب متطور واستعمالها بنظام عصري متقدم، كونها تحتوي على شبكات مختلفة كشبكة الغاز، وشبكة المياه والكهرباء وكذلك شبكة الإتصالات، مما يجعلها معرضة لعدة أخطار لا سيما خطر تهدم هذه المباني كليا أو جزئيا، وهي معرضة كذلك لإشتعال الحرائق وأكثر من ذلك فإن سوء استعمال الوسائل الحديثة بهذه المباني قد يؤدي إلى الأضرار بحقوق الجوار.

ولقد واجهتنا بعض الصعوبات أثناء البحث كان أهمها؛ صعوبة جمع المادة العلمية المتفرقة في الكتب لاسيما كتب الفقه الاسلامي لتأصيل المسؤولية المدنية وبيان نظريات الخطأ والضرر والضمان وأسسها في الفقه الإسلامي، وكذلك صعوبة المقارنة في بعض النقاط بين المذاهب الفقهية للترجيح، ثم صعوبة المقارنة بين أساس المسؤولية المدنية للمالك وآثار الضرر على الغير بين ما ذهب إليه الفقهاء في الفقه الإسلامي وما توصل إليه المشرع الجزائري.

ومن خلال ما سبق يمكن أن نتضح لنا الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة المتمثلة في؛ البحث عن نطاق المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني في القانون الجزائري، ومعرفة إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في إقرار مسؤولية مدنية للمالك عن أضرار المباني لا تهدر حقه في الملكية وتحافظ على مصلحة الغير المضرور، مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي؟

وتبعاً لذلك تتفرع عن الاشكالية الرئيسية للدراسة الاشكاليات الفرعية التالية:

- ما المقصود بمالك المباني وما هي أضرار المباني التي تقيم مسؤوليته؟
- ما هي الاسس والمبادئ القانونية والشرعية التي تقيم مسؤولية المالك عن أضرار المباني؟
- ما هي أركان وآثار المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني؟

علينا التنويه بأن بعض الدراسات قد تناولت جوانب من هذا الموضوع لاسيما تلك التي تطرقت للمسؤولية المدنية الناشئة عن البناء في القانون الجزائري كونها مرتبطة بشكل كبير

بمالك البناء، أو تلك التي تناولت مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير مألوفة في القانون الجزائري، ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى ثلاثة دراسات سابقة:

- الدراسة الأكاديمية التي قامت بها الباحثة بلمختار سعاد بعنوان المسؤولية المدنية في مجال البناء - دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ابو بكر بلقايد بتلمسان سنة 2018.

لقد عالجت الدراسة إشكالية مفادها؛ ما هي خصوصية المسؤولية المدنية في مجال البناء مقارنة بالقواعد العامة؟، وقد تم الاجابة عن الاشكالية من خلال تحديد نطاق تطبيق قواعد المسؤولية الخاصة في مجال البناء، ومعرفة خصوصية المسؤولية المدنية في هذا المجال.

- الدراسة الأكاديمية التي قامت بها الباحثة زرارة عواطف بعنوان مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص قانون عقاري، من كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر بباتنة سنة 2013.

لقد عالجت الدراسة إشكالية مفادها؛ ما هو الأساس القانوني السليم للمسؤولية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة؟ أو بعبارة أخرى ما هو التكيف الفقهي و القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري ؟ وتم معالجة موضوع الدراسة من خلال عرض التطور التاريخي للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، ثم نظرية مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري، ثم معرفة الأساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة.

- الدراسة الأكاديمية التي قامت بها الباحثة أسماء مكي بعنوان المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم من كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 سنة 2016.

لقد طرحت الدراسة إشكالية انطوت تحت التساؤلات التالية؛ هل يحق للجار المضروب المطالبة بالتعويض؟ وهل تستجيب قواعد المسؤولية التقصيرية لحماية الجار المضروب؟ أم أنها عاجزة لعدم تمكن الجار من إثبات خطأ وتعسف الجار محدث الضرر؟، ولقد أجابة الدراسة على هذه التساؤلات من خلال التطرق لنظرية الجوار والضرر غير المألوف، وكذا أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة وأحكامها.

فالملاحظ على هذه الدراسات أنها تناولت جزئيات هامة من موضوع الدراسة التي نحن بصدها، والتي تضطلع بأهمية بارزة في مجال المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المالك، أما بالنسبة لنطاق دراستنا فهو أشمل من حيث أضرار المباني، ومنحصر من حيث المسؤولية في صفة المالك، وذلك في إطار دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي مركزين على الجانب المدني من خلال قواعد القانون الخاص، تاركين بذلك قواعد القانون العام للمختصين للبحث في الجزاءات الإدارية والجنائية المترتبة عن الأضرار التي تسببها المباني للغير.

والمنهج المتبع في هذه الدراسة هو كل من المنهج الوصفي من خلال وصف الحالات التي تقيم مسؤولية المالك عن أضرار المباني في كل من القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مع الإشارة أحيانا للقانون المصري والقانون الفرنسي، بالإضافة إلى المنهج التحليلي وذلك بتحليل المادة العلمية ومناقشة ونقد الآراء الفقهية على اختلافها، كما وظفت المنهج المقارن بالمقارنة العامة بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي بهدف الوقوف على مواطن النقص والقصور في نصوص القانون الجزائري، والتوصل إلى إقتراحات مناسبة لتدارك ذلك النقص من خلال الآراء الفقهية التي تكون أساسا قد يعتمد عليه مستقبلا لإجراء تعديلات قانونية.

ومن أجل الاجابة عن الإشكالية الرئيسية في هذا البحث والتساؤلات الفرعية ومعرفة كيف رتب القانون الجزائري المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني التي يملكها، قمت بتقسيم هذه الأطروحة إلى بابين، نتناول في الباب الاول؛ ماهية المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني، وفي الباب الثاني؛ أركان وآثار المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني.

## الباب الأول

### ماهية المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني

تعتبر المسؤولية الناشئة عن أضرار المباني من المبادئ التي استقر عليها الفقه القانوني المعاصر ومن قبله الفقه الإسلامي الذي قد عرف أيضا المسؤولية عن اضرار المباني في أحكام ونوازل متعددة، ويعد هذا النوع من المسؤولية من أبرز حالات المسؤولية الموضوعية التي خصت بأحكام مستقلة من طرف معظم القوانين المدنية المعاصرة بما في ذلك القانون المدني الجزائري في أحكام متفرقة منه، ومرد هذا الاهتمام يرجع بالدرجة الأولى الى التطور الهائل الذي عرفه ميدان البناء الذي أدى الى تزايد الاضرار الناتجة عن المباني، ومن أجل الحديث عن نطاق المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني من خلال هذا الباب خصصنا فصله الأول للحديث عن أضرار المباني التي تقيم المسؤولية المدنية للمالك، والفصل الثاني ضمناه أسس قيام المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني.

## الفصل الأول

### أضرار المباني التي تقيم المسؤولية المدنية للمالك

تتعدد الأضرار الناتجة عن المباني والتي يمكن أن تقيم المسؤولية المدنية للمالك أو من يقع في حكمه، لأن المباني التي بها عيب أو أهمل ترميمها أو أسيء إستغلالها تشكل خطرا كبيرا على الغير، وفي هذه الحالة يكون مالك هذه المباني طرفا متعديا بسبب إخلاله بأحد التزاماته القانونية أو العقدية، فقد تقوم مسؤولية مالك المباني عن تقصيره في حراستها والذي ينجم عنه الإضرار بالغير غير متعاقد وهنا نكون أما المسؤولية التقصيرية وهذا النوع من المسؤولية يشكل اغلب الحالات التي تقوم فيها المسؤولية المدنية لمالك المباني، وتبقى بعض الحالات القليلة التي تقوم فيها مسؤولية المالك إذا أخل بالتزاماته العقدية، وسنتطرق في هذا الفصل إلى اضرار المباني التي تقيم مسؤولية المالك.

## المبحث الأول

## الإطار القانوني للمبنى وصفة المالك

من المقرر قانوناً أن يتحمل مالك المبنى المسؤولية عن أضرار التي يحدثها المبنى، بحيث يتحمل هذا المالك المسؤولية، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، كما أن القول بملكية الشخص للمبنى إنما يعكس لنا مدى تمتعه بكامل عناصر الملكية دون انتقاص، وإن كان الانتقاص في حد ذاته لا يغير من إلقاء عبء المسؤولية على المالك وسنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، نتناول في المطلب الأول المقصود بالمباني وصفة مالكيها، ثم في المطلب الثاني المقصود بملكية المبنى، وفي المطلب الثالث السيطرة الفعلية للمالك على المبنى.

## المطلب الأول: المقصود بالمباني وصفة مالكيها

من موجبات تطبيق أحكام المسؤولية عن أضرار المباني؛ وجود المباني مع ضبط مفهومها (الفرع الأول) وأن يكون المسؤول متمتعاً بصفة المالك، وهذه الصفة تقتضي منا تحديد المقصود بالمالك المسؤول في نص القانون المدني الجزائري (الفرع الثاني)، كما تقتضي منا تبيان الأشخاص المعتبرون ملاكاً في مفهوم القانون المدني الجزائري (الفرع الثالث).

## الفرع الأول: مفهوم المباني

يستخدم مصطلح البناء لتحديد ووصف جميع تلك الإنشاءات التي يصنعها الإنسان بشكل مصطنع لأغراض مختلفة ولكنها محددة، ، ويدخل ضمن نطاق البناء كل ما يعتبر متصلاً بالأرض اتصالاً دائماً سواء كان ذلك لفترة زمنية طويلة أو قصيرة<sup>1</sup>، في معظم الحالات للعيش فيها أو استخدامها كمسكن. المباني الأكثر شيوعاً وانتشاراً هي المباني السكنية، على الرغم من أن المباني الأخرى مثل المعابد والآثار والمتاجر والمباني الهندسية وغيرها تقع أيضاً في هذه المجموعة.

<sup>1</sup> يوسف محمد عبيدات، مصادر الإلتزام في ق.م، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر، عمان، 2009، ص.367.

كما أن من الخصائص الأساسية للمبنى هي أنه عمل يتم تشييده بشكل مصطنع في مساحة معينة، هذا يعني أننا لا نستطيع أن نجد المباني في الطبيعة، كونها دائماً نتاج الإبداع والتنفيذ البشري. من ناحية أخرى، تتطلب المباني نظاماً معقداً للتخطيط والتصميم والتنفيذ، مما يتطلب استثمار قدر معين من الوقت ورأس المال والمواد في تحقيقها، لهذا فإن المباني هي الأعمال التي يصممها الإنسان وينجزها في مساحات وأحجام وأشكال مختلفة على الأرض وتكون متصلة بها بشكل قار<sup>1</sup>.

ومن بين الأنواع المختلفة للمباني، نجد المباني الريفية (مثل الاسطبلات والمزارع والصوامع والطوابق السفلية) والتجارية (الفنادق والبنوك والشركات والمطاعم والأسواق) والمباني السكنية (المباني السكنية، المنازل الخاصة، المصحات، الوحدات السكنية)، تلك ذات الطبيعة الثقافية (المدارس، المعاهد، المكتبات، المتاحف، المسارح، المعابد)، الحكومية (البلدية، البرلمان، الشرطة أو محطات الإطفاء، السجون، السفارات)، الصناعية (المصانع، المصافي، المناجم)، النقل (المطارات، محطات الحافلات أو القطارات، مترو الأنفاق، الموانئ) والمباني العامة (الآثار، قنوات المياه، المستشفيات، الملاعب).

واعتماداً على الاستخدام الممنوح للمبنى، ستكون هناك إجراءات بناء مختلفة، وفي الوقت نفسه، في حالة المباني المستخدمة للسكن أو أداء أنشطة بشرية معينة، فإن ذلك يعني ضمناً ظهور أنظمة لإستغلال أنواع من المباني، وليس من الضروري أن يكون البناء قد شيد بقصد الدوام بل يكفي استقراره على سطح الأرض أو في جوفها كأكشاك البضائع والمعارض التي تقام من أجل عرض البضائع<sup>2</sup>.

كما أن إستعمالنا لتسمية المباني والمنشآت بدلاً من لفظ البناء يأتي توافقاً مع ما جاء به المشرع الجزائري في القانون رقم 30/90، المؤرخ في 1990/12/01، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل و المتمم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح ق.م. الجديد، م2، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 1213.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومه، دط، الجزائر، 2013، ص 421.

<sup>3</sup> القانون رقم 30/90، المؤرخ في 1990/12/01، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد (52)، المؤرخ 1990/12/02.

أما في الفقه الإسلامي فالبناء اصطلاحاً: هو فن تشييد البنايات والمنازل المختلفة وتنظيمها لتحصيل منافعها وفوائدها الكثيرة التي منها مثلاً الاطمئنان والراحة والسكن النفسي، والوقاية بواسطتها من حرب الصيف اللاذع وبرد الشتاء القارس، قال تعالى

﴿وَمَسْكِنٌ تَرْضَوْنَهَا﴾<sup>1</sup>.

وتحريراً للمسألة فإن البناء نوع من أنواع العمران الذي لا غنى للإنسان والحيوان عنه، وجانب هام من جوانبه المختلفة، والعمران شامل لكل نشاطات الإنسان المتعلقة بالزراعة والصناعة والتجارة والبناء وغيرها، ولقد أهابت الشريعة الإسلامية الغراء بضرورة عمران الأرض وإقامة المباني والمنشآت العمرانية عليها، واعتبرت ذلك من النعم الكبيرة التي أنعمها الله على الإنسان التي توجب شكره عز وجل، قال تعالى ﴿وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ

فِي الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعِيشًا قَلِيلًا مَا تَشْكُرُونَ﴾<sup>2</sup>.

كما أن البناء لا ينفصل عن الأسرة التي تقيم فيه، بل إن المضمون الإسلامي لمتطلبات الأسرة المسلمة هو الذي يحدد تصميمه، فقد كان يبني من الداخل إلى الخارج وليس العكس، وكانت الأسرة تحدد متطلباتها السكنية مع البناء في حدود إمكانياتها المادية، ويعني ذلك وجود مشاركة فعلية بين صاحب المسكن والمعماري<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: مفهوم المالك في نص القانون المدني الجزائري.

يقصد بالمالك؛ من له حق ملكية على المبنى الذي تسبب في إحداث الضرر، بغض النظر عما إذا كان بحيازته أو بحيازة الغير، ومهما كانت السلطات التي حولها تعاقدية للغير على المبنى، وحتى إن حرم منه برغم إرادته<sup>4</sup>، كما يقصد به أيضاً؛ هو الذي يملك المبنى

<sup>1</sup> سورة التوبة الآية 24.

<sup>2</sup> سورة الأعراف الآية 10.

<sup>3</sup> يوسف شكري فرحات، غرناطة في ظل بني الأحمر، المؤسسة الجامعية، بيروت، 1982، ص124.

<sup>4</sup> Olivia DEPETRIS, La responsabilité civile délictuelle du fait des immeubles, Mémoire pour obtention du diplôme d'étude supérieure spécialisées de conseil juridique aux armées, université de droit, d'économie et de sciences d'Aix Marseille, Faculté de droit et de science politique, 2003/2004, p41.



ملكية قانونية<sup>1</sup>، أي بملكية ملكية رسمية، فلا يكفي أن يكون الشخص شاغلا للمبنى بأحد الأوجه المقررة قانونا كالأيجار أو أن يكون قد اشترى المبنى دون اتمام إجراءات الشهر العقاري حتى تنعقد مسؤوليته عن الأضرار التي يسببها المبنى.<sup>2</sup>

ولفظ المالك ينصرف قانونا إلى صاحب حق الرقبة<sup>3</sup>؛ أي للمالك ملكية رقبة، وهذا الاصطلاح إنما يطلق على الشخص الذي يقرر على الشيء المملوك له حقا عينيا للغير كحق الانتفاع، بحيث يبقى حق ملكيته على الشيء قائما بقيام حق الانتفاع المقرر للغير<sup>4</sup>، والمالك بهذا التصرف إنما ينقل للمنتفع سلطتي الاستعمال والاستغلال. ويستتقي الرقبة وحق التصرف فيها، وعلى أساس استبقاءه ملكية الرقبة يتحمل المسؤولية على أضرار المبنى، ولا يمكنه التنصل منها لكون المبنى بحيازة الغير، فالمالك المسؤول إذا هو صاحب حق عيني على المبنى<sup>5</sup>.

وعلى ذلك، لا يطرح المتضرر من المبنى التساؤل حول الشخص الذي ينبغي أن يتوجه إليه لمطالبته بجبر الضرر<sup>6</sup>، فصفة المالك لا تثير أية مشكلة مقارنة مع تحديد الحارس المسؤول طبقا لنص المادة 138 ق.م.ج، والتي تتطلب تدخل القاضي بماله من سلطة تقديرية، للبحث عما إذا كان للشخص المسؤول، بوصفه حارسا، سلطات الاستعمال والتسيير والرقابة<sup>7</sup>.

ولا يهم أيضا بالنسبة للمتضرر من المبنى، فيما إذا كان المالك في النهاية يتحمل عبء تعويض الأضرار الحاصلة، فقد يكون لهذا المالك الحق في الرجوع على شخص آخر

<sup>1</sup> بشار ملكاوي وفيصل العمري، مصادر الالتزام - الفعل الضار، الطبعة الأولى، دار وائل الأردن، 2006، ص144.

<sup>2</sup> حسن علي الدنون و محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام - دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والمقارن، الطبعة الأولى، دار وائل، الأردن، 2002، ص344.

<sup>3</sup> علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير - المسؤولية عن فعل الغير - التعويض)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 183.

<sup>4</sup> نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 23.

<sup>5</sup> يرد الحق العيني مباشرة على شيء معين (البناء)، بحيث يكون بحيث يكون جوهره الاستئثار بذلك الشيء و التسلط عليه.

<sup>6</sup> Antoine VIALARD, Droit civil Algérie ( La responsabilité civile délictuelle), 2<sup>em</sup> édition, office des publications universitaires, Alger, 1986, p 110.

<sup>7</sup> علي فيلالي، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص 253، الهامش رقم(50)

كالمستأجر أو المهندس المعماري والمقاول، وذلك بحسب مصدر هذا الرجوع بما إذا كان اتفاقيا أو قانونيا<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الأشخاص المعتبرون ملاكا في مفهوم القانون المدني الجزائري.

إن لفظ مالك المبنى ينطبق على كل شخص له حق ملكية على مبنى ما، و ذلك بغض النظر عما إذا كان من الأشخاص الطبيعية أو من الأشخاص المعنوية الخاصة أو العامة، غير أن التساؤل يدور حول مدى مسؤولية الشخص المعنوي العام (الإدارة) عن أضرار المباني (أولا؟)، و كذا موقف القضاء الإداري من ذلك (ثانيا)؟

#### أولا: مدى مسؤولية الشخص المعنوي العام عن أضرار المباني.

إن ملكية الشخص المعنوي العام للمباني والمنشآت تعد ذات خصوصية. تتجلى في خضوعها لنظام قانوني خاص قائم أساسا على التمييز بين ما هو ملكية عمومية، وما هو ملكية خاصة، على أن هذه الازدواجية في الملكية لا تعفي الشخص المعنوي العام من مسؤوليته عن أضرار التي تسببها تلك المباني.

ويقع تحت مسمى الشخص المعنوي العام الدولة والولاية والبلدية، كأشخاص معنوية متمتعة بإقليم دون سائر المؤسسات الأخرى، و ذلك على اعتبار أن المشرع ربط الملكية الوطنية بمبدأ الاقليمية، أي بمعنى أن المالك شخص إداري يتمتع بإقليم<sup>2</sup>، كما أنه ليس بمجرد حارس لهذه الأملاك الوطنية أو حائز لها، بل هو مالك لها<sup>3</sup>.

وعلى ذلك، يفترض في الشخص المعنوي العام، وبوصفه مالكا، أن يكون مسؤولا عن أضرار المباني دون النظر إلى الطبيعة العمومية أو الخاصة التي تنطوي عليها الأملاك الوطنية، ونخص بالذكر هنا المباني والمنشآت التي تسبب أضرارا للغير<sup>4</sup>، ونظرا لأن قانون الأملاك الوطنية لم يتضمن نصا خاصا ينظم بموجبه المسؤولية عن أضرار المباني

<sup>1</sup> Antoine VIALARD , op.cit, p 110.

<sup>2</sup> عمر حمدي باشا و ليلي زروقي، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، الطبعة الحادية عشر، دار هومة، الجزائر، 2009، ص16.

<sup>3</sup> عمر حمدي باشا و ليلي زروقي، المرجع نفسه، ص92.

<sup>4</sup> - يدخل في نطاق المباني والمنشآت العمومية الأملاك الشاغرة و الأملاك التي لا صاحب لها، حيث تعد ملكا للدولة عملا بالمادة (48) من القانون رقم 30/90.

والمنشآت المملوكة للشخص المعنوي العام، فإن أحكام القانون المدني هي الواجبة التطبيق<sup>1</sup>، وهذه الأحكام تجد مصدرها في نص المادة 140 فقرة 2 ق.م.ج.

ويجدر التذكير بأن الإهمال في صيانة المباني يعد من جملة أسباب التهدم المسبب للضرر المنصوص عليه بالمادة 140 فقرة 2 ق.م.ج<sup>2</sup>، وأن الأملاك الوطنية، وبغية حمايتها، تحتاج إلى أعمال صيانة<sup>3</sup>، وذلك على وجه يبقياها في وضع يمكنها من أداء الغاية التي خصصت لأجلها، وعلى وجه أيضا يوافق عدم الإضرار بالأفراد<sup>4</sup>.

والأصل في الالتزام بالصيانة أن يتحمله المالك، غير أن صيانة الأملاك الوطنية المخصصة للمرافق العامة يتكفل بها المالك والمسير للمرفق، فيلزم المالك بالإصلاحات الكبرى، في حين يلزم المسير بالصيانة العادية<sup>5</sup>، و عليه فإن الإخلال بالالتزام بصيانة المباني و المنشآت الوطنية العمومية بما يفضي إلى تدهمها كلياً أو جزئياً، يرتب دون شك مسؤولية الشخص المعنوي العام، غير أنه لما يتعلق الأمر بالإخلال بأعمال الصيانة العادية، فإنه يملك في اعتقادنا الحق في الرجوع بالتعويض على الهيئة المسيرة، باعتبارها المتسبب الحقيقي في التهدم.

### ثانياً: موقف القضاء الجزائري من مسؤولية الشخص المعنوي العام عن المباني.

إن انعدام صفة المالك لدى الشخص المعنوي العام لا يرتب مسؤوليته عن أضرار المباني، ذلك ما سعى إلى تكريسه قضاة مجلس الدولة، بموجب القرار المؤرخ في 2011/02/24<sup>6</sup>، حيث جاء في حيثياته ما يلي: « و حيث يتبين من دراسة ملف القضية، أن المستأنف عليه كان ضحية سقوط جدار أحد المنازل عليه لما كان ماراً في الطريق، وعلى إثري ذلك رفع دعوى ضد البلدية مطالبا بالتعويض، وقد كان له ذلك، مما دفع

<sup>1</sup> لكن بمراعاة قواعد الاختصاص القضائي. أنظر في تفصيل ذلك: عمر حمدي باشا و ليلي زروقي، المرجع السابق، ص103-104.  
<sup>2</sup> لقد جاء حصر أسباب التهدم الموجب لانعقاد مسؤولية المالك في ثلاث: الإهمال في صيانة البناء، و القدم، و العيب فيه. أنظر المادة (2/140) مدني.

<sup>3</sup> نصت المادة (2/67) من القانون رقم 30/90 على أنه: « يترتب على حماية الأملاك الوطنية نوعان من التبعات: -الالتزام بصيانة الأملاك الوطنية العمومية، و تفرضه القواعد القانونية الخاصة التي تخضع لها الهيئة و المصلحة المسيرة، و كذلك الجماعة العمومية المالكة في حال القيام الإصلاحات الكبيرة ». «

<sup>4</sup> نزيه كباره، الملك العام و الملك الخاص (الاستملاك، الأشغال العامة، مسؤولية المهندس)، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010، ص121.

<sup>5</sup> عمر حمدي باشا و ليلي زروقي، المرجع السابق، ص100.

<sup>6</sup> قرار صادر عن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة، بتاريخ 2011/02/24، ملف رقم 061508، (غير منشور).

بالبلدية إلى رفع الاستئناف الحالي ... وحيث أنه بمراجعة وقائع القضية، فإن مسؤولية البلدية غير قائمة إطلاقاً اعتباراً إلى أن الجدار الذي وقع على المستأنف عليه كان ملكاً خاصاً، وهذا يلزمه واجب الرعاية والصيانة و تحمل مسؤولية ما نجم عنه اتجاه الغير طبقاً لنص المادة 138 من القانون المدني، ولا يمكن تحميل البلدية مسؤولية ما حدث، لانعدام الخطأ المرفقي في قضية الحال».

تعقيباً على ذلك، فإن مجلس الدولة يكون قد أصاب لما قرر عدم مسؤولية البلدية، ذلك لأن الجدار الذي سقط لم يكن مملوكاً لها، بل كان مملوكاً لأحد الخواص، و من ثم انعدمت لديها صفة المالك الموجبة لانعقاد المسؤولية عن أضرار التهدم، أي المسؤولية المقررة بالمادة 140 فقرة 2 ق.م.ج.

والمفروض في هذه القضية، أن لا تثار مسؤولية البلدية إلا إذا كان المبنى يهدد بكارثة عمومية<sup>1</sup>، على أنه يمكن الاستشهاد في هذا السياق برأي الدكتور داود عبد الرزاق الباز الذي يرى بأنه: «إذا كان سقوط المنزل الآيل للسقوط - هو الخطر المحتمل - يهدد أرواح سكانه فقط، ولا يخشى من سقوطه على الجمهور بوجه عام، فإن هذا الخطر لا يدخل أمر الوقاية منه في وظيفة الضبط الإداري، لأنه لا يهدد النظام العام. لكن إذا كان سقوط حوائط المنزل وأسقفه يهدد حياة أفراد الجمهور الذين يسيرون في الشارع، سواء كانوا مارين من أمام المنزل أو بجانبه، فإن وجود مثل هذا الخطر على حياة الجمهور يشكل إخلالاً بالنظام العام، يتعين على سلطات الضبط الإداري منعه بهدم ذلك المنزل»<sup>2</sup>.

وأما بخصوص المادة 138 ق.م.ج، فإن إثارتها من قبل قضاة مجلس الدولة يكون دون جدوى على اعتبار أن القضية تتعلق بتهدم البناء، والتهدم يخرج من نطاق تطبيق المادة المذكورة، حيث يحكم القضية نص خاص أي نص المادة 2/140 ق.م.ج، ولا يجوز

<sup>1</sup> حيث يكون رئيس المجلس الشعبي البلدي ملزماً باتخاذ الاحتياطات الضرورية و التدابير الوقائية لضمان سلامة و حماية الأشخاص و الممتلكات عملاً بالمادة (89) من القانون رقم 10/11، المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد (37) ، المؤرخ في 03 يوليو 2011.

و تجدر الملاحظة إلى أنه يمكن مطالبة البلدية بالتعويض على أساس الاختلاف بالتزامها بضمان سلامة و حماية الأشخاص و الممتلكات و ليس على أساس المادة (2/140) مدني.

<sup>2</sup> ذكره السيد أحمد مرجان، تراخيص أعمال البناء و الهدم بين تشريعات البناء والأوامر العسكرية والقرارات الوزارية وأحدث أحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص43.

للمتضرر جراء تهدم المبنى المطالبة بالتعويض على أساس المادة 138 ق.م.ج إلا استثناء، أي في حال انتفاء مسؤولية المالك، و توافر شروط مسؤولية الحارس<sup>1</sup>.

كذلك جاء في حيثيات القرار المذكور ما يلي: « و حيث أن القرار المستأنف قد أخطأ في تقدير الواقع وتحميل المسؤولية على أساس المادة 124 من القانون المدني الجزائري، لأننا لسنا بصدد خطأ مدني، و إنما الدعوى تتعلق بالمسؤولية المدنية للمرفق العام التي يكون أساسها مغايرا للمسؤولية المدنية، التي تقوم على أساس المادة 124 من ق.م.ج.

وحيث أنه نظرا لما سبق ذكره، فإن مجلس الدولة قدر أن سقوط الجدار المملوك إلى الغير لا يرتب مسؤولية البلدية المرفقية، وهو يرتب مسؤولية صاحبه، و يكون على أساس المادة 124 من ق.م.ج ، لذلك قرر مجلس الدولة إلغاء القرار المستأنف و رفض الدعوى لعدم تأسيسها اتجاه البلدية».

والملاحظ في هذا السياق، أن مجلس الدولة قد أثار أيضا المادة 124 ق.م.ج ، وفي تقديره أن يتحمل صاحب الجدار المتهم المسؤولية على أساس النص المذكور، في حين غيب الإشارة إلى المادة 2/140 ق.م.ج، وهو النص الذي دفعت بموجبه البلدية في استئنافها انعدام صفتها في هذا النزاع.

وحاصل القول، أنه كان يجدر بمجلس الدولة أن يثير المادة 2/140 ق.م.ج أساسا لتقرير عدم مسؤولية البلدية، وأما عن إثارته للمواد 124 و138 ق.م.ج، فكان لمصلحة المتضرر جراء تهدم الجدار، الذي يتعين عليه الخيار بين النصين للمطالبة بالتعويض، متى توافرت شروط قيام كل من المسؤوليتين<sup>2</sup>، وانتقلت بالمقابل مسؤولية المالك المنصوص عليها بالمادة 2/140 ق.م.ج.

<sup>1</sup> الحل المتفق عليه بإجماع فقهي، أنظر: علي سليمان، المرجع السابق، ص185. علي فيلاي، المرجع السابق، ص256، الهامش رقم (59). محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري و القانون المدني الفرنسي و القانون المدني المصري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص156.

<sup>2</sup> أنظر في هذا الحل: علي فيلاي، المرجع السابق، ص256، الهامش رقم (59).

## المطلب الثاني: المقصود بملكية المبنى في القانون الجزائري

إن لفظ الملكية ينصرف إلى السلطات التي يتمتع بها مالك الشيء، من استعمال واستغلال وتصرف<sup>1</sup>، يجري الاستئثار بها في حدود ما يتطلبه القانون، و هذا المعنى جاء في تعريف الملكية بموجب المادة 674 ق.م.ج على أنها: « هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة ». كما جاء في تعريف الملكية العقارية الخاصة بموجب المادة 27 من القانون رقم 25/90، المؤرخ في 18/11/1990، يتعلق بالتوجيه العقاري<sup>2</sup>، على أنها: «هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها».

وعلى ذلك، يكون للمالك كامل السيطرة الفعلية على الشيء (المبنى)، و بما يوجب الالتزام بتحمل النتائج الضارة التي يمكن أن تنشأ عن ذلك<sup>3</sup>، وما يوجب الالتزام هو صفة المالك، وهذه الصفة تعكس مدى التمتع بالسلطات الثلاث التي تقوم عليها ملكية المبنى، من استعمال، واستغلال، وتصرف، كما سنبينه في فروع هذا المطلب.

## الفرع الأول: الاستعمال

يراد بالاستعمال استخدام الشيء، فيما أعد له للحصول على منفعه دون ثماره بشرط عدم المساس بجوهر الشيء<sup>4</sup>. فإذا كان المبنى منزلا وسكنه صاحبه شخصيا أو دعى الغير للإقامة فيه مدة من الزمن دون مقابل أو أنه قام بترميمه أو صيانتته أو أعاد تشييده بعدما كاد أن يتهدم. فإن كل ذلك يعد استعمالا للمبنى، بل قد يصل الأمر إلى حد الإلتلاف كأن يهدم المالك منزله<sup>5</sup>، على أن استعمال المبنى قانونا إنما يرتبط بطبيعته وبالغرض الذي أعد لأجله، كما أنه لا يحد من استعماله سوى القيود التي يفرضها القانون<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> وهي العناصر التي ركز عليها بعض الفقه في تعريفه للملكية، أنضر في تفصيل ذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الموال، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص493.

<sup>2</sup> الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد (49)، المؤرخة في 18/11/1990.

<sup>3</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص281.

<sup>4</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص28.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص497.

<sup>6</sup> نذكر منها على سبيل المثال ما جاء النص عليه في المادة (691) مدني، من عدم تعسف المالك في استعمال حقه في الملكية إلى حد يضر بملك جاره ضررا غير مألوف.

## الفرع الثاني: الاستغلال.

يتميز الاستغلال عن الاستعمال من حيث كونه يستهدف الحصول على ثمار الشيء، وذلك من خلال القيام بالأعمال اللازمة لاستثماره<sup>1</sup>، كمن يؤجر مبنى للغير ليحصل على ثماره المدنية في صورة بدل إيجار، ففي هذه الحالة يكون الاستغلال استغلالاً غير مباشر<sup>2</sup>، غير أن ذلك لا يمنع من أن يكون استغلال المبنى استغلالاً مباشراً، كمن يخصص مبناه لممارسة نشاط تجاري معين.

وعنصر الاستغلال لم يرد ذكره في تعريف الملكية بموجب المادة 674 ق.م.ج<sup>3</sup>، ولا في تعريف الملكية العقارية الخاصة بموجب المادة 27 من القانون رقم 25/90، غير أن الفقه<sup>4</sup> يعتبره قريباً من عنصر الاستعمال، وذلك لأن كلاهما يعد استعمالاً للشيء، فإذا استعمل المالك الشيء بنفسه سمي هذا استعمالاً، وأما إذا استعمله و بمقابل عن طريق الغير سمي هذا استغلالاً.

## الفرع الثالث: التصرف.

يقصد بالتصرف ذلك الذي ينقل ملكية الشيء أو ينشئ حقاً عينياً آخر عليه، إذ يجوز للمالك أن يتصرف فيه، بما يؤدي إلى زوال حقه كلياً كالبيع أو بالانتقاص من السلطات التي يملكها كتقرير حق انتفاع للغير<sup>5</sup>، والمباني كسائر الأشياء الأخرى غير الحية، يستطيع المالك التصرف فيها بكافة أوجه التصرف القانونية.

وخلاصة استجماع السلطات الثلاث، وإن كان يعكس لنا حقيقة حق المالك في الاستئثار بالمبنى، إلا أنه لا يعتد به في انعقاد المسؤولية المقررة بنص القانون المدني الجزائري، لذلك فالانتقاص من هذا الحق في حدود استبقاء ملكية الرقبة لا يحول دون مساءلة المالك

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص29.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص499.

<sup>3</sup> ما يعيب عليه البعض تقليد المشروع الفرنسي في مادته (544) مدني، وهو نص منتقد. أنظر في تفصيل ذلك: محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص281، الهامش (484).

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص496.

<sup>5</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص31.

مدنيا<sup>1</sup>. فهو مسؤول لمجرد أنه مالك لا غير<sup>2</sup>، وسواء كان مالكا للأرض المشيد عليها المبنى أو مالكا للمبنى فقط<sup>3</sup>، و سواء كانت ملكية مفرزة أو شائعة، كاملة أو ملكية رقبة<sup>4</sup>.

### المطلب الثالث: السيطرة الفعلية للمالك على المبنى

يكون المالك أو الحارس في أغلب الأحيان شخصا واحدا، وذلك لأن سلطات الاستعمال والتسيير والرقابة تترتب عادة على حق الملكية<sup>5</sup>، كما أن سلطة الاستعمال تعتبر في العادة حقا ملازما لحق الملكية، لكن لا مانع من انتقالها برضا المالك إلى شخص آخر، ويصاحبها في ذلك انتقال الحراسة<sup>6</sup>، فتصبح السيطرة الفعلية بيد هذا الشخص أي بيد الحارس، هذا يجعلنا نتساءل عن مسؤولية المالك سواء احتفظ بالسيطرة الفعلية على المبنى أو لم يحتفظ بها.

### الفرع الأول: السيطرة الفعلية بيد حارس المبنى.

يعرف الحارس عموما على أنه: «هو كل شخص تكون له على الشيء سلطات الاستعمال والتوجه والرقابة، حيث يستطيع استعمال الشيء مستقلا به تماما الاستقلال لصالح نفسه»<sup>7</sup>، كما يعرف أيضا أنه: «هو الشخص الذي تكون له وقت حدوث الضرر سيطرة فعلية على الشيء ذاته وعلى استعماله»<sup>8</sup>.

وعلى ذلك يكون حارس المبنى هو صاحب السيطرة الفعلية عليه والتصرف في أمره، سواء تبنت له هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق، وسواء كان حائزا للمبنى حيازة مادية أو حيازة قانونية<sup>9</sup>، على أنه يكفي فيه فقط أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، يتمتع بكامل

<sup>1</sup> ودون المساس بالمتابعة الجزائية عند الاقتضاء.

<sup>2</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص253.

<sup>3</sup> حسن علي الدنون و محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص344.

<sup>4</sup> أنور سلطان، مصادر الالتزام: الموجز في النظرية العامة للالتزام (دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني)، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص393.

<sup>5</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص280.

<sup>6</sup> مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص544.

<sup>7</sup> محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام (دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري و القانون المدني الجزائري و القانون المدني المصري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص241.

<sup>8</sup> محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2009، ص86.

<sup>9</sup> محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، الجزء الأول، مصادر الالتزام (المصادر الغير الإرادية)، الطبعة الثانية عشر، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2008/2009، ص159.



السيطرة الفعلية، فيستقل في ممارستها بما تشمله من صلاحيات، وذلك لحساب نفسه لا لحساب غيره<sup>1</sup>.

وصفة الحارس لا تتحقق في من يملك حق المنفعة على المبنى، كالمستأجر والساكن على وجه التبرع، بل تبقى صفة الحراسة في هذه الحالة للمالك، على اعتبار أن مالك المنفعة ليس مكلفاً قانوناً بحفظ المبنى وإدامته<sup>2</sup>، والمفروض أن المالك هو صاحب السيطرة السيطرة الفعلية على المبنى، ومن ثم توجد قرينة قانونية على أن حارس المبنى هو المالك، والغالب أن تكون له الحراسة إلا أنها أحياناً ما تكون لغيره<sup>3</sup>، وذلك بأن يتنازل عن حقه في الاستعمال المادي مقابل احتفاظه بسلطات التوجيه والرقابة<sup>4</sup>، وعليه فالحراسة ليست ملازمة للملكية، والحارس ليس بالضرورة هو الحائز المادي للشيء<sup>5</sup>.

والأصل في المبنى أن يكون في حراسة مالكه، إلا إذا ثبت وقت تسببه في الضرر أنه كان في حراسة شخص آخر<sup>6</sup>. فصفة الحارس قد تثبت للغير متى كانت له السيطرة الفعلية على المبنى ولو لم يكن مالكا له، وعلى هذا الأساس ألقى المشرع المصري المسؤولية على عاتق حارس المبنى، معتمداً إياه كنظام قانوني خاص، فنص في المادة 177 ق.م.م على أنه: «حارس البناء ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدث انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم البناء أو عيب فيه».

وهكذا تطل المسؤولية في القانون المدني المصري كل شخص كان له وقت وقوع الضرر السيطرة الفعلية على المبنى. فالأمر لا يقتصر على مسائل المالك الحارس دون الحارس الغير مالك، بل يتعداه ليشمل كل من تولى حراسة المبنى ولو لم يكن مالكا له، على اعتبار أن الحراسة هي مناط المسؤولية.

<sup>1</sup> خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية في ضوء أحدث أحكام محكمة النقض، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص339.

<sup>2</sup> بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأذن، 2010، ص291.

<sup>3</sup> محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص193.

<sup>4</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص28.

<sup>5</sup> محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص83.

<sup>6</sup> مصطفى أبو علم، «المسؤولية عن تدهم البناء»، مجلة إدارة قضايا الحكومة، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، السنة الثانية، العدد الرابع، أكتوبر/ديسمبر 1958، ص19.

ومسلك المشرع المصري في إناطة المسؤولية بحارس المبنى مسلك ينتقده بعض الفقه، لأن المنطق القانوني يبرر مسائلة المالك أو المتولي على البناء دون غيره، و حجته في ذلك: «أن سبب إقامة المسؤولية على المالك في الفقه الإسلامي وفي القوانين الأخرى التي اتجهت نفس الاتجاه، هو كونه يملك حق التصرف في البناء، من صيانة أو اصلاح أو تجديد أو هدم، في حين أن المستأجر أو المستعير أو من تنتقل إليه حيازة المبنى لسبب آخر لا يملك ذلك»<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: السيطرة الفعلية بيد مالك المبنى.

إذا كان للسيطرة الفعلية على المبنى، باعتبارها قوام الحراسة<sup>2</sup>، أثر في انعقاد المسؤولية عن الأضرار التي يسببها كما رأينا في القانون المدني المصري، فإن ذلك لا يسري على ما هو جاري به العمل في القانون المدني الجزائري، حيث تقع المسؤولية كما قدمنا على مالك المبنى وليس حارسه<sup>3</sup>، و هذا ما جعل نطاقها محدود لا يطال سوى المالك، على اعتبار أنه صاحب حق عيني على المبنى وهو حق الملكية، وليس على اعتبار التزامه بصيانة المبنى وحفظه من الهلاك.

وعلى ذلك فإن ثبوت السيطرة الفعلية على المبنى لغير المالك أي للحارس على سبيل المثال، لا يغير شيئاً في تحمل المسؤولية طبقاً لنص المادة 140 فقرة 2 من ق.م.ج<sup>4</sup>، وحتى في فرض ثبوتها لغير المالك اسناداً إلى حق انتفاع مثلاً، حيث يصبح المالك مقطوع الصلة بالمبنى وفاقد السيطرة عليه، فإنه لا يمكن اعتبار المنتفع مالكا بأي حال من

<sup>1</sup> أحمد عبد الكريم أبو شنب، « أحكام المسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني و الفقه الإسلامي»، مجلة المنارة (الدراسات القانونية)، المجلد السابع، العدد الثالث، جامعة آل البيت، الأردن، تشرين الأول 2001، ص264.

<sup>2</sup> محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص116.

<sup>3</sup> خاصة و أن المادة (2/140) مدني قد جاءت في سياق التقليد القانوني، فهي تعكس الحكم الوارد في المادة (1383) مدني فرنسي، و جاءت بالنص على أنه:

« Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivé par une suite, du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction ..... ».

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، مصادر الالتزام الواقعة القانونية (العمل الغير المشروع – شبه العقود – والقانون)، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص242.

الأحوال، ويكون للمالك الحق في الرجوع على المنتفع بما دفع من تعويض، وذلك بدعوى العقد وليس بدعوى المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني

#### أضرار المباني التي تقيم المسؤولية العقدية للمالك

لقد حاول المشرع الجزائري تنظيم المسؤولية العقدية للمالك عن أضرار المباني من خلال العقود التي ترد على المباني ضمن المبادئ العامة في القانون المدني أو القانون الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، كل ذلك من أجل حماية الطرف المتضرر من المباني وفي نفس الوقت حماية المالك من الغير السيء النية.

لهذا إن اضرار المباني التي تقيم المسؤولية العقدية للمالك تتمثل في إخلال هذا الأخير بالتزاماته العقدية التي يكون محلها المباني المملوكة له على نحو يلحق الضرر بالمتعاقدين معه، ولتبيان ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول الإخلال بالتزامات عقد بيع المباني، وفي المطلب الثاني الإخلال بالتزامات عقد إيجار المباني.

#### المطلب الأول: الإخلال بالتزامات عقد بيع المباني

سواء كان البائع يحترف بيع العقارات كمرقي عقاري، أو كان بائعا عاديا فهو مسؤولا عما يوجد في البناية من عيوب نتيجة الإخلال بالتزاماته في عقد البيع.

#### الفرع الأول: إخلال البائع العادي بالتزاماته في عقد بيع المباني

تنص المادة 379 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع، أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها."<sup>2</sup>

<sup>1</sup> حسن علي الذنون، المبسوط، في المسؤولية المدنية، الجزء الخامس، المسؤولية عن الأشياء، دار وائل، الأردن، 2006، ص328.  
<sup>2</sup> الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

ومن خلال المادة 379 الفقرة 1 من يتبين لنا ما الذي يتوجب على البائع أن يضمنه للمشتري وهي:

### أولاً: الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم<sup>1</sup>

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي لفكرة عدم مطابقة المواصفات نقص المساحة، أو عدم تركيب دواليب في الحائط متفق عليها أو عدم بناء كاف<sup>2</sup>.

ويكفي لقيام مسؤولية البائع في هذه الحالة تخلف وجود الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها وقت التسليم<sup>3</sup>.

كما أن عدم المطابقة يفترض أن الشيء المسلم خال من العيوب إلا أنه يختلف في جوهره، أو في أحد عناصره الأساسية عن الشيء الذي تم الاتفاق عليه في العقد<sup>4</sup>.

زيادة على ذلك فإن تخلف الصفة يلتزم فيه المالك البائع بالضمان حتى وإن لم تكن الصفة المتخلفة مؤثرة، هذا بالإضافة إلى أنه لا يلزم في تخلف الصفة بأن تكون خفية حيث يضمن البائع الصفة حتى وإن كان تخلفها ظاهراً<sup>5</sup>.

كما أن ضمان الصفة يقوم حتى وإن تم البيع عن طريق المزاد الذي لا يجوز فيه للمشتري الرجوع على البائع في حالة العيب الخفي وهذا في حالة ما تم البيع عن طريق المساومة<sup>6</sup>.

### ثانياً: العيوب التي تنقص من قيمة المبنى أو من الانتفاع به<sup>7</sup>

العيب هو الآفة الطارئة أو تلف أو عطب يؤثر على حسن أداء الشيء لوظيفته، أو يؤثر على متانته، أو حتى على مظهره الخارجي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Philippe LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation, 11re édition, Dalloz, Paris, France, 2017, p 1509.

<sup>2</sup> محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي)، رسالة دكتوراه، د.س ص 237.

<sup>3</sup> محمد حسن قاسم، عقد البيع (دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري)، دار الجامعية للطباعة والنشر، د.ط، 1999 ص 314.

<sup>4</sup> عبد القادر أقصاضي، الالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، د.ط، 2010، ص 126.

<sup>5</sup> الدكتور سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء 3، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتاب، الطبعة 4، 1980، ص 56.

<sup>6</sup> الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، المرجع السابق، ص 767.

<sup>7</sup> Philippe LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation, op, cit, p1936.

والعيوب الموجبة للضمان هي العيوب التي تنقص من قيمة المبنى أو تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له، ومن أمثله العيوب في المباني التصدع في الحوائط،<sup>2</sup> كما أنه يعتبر من قبيل العيوب سواء تلك العيوب التي تلحق الضرر مباشرة بالمشتري أو التي تسبب ضرراً إيكولوجياً يسبب ضرراً للمشتري.<sup>3</sup>

ويشترط في العيب الموجب للضمان ما يلي:

### 1- أن يكون العيب خفياً<sup>4</sup>

العيب الخفي لغة هو الوصمة والعيب النقص الرداءة أو النقيصة التي يخلو منها الخلق السليم أو الصنع السليم،<sup>5</sup> ويقصد بالعيب الخفي وفقاً لتعريف محكمة النقض المصرية هو "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع".

ويعتبر العيب خفياً إذا لم يكن المشتري باعتباره حسن النية<sup>6</sup> عالماً به وقت البيع وألا يكون في استطاعته تبيّنه لو أنه فحصه بعناية الرجل العادي، أما إذا كان العيب ظاهراً للمشتري أو كان من السهل عليه كشفه لو أنه بذل عناية الرجل العادي فهذا لا يضمنه البائع، إذ أن علم المشتري بالعيب يعد من قبيل العيوب الظاهرة وهذه الأخيرة لا يضمنها البائع، وعلم المشتري بالعيوب أو تسلمه للمبيع دون إبداء تحفظات على ذلك من شأنه أن يسقط حق هذا الأخير في الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية<sup>7</sup>، إلا إذا أثبت أن البائع أكد له خلو المبيع من العيوب أو أنه أخفاها عنه غشاً منه<sup>8</sup> وهذا ما أكدته المادة 379 فقرة 2 قانون مدني جزائري.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص 126.

<sup>2</sup> وليد محمد بخيت الوزان، إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 14.

<sup>3</sup> Yves LEQUETTE et Nicolas MOLFESSIS, Quel avenir pour la responsabilité civile, 1re édition, Dalloz, Paris, France, 2015, p 80.

<sup>4</sup> جابر الحجاجة، شروط ضمان العيوب في الفقه الإسلامي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس، العدد 1، 2010، ص 09.

<sup>5</sup> وليد محمد بخيت الوزان، المرجع السابق، ص 14.

<sup>6</sup> لأن حسن النية مفترض في الإنسان وهو الأصل حيث يستقيم مع الفطرة الإنسانية وبالتالي ليس في حاجة لإثباتها / الدكتور رمزي رشاد عبد

الرحمان الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 30 و 31.

<sup>7</sup> الملاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 379 فقرة 2 تفادى التكرار ولم يأتي بعبارة خفاء العيب لأنه جاء بعبارة مرادفة إذ أن إمكانية إدراك

المشتري للعيب بحواسه من عدمه هو الذي يحدد مدى توفر شرط خفاء العيب من عدمه فالمشتري ملزم ببذل عناية الرجل العادي.

<sup>8</sup> محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 310، ص 314.

<sup>9</sup> أنظر المادة 379 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

**2- أن يكون العيب قديما**

لا يضمن المالك عيب المبنى إلا إذا كان العيب قديما، والمعيار الزمني هو الفاصل في ذلك، فالعيب الذي يضمنه مالك المبنى هو الذي يكون موجودا في المبنى وقت تسلمه من البائع، أي يكون المالك ضامنا للعيب الذي يكون بالمبيع وقت تكوين العقد، أو الذي يطرأ عليه بعد ذلك ويستمر الأمر إلى غاية حصول التسليم.<sup>1</sup>

**3- أن يكون العيب مؤثرا**

والعيب المؤثر هو الذي ينقص من قيمة المبنى أو من منفعته بحسب الغاية المقصودة منه، وتستفاد هذه الغاية مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة المبنى أو الغرض الذي أعد له، وفي القانون الفرنسي يعتبر العيب الموجب للضمان هو العيب الذي يبلغ حدا من الجسامة بحيث لو علمه المشتري لما أبرم العقد أما العيب التافه فلا يضمنه البائع، إلا أنه إذا كان البائع يضمن العيب الخفي، فهو غير ملزم بضمان النقص العادي الذي يرجع إلى قدم المبنى أو استعماله.<sup>2</sup>

وتجدر الإشارة هنا إلى أن البيوع القضائية والإدارية التي تتم بالمزاد مستبعدة من الضمان وفقا لما نصت عليه المادة 385 من القانون المدني الجزائري.<sup>3</sup>

**الفرع الثاني: إخلال المرقى العقاري بالتزاماته في عقد بيع المباني**

نظرا للاختلاف بين عقد البيع العادي والبيع بناء على التصاميم، فإن ذلك يؤدي إلى اختلاف المسؤوليات بالنسبة للبائعين في كل منهما كذلك، ورغم ذلك فإنه يلاحظ دائما الإبقاء على المسؤولية العقدية الكلاسيكية كمصدر من مصادر الالتزام، مع إضافة بعض الالتزامات الخاصة<sup>4</sup>، فبالإضافة إلى التزام البائع في مجال البيع بناء على التصاميم بضمان بضمان العيوب الخفية، يلتزم كذلك بضمان حسن الإنجاز وحسن سير عناصر التجهيز، وضمان العيوب الظاهرة، وكذلك يلتزم بالضمان العشري.

<sup>1</sup> ثروات فتحي اسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني (الصانع والموزع، دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، د.س، ص186، ص195.

<sup>2</sup> محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص327.

<sup>3</sup> راجع المادة 385 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> François TERRE, Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, op. cit, p 63.

## أولاً: الالتزام بضمان العيوب الظاهرة

العيوب الظاهرة هي العيوب التي يعلم بها المشتري وقت البيع أو كان في استطاعته العلم بها بفحص المبيع بعناية الرجل العادي<sup>1</sup>، ويتميز التزام ضمان العيوب الظاهرة بالخصائص التالية:

1- أنه التزام بتحقيق نتيجة.

2- التزام مستقل عن العيوب الخفية .

3- أنه من النظام العام وقد أكد المشرع على بطلان كل التزام الغرض منه إلغاءً أو تحديد هذا الالتزام<sup>2</sup>.

## ثانياً: حسن الإنجاز وحسن عناصر التجهيز.

1- ضمان حسن الإنجاز: نص عليه في المادة 10 فقرة 6 من المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري المؤرخ في 1993/03/01 وكذا المادة 14 منه، وتقابلها المادة 39 من القانون 04/11، ويقصد به التزام المتعامل في الترقية العقارية (البائع) بإصلاح كل خلل يظهر بالبناء خلال سنة كاملة، وهو التزام خاص بالمتعامل في الترقية العقارية دون المقاول والمهندس، إلا أن المشرع لم يحدد العيوب التي تدخل في هذا الضمان، كما لم يحدد مدة إصلاح الخلل من طرف المتعامل في الترقية العقارية<sup>3</sup>، ويفسر عدم تحديد المشرع للعيوب المشمولة بهذا الضمان أنه جاء عاماً وبالتالي فهو يشمل جميع العيوب الظاهرة التي تمثل محل عقد البيع على التصاميم مهما كان بسيطاً أو خطيراً<sup>4</sup>.

2- ضمان حسن سير عناصر التجهيز: نصت عليه المادة 15 من المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، وتقابلها المادة 44 من القانون 04/11 إذ يلتزم به

<sup>1</sup> Olivia Sabard, op. cit, p 3.

<sup>2</sup> هادفي بشير، الأبعاد التنظيمية للضمانات الخاصة بعقد البيع على التصاميم، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، الواقع والأفاق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، أيام 27-28/فيفري 2012، ص310.

<sup>3</sup> بوسته إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية (دراسة تحليلية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، دط، الجزائر، 2011، ص98.

<sup>4</sup> هادفي بشير، مرجع سابق، ص311.

المتعامل في الترقية العقارية إلى جانب ضمان حسن الإنجاز، وهو التزام يفرد به عقد البيع على التصاميم دون غيره من العقود، حيث يلتزم بمقتضاه المتعامل في الترقية العقارية بإصلاح و استبدال عناصر التجهيز التي تثبت عدم كفاءتها، ويكون هذا الأخير مسؤولاً عنها وحده تجاه المشتري، فلا المقاول ولا المهندس ولا حتى صانع يكون مسؤولاً عنها، غير أنه يمكن للبائع الرجوع على المسؤول عن عدم كفاءتها وفقاً لقواعد المسؤولية التصيرية أو العقدية فيما بعد.

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بضمان حسن عناصر التجهيز لا يغطي أضرار وعيوب العقار كلها، وإنما يقتصر على العناصر التجهيزية بالبنية وبالتحديد تلك القابلة للفك أو الفصل عن البنية دون تلف أي التي لا تشكل جسماً واحداً مع البنية أو إحدى أجزائها كالأبواب، الشبابيك، القواطع العدادات، وتجهيزات الإدارة..... إلخ، إذ أن عناصر التجهيز الثابتة تكون مشمولة بالضمان العشري<sup>1</sup> كما سيأتي التفصيل عنها لاحقاً.

### ثالثاً: الضمان العشري<sup>2</sup>.

إن المشرع الجزائري قد ألحق المتعامل في الترقية العقارية بالأشخاص الملتزمين بالضمان العشري باعتباره رب العمل المكلف بالرقابة، وقد نص على ذلك في كل من التشريعات المتعلقة بالترقية العقارية بدءاً من القانون رقم 07/86 مرورا بالمرسوم التشريعي 03/93 إلى غاية صدور القانون رقم 04/11.

ولقد نصت المادة 41 من القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية على ما يلي: " يتحمل المكاتب بإحدى عمليات الترقية العقارية، طوال عشر (10) سنوات، ابتداءً من تاريخ تسليم شهادة المطابقة، العيوب الخفية التي يتحملها أيضاً المهندسون المعماريون أو المقاولون والأشخاص الآخرون الذين يربطهم بصاحب

<sup>1</sup> بوسته إيمان، مرجع سابق، ص 99، ص 100.

<sup>2</sup> Philippe LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation, op, cit, p 1514.



الأشغال عقد إيجار العمل، وذلك عملاً بالمواد 1/140 و 554 و 564 من القانون المدني.<sup>1</sup>

ولقد تم إلغاء هذا القانون المشار إليه أعلاه ليحل وحل محله المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ويلاحظ أن هذا المرسوم لم ينص صراحة على المسؤولية العشرية للمرقي العقاري، ولكن بالرجوع إلى المادة 8 فقرة 2 منه<sup>2</sup>، يستخلص أن المسؤولية العشرية لهذا الأخير هي مسؤولية احتياطية في حال لم يطالب المهندس والمقاول التأمين على مسؤوليتهم العشرية<sup>3</sup>، وهذا في الحالة التي يكون فيها المرقي العقاري مجرد منظم لعملية البناء، أما في الحالة التي يمارس فيها مهنة المقاول أو المهندس فإنه يعد مسؤولاً ولا داعي للنظر إلى التأمين.<sup>4</sup>

وقد ألغي هذا المرسوم المشار إليه بالقانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 يحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، حيث أخضع مكاتب الدراسات للمسؤولية العشرية فقد نصت المادة 46 منه: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البنية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس."<sup>5</sup>

ويلاحظ أن هذا القانون قد أخرج المرقي العقاري من قائمة الأشخاص المسؤولين بموجب أحكام الضمان العشري، كما ألزمه بضرورة الاستعانة بخدمات مقاول للقيام بالمشاريع العقارية على أن تؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقولة.<sup>6</sup>

إلا أن المحكمة العليا في إحدى قراراتها ألزمت ديوان الترقية والتسيير العقاري بالضمان العشري بصفته متعاملاً في الترقية العقارية بقولها: "ولما كان من الثابت في

<sup>1</sup> قانون رقم 07-86 مؤرخ في 04 مارس 1986 يتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 10 لسنة 1986. <sup>2</sup> حيث تنص المادة 2/8 على ما يلي: "وقبل أي تسليم بناية إلى المشتري، يتعين على المتعامل في الترقية العقارية أن يطلب من المهندسين المعماريين والمقاولين المكلفين بإنجاز المنشآت شهادة تأمين تحملهم المسؤولية المدنية العشرية المنصوص عليها في أحكام القانون المدني، لا سيما المادة 554 منه، وطبقاً للقانون المتعلق بالتأمينات لا سيما مواد من 94 إلى 99،"

<sup>3</sup> Philippe LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation, op, cit, p 1536.

<sup>4</sup> خديجي أحمد، نطاق المسؤولية العشرية (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، سنة 2006، ص 31 وما يليها.

<sup>5</sup> قانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية رقم 14 سنة 2011.

<sup>6</sup> خديجي أحمد، مرجع سابق، ص 31 وما يليها.

قضية الحال أن قضاة المجلس بإخراجهم لديوان الترقية والتسيير العقاري من الخصام بالرغم من أن الخبرة المنجزة أظهرت أنه ضامن للبناء مع المقاول يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.<sup>1</sup>

ويمكن الإشارة إلى شروط الضمان العشري الذي يلتزم به المرقى العقاري فيما يلي:

**1- ضرورة وجود عقد ترقية العقارية مع المقتني<sup>2</sup>:** جاء في نص المادة 26 من القانون 04-11 في الفقرة 03 ما يلي: " غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية... " فالضمان العشري ينشأ عن عقد البيع العادي أو عقد بيع العقار على التصاميم أو عقد حفظ الحق، فإذا تخلفت هذه العقود فلا يلتزم المرقى العقاري بهذا الضمان، وإنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.<sup>3</sup> أما المستوطن في مسكن ترقوي بخير حق فيعتبر سيء النية<sup>4</sup> ولا يستفيد من المسؤولية الخاصة للمرقى العقاري.

**2- إرتباط الضمان العشري بالمباني والمنشآت:** يجب من أجل التزام المرقى العقاري بالضمان العشري أن يكون العقد متعلق بتشييد مبنى أو إقامة منشأة ثابتة، والمبني هو كل شيء من صنع الإنسان ثابت في حيزه متصل بالأرض اتصال قرار، أما فيما يتعلق بأعمال البياض والدهان والزخرفة، فإن الفقه القانوني استقر على عدم إخضاعها لأحكام الضمان العشري، بل يكفي بصددها تطبيق القواعد العامة في المسؤولية العقدية لأنها ليست من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو متانته.<sup>5</sup>

**3- تهدم أو تعيب البناء:** لا يسأل المرقى العقاري عن كل ضرر يصيب المباني التي أقامها بل يشترط أن يكون الضرر هو تهدمها كلياً أو جزئياً أو وجود عيوب يترتب عليها تهديد متانة المبنى وسلامته وبالتالي يمكن حصر هذه العيوب فيما يلي:

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا رقم 64748 الصادر بتاريخ 1991/01/23 المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 04. أشار له: أحمد دغيش، الضمانات في الترقية العقارية بعد الاستلام النهائي للمشروع العقاري، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، الواقع والافاق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، أيام 27-28/فيفري 2012، ص 143.

<sup>2</sup> Philippe LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation, op, cit, p 1559.

<sup>3</sup> موهوبي فتيحة، الضمان العشري للمهندس المعماري ومقاول البناء، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2007، ص 51.

<sup>4</sup> Nicolas CAYROL, La notion de dommages-intérêts, 1re édition, Dalloz, Paris, France, 2016. p 88,89.

<sup>5</sup> بن تريعة مها، مسؤولية المرقى العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014 ص 38.

أ- التهدم الكلي أو الجزئي للمبني بسبب عيب في البناء أو لعيب في مواد البناء.

ب- العيوب التي تهدد سلامة البناء وماتته سواء كانت هذه العيوب قديمة أو تلك التي تظهر بعد التسليم وفي خلال مدة المقدرة بعشر (10) سنوات ويكفي في هذه العيوب أن تهدد سلامة المبني و ماتته ولا يشترط حدوث الضرر فعلا<sup>1</sup>.

ج- الاضرار التي تمس صلابة عناصر التجهيز التي لا تتجزأ عن المبني، وهذا العيب أضافه القضاء الفرنسي وهو عيب يجعل المبني غير صالح للغرض المخصص له حتى لو لم يهدد سلامته وماتته وهو مالم يأخذ به المشرع الجزائري<sup>2</sup>.

هذا ونشير إلى أن هناك بعض الضمانات الأخرى تقع على عاتق المرقى العقاري والتي قد ينص عليها في العقد، وتسمى بالضمانات الاتفاقية، وبالإضافة إلى مسؤولية المرقى العقاري مالك المبني تقيم أيضا مسؤولية القائمين عليه من مقاولين ومهندسين وذلك حين يكون المبني قيد الإنشاء وحصل التهدم<sup>3</sup>، فإذا كان المتضرر هو مالك المبني المشيد فإن مسؤولية المشيدين تكون عقدية، حيث أن تسلم البناء من طرف مالكة في مقاولات البناء، لا يضع حدا للالتزامات المقاول والمهندس المعماري، بل يمتد التزامهم بقوة القانون لضمان العيوب الخفية التي تؤدي إلى تهدم البناء كليا أو جزئيا، لمدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ التسليم النهائي للبناء، فإثناء إنجاز البناء والمنشآت في كل المراحل فإن المقاول والمهندس معرضين للمسؤولية المدنية<sup>4</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن مثل هذه المسؤوليات الخاصة تعكس ارتباط المنظومة القانونية بالتوجه الاقتصادي والاجتماعي الذي تنتهجه الدولة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> بن تريعة مها، مسؤولية المرقى العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع نفسه، ص 38.

<sup>2</sup> محمد شكري سرور، مسؤولية مهندس ومقاول البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العرب، القاهرة 1985 ص 228.

<sup>3</sup> المادة 46 من قانون 04-11 السابق الذكر: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس."

<sup>4</sup> قادري نادية، "المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الجزائري"، الملتقى الوطني - حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 17 و 18 فيفري 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة

<sup>5</sup> Nicolas CAYROL, La notion de dommages-intérêts, op, cit, p 199 et 200.

## المطلب الثاني: الإخلال بالتزامات عقد إيجار المباني

إن المالك دون المستأجر هو المطالب بتعهد ملكه ومولاته بأعمال الصيانة والترميم، فإذا قصر في ذلك كان مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الغير بهذا التقصير، ولا يعفيه من المسؤولية أن يكون المستأجر قد التزم قبله بأن يقوم بأعمال الترميم والصيانة اللازمة للعين المؤجر، إذ أنه من أجل إخلاء مسؤوليته تجاه الغير عليه أن يتحقق من قيام المستأجر بما التزم في هذا الشأن.<sup>1</sup>

## الفرع الأول: التزامات مالك المباني في عقد الإيجار

تنص المادة 476 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري على: "يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للاستعمال المعد لها تبعاً لاتفاق الطرفين."

كما تنص المادة 479 من نفس القانون على ما يلي: "يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجر لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم."

ويجب عليه أن يقوم بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار، دون الترميمات الخاصة بالمستأجر، ويتعين عليه أن يقوم لا سيما بالأعمال اللازمة للأسطح من تخصيص وأعمال تنظيف الآبار وكما يتعين صيانة وتفريغ المراحيض وقنوات تصريف المياه.

يتحمل المؤجر الرسوم والضرائب وغيرها من التكاليف المثقلة للعين المؤجرة.<sup>2</sup>

من خلال هذه المواد استنتجت ثلاثة أمور:

- أن المشرع ألزم المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التي سلمت بها صالحة للانتفاع المقصود وألزمه بأن يقوم بجميع الترميمات الضرورية للانتفاع بالعين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع نفسه، ص109.

<sup>2</sup> الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني السابق.

<sup>3</sup> Marianne ROLAIN , les limitations au droit de propriété en matière immobilière, thèse de doctorat, présentée le 30 novembre 2015, UNIVERSITE NICE SOPHIA ANTIPOLIS, FACULTE DE DROIT ET SCIENCE

- إذا احتاجت العين إلى ترميمات ضرورية لحفظها من الهلاك فلا بد للمؤجر أن يقوم بهذه الترميمات ولو عارض المستأجر ذلك (المادة 482 قانون مدني جزائري).

- إذا هلكت العين المؤجرة بعد تسليمها للمستأجر إما لحاجتها إلى الترميمات أو لأي سبب آخر ولو بسبب قوة قاهرة<sup>1</sup>، كالكوارث الطبيعية مثل وقوع زلزال، في هذه الحالة لا يتحمل المستأجر المسؤولية العقدية<sup>2</sup>، وقد جعل المشرع لهذا الهلاك جزاء هو فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض عن الضرر في كلتا الحالتين إذا اقتضى الأمر وهذا ما نصت عليه المادة 477 من القانون المدني الجزائري.

نشير هنا إلى أنه إذا استعمل المستأجر المبنى لغير الغاية أو المنفعة التي أعد من أجل والمتفق عليها في العقد وأدى ذلك إلى هلاك المبنى فإنه في هذه الحالة يتحمل المسؤولية العقدية<sup>3</sup>.

وعلى غرار البائع، يكون مالك المبنى المؤجر أيضا مسؤولا عن العيوب الخفية التي تعيق الانتفاع بالمبنى، وهذه المسؤولية ناتجة عن التزام بإنجاز شيء أو بتحقيق نتيجة تتمثل في تسليم المبنى في حالة تسمح باستغلاله حسب ما تضمنه العقد، حيث تنص المادة 488 من القانون المدني الجزائري: " يضمن المؤجر للمستأجر، باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، كل ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال نقصا محسوسا، مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، ويكون كذلك مسؤولا عن الصفات التي تعهد بها صراحة، غير أن المؤجر لا يضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها هذا الأخير وقت التعاقد."<sup>4</sup>

POLITIQUE DE NICE, CERDP, Centre d'Etudes et de Recherches de Droit des Procédures, EA n° 1201, p 169.173.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء)، المجلد الأول الجزء السادس، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1998، ص257.

<sup>2</sup> Vincent Brulhart, La responsabilité civile du locataire et les dommages causés aux immeubles par les événements naturels : questions choisies en matière de couverture d'assurance, Etude présentée dans 13e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, p 16-18.

<sup>3</sup> Nicolas CAYROL, La notion de dommages-intérêts, op, cit, p 90.

<sup>4</sup> الامر رقم 58-75 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

ويستخلص من نص المادة السالفة الذكر أن هذه الضمانات مرتبطة بالالتزام بالصيانة لأن العيب قد يظهر أثناء الإيجار، بسبب إهمال الترميمات اللازمة، وقد يحاول المؤجر التخلص من عبء المسؤولية بإثبات عدم قيام المستأجر بالترميمات والإصلاحات الإيجارية، أو بإثبات القوة القاهرة التي قد تنتج عن فعل الغير، إلا أن الفقه القانوني عندما يتعلق ببعض الأشياء الخطيرة التي يحتويها المبنى فإنه لا يتطلب لقيام المسؤولية العقدية للمالك وجود علاقة سببية بين تقصيره في الصيانة وبين حدوث الضرر<sup>1</sup>.

كما أن مسؤولية المؤجر مالك المبنى لا يمكن التمسك بها، إلا إذا كان العيب غير ظاهر وكان المستأجر يجهله مثال حالة كون البناية معرضة للفيضان بسبب موقعها فهذا من العيوب التي لا يسأل عنها المؤجر، لأنه من السلبات الطبيعية التي قد تعتري الشيء<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: تحقق إخلال المالك بالتزامات عقد إيجار المباني

إن العلاقة التي تربط مالك المبنى بالمضروب علاقة عقدية، إذ أن المضروب هو مستأجر المبنى فتكون المسؤولية مصدرها عقد الإيجار لأن الضرر الذي أصاب المستأجر قد نشأ عن عدم تنفيذ مالك المبنى للمؤجر لالتزامه التعاقدية، ويشترط لتحقيق إخلال المالك بالتزامات عقد إيجار المباني ما يلي:

- أن يكون الضرر أصاب المستأجر المتعاقد ناشئ عن إخلال المالك المؤجر لالتزاماته التعاقدية.

- ضرورة إعدار المستأجر للمؤجر (المالك) من أجل تنفيذ التزاماته بالصيانة أو أي إصلاحات ضرورية وترميمات مستعجلة.

### أولاً: ضرر المستأجر الناشئ عن إخلال المالك المؤجر بالتزاماته.

ففي حالة إصابة المبنى المؤجر بخلل من جراء تقصير المالك المؤجر في القيام بالترميمات فلا يقتصر حق المستأجر على طلب فسخ الإيجار فقط كما تقضي به المادة

<sup>1</sup> Yves LEQUETTE et Nicolas MOLFESSIS, Quel avenir pour la responsabilité civile, op, cit, p12

<sup>2</sup> Vincent Brulhart, La responsabilité civile du locataire et les dommages causés aux immeubles par les événements naturels : questions choisies en matière de couverture d'assurance, op, cit, p 16.

477 من القانون المدني الجزائري، بل له أيضا أن يطلب تعويضات عما يصيب شخصه أو ماله من الضرر بسبب هذا الخلل ويشترط في ذلك شرطين:

**1-** ألا يكون الضرر الذي أصاب المبنى المؤجر قد حدث قضاء وقدرًا، بل يجب أن يكون هناك تقصير من المالك المؤجر يكون أساسًا لقيام مسؤوليته المدنية، ويعد تقصيرًا مجرد عدم قيامه بالترميمات الضرورية مع علمه بضرورة القيام بها والخطر الذي ينجم عن تركها، ولكن إذا كان المستأجر نفسه قد أهمل دوره، أو اشترط المؤجر في عقد الإيجار أنه غير مسؤول عن الترميمات مع علم المستأجر بالخطر، فلا مسؤولية على المالك المؤجر، وهنا قد تقوم المسؤولية العقدية للمستأجر تجاه المالك المؤجر إذا سبب إهماله ضررًا للمبنى<sup>1</sup>.

**2-** أن يكون الضرر قد أصاب المستأجر والذي يستحق من أجله التعويض ليس ناشئًا من مجرد فسخ الإيجار، وإنما أن يكون هناك ضرر أصاب المستأجر في شخصه أو أهله كزوجته وابنائهم أو حتى زواره باعتباره هو المتعاقد مع المالك المؤجر أو مسه في مصلحه مشروعة له أو في ماله وكل ذلك بسبب عدم قيام المالك المؤجر بالترميمات الضرورية<sup>2</sup>.

**ثانياً: ضرورة إعدار المالك المؤجر من طرف المستأجر للقيام بأعمال الصيانة.**

ويقصد بذلك إخطار المستأجر لمالك المبنى بضرورة تنفيذه لالتزامه بصيانة المبنى المؤجر من أجل بقاءه على الحالة التي كان عليها وقت التسليم، وقيامه أيضا بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار باستثناء الترميمات الخاصة بالمستأجر<sup>3</sup>، وبهذا الخصوص نصت المادة 480 من القانون المدني الجزائري: " في حالة عدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بالصيانة وبعد إعداره بموجب محرر غير قضائي، يجوز للمستأجر المطالبة بفسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار دون الإخلال بحقه في التعويض"،

<sup>1</sup> Vincent Brulhart, La responsabilité civile du locataire et les dommages causés aux immeubles par les événements naturels : questions choisies en matière de couverture d'assurance, op. cit, p 4.

<sup>2</sup> عيد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص255، 256.  
<sup>3</sup> المادة 479 فقرة 1 و2 من الأمر رقم 58-75 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني الجزائري.

إذا كانت الترميمات مستعجلة، جاز للمستأجر أن يقوم بتنفيذها على حساب المعني بها.<sup>1</sup> كما أنه ليس للمستأجر أن يطالب المالك المؤجر بتعويض عما يترتب من ضرر بسبب نقص في صيانة المبنى إلا بعد إعدار المؤجر لإجراء الإصلاحات اللازمة، فضلا عن ذلك لا تقوم مسؤولية مالك المبنى العقدية في حالة تدهم المبنى، إذا كان المضرور من المبنى لا تربطه علاقة عقدية بالمالك وليس من أهل المستأجر أو زواره، فيكون في هذه الحالة مالك المبنى مسؤول مسؤولية تقصيرية لا عقدية.<sup>2</sup>

كما أنه قد تقوم المسؤولية المشتركة بين مالك المبنى المؤجر والمستأجر إذا ثبت أن الضرر الذي لحق بالمبنى هو نتيجة إخلال كل منهما بالتزاماته، ففي هذه الحالة يتم تقاسم المسؤولية،<sup>3</sup> إلا أنه من الملاحظ أن القانون المدني لا يضع إطار واضح لتقدير التعويض الذي قد يترتب عن الإخلال بالتزامات التعاقدية.<sup>4</sup>

### المبحث الثالث

#### الضرر الناتج عن تدهم المباني في القانون المدني الجزائري

كانت الأضرار الناشئة عن تدهم المباني موضع دراسة رجال القانون منذ القدم، وقد مرت هذه المسؤولية بتطورات مختلفة حتى اضحت على مر الزمن نظرية قائمة بذاتها تشغل احكامها جزءا كبيرا هاما من احكام المسؤولية المدنية عن أضرار المباني.

كما أن نصوص شريعة حمورابي تعرضت للمسؤولية في مسائل البناء، حيث كان الباني يتعرض للموت إذا سقط البناء على صاحب البيت وقتله وقد يقتل ابن الباني أو ابنته، إذا سقط البناء على ابن أو ابنة صاحب البيت وذلك وفقا للمادتين 229 و 230 من تلك النصوص.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> الامر رقم 75-58 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 255.

<sup>3</sup> Philippe BRUN, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, op. cit, p 326.

<sup>4</sup> François TERRE, Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, op. cit, p 39.

<sup>5</sup> محمد عبد الرحمن السليفاني، عقوبة الإعدام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- دراسة مقارنة-، مطبعة هاوار دهاوك، ط1، 2003، ص 170.



وقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية الضرر الناتج عن تهدم البناء كمسألة فرعية في الضرر الناتج عن الجمادات، وعبروا عليه بسقوط الحائط المائل أو سقوط زوائد البناء، وقد أجمع الفقهاء على أنه من بنى حائطا مائلا من البداية سواء كان ميله إلى الطريق العام أو إلى ملك شخص آخر، ثم سقط وأحدث ضرر فعليه الضمان، فقد جاء في المغني لابن قدامة "وإذا بنى في ملكه حائطا مائلا إلى الطريق، أو إلى ملك غيره ... وسقط على شيء فأتلفه، ضمنه؛ لأنه متعد بذلك، فإنه ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره"<sup>1</sup>.

أما فيما يخص المشرع الجزائري، فإنه قد تعرض إلى المسؤولية الناشئة عن تهدم البناء من خلال المادة 140 الفقرة الثانية من ق.م "مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء أو عيب فيه"<sup>2</sup>.

مقتبسا الحكم من القانون المدني المصري في المادة 177<sup>3</sup>، إلا أنه هذا حذو القانون الفرنسي في جعل المالك هو المسؤول .

ولقد اختلفت التشريعات حول مسألة تحديد الشخص المسؤول عن التهدم، فهناك من اعتبر أن المسؤول عن تعويض المتضرر هو الحارس الذي كان البناء تحت حراسته، أما البعض الآخر فقد اعتبر أن المسؤولية تقع على عاتق المالك باعتبار أن السلطة الفعلية تكون في يده، أما المشرع الجزائري فكان من بين أحد التشريعات التي تعتبر المالك مسؤولا عن تهدم البناء، وبالرجوع إلى المادة 140 الفقرة 2 و3 من ق.م.ج<sup>4</sup> نجدها قد حددت موضوع الشخص المسؤول عن تهدم البناء المتمثل أساسا في المالك مع ضرورة وجود تهدم البناء، بالإضافة إلى تمكين المتضرر من مطالبة المالك باتخاذ الإجراءات الوقائية لدرء الضرر الذي قد يصيبه من جراء التهدم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الدكتور محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي المجلد1، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، 1419 هـ، ص 108.

<sup>2</sup> الأمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> قانون رقم 131 سنة 1948، المتعلق بإصدار القانون المدني المصري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 106 سنة 2011، جبر، عدد 28 صادر في 16-06-2011.

<sup>4</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

استنادا لما سبق، فإن المسؤولية عن تهدم البناء لا تتحقق إلا إذا توفرت شروطها كاملة، التي سنتطرق لها من خلال ثلاثة مطالب، في المطلب الأول؛ ملكية البناء، وفي المطلب الثاني؛ تهدم البناء الكلي أو الجزئي، وحدث الضرر بسبب تهدم البناء في المطلب الثالث.

### المطلب الأول: ملكية البناء

يتعين على المضرور أن يرفع دعواه ضد مالك البناء باعتباره صاحب الصفة، فالدعوى لا ترفع إلا من ذي صفة، فبالرجوع إلى نص المادة 140 في فقرتها الثانية التي تنص "مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر..."، جعل المسؤولية عن تهدم البناء تقع على عاتق المالك باعتباره صاحب السلطة الفعلية وهو المتصرف الوحيد في أمره، ومن خلال ما سبق سنتحدث عن وجود البناء بداية ثم الحديث عن خطأ المالك.

### الفرع الأول: وجود البناء

يقصد بالبناء ذلك الشيء المتماسك الذي يشيده الإنسان ويكون ثابت في حيز الأرض ومتصلا بها قرار<sup>1</sup>، مما يجعله غير قابل للفك دون تلف وبغض النظر عن أنواع وطبيعة المواد المستعملة أثناء تشييد البناء خشبا كان أو حجارة، جبسا أو طينا أو مواد صناعية أخرى كالبلاستيك<sup>2</sup>.

كما لا يهم الغرض الذي شيد البناء من أجله بحيث لا يشترط أن يكون معدا للسكن وإنما قد يكون التشييد بهدف تحقيق غرض اقتصادي كتربية الدواجن أو حظيرة للخيل أو مخزن للحبوب أو حتى مستودع للبضائع<sup>3</sup>، ويدخل ضمن نطاق البناء كل ما يعتبر متصلا بالأرض اتصالا دائما سواء كان ذلك لفترة زمنية طويلة أو قصيرة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح ق.م. الجديد، م2، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 1213.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.437.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.421.

<sup>4</sup> يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في ق.م، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر، عمان، 2009، ص.367.

كما يعتبر بناء كل الجسور والإنفاق والقناطر بالإضافة إلى الجدران والتمائيل والسدود، حظائر الحيوانات والأعمدة التذكارية، وليس من الضروري أن يكون البناء قد شيد بقصد الدوام بل يكفي استقراره على سطح الأرض أو في جوفها كأكشاك البضائع والمعارض التي تقام من أجل عرض البضائع<sup>1</sup>.

ولا يشترط أن يكون البناء ما تم تشييده على أرض الواقع فقط، وإنما يصدق البناء كذلك على ما هو في جوف الأرض كالأنابيب المياه والغاز والأنفاق، كما يمكن أن يكون البناء شيئاً آخر غير هذا كالحائط الفاصل بين عقارين مملوكين لشخصين أو لمالك واحد أو السور المحيط بالعقار<sup>2</sup>.

ويصدق كذلك مفهوم البناء على أجزاء العقار التي تعتبر من ملحقاته كالأبواب والنوافذ والشرفات والسلالم، واللوحات المثبتة على وجهات البيوت بغرض التزيين<sup>3</sup>.

ولا يعتبر بناء كل من المنقولات التي تعتبر عقارات بالتخصيص<sup>4</sup>، كآلات الحرث والرّي والآلات التي تستخدم لصيانة البناء، كذلك الأسلاك الكهربائية والهواتف المعلقة في الهواء وخطوط الانترنت<sup>5</sup>.

كما لا تعتبر الأشجار وقطعة الأرض بناءاً، فإذا تطايرت من الأرض شظايا أو وقوع انهيار في إحدى مرتفعاتها وألحقت ضرراً بالغير فلا يعتبر هذا الضرر الناتج عن تدهم البناء<sup>6</sup>، لذا تطبق على هذه الأخيرة أحكام المسؤولية الناشئة عن الأشياء الغير الحية طبقاً لنص المادة 138 من ق. م. ج<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 421.

<sup>2</sup> اليوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص. 367، و انظر كذلك بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 421.

<sup>3</sup> محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2006، ص. 716.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 421.

<sup>5</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح ق.م، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية: فعل المستحق التعويض، دار

الهدى للطباعة، الجزائر، 2011، ص. 241.

<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 1214.

<sup>7</sup> جاء نص المادة كالتالي: « كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال و التسيير والرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي سببته ذلك الشيء. و يعفى من المسؤولية، الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحلة الطارئة أو القوة القاهرة

ولا تعد المواد التي تجمع بفعل الطبيعة بناءً، كالرمال التي يجمعها الرياح، والصخور والنباتات، بالإضافة إلى المعسكر والسيّاح<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: خطأ المالك

لا يكفي لمساءلة المالك عن تهدم البناء وفقاً لنص المادة 140 الفقرة الثانية من ق.م.ج<sup>2</sup>، أن تتحقق ملكيته للبناء فقط، وإنما يشترط كذلك أن ينسب الخطأ الذي أدى إلى التهدم إليه وفي الغالب ما يكون خطأه راجع إلى إهماله لصيانة البناء أو قدمه أو عيب فيه وهذا الخطأ قد ورد في النص القانوني سالف الذكر.

### أولاً: الإهمال في الصيانة

يعتبر مالك البناء الملزم الأول باتخاذ الإجراءات الخاصة بالترميم ويظل هذا الالتزام عالقا في ذمته حتى ولو قام بتأجيله للغير باعتبار أن المستأجر لا يحل محل المالك (المؤجر)<sup>3</sup>

لكن في حالة ما إذا كان تهدم البناء راجعاً إلى نقص في الصيانة بسبب خطأ المستأجر، وأدى ذلك إلى إلحاق ضرر بالغير وقام المؤجر بتعويض الضحية عما أصابه يكون له الحق الرجوع على المستأجر ومطالبته بالمبلغ المدفوع على أساس قواعد المسؤولية العقدية<sup>4</sup>.

### ثانياً: قدم البناء

إن المشرع الفرنسي عكس بعض التشريعات الأخرى لم يعتبر قدم البناء ضمن العيوب الواجبة لقيام مسؤولية مالك البناء، لكن الفقه والقضاء الفرنسيين قد أضافاه، أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري فقد اعتبره المالك مسؤولاً عن الأضرار الناجمة عن تهدم البناء إذا كان راجعاً إلى قدمه، ونجد أن التهدم قد يحدث إما في البناء القديم أو في البناء الجديد

<sup>1</sup> حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.715.

<sup>2</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.326.

<sup>4</sup> كامل فؤاد، المرجع السابق، ص.86.

سبب وجود عيب في التشييد<sup>1</sup>، ويمكن اعتبار قدم البناء بمثابة دليل على إهمال المالك لالتزامه باتخاذ الإجراءات اللازمة للترميم والإصلاح<sup>2</sup>.

### ثالثاً: وجود عيب في البناء

بالرجوع الى الفقرة الثانية من نص المادة 140 من ق.م.ج<sup>3</sup> فإن مالك البناء هو الذي يتحمل مسؤولية تدمره الذي يرجع سببه الى عيب في التشييد كسوء اختيار أو استعمال مواد البناء، أو ارتكاب خطأ أثناء التصميم أو التنفيذ، كما يمكن أن يكون بسبب الدراسة السطحية للمشروع<sup>4</sup>، حتى ولو كان السبب الحقيقي لهذا الاخير راجع الى خطأ المقاول أو المهندس المعماري وهذا ما أدى بالبعض إلى اعتبار أن مسؤولية المالك في هذه الحالة شبيهة جدا بنظام المسؤولية عن فعل الغير<sup>5</sup>.

لكن نجد أن المشرع قد سمح لمالك البناء بالرجوع عليهما استنادا لقواعد الضمان العشرية متى توافرت شروطها القانونية طبقا لنص المادة 554 من ق.م.ج<sup>6</sup>.

### المطلب الثاني: تهمد البناء

يشترط لقيام مسؤولية مالك البناء أن يحدث التهمد الفعلي أي تفكك الأجزاء المكونة للبناء، لكن القانون أجاز للشخص المههد بخطر تهمد البناء أي قبل حدوثه فعلا، أن يطالب المالك باتخاذ التدابير الوقائية اللازمة لمنع حدوث التهمد وذلك طبقا لنص المادة 140 في فقرتها الثالثة من ق.م.ج، كما أن تهمد البناء قد يحدث أثناء عملية التشييد، لذلك سندرس أحكام تهمد البناء من خلال البحث عن ثلاثة حالات، حالة خطر تهمد البناء (الفرع الأول) ثم حالة التهمد للبناء (الفرع الثاني)، وأخيرا حالة حدوث التهمد أثناء التشييد (الفرع الثالث).

<sup>1</sup> علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 183،184.

<sup>2</sup> اسعدي فايزة، المرجع السابق،ص.29،28.

<sup>3</sup> امر رقم 57-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>4</sup> كامل فؤاد، المرجع السابق،ص.88

<sup>5</sup> Catherine(G) ,juris classeur,respon cvil, Fasc, 152, précité, N°7

<sup>6</sup> انظر المادة 554 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

## الفرع الأول: خطر تهدم البناء

إن مسؤولية مالك البناء لا يمكن إثارتها إلا في حالة ما إذا كان الضرر الذي مس بالغير ناتج عن التهدم الفعلي للبناء، لكن هذا لا يمنع من مطالبة المالك إتخاذ التدابير الوقائية لمنع سقوط البناء أو تدممه كلياً أو جزئياً<sup>1</sup>، ويرجع أساس هذا الإجراء إلى القانون الروماني، الذي كان يسمح للشخص المهدد بوقوع الضرر بحق مطالبة مالك البناء بإصلاح الخلل الموجود فيه، وفي حالة رفضه يجوز للمتضرر إجراء هذه الإصلاحات الضرورية على نفقة مالك البناء<sup>2</sup>، إلا أن هذا الإجراء لم ينتقل إلى القانون المدني الفرنسي على أساس أن المادة 1386 من ق.م.ف<sup>3</sup>، لم تنص عليه، بينما نجد أن القانون المدني المصري الجديد أقرّ بحكم اتخاذ التدابير الوقائية وذلك من خلال نص المادة 177 منه<sup>4</sup>.

ونجد أنّ المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع المصري، وذلك في نص المادة 140 الفقرة الثالثة من ق.م.ج التي تنص: "... ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر. فإن لم يقم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن المحكمة فب اتخاذ هذه التدابير على حسابه".

فوفقاً لنص المادة سالفه الذكر، المشرع الجزائري أقرّ باتخاذ الإجراءات الوقائية قصد تجنب وقوع الضرر<sup>5</sup>، وفي حالة رفض المالك يجوز للمتضرر رفع دعوى وقائية لا تنطوي على معنى التعويض، يطالب فيها باتخاذ الإصلاحات الضرورية لدرء الخطر، بحيث يكفي تحقق معنى التهديد بوقوع الضرر من جراء البناء دون وقوعه فعلاً<sup>6</sup>، ومثال عن ذلك، حالة وجود جدار آيل للسقوط يهدد المسكن المجاور فيتعين على صاحبه تنبيه المالك بضرورة إصلاح الضرر وتثبيت أو إزالة الجدار كإجراء أولي وإن لم يقم المالك بذلك أعطى القانون الحق للشخص المهدد بالضرر برفع دعوى وقائية يتم من خلالها طلب التنفيذ بالإصلاح على نفقة المالك.

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 243.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 425.

<sup>3</sup> Xavier Henri, François Jacobe, op.cit, p.1488.

<sup>4</sup> القانون رقم 131 سنة 1948، المتعلق بإصدار ق.م.م، المرجع السابق.

<sup>5</sup> فيلالى علي، المرجع السابق، ص 257.

<sup>6</sup> محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 244.

وتكون مسألة تقدير خطر تهدم البناء من عدمه للقضاء، أمّا إذا كان البناء تحت حراسة أحد الأشخاص غير المالك وقام هذا الأخير باتخاذ التدابير الوقائية لعدم انهياره، فله حق الرجوع على المالك الحقيقي بما أنفقه<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التهدم الفعلي للبناء

يقصد بتهدم البناء تفكك أجزاءه وانفصاله على الأرض بعد ما كان يتصل بها اتصال قرار<sup>2</sup>، والتهدم يكون إمّا كليًا أو جزئيًا، كسقوط حائط من المبنى أو وقوع سقف إحدى غرفه، أو انهيار بعض درجات السلم أو بعض أبوابه<sup>3</sup>.

كما يقصد بالتهدم أيضًا، تجزئة البناء وتفكك عناصره التي كانت متماسكة مما يجعله غير صالح للغرض الذي أعدّ من أجله<sup>4</sup>.

ويعرف الأستاذ Villard تهدم البناء؛ أنه عبارة عن تخريب البناء وسقوطه من تلقاء نفسه ويضيف ذلك أنّ فكرة التهدم تحتوي على فكرة التلف المادي وفكرة انهيار وسقوط المواد المتصلة بالبناء<sup>5</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه أنّ أحكام المسؤولية عن تهدم البناء، تطبق فقط في حالة التهدم غير الإرادي أمّا بالنسبة لحالة التهدم الإرادي للبناء فلا يعتد بها<sup>6</sup>، فمالك البناء في هذه الحالة الأخيرة غير مسؤول عما يصيب الغير نتيجة عدم اتخاذ الاحتياطات التي تقتضيها عملية التهدم للبناء.

<sup>1</sup> على سليمان، المرجع السابق، ص.187.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.1214.

<sup>3</sup> محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص.239، و انظر كذلك بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.422.

<sup>4</sup> حسن علي الذنون و محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج. 1: مصادر الالتزام، دار وائل للنشر، عمان، 2002، ص.345.

<sup>5</sup> Villard Antoine , La responsabilité civil délictuelle ,office, des publications universitaire, Alger, 1980, p 110.

<sup>6</sup> قالتهدم غير الإرادي، يرجع سببه إلى وجود عيب في التشييد أو في استعمال مواد البناء أو إهمال في الصيانة، كما يمكن أن يكون العيب راجع إلى الأرض التي تم البناء عليها كأن تكون غير صالحة للبناء، أما التهدم الإرادي كقيام المالك بتهدم البناء تفاديا منه لخطر وقوعه و إصابة الغير بضرر، أو بغرض تشييد بناء آخر مكانه، أو لأي سبب من الأسباب الدافعة للتهدم، نقلا عن بلمختاري سعاد، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول البناء، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص.150

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 140 من ق.م.ج<sup>1</sup>، فإن مسؤولية المالك تقتصر فقط على الأضرار الناجمة عن التهدم الفعلي للبناء، وإذا لم يتهدم البناء فلا مجال لتطبيق أحكام المادة السالفة الذكر المقابلة لنص المادة 177 من القانون المدني المصري<sup>2</sup>، ونص المادة 1386 من القانون المدني الفرنسي<sup>3</sup>، حتى ولو كان الضرر آتيا من البناء<sup>4</sup>، ومثال عن ذلك، الشخص الذي سقط من فتحة موجودة على سطح منزل غير محاط بحاجز وقائي فلا يعد ذلك ناتجا عن تهدم البناء، وإنما يتعين على المضرور المطالبة بالتعويض على أساس المادة 124 من ق.م.ج<sup>5</sup>، بشرط إثبات الخطأ من طرف المسؤول، غير أن سقوط جسم صلب من النافذة أو شرفة المنزل و وقع على أحد الأشخاص المارين فألحق به أذى، لا يعتبر ضررا ناجما عن تهدم البناء ما دام أنّ سقوط الجسم لم يكن نتيجة التهدم<sup>6</sup>، مما يؤدي إلى استبعاد تطبيق المادة 140 الفقرة الثانية من ق.م.ج<sup>7</sup>، وتطبيق حكم المادة 138 منه المتعلقة بالمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء<sup>8</sup>.

وبما أنّ المشرع الجزائري قد حصر مجال المسؤولية عن البناء وجعلها مرتبطة بواقعة التهدم، نتساءل عن حكم التهدم الذي يقع بسبب الحريق؟

إذا شب حريق في بناء وتسبب في إضرار الغير، ولم يكن هذا الضرر ناتجا عن تهدم البناء<sup>9</sup>، في هذه الحالة يتم استبعاد أحكام نص المادة 140 الفقرة الثانية من ق.م.ج<sup>10</sup> وتطبيق أحكام المسؤولية عن الحريق الذي سنتطرق إليه لاحقا في هذا، أما إذا وقع التهدم بعد فترة زمنية من نشوب الحريق فتقوم مسؤولية المالك، لأنه في هذه الحالة يعتبر المالك مقصرا في صيانة البناء خلال تلك الفترة الممتدة بين الحريق والتهدم<sup>11</sup>. كما يسأل مالك

<sup>1</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>2</sup> القانون رقم 131 لسنة 1948، المتعلق بإصدار القانون المدني المصري، المرجع السابق.

<sup>3</sup> Xavier Henri, François Jacob, op.cit., p.1488.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.423.

<sup>5</sup> جاء نص المادة كالتالي: كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض .

<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.1214.

<sup>7</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

<sup>8</sup> المرجع نفسه.

<sup>9</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.1216، و انظر كذلك علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.182.

<sup>10</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>11</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.424.



البناء أيضا في حالة ما إذا كان سبب نشوب الحريق الذي أدى إلى انهيار البناء هو وجود عيب في ذلك البناء، كوضع أنابيب أو الأسلاك الكهربائية بصفة خاطئة<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: تهدم البناء أثناء التشييد

لقد واجه كل من الفقه والقضاء الفرنسيين صعوبة عندما تعرضا لمسألة تهدم البناء أثناء مرحلة التشييد، بالرغم من وضوح نص المادة 1386 من ق.م.ف<sup>2</sup> والتي تقابلها نص المادة 140 الفقرة الثانية من ق.م.ج، التي اعتبرت المالك هو المسؤول عن تهدم البناء .

ونجد أنّ الاجتهاد القضائي الفرنسي القديم، اعتبر أن التهدم في طور التشييد أو بالاحرى على المباني التي لم تكتمل ولم تسلم بعد<sup>3</sup>، يكون المقاول والمهندس المعماري مسؤولين بالتضامن عن الضرر الذي يحدث للغير من جراء تهدم البناء<sup>4</sup>، لذا يدعوا هذا القضاء المضروور على توجيه دعوى التعويض ضد المقاول، وذلك استنادا إلى نص المادة 1382 من ق.م.ف<sup>5</sup> والتي تقابلها المادة 124 من ق.م.ج<sup>6</sup> أو إلى المادة 1384 في فقرتها الأولى من ق.م.ف<sup>7</sup> التي تقابل المادة 138 ق.م.ج<sup>8</sup>، المتعلقة بمسؤولية حارس الأشياء، باعتبار أن المقاول أثناء فترة التشييد يعتبر حارسا للبناء وله سلطة إدارة أعمال التشييد.

<sup>1</sup> عدنان ابراهيم السرحان و نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص.514.

<sup>2</sup> Xavier Henri, Francois Jacob, op.cit., p.1488.

<sup>3</sup> Catherine (G),Juris- classeur, Respon civil, Fasc, 152 ,précité, No40.

<sup>4</sup> محمود جلال حمزة، العمل الغير مشروع، باعتباره مصدر الإلتزام، القواعد العامة، القواعد الخاصة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص.333.

<sup>5</sup> L'article dispose : Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer."

<sup>6</sup> أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

<sup>7</sup> L'article dispose "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde".

<sup>8</sup> امر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

إلا أنّ جانب آخر من الفقه يرى بأن مالك البناء في مرحلة التشييد هو المسؤول عن تدممه باعتباره مالكا لأجزاء البناء الذي لم يكتمل بعد، فهو لا يستطيع التخلص من المسؤولية بإلقائها على المقاول أو المهندس المعماري الذي تولى عملية التشييد<sup>1</sup>.

ويرى الاستاذ Mazeaud أنه إذا اعتبر المالك مسؤولا أثناء سريان أشغال البناء، فإن له أن يرجع على المهندس المعماري أو المقاول على أساس قواعد المسؤولية العقدية<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لموقف الفقه الجزائري، يرى بأن كل المقاول والمهندس المعماري مسؤولين عن الأضرار الناجمة عن تهمد البناء<sup>3</sup> بعد تسليم العمل وفقا لقواعد العامة في المسؤولية، بالتضامن بعد تمام انجاز البناء وتسلمه للمالك لمدة عشرة سنوات<sup>4</sup>، وهذا ما تقضي به المادة 554 من ق.م.ج<sup>5</sup>.

إلا أنّ الرأي الأكثر اقناعا هو القائل بأن المالك مسؤولا عن الضرر الناجم عن تهمد البناء، سواء كان التهمد قد حصل أثناء مرحلة التشييد أو بعد التسليم النهائي للعمل، لأن المادة 140 الفقرة الثانية من ق.م.ج جاءت عامة وجامعة لا تميز بينما إذا كان التهمد حاصلًا أثناء عملية التشييد أو بعد الإنتهاء من التشييد وتسلم الأعمال.

### المطلب الثالث: الضرر بسبب تهمد البناء

يشترط لقيام مسؤولية مالك البناء وفقا لنص المادة 140 الفقرة الثانية من ق.م.ج، أن يكون الضرر الذي لحق بالغير ناجما عن تهمد الفعلي للبناء، وباعتبار أنّ الضرر ركن جوهري في المسؤولية المدنية، ومن ثمة في حالة غيابه، فلن تكون المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية، وذلك بناء للقاعدة الشهيرة " لا دعوى بغير مصلحة"، كما يعتبر الضرر بمثابة مقياس لتقدير مبلغ التعويض الذي يستحقه المتضرر.

<sup>1</sup> محمود جلال حمزة، العمل الغير المشروع، المرجع السابق، ص 333.

<sup>2</sup> Mazeaud (H.L et J) : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle, Tome2, 6ème ed, par tune (A), Montchrestien, 1970, N°1019.S , p. 30 .

<sup>3</sup> قد يكون سبب التهمد الكلي أو الجزئي راجع إلى العيب في الأرض التي أقيم عليها البناء، أو العيب في التصميم لعدم مراعاة الأصول الفنية في وضعه، أو إلى سبب راجع إلى عيب في المواد المستعملة في البناء، نقلا عن عبد الرزاق حسين يسين، المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري ومقاول البناء، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1987، ص.ص. 699-696.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.419.

<sup>5</sup> جاء نص المادة كالتالي: « يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهمد كلي أو جزئي...»

من خلال ما سبق ذكره، سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الضرر في الفرع الأول، ثم إلى شروطه في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: تعريف الضرر

إنّ المشرع الجزائري لم يورد تعريفاً خاصاً بالضرر، بل ترك أمر تعريفه للفقهاء، فهناك من عرفه على أساس أنه "إخلال بمصلحة محققة ومشروعة للمتضرر في ماله أو شخصه"، وبعبارة أخرى الضرر هو ذلك الأذى الذي يلحق بالشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له<sup>1</sup>، والضرر قد يكون إما ضرراً مادياً يمس الشخص المضرور في ذمته المالية، أو ذلك الأذى الذي يلحق الشخص في جسمه<sup>2</sup>، كما قد يكون الضرر أدبياً يصيب الشخص في شعوره أو في عواطفه أو كرامته<sup>3</sup>.

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على تعويض الضرر المعنوي لكن بالرجوع إلى نص المادة 124 من ق.م.ج، فقد جاءت عامة وشاملة ولم تميز بين أنواع الضرر، ما إذا كان مادياً أو معنوياً، بالإضافة إلى عدم وجود نص قانوني خاص بالتعويض عن الضرر الأدبي لا يعني ذلك عدم خضوعه للتعويض<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: شروط الضرر

يشترط في الضرر القابل للتعويض أن يكون الضرر شخصياً ولقد اتفق الفقهاء والقضاء على أنّ دعوى المضرور لا تقبل إلاّ إذا ثبت ضرراً لحقه شخصياً، في جسده أو في ماله أو في نفسه<sup>5</sup>، كما يجب أن يكون الضرر محققاً ويشترط في الضرر لكي يكون قابلاً للتعويض عنه أن يكون محقق الوقوع، والمقصود بهذا الأخير أن لا يكون احتمالياً وإنّما

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 767.

<sup>2</sup> موري زابدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2012، ص 121-123.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 764.

<sup>4</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 243، 244.

<sup>5</sup> العوجي مصطفى، ق.م، المسؤولية المدنية، ج.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 219.

يشمل ذلك الضرر الحال الذي أصاب المضرور وقت المطالبة بالتعويض، كما يشمل الضرر المستقبل الذي سيتحقق وقوعه<sup>1</sup>.

ويشترط كذلك أن يكون قد مس بمصلحة مشروعة للمضرور أي المصلحة التي يحميها القانون، بتعبير آخر يجب ألا تتعارض مصلحة المضرور مع القانون، أو مع النظام العام والآداب العامة، وإلا رفضت دعوى المضرور لغياب المصلحة المشروعة<sup>2</sup>، وأخيراً أن يكون الضرر لم يسبق التعويض عنه، فمما لا شك فيه أنه لا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض واحد على نفس الضرر، فإذا قام محدث الضرر بالتعويض الاختياري فيعتبر قد أوفى بالتزامه ولا محل لمطالبته بتعويض آخر عن ذات الضرر<sup>3</sup>.

### المبحث الرابع

#### الضرر الناتج عن نشوب حريق بالمباني في القانون المدني الجزائري

إن المشرع الجزائري قد تعرض إلى المسؤولية الناشئة عن الحريق من خلال نص المادة 140 الفقرة الأولى من ق.م.ج التي تنص: "من كان حائزاً بأي وجه كان لعقار أو جزء منه، أو منقولات حدث فيها حريق لا يكون مسؤول نحو الغير عن الأضرار التي سببها هذا الحريق إلا إذا أثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم"، ويتضح من خلال هذا النص، أن مسؤولية حائز العقار أو المنقول لا تقوم إلا إذا تحققت شروطها.

هنا نشير إلى أن الجانب الذي نركز عليه في دراستنا هاته هو المسؤولية الناشئة عن الحريق الذي ينشب في عقار مبني أو جزء منه، فالمشرع الجزائري رتب المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالغير من جراء نشوب الحريق في مبني.

وعليه سنتناول في هذا المبحث؛ شروط المسؤولية الناشئة عن الحريق في مطلبه الأول، ونشوب الحريق في العقار محل الحيازة في مطلبه الثاني.

<sup>1</sup> مرقس سليمان، الوافي في شرح ق.م.ج، في الالتزامات، م.1: في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، ط.5، بون، مصر، 1988، ص.139. وانظر كذلك اسعدي فايزة، المرجع السابق، ص.24.

<sup>2</sup> مدوري زايدي، المرجع السابق، ص.138.

<sup>3</sup> اسعدي فايزة، المرجع السابق، ص.24. وللتنصيل حول شروط تحقق الضرر انظر حسين عامر وعبد الرحمن عامر، المسؤولية المدنية التفسيرية والعقدية، ط.2، دار المعارف، 1979، ص.ص.342-333.

## المطلب الأول: شروط المسؤولية المدنية الناشئة عن الحريق

من الممكن أن تشتعل النار في عقار مبني أو جزء منه كما قد يمتد إلى المنقولات حيث يحدث ضررا للغير فنتج عنه مسؤولية من جراء اندلاع الحريق، وعليه يشترط لقيام هذه المسؤولية مجموعة من الشروط مقررة بنص المادة 140 في فقرتها الأولى من ق.م.ج<sup>1</sup> التي إن اجتمعت تحققت المسؤولية الناشئة عن الحريق، وعليه يتعين على المضرور أن يوجه دعواه ضد حائز العقار أو المنقول الذي اشتعلت فيه النيران.

ويشترط لتحقيق المسؤولية الناشئة عن الحريق ثبوت الحيازة في الشخص المسؤول فالمشرع الجزائري لم يضع تعريفا خاصا بها، بل اكتفى فقط ببيان طريقة اكتسابها وانتقالها وأسباب زوالها، بالإضافة إلى أثرها إذا اقترنت بمدة التقادم المكسب المتمثل في اكتساب الملكية، وهذا ما استدعى تدخل الفقه لوضع تعريف لها أنها وضع مادي بقصد التملك، لذا يجب أن تقترن السيطرة الفعلية بنية التملك، أما التعريف الاصطلاحي للحيازة فهو الضم والامتلاك<sup>2</sup>، وبما أن نص المادة 140 في فقرته الأولى قد أقر بأن المسؤول عن الأضرار الناشئة عن الحريق هو الحائز، فهذا يتطلب الحديث عن الخطأ الشخصي للحائز أولا، ثم يليه الحديث عن خطأ الغير الواقعين تحت رقابة الحائز.

## الفرع الأول: الخطأ الشخصي للحائز

تشتترط المادة 124 من ق.م.ج<sup>3</sup>، تشتترط صراحة لقيام المسؤولية المدنية إثبات خطأ الشخصي للفاعل ليعتبر ملزما بتعويض الغير عن الضرر الذي لحق به، وعليه سنتحدث في هذا العنصر عن، المقصود بالحائز، ثم خطأ الحائز، وأخيرا إثبات خطأ الحائز.

## أولا: المقصود بالحائز

يقصد بالحائز من كان الشيء في حيازته وله السلطة الفعلية عليه أي له سلطة الاستعمال والتسيير والرقابة بأي وجه كان سواء كان مالكا أو غير مالك فالأساس هنا هو

<sup>1</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>2</sup> زهوبن ميسون، لاكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، قسنطينة، 2007، ص.5.

<sup>3</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

الحيازة بأي صفة، سواء كانت سلطته شرعية كعقد الملكية أو عقد الإيجار أو غير شرعية<sup>1</sup>، والحيازة قد يتحصل عليها الشخص إما بحسن نية أو سوء نية<sup>2</sup>

وبالرجوع إلى نص المادة 140 في فقرتها الأولى من ق.م.ج، فالحائز هو حارس العقار الذي شب فيه الحريق<sup>3</sup>.

ولقد بينت محكمة النقض الفرنسية ما المقصود بالحارس بإعتباره " ذلك الشخص الذي تكون له السلطة الفعلية على الشيء، لا بمجرد الحيازة القانونية، و يستوي أن تكون له على الشيء سلطة شرعية أو غير شرعية، بل يكفي أن تكون له سلطة استعماله لصالح نفسه دون صالح غيره وتمكنه من مراقبته و تسييره<sup>4</sup>.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد عرف الحراسة بمعناها القانوني في المادة 138 في فقرتها الأولى من ق.م.ج، التي تنص: " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".

وبالعودة إلى نص المادة 140 الفقرة الأولى من ق.م.ج التي تنص: "من كان حائزا بأي وجه كان لعقار أو جزء منه أو منقولات... " فإن دلالة استعمال المشرع الجزائري للفظ الحائز بدلا من الحارس يعود إلى النقل الحرفي للفقرة الثانية من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي<sup>5</sup>، طالما أن العبرة في الحراسة تكون بالسيطرة الفعلية على الشيء، لذا يظل البائع قبل تسليم المبيع حارسا له، أما بعد التسليم تنتقل الحراسة للمشتري فيصبح هو الحارس حتى ولو كان عقد البيع المبرم بينهما عقدا باطلا أو قابل للإبطال، لكون أنه لا يأخذ بانتقال الملكية لتحديد الحارس وإنما يأخذ بالسيطرة الفعلية على الشيء<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.437، وانظر كذلك، محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.85. وكذا محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.238

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.437.

<sup>3</sup> على علي سليمان، المرجع السابق، ص.190.

<sup>4</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.85.

<sup>5</sup> dispose: "Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable."

<sup>6</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.85، وانظر كذلك بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.438.

وقد تنتقل الحراسة إلى الدائن المرتهن للعقار، أو الحائز بنية التملك سواء كان ذلك بحسن نية أو بسوء نية، وتعتبر السيطرة الفعلية على الشيء قد انتقلت من المالك الحقيقي إلى أحد هؤلاء، لذا ففي حالة ما إذا شب الحريق في عقار محل الحراسة وثبت خطأ الحائز أو خطأ من كان تحت حيازته العقار أو المبنى يعتبر مسؤولاً عن الأضرار التي لحقت بالغير من جراء الحريق<sup>1</sup>.

من خلال ما سبق يتضح أن المقصود بالحيازة، تلك الحيازة المعنوية وليس الحيازة المادية بدليل أن المشرع الجزائري قد أشار إلى الحيازة بوجه عام لما استعمل عبارة "الحائز بأي وجه كان"<sup>2</sup>، فالمشرع لم يميز بين الحيازة المادية والحيازة المعنوية<sup>3</sup>.

وبذلك فإن مالك العقار في الأصل هو حائزه، وفي حالة ما إذا ادعى عكس ذلك فيقع على عاتقه إثبات أن العقار الذي شب فيه الحريق وسبب ضرراً للغير لم يكن تحت حيازته أثناء وقوع الضرر<sup>4</sup>، أي يشترط عليه إثبات فقدانه للسيطرة على العقار، لكون أن السلطة الفعلية انتقلت إلى شخص آخر، وتنتقل حراسة العقار بإحدى الطريقتين، إما بإرادة الحائز من خلال قيامه بتصرفات القانونية بإرادته كإبرام عقد الإيجار أو رهن رسمي<sup>5</sup>. وإما أن تنتقل الحراسة إلى شخص ثاني دون إرادة حائز العقار وذلك في حالة الاستلاء على العقار، ونجد أن المشرع قد مكن مالك العقار من الاستعانة بكافة طرق الإثبات على انتقال حيازة العقار محل الحريق للغير وقت وقوع الضرر<sup>6</sup>.

### ثانياً: خطأ الحائز

إن الخطأ في حيازة العقار ينسب للحائز نفسه، فالمستقر عليه فقها وقضاء أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال، أي بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي ويتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يصطنع

<sup>1</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.85.

<sup>2</sup> فيلالى علي، المرجع السابق، ص. ص. 247، 248.

<sup>3</sup> يقصد بالحيازة المادية سلطة مباشرة الأعمال المادية التي يقوم بها من له الحق على الشيء، أما الحيازة المعنوية فهي الإستعمال الشيء بنية التملك، بحيث يظهر الحائز أمام الناس بمظهر صاحب الحق محل الحيازة نقلاً عن زهوين ميسون، المرجع السابق، ص.ص. 20\_13.

<sup>4</sup> آلان بينابنت، القانون المدني، الموجبات -الالتزامات-، ترجمة: منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، بيروت، 2004، ص.408.

<sup>5</sup> حسنين محمد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص.201.

<sup>6</sup> حسنين محمد، المرجع السابق، ص.201.

في السلوك اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، وعليه إذا انحرف الحائز عن هذا السلوك الواجب وكان مدركاً لهذا الانحراف، كان هذا منه خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية<sup>1</sup>، فكل شخص ارتكب خطأ وألحق ضرراً بالغير يعتبر مسؤولاً وملزماً بالتعويض حسب المادة 124 من ق.م.ج.<sup>2</sup>

ولكي تتم مساءلة حائز العقار عن خطئه يشترط توفر عنصري الخطأ المتمثلان في العنصر المادي والعنصر المعنوي.

**1- العنصر المادي للخطأ:** يتمثل أساساً في فعل التعدي وهو الإخلال بالتزام قانوني بعدم إضرار الغير، فمن أجل اعتبار الحائز محدث الضرر مخطئاً لا بد أن يكون قد انحرف في سلوكه عن سلوك الرجل العادي<sup>3</sup>

**2- العنصر المعنوي للخطأ:** يتمثل في الإدراك حيث لا يمكن مساءلة حائز العقار عن الأضرار التي يسببها العقار الذي تحت حوزته لإنحرافه في سلوك الحراسة، إلا إذا كان مدركاً لهذا الانحراف<sup>4</sup>.

فالإدراك مرتبط بالتمييز وهذا ما نصت عليه المادة 125 من ق.م.ج " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو إمتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً وعلى هذا الأساس لا يكون الحائز مسؤولاً عن أفعاله الضارة إلا إذا توفر فيها ركنا الخطأ وهما التعدي والإدراك.

### ثالثاً: إثبات خطأ الحائز

إن المشرع الجزائري في نص المادة 140 في فقرتها الأولى من ق.م.ج.<sup>5</sup> اقر بأن مسؤولية حائز العقار الذي شب فيه الحريق لا تتحقق إلا بعد اثبات الضحية أن السبب الرئيسي لضرر الذي لحق به يرجع الى خطأ الحائز نفسه، كما يشترط كذلك على المضرور إثبات وقوع الضرر الذي أصابه بالإضافة إلى العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في ق.م.ج، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995، ص.63.

<sup>2</sup> أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.64.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص.67.

<sup>5</sup> أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.



وبالرجوع إلى الشرط الذي وضعه المشرع الجزائري في نص القانون سالف الذكر نجد أن وضع المسؤول عن الحريق الحائز احسن من وضع حارس الشيء أو حارس الحيوان لكون أن المتضرر من الحريق لا يستفيد من افتراض الخطأ كما هو الحال في حراسة الشيء أو الحيوان أين تطبق قواعد الشريعة العامة<sup>1</sup>، التي كرسها نص المادة 124 من ق.م.ج، حيث يتحمل في كلتا الحالتين المتضرر عبء اثبات خطأ الحارس المسؤول<sup>2</sup>.

وما يمكن الإشارة إليه في الأخير أنه في حالة ما إذا ظل سبب الحريق مجهولاً، فإن حائز العقار محل الحريق لا يكون مسؤولاً عن الأضرار التي لحقت بالغير من جراء نشوب الحريق في ماله إلا في حالة ما إذا اثبت وجود تقصير من طرفه ومشاركته بخطئه في اشتعال النار<sup>3</sup>.

لهذا على المتضرر للمطالبة بحقه في التعويض، أن يقيم الدليل على خطأ الحارس فالخطأ كما نرى خطأ غير مفترض بل يتعين على المدعي أن يثبت أن المدعى عليه قد انحرف عن سلوك الرجل العادي، فأدى هذا الانحراف إلى وقوع ضرر، فإذا ما أثبت المدعي ذلك قامت مسؤولية المدعى عليه، و أضحى الخطأ ثابت في جانبه<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: خطأ الغير الذي يتحمله الحائز

تعتبر المسؤولية عن خطأ الغير مسؤولية من طبيعة خاصة لكون الأصل فيها أن المرء لا يسأل إلا عن فعله الشخصي ولا يتحمل تبعه فعل غيره، إلا أن تطبيق هذا المبدأ قد يكون في بعض الأحيان شديدة الوطأة على الضحية، كأن يكون الفاعل غير مميز، فلا يمكن إثبات الخطأ من جانبه ومن ثمة لا يسأل، أو يكون تابعا لا مال له فلا تتحصل الضحية على التعويض، ولتوضيح ذلك سنتطرق في هذه النقطة؛ إلى خطأ الشخص الواقع تحت رقابة الحائز، ثم ثم خطأ التابع.

<sup>1</sup> فيلالي علي، المرجع السابق، ص. 246

<sup>2</sup> فيلالي علي، المرجع نفسه، ص. 246.

<sup>3</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص. 88، و أنظر كذلك فيلالي علي، المرجع السابق، ص. 246.

<sup>4</sup> محمود جلال حمزة، المرجع نفسه، ص. 95

## أولاً: خطأ الشخص الواقع تحت رقابة الحائز

لقد تضمن المشرع الجزائري موضوع مسؤولية متولي الرقابة صراحة في نص المادة 134 من ق.م.ج<sup>1</sup>، التي تستند على الخطأ المفترض في واجب الرقابة، وهذا يعني أنه لا مسؤولية إذا انعدم واجب الرقابة، والغرض من هذا الواجب هو منع الخاضع للرقابة من الإضرار بالغير بسبب حالة القصر أو حالته العقلية أو الجسمية<sup>2</sup>، فلو أن قاصراً تسبب في اندلاع النار في عقار أو جزء منه أحدث ضرراً قامت إلى جانب مسؤولية الحائز المبنية على خطأ ثابت مسؤولية متولي الرقابة المبنية على الخطأ المفترض<sup>3</sup>.

ويشترط لقيام مسؤولية متولي الرقابة توافر شرطين:

## 1- حاجة الشخص للرقابة

لقد نصت المادة 134 من ق.م.ج بصريح على أن رقابة شخص بحاجة إلى رقابة، وعليه مسؤولية متولي الرقابة لا تتحقق إلا في حالة وجود التزام بالرقابة الذي يكون مصدره إما القانون أو الاتفاق<sup>4</sup>. ويرجع سر الالتزام للرقابة إلى حاجة شخص الموضوع تحت الرقابة إليها، وذلك بسبب قصره أو حالته الجسمية أو العقلية وذلك كالأعمى والمجنون، ذي الغفلة والمعتوه، ومن ثمة فإذا لم يوجد التزام بالرقابة، فلا تقوم مسؤولية متولي الرقابة، أما في حالة ما إذا لم يكن الشخص في حاجة إلى رقابة فإن المسؤولية عن أعماله غير المشروعة تقع على عاتقه وحده<sup>5</sup>.

## 2- صدور عمل غير مشروع

وهذا الشرط أشارت إليه المادة 134 من ق.م.ج، حيث يكون متولي الرقابة ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه من هو تحت رقابته بفعله الضار، فلا بد أن يقع عمل غير مشروع على الغير لكي تقوم مسؤولية متولي الرقابة.

<sup>1</sup> جاء نص المادة كالتالي: كل من يجب عليه قانوناً أو لإتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار. و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

<sup>2</sup> فيلالي علي، المرجع السابق، ص.123.

<sup>3</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.95، 96.

<sup>4</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.405-408، وانظر كذلك، بلحاج العربي، المرجع السابق ص.289.

<sup>5</sup> محمود جلال حمزة، العمل الغير المشروع، المرجع السابق، ص.169.

وبالتالي يستلزم لقيام مسؤولية متولي الرقابة أن يصدر من القاصر فعل يعتبر إخلالاً بواجب أو إنحراف عن مسلك الشخص العادي بغض النظر عن توافر عنصر الإدراك أو التمييز أو عدم توفره<sup>1</sup>.

### ثانياً: خطأ التابع

تقوم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بمقتضى أحكام المادة 136 من ق.م.ج<sup>2</sup> بمجرد توافر شروطها، وتكون الضحية معفاة من إثبات فعل المتبوع، سواء أكان ذلك خطأ أو فعل الضار.

وعليه تكون المسؤولية الملقاة على عاتق المتبوع هي مسؤولية مفترضة<sup>3</sup>، كأن يسأل حائز العقار المحترق عن اندلاع الحريق بسبب خطأ تابعه، فإذا أقام المضرور الدليل على خطأ التابع أثناء القيام بوظيفته أو بسببها، قامت مسؤولية المتبوع ولا يستطيع نفيها ولكن له حق الرجوع على تابعه في الحدود التي يكون فيها مسؤولاً عن تعويض الضرر<sup>4</sup>.

ويشترط لقيام مسؤولية المتبوع عن تابعه توافر شرطين:

#### 1- وجود علاقة تبعية:

تقتضي المادة 136 من ق.م.ج<sup>5</sup>، بأن هذا النوع من المسؤولية يفترض وجود علاقة تبعية بين شخصين، يكون أحدهما متبوعاً والآخر تابعاً، ويقصد بالعلاقة التبعية أن يعمل التابع عملاً ما تحت الرقابة وتوجيه المتبوع، وبمقتضى هذه الرابطة يتولى المتبوع سلطة فعلية في رقابة التابع، و توجيهه بخصوص نشاط معين وعمل معين<sup>6</sup>.

#### 2- صدور خطأ من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها

يعتبر شرط صدور خطأ من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها شرطاً جوهرياً، إذ لا تقوم مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه إلا إذا صدر من التابع فعل ضار يلحق ضرراً بالغير

<sup>1</sup> حسن علي الفنون و محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.324.

<sup>2</sup> جاء نص المادة كالتالي: يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقفاً منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها. و تتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع

<sup>3</sup> فيلالى علي، المرجع السابق، ص. 162، 163.

<sup>4</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.96.

<sup>5</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>6</sup> فيلالى علي، المرجع السابق، ص.122-161، وانظر كذلك، دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص.98.

أثناء أداء العمل أو بسببه، لأنه لا يجوز مساءلة على كل أفعال التابع الضارة حتى ولو لم تكن هناك صلة بينها وبين الوظيفة.<sup>1</sup>

### ثالثاً: إثبات خطأ الغير

لا يسأل الحائز عن الأضرار الناشئة عن الحريق إذا ثبت الخطأ في جانبه فحسب وإنما يسأل كذلك عندما يثبت الخطأ في جانب الأشخاص الذين يسأل عنهم، وقد أراد المشرع الجزائي من هذا الرجوع إلى القواعد التي تحكم المسؤولية عن فعل الغير، لذا فبمجرد إثبات المضور الخطأ في جانب من هم تحت رقابة الحائز قامت مسؤولية هذا الأخير عن الحريق الذي نشب بخطئهم<sup>2</sup>، وفي هذه الحالة تكون مسؤولية الحائز مفترضة.

### المطلب الثاني: نشوب حريق في العقار محل الحيازة

إن مسؤولية حائز العقار وفقاً لنص المادة 140 الفقرة الأولى من ق.م.ج<sup>3</sup>، لا تقوم بمجرد نشوب الحريق، وإنما يشترط أن يكون محل الحريق عقاراً بالإضافة إلى ضرورة تسرب الحريق إلى ممتلكات الغير وإتلافها.

مما سبق سنتحدث في هذا المطلب من خلال تحديد طبيعة الشيء الذي اندلع فيه الحريق في الفرع الأول، يليه حريق مال المسؤول في الفرع الثاني، وأخيراً تسرب الحريق إلى ممتلكات الغير في الفرع الثالث.

### الفرع الأول: طبيعة الشيء الذي شب فيه الحريق

لقد ثار جدل فقهي حول تحديد مفهوم الشيء محل نشوب الحريق، لكون أن بعض الفقهاء اعتبروا أن الأمر يقتصر فقط على الأشياء المنقولة، فيما رأى البعض الآخر أن مجال تطبيقها يتعدى الأشياء المنقولة ليشمل حتى الأشياء الغير المنقولة، ويعتبر هذا الأخير

<sup>1</sup> أنور طلبة، المسؤولية المدنية، المسؤولية التقصيرية، ج3، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص.404، وانظر كذلك، العوجي مصطفى، القانون المدني، ج. 2، المسؤولية المدنية، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص. ص. 467-474.

<sup>2</sup> محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص. 95.

<sup>3</sup> أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

هو الراجح، باعتبار أن كل من الفقه والقضاء قد سعا إلى فكرة التعميم، وإطلاق مصطلح الشيء على المنقول والعقار على حد سواء<sup>1</sup>،

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري في نص المادة 140 في فقرتها الأولى من ق.م.ج<sup>2</sup>، فقد اعتبرا أن الشيء الذي تشتعل فيه النيران قد يكون عقارا أو منقولا بغض النظر عن طبيعتهما باعتبار أن العقار قد يكون عبارة عن بناء أو عقار بالتخصيص، أو عقار بطبيعته، أما طبيعة المنقول قد يكون سيارة أو برميل من النفط... الخ.<sup>3</sup>

كما نجد أن المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون نشوب الحريق في كامل العقار لقيام مسؤولية الحائر عن الأضرار التي لحقت بالغير، بل اكتفى بنشوبه في جزء منه فقط دون الجزء الآخر، وبصرف النظر عما إذا كان الحريق خطرا في حد ذاته أو غير خطر<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: حريق مال المسؤول

لا مجال لتطبيق الفقرة الأولى من نص المادة 140 من ق.م.ج<sup>5</sup>، إذا لم ينشب حريق في مال المسؤول، ويقصد بهذا الأخير الحائر، إذ لا بد أن يكون الحريق الذي اشتعل في العقار الذي تحت سيطرته سببا في الحاق الضرر بالغير.

ويقصد بالحريق اشتعال النار في عقار الحائر بغض النظر عما إذا كان سبب الحريق محددًا أو غير محدد<sup>6</sup>.

أما الاستاذ فيلالي علي فعرفه على أساس أنه: " تلك النار التي تشتعل فجأة وبغثة بشكل لا يمكن للشخص السيطرة عليها نظرا لانتشارها السريع"<sup>7</sup>

<sup>1</sup> بوذياب سليمان، مبادئ القانون المدني، دراسة نظرية و تطبيقات عملية في القانون: الحق الموجب والمسؤولية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، لبنان، 2003، ص.178، محمود جلال حمزة، المسؤولية عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.86.

<sup>2</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.362.

<sup>4</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.86.

<sup>5</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع نفسه.

<sup>6</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.239، وانظر كذلك، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.439، وكذا علي سليمان، المرجع

السابق، ص.190.

<sup>7</sup> فيلالي علي، المرجع السابق، ص.244.

ونجد أن الحريق الذي ينشب في العقار قد يكون منبثق من إرادة الحائز وعمداً منه<sup>1</sup>، أو يكون خارجاً عن إرادته، بمعنى أنه لم يعتمد إشعال النار وإتلاف أموال وممتلكات الغير وإصابتهم بالضرر بفعل انتقال الحريق<sup>2</sup>.

ولقد تم استبعاد تطبيق أحكام المادة 140 في فقرتها الأولى من ق.م.ج<sup>3</sup> في حالة نشوب الحريق بسبب انفجار وإلحاق ضرر بالغير<sup>4</sup>، كأن ينشب حريق في إحدى العقارات بسبب تفجراً أو تسرب هذا الحريق إلى ممتلكات الغير، ففي مثل هذه الحالة فصاحب العقار الذي نشب فيه الحريق لا يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي لحق بالغير باعتباره لم يرتكب أي خطأ، وأما الضرر يرجع سببه الأساسي إلى الانفجار الذي وقع.

ونظراً للأهمية الكبيرة التي تحتلها الأضرار الناجمة عن الحريق يشترط لتطبيق الأحكام القانونية الخاصة به، أن يترتب عن نشوب الحريق تحطيم عقار المسؤول كلياً أو جزئياً مع إلحاق ضرر بالغير من جراء تسرب الحريق لممتلكاته الخاصة، لذا فيخرج من نطاق الحريق كل ضرر مست بالغير بسبب تطاير شرارات النار من مدخنة القطار أو الأشياء المستعملة داخل المباني والعقارات إذ أنه ليس منطقياً اعتبار النار التي تشتعل في ورقة كراس أو صحيفة أو حتى كبريت بمثابة حريق<sup>5</sup>.

### الفرع الثالث: تسرب الحريق إلى ممتلكات الغير

إن نشوب الحريق في عقار المسؤول الحائز بسبب ارتكابه لخطأ أو ارتكاب من هم مسؤولون عنهم للخطأ، لا يكفي لقيام المسؤولية عن الحريق وإنما يشترط تسرب ذلك الحريق إلى أموال الغير وإلحاق به ضرراً، وإذا تمعنا النظر في محتوى نص المادة 140 الفقرة الأولى من ق.م.ج<sup>6</sup>، فهي تهدف لتحقيق تعويض الضحية عن الأضرار التي مست ممتلكاته ممتلكاته من جراء الحريق الذي اندلع في عقارات الحائز المسؤول<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> فيلالي علي، المرجع نفسه، ص. 244.

<sup>2</sup> دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2004 ص. 87.

<sup>3</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>4</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص. 89.

<sup>5</sup> فيلالي علي، المرجع السابق، ص. 85، وانظر كذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 239، وكذا علي سليمان، المرجع

السابق، ص. 191.

<sup>6</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

<sup>7</sup> فيلالي علي، المرجع السابق، ص. 245.

ولقد استقر الفقه والقضاء على أنه لا يتم تطبيق الأحكام الخاصة بالمسؤولية الناجمة عن الحريق، إلا في حالة ما إذا كان هذا الأخير قد اشتعل أولاً في عقار الحائز وأنه هو السبب الوحيد والمباشر في إحداث ضرر للغير، كما يشترط أن يكون الضرر الذي لحق بالغير مثبت الصلة بالحريق وإلا تم الاستغناء عن تطبيق قواعد المسؤولية الناجمة عن الحريق<sup>1</sup>.

وعليه فإذا كان نشوب الحريق هو السبب الثاني في إلحاق ضرر بالمدعي المتضرر وذلك بسبب تدخل عامل مستقل وخارجي كالانفجار أو التماس كهربائي، جعل الحريق يحتل المرتبة الثانية في أحداث الضرر، ومثال ذلك، حدوث انفجار في أحد المباني مما أدى إلى نشوب الحريق وإلحاق ضرر بالبنائيات المجاورة، أو وجود التماس كهربائي تسبب في اندلاع الحريق في إحدى المنازل و ألحق ضرراً بالغير<sup>2</sup>.

ففي مثل هذه الحالات السابقة يطرح تساؤل حول مدى إمكانية ونص المادة 140 الفقرة الأولى من ق.م.ج<sup>3</sup> ،

وللإجابة عن هذا التساؤل يشترط التمييز بين حالتين:

**الحالة الأولى:** إذا لم يتدخل أي عامل في نشوب الحريق وكان هو السبب الرئيسي في انفعاله وإحداث ضرر للغير فيستبعد حتماً تطبيق أحكام المادة 140 الفقرة الأولى من ق.م.ج<sup>4</sup>،

**الحالة الثانية:** قد يكون نشوب الحريق سبباً في وقوع الانفجار أو الالتماس الكهربائي وتطابرت منه شرارات إلى مال الغير مما أدى إلى تضرره، وفي هذه الحالة تطبق الأحكام الخاصة بالمسؤولية عن الحريق، ويشترط على المتضرر إقامة الدليل على ارتكاب المدعى عليه أو من هم مسؤول عنهم لخطأ أدى إلى نشوب الحريق<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.439، وانظر كذلك، فيلالي علي، المرجع السابق، ص.245.

<sup>2</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.90.

<sup>3</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>4</sup> فيلالي علي، المرجع السابق، ص.245، وانظر كذلك محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.91، 90.

<sup>5</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.91، وانظر كذلك، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، السابق، ص.239.

أخيرا في حالة ما إذا لم يكن مال الحائز هو المتسبب في وقوع ضرر للغير، فيجوز للضحية المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه في ماله على أساس المادتين 124 و138 من ق.م.ج.<sup>1</sup>.

### المبحث الخامس

#### مضار الجوار غير مألوفة المرتبطة بالمباني في القانون المدني الجزائري.

الجوار أمر حتمي على الانسان باعتباره كائن اجتماعي ومدني بطبعه لا يستطيع أن يعيش إلا في جماعة ليتعاون مع أبناء جنسه على تحقيق ضرورات الحياة العادية لحياته وبقائه، على هذا الأساس أقرت القوانين والتشريعات إلزاما يقع على الجار بأن لا يسبب أضرارا غير مألوفة لجيرانه، وهذا ما جعل مصطلح الجوار مرتبط بمصطلح الضرر ارتباطا وثيقا وهو ما يرتب المسؤولية المدنية للمتسبب فيه.<sup>2</sup>

ولا يمكنني تحديد مضار الجوار غير المألوفة دون معرفة وتحديد مفهوم الجوار وكذا الضرر غير المألوف الذي يرتب المسؤولية، وفصله عن الضرر المألوف الذي لا يقيم المسؤولية ومن أجل ذلك سنتناول هذا العنصر في ثلاث مطالب، في المطلب الأول؛ مفهوم الجوار، وفي المطلب الثاني؛ مفهوم مضار الجوار غير مألوف، أما المطلب الثالث، فسننظر في نطاق تطبيق نظرية مضار الجوار غير مألوف.

#### المطلب الأول: مفهوم الجوار

الجوار أمر حتمي على الإنسان باعتباره كائن اجتماعي ومدني بطبعه، لا يستطيع أن يعيش إلا في جماعة ليتعاون مع أبناء جنسه على تحقيق ضرورات الحياة العادية لحياته وبقائه.

ومن هذا المنطق تتضح أهمية تحديد مفهوم الجوار خاصة وأن فكرة الجوار مرتبطة بالمسؤولية التي قررها المشروع الجزائري في المادة 691 ق.م.ج.<sup>3</sup> التي توجب على المالك في استعمال حقه بعدم التعسف إلى حد يضر بملك الجار ضررا غير مألوف.

<sup>1</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>2</sup> بولقراس سارة، المرجع السابق، ص 04.

<sup>3</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.



وبتحديد صفة الجار تتحدد أطراف المسؤولية سواء من ناحية المسؤول عن أحداث الضرر، أو من ناحية المضرور المستحق للتعويض، اللذان تربطهما رابطة الجوار، والملاحظ أن المشرع الجزائري حين وضع القواعد الخاصة بالمسؤولية عن مضار الجوار غير مألوفة لم يتطرق إلى مفهوم الجوار سواء من حيث نطاقه أو من حيث مداه إذ نص في الفقرة الثانية من المادة 691 ق.م.ج على: " ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ..."، يتضح من هذا النص أن كلمة جار جاءت مطلقة، لذا من الضروري مفهوم الجوار لارتباطه بالمسؤولية التي نحن بصدد دراستها.

### الفرع الأول : تعريف الجوار

لتطبيق نظرية الجوار غير المألوفة كان لابد من تحديد مفهوم الجوار باعتباره مناط تطبيق هذه النظرية ، فلا يتوقع أن تثار المسؤولية عن المضار غير المألوفة ما لم يقع نزاع بين شخصين أو أكثر ، توافرت لدى كل طرف منهم صفة الجار مهما كان الموقع القانوني لكل واحد منهم ، أي مضرورا أو مسؤولا عن ضرر أو محدثا له<sup>1</sup>.

ونظرا لأهمية تحديد معنى الجوار فإننا سنحاول التطرق له من جميع جوانبه من خلال العناصر الآتية :

### أولا: التعريف اللغوي للجوار

الجوار؛ بكسر الجيم مصدره جاور، ويقال : جاور جوارا ومجاورة أيضا. ومن معاني الجوار المساكنة والملاصقة، والإعتكاف في المسجد، والعهد والأمان. ومن الجوار الجار، ويطلق على معان عديدة منها: المجاور في المسكن، والشريك في العقار أو التجارة، والزوج والزوجة، والحليف، والناصر، جارا لغيره إلا وذلك الغير جار له، كالأخ

<sup>1</sup> أشرف جابر سيد، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة الناشئة عن أعمال البناء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 21.

والصديق، حيث دل مصطلح الجوار على معنى الملاصقة والقرب كالسكن أو نحوه كالباستان و الحانوت ...<sup>1</sup> .

### ثانيا: التعريف الإصطلاحي للجوار:

يتخذ الجوار مدلولاً إذا نظرنا له من زاوية شخص الجار ومدلولاً بالنظر إليه من حيث الأموال أو العقارات التي تنشأ، حيث اختلف الفقهاء حول تحديد مفهوم موحد للجوار بالنظر إليه من ناحية الأموال ومرجع هذا خلال يدور أساساً حول مدى الجوار، فهل يشترط التلاصق بين العقارات للقول بتحقيقه أم أن التجاور من بعيد كاف لتحقيق ذلك.

يرى غالبية الفقهاء أنه لا ينبغي تقييد نطاق الجوار للقول بتحقيق المسؤولية عن المضار غير المألوفة لأن الجوار حسبهم يشمل العقارات ويتعداه إلى المنقولات<sup>2</sup> .

وعلى الرغم من أن ضبط تعريف اصطلاحى دقيق للجوار تعثر به بعض الصعوبات إلا أن ذلك لم يمنع الفقهاء من الإجتهد في إيجاد تعريف له، حيث عر بأنه : " النطاق أو الحيز المكاني أو الجغرافي الذي يتجاور فيه الأشخاص و الأموال أيا كانت طبيعتها وسواء كانت متلاصقة أم غير متلاصقة، والذي يتحدد بالمدى الذي يمكن أن يصل إليه أذى الأنشطة المجاورة والذي يختلف تبعا لذلك من حالة إلى أخرى بحسب هذه الأنشطة"<sup>3</sup> .

يتبين لنا جليا من خلال هذا التعريف بأن حالة الجوار تتحقق سواء في العقارات المتلاصقة أو غير المتلاصقة، بالإضافة إلى أنه اعتمد معيار الضرر في تحديد علاقة الجوار حيث تمتد إلى الحد الذي يصل فيه أذى الأنشطة التي تحدث ضمن بيئة الجوار .

### ثالثا: التعريف القانوني للجوار

لا يوجد تعريف للجوار ضمن النصوص القانونية الواردة بالقانون المدني الجزائري ولا في ما تضمنته القوانين المقارنة، حيث اكتفت هذه القوانين وعلى غرارها القانون

<sup>1</sup> ابن منظور ، لسان العرب ، مادة جاور ، الطبعة الأولى ، دار المعارف ، القاهرة ، مصر ، دون سنة نشر ، ص 617

<sup>2</sup> عبد الرحمان على حمزة ، المرجع السابق ، ص 79

<sup>3</sup> عطا سعد محسن محمد حواس ، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة ، الإسكندرية ، مصر ، 2001 ص 98 .

الجزائري بتنظيم علاقات الجوار وتبيان القيود الواردة عليها، إذ تضمنت القيود محددة الجراء على مخالفتها دون أن تبين معنى الجوار<sup>1</sup>.

غير أن هذا النقص في التعريف لا يعني بأن الجوار ظاهرة ليس لها مدلول قانوني، وما يؤكد ذلك اعتراف أغلب التشريعات المقارنة بما فيها التشريع الجزائري بنظرية مضار الجوار غير المألوفة، وهذا لأن تعريف الجوار تعريفا قانونيا ثابتا ومحددا من بين الأمور التي يصعب حسمها بدقة، وذلك لكون فكرة الجوار ذلت طابع مرن متغير فلا يمكن إخضاعها لمعيار ثابت، ما عدا التجاور الجغرافي الدائم وغير المؤقت سواء بين الأشخاص أو الأشياء<sup>2</sup>.

فرغم تناول المشرع الجزائري للالتزامات الجوار لم يتعرض لنطاق الجوار باستثناء بعض القيود المتعلقة بتلاصق العقارات، أي أن المضار تتحقق فقط في العقارات المتلاصقة دون سواها، كحق المطل وفتح المناور<sup>3</sup>.

وبالنسبة للمدلول القانوني للجوار من حيث الأشخاص فهو فكرة تتسم بالحدائثة، حيث أنها لم تعد مقتصرة على الترابط بين الملكيات المتجاورة فقط، بل تجاوزت هذا الإعتبار لتشمل النشاطات الفردية التي لم تعد محصورة في علاقة المالكين فقط، بل تعدت إلى المستأجرين والشاغلين للعقار على اختلاف صفاتهم، بمعنى أنه لا يهم إن كانوا أقارب أو أصدقاء أو ضيوف زائرين، وذلك على أن يبقى مالك العقار هو المسؤول الأول على تخصيص عقاره للمنفعة العامة أو الخاصة، وعليه فالقانون لا يقصد مجموعة عقارات متلاصقة وحسب، بل يعني بصفة عامة استعمال الأمكنة المتلاصقة جغرافيا دون أي اعتبار للحائز الذي يستعملها<sup>4</sup>، ومن ثم فإنه يتضح لنا بأننا صفة المالك لا تعد شرطا جوهريا لقيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، علما أن المشرع الجزائري يؤكد على هذه

<sup>1</sup> زرارة عواطف، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 76.

<sup>2</sup> مروان كساب المرجع السابق، ص 20.

<sup>3</sup> انظر المواد من 703 إلى 711 من الأمر 58-75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، الجريدة لارسمية، العدد 72 مؤرخة في 1975/09/30.

<sup>4</sup> مروان كساب، المسؤولية عن مضار الجوار، ط 1، طباعة جون كلود الحلو الأشرقية، لبنان، سنة 1998، ص 16.

الصفة بموجب نص المادة 691 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها ما يلي : "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه ..."<sup>1</sup>.

ولهذا فإنه يبدوا أن المشرع الجزائري لم يوفق حين اشترط صفة المالك لقيام المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة، لأننا لو سلمنا بذلك تنتفي مسؤولية مستأجر العقار أو شاغله عما يحدثه من أضرار غير مألوفة بجاره، و الذي قد يكون هو الآخر مالكا أو مسأجرا أو شاغلا للعقار، وهو ما يفرض على المشرع إعادة النظر في صياغة هذا النص بما يتماشى وتبنيه لنظرية مزار الجوار غير المألوفة .

#### رابعاً: التعريف الفقهي للجوار

اختلف الفقهاء في تعريف الجوار من حيث مدى التلاصق الذي يتحقق به الجوار، حيث ذهب البعض منهم للقول بضرورة امتداد التلاصق بين العقارين بما يكفي، حتى يمكن القول بوجود الجوار بين العقارات<sup>2</sup>، وبذلك ترك هذا الإتجاه للقاضي تقدير كفاية التلاصق في تحقيق معنى الجوار تبعاً للحالة المعروضة عليه.

وذهب البعض الآخر من الفقهاء للقول بأن مجرد الإتصال بين عقارين في أقل قدر يكفي ليتحقق معنى الجوار<sup>3</sup> .

بل أن الدكتور شفيق شحاته يذهب إلى أبعد من ذلك بقوله : " لا يهم إذا كان الجار الذي لحقه الضرر جاراً ملاصقاً أو شخصاً آخر مقيماً بالحي على مسافة من المحل الذي يستعمل استعمالاً غير مألوف ..."<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر الأمر 58-75، المرجع السابق .

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 09 أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 1967، ص 568. و فريد عبد المعز فرج، التزامات الجوار كقيد من القيود الواردة على حق الملكية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، مصر، 1979، ص 86 وما بعدها .

<sup>3</sup> فيصل زكي عبد الواحد، أضرار البيئة في محيط الجوار و المسؤولية المدنية عنها، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة مصر، 1988، 1989، ص 30 وما بعدها . و زكي زكي زيدان، حدود المسؤولية عن مزار الجوار في الشريعة والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، مصر 1995، ص 56 .

<sup>4</sup> فيصل زكي عبد الواحد، المرجع نفسه، ص 30 .

ومن بين الفقهاء من اعتبر بأن مجرد اجتماع العقارات وتقارها في حي واحد يكفي لتحقق الجوار<sup>1</sup>، مما يعني بأن صفة التجاور يمكن أن تتحقق حتى ولو لم يتوافر شرط التلاصق<sup>2</sup> والذي لم يعد شرطاً أساسياً لذلك.

### المطلب الثاني: مفهوم مضار الجوار غير مألوف

لقد اكتفت معظم التشريعات لتحديد أنواع الضرر وتركت المجال للفقهاء للاهتمام بتعريفه عموماً فهو الأذى الذي يصيب الشخص على آخر مساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة. أما الضرر الذي يصيب الجار فاكتفى المشرع بوصفه بغير مألوفة التي تجاوزت الحد المألوف<sup>3</sup>.

ولأجل توضيح أكثر فكرة الضرر غير مألوف سنتطرق إلى تعريف الضرر غير مألوف في الفرع الأول، ثم الشروط الواجب توافرها في مضار الجوار غير مألوفة في الفرع الثاني، وفي الفرع الثالث خصائص الجوار غير مألوفة.

### الفرع الأول: تعريف الضرر غير المألوف

قبل التطرق إلى تعريف الضرر غير المألوف سوف نسلط الضوء على تعريف الضرر

#### أولاً: تعريف الضرر

الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية المدنية سواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية<sup>4</sup>، حيث يرى أغلب الفقهاء إلى أن الضرر هو مساس بمصلحة مشروعة للشخص<sup>5</sup>. أو بعبارة أخرى هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له<sup>6</sup>. سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة المتعلقة بسلامة جسمه أو

<sup>1</sup> مراد محمود محمد حسن حيدر ، التكليف الشرعي و القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة، دراسة تحليلية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 104 .

<sup>2</sup> عبد الرحمان على حمزة ، المرجع السابق ، ص 83

<sup>3</sup> شهيدة قادة، المرجع السابق، ص 82.

<sup>4</sup> زرارة عواطف، المرجع السابق، ص 49.

<sup>5</sup> دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام-، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص 78.

<sup>6</sup> فاضيلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 185.

عاطفته أو بماله أو حرите أو شرفه واعتباره أو غير ذلك<sup>1</sup>. ليتخذ الضرر بذلك صورتين ضرر مادي وضرر معنوي، والضرر ركن أساسي للمطالبة بالتعويض، فإذا لم يكن هناك ضرر، فلن يحصل المدعي على تعويض مهما كان هناك من خطأ، كما أن للضرر دور كبير في تقرير قيمة التعويض، لأن الغرض من التعويض هو إصلاح الضرر<sup>2</sup>.

والفعل الضار يعدّ من المصادر غير الإرادية للالتزام وهي من أهم المصادر وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية.

### ثانياً: التعريف القانوني لمضار الجوار غير المألوفة

لقد قيّد المشرع الجزائري حرية المالك في استعمال ملكه بعدم الإضرار بجاره، وذلك من خلال نص المادة 691 من القانون المدني الجزائري، وهو الأمر الذي طبقه القضاء الجزائري، من خلال قرار المحكمة العليا رقم 90943، الصادر بتاريخ 1992/06/16 والذي جاء فيه: " من المقرر قانوناً أنه يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار..."<sup>3</sup>.

ويعد الضرر غير المألوف أو الضرر الفاحش كما يسميه الفقه الإسلامي هو ما يكون سبباً للهدم، أو يخرج عن الانتفاع به، ويمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء كلية<sup>4</sup>.

وفي تعريف آخر للضرر غير المألوف: " هو أن يتعسف المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره"، وليس على الجار أن يرجح على جاره في مضار الجوار غير المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقار، وموقع كل منها بالنسبة للآخر، والغرض الذي خصه له. وهي تسمية مضار الجوار في الحقيقة هي وليدة الاجتهاد

<sup>1</sup> سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة وأركان المسؤولية، الخطأ والضرر، معهد الدراسات العربية بجامعة الدول العربية، 1972، ص 31.

<sup>2</sup> Philip le tourneretloicgdit, droit de la responsabilité, dalozaction, édition, béta, paris,1997,p174.

<sup>3</sup> المجلة القضائية، العدد الأول، قسم المنتديات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر، 1995، ص 101.

<sup>4</sup> مجلة أبو زهرة، المرجع السابق، ص 119.

القضائي ومن صنع الأعراف والتقاليد، وهي تسمية مميزة ومستقلة ذات مفهوم مرن يتحمل اعتبارات عدة لا يمكن استيعابها إلا بتحديد دقيق للضرر غير المألوف<sup>1</sup>.

### ثالثاً: التعريف الفقهي لمضار الجوار غير المألوفة

يقصد بمضار الجوار غير مألوفة ما يكون سببا للهدم وما يوهن البناء، أو يخرج عن الانتفاع به كلية ويمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء<sup>2</sup>.

يتبين من هذا التعريف أن مضار الجوار غير المألوفة يقتصر على الأضرار التي تصيب العقارات المملوكة للجيران دون الأضرار التي تصيب الأشخاص والمنقولات<sup>3</sup>.

ولعل السبب في ذلك طبيعة علاقة الجوار التي عاش فيها الأفراد في تلك الفترة وسهولتها، وعدم وصول التطور التكنولوجي والاقتصادي في ذلك الوقت إلى ما نعيشه ونشهده في وقتنا الحاضر، فلم يكن يتصور أن الأضرار قد تصيب الأشخاص في جسدهم أو في أموالهم، وعليه يجب على المالك الحرص على عدم تسبب تلك الأضرار<sup>4</sup>.

كما عرفت مضار الجوار غير المألوفة على أنها الضرر الفاحش الذي لم تجري العادة على تحمله أو هو الضرر الذي ليس من المعتاد أن يتحمله الجيران في منطقة معينة ووقت معين، كما نجد أنها عرفت بالضرر الذي يقلق الراحة، وهو بالتأكيد ضرر غير عادي، لأنه غير مألوف وخارج عن الإطار الطبيعي<sup>5</sup>.

رغم هذه التعاريف إلا ان تعريف مضار الجوار غير المألوفة تبقى مسألة مألوفة الضرر، وهي مسألة نسبية يصعب تحديد مفهومها بدقة نظرا للاختلاف بين الأشخاص في

<sup>1</sup> قاسي نسيفة، بلغربي كريم، نظرية مضار الجوار غير المألوفة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية- الجزائر، 2016-2017، ص14.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص120.

<sup>3</sup> حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، - أحكامها ومصادرها-، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998، ص147.

<sup>4</sup> عطا سعد محمد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص439.

<sup>5</sup> مراد محمد محمود حسن حيدر، التكييف الشرعي والقانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة، دراسة تحليلية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2009، ص285.

تحمل الضرر، فما قد يبدو مألوفاً لشخص في مكان معين، قد يكون غير مألوفاً في مكان آخر كالريف والمدينة، وبالتالي يصعب تحديد كون الضرر مألوف أم غير مألوف<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: خصائص الضرر غير المألوف

يتميز مضار الجوار بخصائص تتمثل في الاستمرارية وارتباط المسؤولية بفعل الجار إضافة إلى علاقة الجوار.

#### أولاً: خاصية الاستمرارية

تكتسب فكرة الضرر غير المألوف صفة الديمومة والاستمرارية، بمعنى أنه يكون متكرر ومتتابع<sup>2</sup>، دون اعتبار ما كان منه ظرفياً وانياً بضرر غير مألوف، فمثلاً الروائح الكريهة المنبعثة وكذلك الدخان المتصاعد من المدخنة باستمرار، كما يدخل في سياقها ما كان سبباً لضرر وتميز بخاصية الاستمرارية، فما كان منه أنياً أي فترة قصيرة أو تميز بالتقطع وعدم التتابع، فهو ليس بضرر غير مألوف وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في فرنسا إذ لا تعتبر الإزعاجات الظرفية والآنية من الأضرار غير العادية فلا يسأل عنها المتسبب، كونها بذلك مألوفة<sup>3</sup>.

#### ثانياً: ارتباط المسؤولية بالفعل الضار

تكون العبرة في قيام المسؤولية بالضرر لا بالخطأ المرتكب، حتى أن نص المادة 691 من القانون المدني الجزائري جاء بعبارة " إلى حد يضر بملك الجار..." والضرر هنا يعتبر ركن ثاني في المسؤولية المدنية، فلكي نقول أننا أمام مضار جوار غير مألوفة لأنه يسبب ضرراً لقيام المسؤولية وإلا لن نكون أمام مضار الجوار غير المألوفة.

ويذهب فقهاء القانون إلى اعتبار أن الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية المدنية سواء عقدية أو تقصيرية، فعذا تعسف المالك في استعمال ملكيته أو ارتكابه أي خطأ من شأنه

<sup>1</sup> محمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، (حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص27.

<sup>2</sup> مروان كساب، المسؤولية عن مار الجوار، الجامعة اللبنانية، بيروت، 2001، ص39.

<sup>3</sup> سليمان الهادي، المرجع السابق، ص84.



إحداث أضرار غير مألوفة لجاره، فإن الفعل قد يكون ارتباطاً بالمسؤولية مما يعني أنه مسؤول مسؤولية تقصيرية عن الأضرار التي أصابت جاره<sup>1</sup>.

### ثالثاً: علاقة الجوار

تقوم مضار الجوار غير المألوفة على علاقة الجوار أصلاً ومن دونها لا يمكن الحديث عن مضار الجوار، وهذا ما يستنتج من نص المادة 691 من قانون المدني الجزائري السالفة الذكر.

وترجع مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة إلى تنظيم خاص لعلاقات الجوار فهي مسؤولية يميل فيها إلى التضامن الاجتماعي بين الجيران، ذلك أن المالك المتجاورين يكونون مجموعة لها قوانينها التي يقضي بها العرف خاصة علاقة الجوار، فنظرية مضار الجوار تتميز بالأتساع والمرونة لتشمل بذلك الأضرار البيئية من ناحية، ومن جهة أخرى تشمل الجوار الجغرافي، فالمالك هنا لا يكون مسؤولاً عن هذه المضار، ذلك أن هذه المضار لا يمكن تجنبها<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث: نطاق تطبيق نظرية مضار الجوار غير مألوف

يلتزم المالك بالامتناع عن استعمال عقاره فيما يضر بملك الجار ضراً غير مألوفاً، فليس كل عمل ضار بالجار يوجب مسؤولية المالك، بل يجب التسامح وتحمل الضرر الذي تقتضيه طبيعة الجوار.

ولكي تتحقق نظرية مضار الجوار غير المألوفة لابد من توافر شروط معينة في الجار المسؤول والجار المضروب، من هنا نتطرق إلى شروط تحقيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة في الفرع الأول، والقيود التي ترد على الجوار بوجه خاص في الفرع الثاني.

<sup>1</sup> مروان كساب، المرجع السابق، ص39.

<sup>2</sup> ليلي طلبية، الملكية العقارية، الخاصة وفقاً لأحكام التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2011، ص117.

## الفرع الأول: شروط تحقيق نظرية مزار الجوار غير المألوفة

لتحقيق نظرية مزار الجوار غير المألوفة لابد من توافر شرطين أولهما تعسف المالك في استعمال حقه، وثانياً الضرر غير مألوف الذي يصيب الجار عند استعمال المالك لحقه وهو ما يقع في واقعنا الحالي<sup>1</sup>.

فشروط تحقيق نظرية مزار الجوار هي نفسها أسبا قيام المسؤولية الناشئة عن مزار الجوار غير المألوفة<sup>2</sup>.

## أولاً: تعسف المالك في استعمال الحق

يقصد بالتعسف في استعمال الحق: " استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له الحق استعمالاً من ضرر الغير، أو كانت الفائدة التي يحصل عليها لا تناسب ما يحدثه الاستعمال من ضرر للغير"<sup>3</sup>.

وهو كذلك: " استعماله بطريقة لا تتفق مع ما يقتضيه هذا الحق من استعمال بحسن نية، وبما يتفق مع الطبيعة الاجتماعية للحياة الانسانية التي تفرض وجود علاقات قانونية تنشأ منها حقوق وواجبات في المجتمع تقتضي استعمالها بما يحقق احترام هذه العلاقات"<sup>4</sup>.

أورد المشرع الجزائري ذلك في نص المادة 691 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تنص على: " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار". عرف التعسف كذلك بأنه استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة قانوناً بكيفية يلحق ضرراً بالغير بمعنى أن الاستعمال في حد ذاته مشروع، ولكن نتائجه أو أغراضه غير مقبولة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص73.

<sup>2</sup> سارة بولقراس، المرجع السابق، ص55.

<sup>3</sup> حاجي وهيب، جورادي فتيحة، دعاوي المالك في مواجهة مزار الجوار بشكل عام، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص06.

<sup>4</sup> فاضلي إدريس، المدخل إلى القانون - نظرية القانون، نظرية الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص395.

<sup>5</sup> حاجي وهيب، جورادي فتيحة، المرجع السابق، ص6.

كما عرف التعسف أيضا بان الجار مسؤولا حسب القانون العام عندما يستعمل ملكيته ليس بالاعتماد أو لمكاسب شخصية له، وإنما بنية إيذاء جاره، الضرر قد يكون اثر نشاط الجار وليس بتاتا الهدف لذا يكون تعسف في استعمال حق الملك<sup>1</sup>.

فالمالك وهو يستعمل حق ملكيته كان الدافع الذي يرمي إليه هو إحداث ضرر للجار دون أن يصيب منفعة من ذلك، يعتبر هذا الاستعمال تعسفا يستوجب مسؤوليته، كان يغرس أشجارا في أرضه بقصد حجب النور عن جاره<sup>2</sup>.

ومن المقرر قانونا أنه يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، ولما كان الثابت قضية الحال- ان النزاع يتعلق بالضرر اللاحق بالمدعى عليه في الطعن الناتج من انتشار الغاز المحروق الآتي من مدخنة حمام المدعي في الطعن وأن الخبرة المأمور بها قصد تحديد الضرر واقتراح حل لإنهائه- عند الاقتضاء فضلا على أن شرعية البنايات و مطابقتها مع المخططات الموقعة من طرف المصالح الإدارية لا تكون أساس النزاع، ولا يمكن أن تغطي الضرر الملحق – عند الاقتضاء – من احد الجيران وما دام أن قضاة الاستئناف انتقلوا إلى عين المكان ليشاهدوا الضرر، وحرروا محضر معاينة بتاريخ 1990/09/02 ركزوا عليه قرارهم وأن نتائج هذا المحضر لا تخضع لرقابة المحكمة العليا<sup>3</sup>.

واصطلاحا " هو القيام بفعل سعيا إلى إصابة الغير بضرر"<sup>4</sup>. ويفهم من هذا التعريف الاصطلاحي وجوب اقتران الفعل بنية الإضرار بالغير من أجل تحقق التعسف في استعمال الحق.

### ثانيا: الضرر الذي يصيب الجار

لقد حدد المشرع الجزائري كما سبق بيانه، نوع الأضرار التي يسأل الجار عنها ووصفها بالأضرار غير المألوفة، كما أعطى الجار المضروب حق المطالبة بجبر تلك

<sup>1</sup> Terré(f), simller(ph), droit civil- les biens -5éme éd , dalloz paris, 1998,p220.

<sup>2</sup> أحمد شوقي عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص 27.

<sup>3</sup> المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1995، ص101.

<sup>4</sup> ابن منظور ، المرجع السابق، ص2943.

الأضرار فقط عند الحد المألوف. فموقف المشرع كان واضحا في إقامة مسؤولية المالك عن التزامات الجار التي يفرضها عليه القانون وترتيب جزاء عن تلك الأضرار يتمثل في تعويضه الجار المضروب عنها.

ويختلف الضرر من شخص إلى آخر فالضرر الذي يعتبره أحد الأشخاص مألوفا وقابلا للتسامح بشأنه قد يعده شخص آخر غير مألوف تماما. نظرا للاختلاف بين ذهنيات الأشخاص وظروف معيشتهم فالشخص الذي يمكث ساعات قليلة بمنزله وقد يحدث العكس مثلا، فالشخص الذي يرجع إلى منزله في ساعات متأخرة من الليل لغرض الراحة والنوم بسبب طول ساعات العمل، هو شخص أكثر حاجة إلى عدم إزعاجه. وأكثر معاناة من صرر ذلك الإزعاج الذي قد يتعرض له من جاره مقارنة بشخص يعمل لساعات قليلة فقط<sup>1</sup>.

يختلف الضرر من منطقة لأخرى، فمثلا سكان الريف أقل تحملا للضجيج والهواء الملوث من سكان المدينة الذين ألفوا تلك المضار. فمصلحة الجار أولى بالرعاية من المصلحة التي يتوخاها صاحب الحق من استعماله لحقه<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: القيود التي ترد على الجوار بوجه خاص.

ترمي هذه القيود إلى تحقيق رعاية مصالح الجيران، ذلك أن أغلب هذه القيود ترد على الملكيات العقارية، وترجع بوجه عام إلى الجوار المتلاصقة، ومن بين هذه القيود توجد تلك المتعلقة بالعقارات المتلاصقة، وكذا المتعلقة بموارد المياه.

ومن هنا ارتأينا ضمن هذا الفرع الحديث عن القيود الواردة على المياه أولا، ثم القيود الواردة في الجوار ثانيا، وثالثا مظلة المناور .

<sup>1</sup> زرارة عواطف مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة، مرجع سابق ص 53 و 54.

<sup>2</sup> عبد الرحمن علي حمزة، مرجع سابق ص 105. عبد المنعم مفرج الصدة، مرجع سابق ص 55.

## أولاً: القيود الواردة على المياه

جاء تنظيم المشرع الجزائري لثروة المياه في صدارة القيود الواردة على حق الملكية للمصلحة الخاصة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 692 من القانون المدني على مايلي:

تعتبر جميع موارد المياه ملكا للجماعة الوطنية ويحتل استعمال المياه أهمية خاصة بالنسبة للإنسان، الماشية، للملاحة واستعمال القوة الكهربائية، حيث أن شروط الحياة والتنمية الاقتصادية في منطقة ما تتوقف على نظام المياه السائد فيها وهكذا اعتبرت موارد المياه ثروة قومية.<sup>1</sup>

أعطى المشرع الجزائري لنظام المياه أهمية خاصة لما لها من دور وأهمية بالغة في الزراعة، بل وفي الحياة بصفة عامة مصدقا لقوله تعالى " وجعلنا من الماء كل شيء حي."<sup>2</sup>

ولقد نظم المشرع الجزائري استعمال موارد المياه في قانون خاص هو القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 غشت سنة 2005 المتعلق بالمياه، الذي يهدف إلى تحديد المبادئ والقواعد المطبقة لاستعمال الموارد المائية وتسييرها وتنميتها المستدامة كونها ملكا للمجموعة الوطنية.<sup>3</sup>

قسم الفقه القيود المتعلقة بموارد المياه إلى ثلاثة أنواع من القيود تبعا ما ورد في القانون المتعلق بها، وهي القيد الخاص بحق الشرب والسقي، والقيد المتعلق بحق المجرى وقيد الصرف أو المسيل.

**1- حق الشرب:** " يعرف هذا الحق بأنه حق الشخص في أن يروي أرضه من مسقاه خاصة مملوكة لشخص آخر " <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> Alex,weile,droit civil, tom2, les biens, 2<sup>eme</sup> édition, précisdollez, Paris, 1974,P86.

<sup>2</sup> سورة الأنبياء، الآية 30.

<sup>3</sup> القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 60 سنة 2005.

<sup>4</sup> عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص72.

كما عرف بأنه " الحق في نصيب من الماء لسقي الزرع<sup>5</sup>، ويشترط لاستعمال هذا الحق أن يكون مالك المسقاة قد استوفى حاجته من الماء"<sup>6</sup> فالأصل أن الري من المسقاة المملوكة ملكية خاصة هو لمالكها.<sup>1</sup> ولكن لغير مالكها من الملاك المجاورين أيضا ري أرضهم و سقيها من مياه هذه المسقاة.

وبالرجوع إلى القانون الخاص بالمياه لم نجد نصا يعرف أو ينص صراحة على حق الشرب أو السقي الذي يشكل قيذا في آن واحد على خلاف حق الصرف وحق المجرى، أما بالرجوع إلى الفقه نجد أنه يعرف حق الشرب أو السقي بأنه : " الحق في نصيب من الماء لسقي الزرع."<sup>2</sup>

حق الشرب مقرر فقط للملاك المجاورين، كما أن هذا الحق يثبت للأراضي المجاورة للمسقاة ذاتها أو للأرض المسقاة.<sup>3</sup>

## 2- حق المجرى (المسيل)

يعرف حق المجرى بأنه حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر في أرض غيره المياه الكافية لري أرضه، قد يكون المجرى نفسه مملوكا لصاحب الأرض التي هو فيها أو يكون ملكا لهما، أو يكون هذا المجرى مشتركا بين عدة أشخاص مشتركين.<sup>4</sup>

نصت المادة 94 من القانون 05-12 المتضمن قانون المياه على أنه "يستفيد كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يكون حائرا على رخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية."<sup>5</sup>

<sup>5</sup> وائل محمد شحاته الخطيب، القيود الواردة على حق الملكية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمينا، مصر، 2003، ص24.

<sup>6</sup> أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص45.

<sup>1</sup> فريد عبد المعز فرج، المرجع السابق، ص100.

<sup>2</sup> عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص72.

<sup>3</sup> رمضان أبو السعود، العينية الأصلية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، مصر، 2004، ص265.

<sup>4</sup> محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصريين دار الثقافة للنشر و التوزيع، القاهرة، 2000، ص254.

<sup>5</sup> المادة 94 من القانون 05-12 المتضمن قانون المياه.

يعتبر حق مرور المياه مهما كانت طبيعتها عبر قناة باطنية في العقارات الأراضية الوسيطة ويتم هذا المرور في الظروف الأكثر عقلانية والأقل ضرراً شريطة دفع تعويض مسبق وعادل.

كما يعرف كذلك بأنه: "حق مرور المياه لري أرض بعيدة عن موردها عبر أرض مملوكة لشخص آخر."

يلاحظ أنه على عكس حق الشرب، يتقرر حق المجرى حين لا تكون للجار وسيلة أخرى لوصول مياه الري عن طريقها فإذا كانت لديه وسيلة أخرى للري، كأن يستطيع ري أرضه رياً كافياً عن طريق بئر حصل عليها بالاتفاق مع جيرانه الآخرين وينبغي على مالك العقار المستفيد أن يحفظ المجرى بحالة جيدة بحيث لا ينشأ عنه ضرر للأراضي التي يمر فيها، وعلى مالك العقار الذي فيه المجرى أن يسهل له الوصول لإجراء أعمال التعمير والإصلاح.<sup>1</sup>

### 3- حق الصرف:

نصت المادة 41 من قانون المياه على ما يلي: "يجوز لمالكي أو مستعملي العقارات الخاضعة لحق الاتفاق المبين في المادة 40 أعلاه، أن يستفيدوا من الأشغال المنجزة برسم الاتفاق المذكور قصد تصريف المساهم الداخلية في عقاراتهم أو الخارجة منها في هذه الحالة يتحملون دفع:

1- دفع نسبة من قيمة الأشغال التي يستفيدون منها.

2- النفقات المترتبة عن التغييرات التي قد تجعلها ممارسة الحق ضرورية.

3- دفع نصيب للمساهمة في صيانة المنشأة التي أصبحت مشتركة.<sup>2</sup>

فبينت المادة نوعاً ما أن حق المسيل مقابل لحق المجرى فالأول خاص بالمياه الصالحة والثاني خاص بصرف المياه غير الصالحة عن الأرض فقد يتخذ الصرف صورتين:

<sup>1</sup> محمد كامل موسى باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 378.  
<sup>2</sup> الأمر 83-17، المرجع السابق.

\* صرف غير مباشر، وهي صرف المياه عبر أرض الجار وعادة إلى مصرف عمومي.

\* صرف مباشر وهو باستعمال مصرف الأرض المجاورة.<sup>1</sup>

ويقصد بالصرف حق مرور المياه غير الصالحة، كذلك حق المسيل يكون بمرور المياه من أرض جاره بعد ري أرضه حتى تصل إلى أقرب مصرف عام فأعطى القانون حق المسيل لمالك الأرض البعيدة عن المصرف.<sup>2</sup>

### ثانياً: القيود الواردة على التلاصق في الجوار

يفرض الجوار آلية التلاحق بين العقارات هذا الأخير يؤدي أحيانا إلى نشوب نزاعات ولهذا إهتم القانون بهذا الجانب فقد قيد المشرع حق الملكية لمصلحة الجار المتلاحق فمنها القيود التي تتعلق لوضع الحدود الفاصلة بين هذه الملكيات والقيود التي تتعلق بالحيطان الفاصلة بينها، ومن هنا لا بد من الحديث عن قيد وضع الحدود للأمالك المتلاصقة، والحائط الفاصل، والمطلات والمنار.

#### 1- قيد وضع الحدود للأمالك المتلاصقة

تتضمن عملية وضع الحدود تحديد الخط الفاصل بين أرضين غير مبنيتين، وإظهاره بعلامات مادية. يكون وضع الحدود بالنسبة للعقارات دون المنقولات ويتطلب القيام به بصفة مشتركة بين مالكي الأرضين المتجاورتين ويثبت الحق في وضع الحدود بقوة القانون بناء على حالة واقعية هي تلاصق الملكيتين المتجاورتين.<sup>3</sup>

فقد قيد المشرع الجزائري استعمال حق الملكية لمصلحة الجار الملاصق، إذ يترتب على هذا التلاصق أن يكون لكل مالك الحق في إجبار جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة و قد نصت المادة 703 من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

<sup>1</sup> معمري عبد النور، التعويض عن مضار الجوار غير المألوفة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 30.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 830.

<sup>3</sup> محمد وحيد الدين سوارن، مرجع سابق، ص 462.



" لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما"<sup>1</sup>. فتعيين الشيء المملوك أمر تقتضيه طبيعة حق الملكية باعتباره حقا عينيا يرد على شيء معين بذاته، أي محددًا على نحو يميزه عن غيره من الأشياء.

يعني تعيين الحدود تحويط الملك أو تسويره، وهو ما أكدته المادة 708 من ق.م.ج: " ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه " يتبين أنه لا تقييد من حرية المالك في ملكه و منه فليس لجار إجباره على تحويط ملكه<sup>2</sup>.

تقتضي العقارات اتخاذ طريقة خاصة لتعيينها وتمييزها عن طريق تحديد العقار تحديدا ماديا بوضع علامات فاصلة بينه وبين العقارات المجاورة، تجنبًا للخلافات التي قد تثور بين الملاك المجاورين بسبب صعوبة تعرف كل مالك على حدوده.

ووضع الحدود يقتضي تحديد الخط الفاصل بين أرضين غير مبنيتين وإظهاره بعلامات  
مادية<sup>3</sup>.

## 2- الحائط الفاصل

نظم المشرع الجزائري قيود الحائط الفاصل بأحكام المواد من المادة 704 إلى 708 من القانون المدني الجزائري حيث يعتبر الحائط الفاصل صورة من صور الشيوع في الملكية الخاصة بالجدران ويقصد بالحائط الفاصل ذلك الذي يفصل بين بنائين، فإذا فصل بين بناء وأرض فلا يعتبر حائطًا فاصلًا<sup>1</sup>.

## 3- المطلات و المناور

نظم المشرع الجزائري قيود المطلات و المناور في المواد 709 إلى 711 من القانون المدني الجزائري حيث أن المالك إذا كان حرا في إقامة بنائه ملاحقا للجار، وعلى الحد من ملكه فإنه لا يجوز له أن يطل على جاره، لكن القانون يفرض قيودا في هذا الصدد وهي

<sup>1</sup> المادة 703 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> المادة 2/708 من القانون المدني.

<sup>3</sup> عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 110.

<sup>4</sup> عواطف زرارة، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة في النظام القانوني الجزائري، مرجع سابق، ص 101.

قيود مشتركة تفرض على كل الملاك وأساسها توفير الحرية والسكينة<sup>2</sup> وتتشابه المناور والمطلات في كونها عبارة عن فتحات يحدثها المالك في الجدران.

وتعرف المطلات بأنها الفتحات التي نقبت في حيطان البناء ينفذ منها الضوء والهواء بالإضافة إلى سماحها بالإطلال على الخارج كالنوافذ و الشرفات. وهو ما يؤدي إلى التعدي على خصوصية الجيران إذ كانت هذه المطلات مفتوحة عليها.<sup>3</sup>

وقد قيد المشرع حق فتح المطلات بقيود ترد على هذه الأخيرة بنوعيتها سواء كانت مطلات مواجهة أو غير مواجهة.<sup>4</sup>

نصت المادة 1/703 من ق.م.ج "لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة عن مترين وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد مطل أو من الحافة الخارجية للشرفة أو النتوء". أما بالنسبة للمطلات الجانبية، فنصت عليها المادة 710 من ق.م.ج: "لا يجوز أن يكون الجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل على ستين سنتمرا من حرف المطل على أن هذا التحريم يبطل إذا كان هذا المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام". إلا إنه بموجب المادة 5 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة و التعمير، فإن المسافة القانونية أصبحت 04 متر بالنسبة للمطل، المواجهة وأبقى على نفس المسافة فيما يخص المطل المنحرف، وبما أن المبدأ يقضي الخاص يقيد العام، فإنه يتم تطبيق أحكام هذا القانون<sup>1</sup>

ويقصد بالمناور في القانون الجزائري فتحات في الحائط تسمح بمرور الهواء، ونفاذ النور، ولا تمكن بحسب وضعها من الإطلال على ملك الجار لارتفاع قاعدتها عن قمة الإنسان، حسب نص المادة 711 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: " لا

<sup>2</sup> سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون "فرع قانون المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014/02/27، ص 81.

<sup>3</sup> ليلى طلبية، مرجع سابق، ص 119.

<sup>4</sup> محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 2019.

<sup>1</sup> فاطمة الزهرة بن شاعة، حق المرور كقيد على الملكية العقارية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، 2012/2011، ص 11.

تشترك أية مسافة لفتح المناور التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها".

يتبين من هذا النص أن القيد الوحيد بخصوص المناور هو الارتفاع عن قاعدة الغرفة المحددة بمترين وهو ارتفاع يفوق قامة الإنسان المعتادة حتى لا يستطيع الإطلال منه. لا تختلف المناور عن المطلات إلا من حيث إمكانية النظر أو عدمها فهي فتحات في الجدران تسمح بنفاذ الهواء والضوء، وليس استعمالها للنظر<sup>2</sup> كما تختلف من حيث قياس مسافتها وقد نصت المادة 711 من القانون المدني على أنه " لا تشترك أية مسافة لفتح المناور التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد أنارتها. ولا يقصد بها مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يمكن الإطلاع منها على العقار المجاور<sup>3</sup>."

### المبحث السادس

#### الأضرار الناتجة عن المباني في الفقه الإسلامي

إن ارتباط المباني بالمحيط أثمر سلسلة من القضايا وجدت حلها في الفقه الإسلامي، فعولجت ضمن أبوابه العامة، ولم يفردها القدماء بكتاب أو جزء إلا في وقت لاحق وعلى نحو ضيق، وسبب ذلك؛ أن الصورة التي تعرض بها مسائل البناء في كتب الفقه، لا تكاد تكون ذات نسق واحد، لأن المباني وما ينشأ عن اتخاذها واستغلالها من مشاكل وأضرار، تتجاذبها المصالح العامة والخاصة، ولذلك تنوعت ارتباطاتها، واختلفت تنزيلاتها، وتعددت استحقاقاتها، فتنفرقت في أبواب الفقه أحكامها، ولمعرفة الأضرار الناتجة عن المباني في الفقه الإسلامي قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول نتناول الضرر الناتج عن سقوط المباني في الفقه الإسلامي، وفي المطلب الثاني مزار الجوار في الفقه الإسلامي.

#### المطلب الأول: الضرر الناتج عن سقوط المباني في الفقه الإسلامي

بشكل عام في حالة سقوط البناء يجب الضمان على المتسبب في إحداث الضرر، إما لأنه يمكن الاحتراز عنه، أو بسبب تقصيره وإهماله، وإذا حدث موت، فالدية تجب على عاقلة مالك البناء، لأنه متسبب، لكن لا تجب عليه الكفارة ولا يحرم من الميراث والوصية

<sup>2</sup> زرارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مزار الجوار غير المألوفة، مرجع سابق، ص25  
<sup>3</sup> المادة 711 من القانون المدني الجزائري.

عند الحنفية، كما هو المقرر عندهم في حالة القتل بالتسبب، وعلى هذا إذا كانت الجناية على نفس فالواجب هو الدية، وإذا كانت على ما دون النفس فالواجب بها الأرش على العاقلة إن بلغ عند الحنفية نصف عشر دية الرجل وعشر دية الأنثى. وإن كانت الجناية على المال فيجب التعويض في مال المتسبب<sup>1</sup>. وسقوط البناء: إما أن يكون بسبب خلل أصلي عند الإنشاء، أو بسبب خلل طارئ، لهذا سنتطرق في الفرع الأول من هذا المطلب إلى سقوط البناء بسبب خلل أصلي فيه، وفي الفرع الثاني إلى سقوط البناء بسبب خلل طارئ.

### الفرع الأول: سقوط البناء بسبب خلل أصلي فيه

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب ضمان الضرر الحادث بسبب سقوط البناء أو الجدار الذي بناه صاحبه مائلاً إلى الطريق العام أو إلى ملك غيره؛ لأنه متعد بفعله، فإنه ليس لأحد الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره، أو هواء مشترك، ولأنه بينائه المشتمل على الخلل يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه<sup>2</sup>.

ومثله: ما تولد من جناح<sup>3</sup> إلى شارع، سواء أكان يضر أم لا، أذن فيه الإمام أم لا، أو ما يتلف بالميازيب المخرجة إلى الشارع أو بما سال من مائها؛ لأنه ارتفاق بالشارع، والارتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة، فكل ما يحدث يكون صاحبه ضامناً.

والخلل الأصلي في البناء؛ هو الخلل الموجود في البناء، منذ الإنشاء، كأن أنشئ مائلاً إلى الطريق العام أو أشرع الجناح أو الميزاب أو الشرفة، بغير إذن، أو أشرعه في غير ملكه، فيرى الحنفية والمالكية أنه إذا سقط البناء في هذه الحال، فأتلف إنساناً أو حيواناً أو مالا، كان ذلك مضموناً على صاحبه، مطلقاً من غير تفصيل، ومن غير إسهاد ولا طلب، لأن في البناء تعدياً ظاهراً ثابتاً منذ الابتداء وذلك بشغل هواء الطريق بالبناء، وهواء الطريق كأصل الطريق حق المارة، فمن أحدث فيه شيئاً، كان متعدياً ضامناً<sup>4</sup>.

والشافعية لا يفرقون في الضمان، بين أن يأذن الإمام في الإشرع أو لا، لأن الانتفاع بالشارع مشروط بسلامة العاقبة، بأن لا يضر بالمارة، وما تولد منه مضمون، وإن كان

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السادس الفقه العام، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، ط2، 1985، ص 379.

<sup>2</sup> أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، المجلد1، دار ابن عفاً للنشر والتوزيع، الخبر (السعودية)، 1997م، ص 356.

<sup>3</sup> جناح يفتح الجيم: هو البارز عن سمت الجدار من خشب أو غيره.

<sup>4</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، الموسوعة الفقهية ج 28، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفاة للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت،

إشراعا جائزا، لكن ما تولد من الجناح، في درب منسد، بغير إذن أهله، مضمون، وبإذنه لا ضمان فيه<sup>1</sup>.

وقال الحنابلة: وإذا بنى في ملكه حائطاً مائلاً إلى الطريق، أو إلى ملك غيره، فتلف به شيء أو سقط على شيء فأتلفه ضمنه، لأنه متعدّد بذلك، فإنه ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره، أو هواء مشترك، ولأنه يعرّضه للوقوع على غيره في غير ملكه، فأشبهه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: سقوط البناء بسبب خلل طارئ

إذا بنى الشخص بناءه أو حائطه مستويا أو مستقيما، ثم مال إلى الطريق أو إلى دار إنسان، أو تشقق بالعرض لا بالطول، فسقط على شيء فأتلفه، فقد ذهب الفقهاء في حكمه مذاهب، منهم من اشترط الإشهاد على المطالبة بالنقض من حصول الضمان، وسنتطرق في هذا الفرع إلى ما يلي:

### أولاً: مذاهب الفقهاء في ضمان سقوط البناء بسبب خلل طارئ

يمكن أن نجمل هذه المذاهب في مذهبين:

#### 1- مذهب الشافعية والظاهرية والراجح عند الحنابلة والحنفية بمقتضى القياس:

لا ضمان به في هذه الحالة؛ لأن صاحبه تصرف في ملكه، والميل لم يحصل بفعله، فأشبهه ما إذا سقط بلا ميل، سواء أمكنه هدمه وإصلاحه أم لا، وسواء طوّل بالنقض أم لا، لأن القاعدة عندهم " أن ما كان أوله غير مضمون لا ينقلب مضمونا بتغير الحال"، كما أن مالك الحائط قد يكون غائبا بأقصى المشرق، والحائط بأقصى المغرب<sup>3</sup>

#### 2- مذهب المالكية وعند الحنفية استحسانا:

في الأمر تفصيل:

أ- إن لم يطالب بنقضه، حتى سقط على إنسان، فقتله، أو على مال فأتلفه، فلا ضمان؛ لأنه بناه في ملكه، والميل حادث بغير فعله، فأشبهه ما لو وقع قبل ميله، كثوب ألقته الريح في

<sup>1</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، المرجع نفسه، ص 285

<sup>2</sup> الدكتور محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي المجلد1، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، 1419 هـ، ص 108

<sup>3</sup> أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 358.

يده، فما تولد منه، لا يؤاخذ به، وذكر ابن قدامة المقدسي أنه في حالة ميل الجدار وعدم مطالبة المالك بنقضه فإنه لا ضمان عليه<sup>1</sup>.

ب- وأما إن طولب بنقضه، فلم يفعل، ثم سقط بعدئذ يمكنه فيها نقضه، فهو ضامن ما تلف به من نفس أو مال؛ لأنه حينئذ يصبح متعدياً، كما لو امتنع عن تسليم (أو رد) ثوب ألفت به الريح في دار إنسان، وطولب به، فهلك، يضمن. ولأن للناس حق المرور دون ضرر، وليس لأحد منعهم منه.

أما إذا لم يفرط في نقضه، وذهب حتى يستأجر عاملاً يهدمه، فسقط، فأفسد شيئاً، فلا شيء عليه؛ لأن الواجب عليه فقط إزالة الضرر بقدر الإمكان<sup>2</sup>.

والمطالبة بالنقض أو الإصلاح هو المعروف بشرط التقدم، والتقدم: هو التنبيه والتوصية أولاً بدفع وإزالة مضررة مظنونة.

### ثانياً: الإشهاد على المطالبة بالنقض:

إشترط المالكية الإشهاد على المطالبة بالنقض فإذا انتفى الإشهاد فلا ضمان إلا أن يعترف المالك بتفريطه فيضمن، كما الإشهاد المعتبر عندهم يكون عند الحاكم أو جماعة المسلمين ولو مع إمكان الإشهاد عند الحاكم<sup>3</sup>.

ويرى الحنفية أن الإشهاد إنما هو للإحتياط وإثبات الإعدار أمام القاضي والالزام بالضمان عند إنكاره، فلو اعترف صاحب الدار أنه طولب بنقض الجدار، وجب عليه الضمان، وإن لم يشهد عليه، ولا يختص الإشهاد بمعين عندهم، فأى الناس أشهد فهو إشهاد<sup>4</sup>. وللتفصيل في مضمون الإشهاد عند الفقهاء نستعرض ما يلي:

#### 1- معنى الإشهاد:

الإشهاد هو أن يقول الرجل: «اشهدوا أنني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا» أي أن المعتبر هو المطالبة بالهدم. وتعتبر شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم، أي المطالبة.

<sup>1</sup> محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي المجلد 1، المرجع السابق، ص 109

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 381.

<sup>3</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، المرجع السابق، ص 287

<sup>4</sup> محمد بن المدني بوساق، المرجع نفسه، ص 109.

2- عناصر الإشهاد<sup>1</sup>:

## العنصر الأول: الذي يطالب بالإشهاد

إن كان ميلان الحائط إلى دار إنسان، فالإشهاد إلى صاحب الدار إن كان فيها، أو إلى الساكن إن كانت مسكونة. وإن كان الميلان إلى الطريق العام<sup>2</sup>، فالإشهاد إلى كل من له حق المرور، مسلماً كان أو ذمياً، أما إن مال بعض البناء للطريق وبعضه لدار إنسان، فأبي طلب من إنسان يصح، لأنه إذا صح الإشهاد في البعض، صح في الكل.

## العنصر الثاني: المشهود عليه

يصح الإشهاد على من يملك نقض الجدار، وهو المالك، أو صاحب الولاية على الغير كالأب والوصي وقيم الوقف؛ لأن المطالبة بالنقض ممن لا يملكه عبث ولا فائدة منه. فلا يطالب بالنقض المستأجر والمرتهن، والمستعير والوديع<sup>3</sup>، لعدم ولايتهم على النقض والتصرف، فكان الإشهاد عليهم وعدمه سواء.

## العنصر الثالث: فترة الطلب والإشهاد

لا يصح الطلب والإشهاد إلا بعد ميل البناء وقبل السقوط؛ لأن ما قبل الميل لا يوجد تعد، وما بعد السقوط لا فائدة من الطلب، لأنها تعتبر وقت القدرة<sup>4</sup>، كما لا تتحقق المسؤولية عن الضمان إلا بعد مضي مدة يقدر فيها صاحب الحائط على نقضه؛ لأن الضمان يجب بترك النقض الواجب، ولا وجوب من دون الإمكان أو الاستطاعة. فلو ذهب يطلب من ينقضه أو يهدمه، فسقط الحائط، فتلف به شيء، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يكن متعدياً بالتفريط أو الإهمال.

## العنصر الرابع: طلب التأجيل أو الإبراء بعد الإشهاد

إن كان ميل الحائط إلى دار إنسان من مالك أو ساكن، فطلب منه الهدم وأشهد على طلبه، ثم طلب صاحب الحائط تأجيله أو إبراءه من الجناية، فأجل أو أبرأ، صح؛ لأن الحق الخاص يملك صاحبه التنازل عنه. وأما إن كان الميل إلى الطريق، فأبرأ أو أجل الذي طلب

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 382.

<sup>2</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، المرجع السابق، ص 287

<sup>3</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، المرجع نفسه، ص 287

<sup>4</sup> الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص 188.

النقض أو أشهد على صاحب الحائط، وهو من له حق المرور<sup>1</sup>، أو القاضي، فلا يصح ولا يبرأ؛ لأن هذا حق عام، والحق العام لا يملك أحد التنازل عنه، وتصرف القاضي في الحق العام نافذ فيما ينفعهم لا فيما يضرهم.

### العنصر الخامس: التصرف في البناء بعد الإشهاد<sup>2</sup>

إذا تصرف صاحب الحائط أو الدار في البناء ببيع أو غيره كهبة، بعد الإشهاد، فسقط الحائط بعد قبض المشتري المبيع، أو بعد ما ملكه بالإيجاب والقبول قبل القبض، في زمان لا يتمكن من نقضه، فلا ضمان على صاحب الحائط الأصلي، فيما هلك بسقوطه، لزوال ولايته بالبيع ونحوه، فلا يملك النقض، فسقط حكم الإشهاد، حتى إنه لو رد المبيع على البائع بقضاء أو غيره أو بخيار شرط أو رؤية للمشتري، لم يضمن البيع، إلا إذا طُلب بعد الرد. وأما إن كان الخيار للبائع ونقض البيع، ثم سقط الحائط وأتلف شيئاً، كان ضامناً؛ لأن خيار البائع لا يلغي ولاية الإصلاح، فلا يلغي الإشهاد.

فإن سقط الحائط بعد تفريط صاحبه قبل البيع، التزم بالضمان. ويعتبر الجنون والردة مثل التصرف بالبناء، فلو جن صاحب الحائط جنوناً مطبقاً أو ارتد ولحق بدار الحرب، ثم أفاق من جنونه، أو عاد مسلماً وردت عليه الدار، لا يضمن إلا بإشهاد جديد في المستقبل.

### المطلب الثاني: مضار الجوار في الفقه الإسلامي

لم يثر خلاف بين فقهاء الشريعة بالنسبة للأضرار المألوفة التي تحدث بين الجيران فهي أضرار يسيرة ناتجة عن الاستعمال العادي والمشروع للحقوق. فلم يقيدوا هذا النوع من الأضرار فصاحب الحق له سلطة مباشرة بملكه لأن له مصلحة رعاها الشرع وقد اتفق الفقهاء على جواز نفذ أو عية تراب عند الأبواب وإن أضرّ بالمارة. لأن هذا مما لا يمكن التحرز منه مع فلتته وأنه من الأضرار المألوفة التي جرت العادة بين الجيران على التسامح فيها. فلا مسؤولية عنها. ولأن التوسع في منع كل ضرر يؤدي إلى سد باب الانتفاع بالمالك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، المرجع السابق، ص 287.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 383 و384.

<sup>3</sup> عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 126.



لكن الخلاف ثار بين فقهاء الشريعة<sup>1</sup> بالنسبة للضرر الناتج عن الاستعمال العادي والمشروع للحقوق إذا تجاوزت الأضرار الحد المألوف بين الجيران. وأطلق فقهاء الشريعة على هذا النوع من الضرر بالضرر الفاحش. فقد حرصت الشريعة الإسلامية على رعاية الجار وحسن معاملته، والنهي على إلحاق الضرر به، خاصة ما كان منه فاحشاً. فعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه». بل علق عليه الصلاة والسلام الإيمان بالله واليوم الآخر بإكرامه. فعن أبي أيوب الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره»<sup>2</sup>. كما ربط عليه الصلاة والسلام الإيمان بالله واليوم الآخر بعدم إيذاء الجار. فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «والله لا يؤمن، والله لا يؤمن، والله لا يؤمن قيل من يا رسول الله؟ قال: الجار الذي لا يأمن جاره بوائقه»<sup>3</sup>.

وستنطرق إلى موضوع هذا المطلب من خلال ثلاث فروع نتناول حقوق الجوار في الشريعة الإسلامية في الفرع الأول، ثم المفهوم الواسع للجوار في الفقه الإسلامي في الفرع الثاني، وأخيراً ضرر الجوار الموجب للمسؤولية في الفقه الإسلامي في الفرع الثالث.

### الفرع الأول: حقوق الجوار في الشريعة الإسلامية

اهتمت الشريعة الإسلامية بالجوار اهتماماً كبيراً، فعن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما قالاً: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه" متفق عليه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المقصود بفقهاء الشريعة فقهاء المذاهب الأربعة، وهم المالكية، الحنفية، الشافعية، والحنبلية.

<sup>2</sup> الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج2، مكتبة عبد الله الوكيل، ص212. وقد أجمل الإمام الغزالي حقوق الجار بقوله: "أن يبدأ بالسلام ولا يطيل معه الكلام ولا يكثر عن حاله بالسؤال. ويعوده في مرضه ويعزيه في مصيبتة. ويقوم معه في العزاء ويهنئه في الفرح، ويظهر الشركة في السرور معه، ويصفح عن زلته، ولا يطلع من السطح على عوراته، ولا يضايقه بوضع الجذع على جداره. ولا في صب الماء في ميزابه، ولا في طرح التراب في فنائه. ولا يضيق طريقه إلى الدار، ولا يتتبعه بالنظر فيما يحمله إلى الدار، وسيتر ما ينكشف له من عوراته. ويعينه من صرعه إذا نابته نائبة، ولا يغفل عن ملاحظة داره معند غيبته، ولا يسمع عليه كلاماً، ولا يغضب بصره عن حرمة، ولا يديم النظر إلى خادمته، ويتلطف بولده في كلمته، ويرشده إلى ما يجمله من أمر دينه ودنياه. المرجع: إحياء علوم الدين، ج2، ص213.

<sup>3</sup> البوائق جمع بائقة وهي الشر الشديد. الإمام محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، صحيح مسلم بشرح النووي- ج2، المطبعة المصرية ومكتبتها، بدون تاريخ النشر، ص221.

<sup>4</sup> الإمام أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، صحيح رياض الصالحين-تحقيق مصطفى أبو المعاطي، دار الرشيد للكتاب والقرآن الكريم، الجزائر، 2006، ص131.

وعليه فقد أعلنت شريعتنا الإسلامية شأن الجار وحثت على الإحسان إليه وإكرامه والنهي عن إلحاق الضرر به. الأمر الذي يؤكد أنها جعلت للجوار من الحقوق ما لم تجعله لغيره، فأوجبت الإحسان إلى الجار القريب والبعيد، ونظمت حقوق الجوار. وقد أوصانا الله في كتابه العزيز بالجار مع الوصية بعدم الإضرار به في آية واحدة. وما ذاك إلا لأهمية علاقة الجار بجاره والتي تهدف إلى ترابط وتماسك المجتمع الإسلامي ليسود الأمن والطمأنينة والألفة بين أفرادهِ. لقوله تعالى: ﴿وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ

إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنْبِ وَالصَّالِحِينَ

بِالْجُنْبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَن كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا ۝١

وقيل في تفسير هذه الآية الكريمة أن:

- الجار ذي القربى: هو الجار القريب الذي له حقان: حق الجوار وحق القرابة، فله على جاره حق وإحسان، راجع إلى العرف.

- الجار الجنب: هو الذي ليس له قرابة وكلما كان الجار أقرب بابا، كان أكد حقا، فينبغي للجار أن يتعاهد جاره بالهدية والصدقة والدعوة واللطفة بالأقوال والأفعال، وعدم أذيته، بالقول أو الفعل.<sup>2</sup>

وقيل " الجوار ضرب من ضروب القرابة، فهي قرابة بالنسب، وهو قرب بالمكان والسكن. وقد يأنس الإنسان بجاره القريب ما لا يأنس بنسيبه البعيد، ويحتاجان إلى التعاون والتناصر ما لا يحتاج الناس الذين تناءت ديارهم، فإذا لم يحسن كل منهما بالآخر لم يكن فيهما خير لسائر الناس. والمراد بالجار هو من تجاوره ويتراءى وجهك ووجهه في غدوك أو رواحك

<sup>1</sup> سورة النساء. آية 36.

<sup>2</sup> العلامة الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، دار ابن حزم، بيروت، 2003. ص 159 .

إلى دارك، فيجب أن تعامل من ترى وتعاشر بالحسنى، فتكون في راحة معه ويكون في راحة معك"<sup>1</sup>.

وقيل " المجاورة: مساكنة الرجل الرجل في محلة أو مدينة، أو كينونة أربعين دارا كل جانب، أو يعتبر بسماع الآذان، أو سماع الإقامة"<sup>2</sup>.

وقيل " الجار ذي القربى: هو الذي قرب جواره وقال آخرون هو القريب بالنسب.

والجار الجنب: هو الذي بعد جواره وقال آخرون الجار الأجنبي البعيد منك في القرابة. قال عليه الصلاة والسلام " لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه"<sup>3</sup>.

ألا وأن الجوار أربعون دارا" وكان الزهري يقول أربعون يمنا، وأربعون يسرة، وأربعون أماما وأربعون خلفا "<sup>4</sup>.

وعن ابي شريح الخزاعي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليحسن الى جاره، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم ضيفه، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليقل خيرا او ليسكت" رواه مسلم بهذا اللفظ وروى البخاري بعضه<sup>5</sup>.

وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: خير الأصحاب عند الله تعالى خيرهم لصاحبه، وخير الجيران عند الله تعالى خيرهم لجاره". رواه الترمذي وقال: حديث حسن<sup>6</sup>.

وقد روي الرسول صلى الله عليه وسلم " الجيران ثلاثة، جار الذي له ثلاثة حقوق وجار له حقان وجار له حق واحد. فأما الجار الذي له ثلاث حقوق، فالجار المسلم القريب، له حق الجوار حق القرابة وحق الاسلام، والجار الذي له حقان فهو الجار المسلم فله حق الاسلام

<sup>1</sup> الشيخ محمد رشيد رضا، تفسير المنار، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1979 ، الجزء 5، ص 75

<sup>2</sup> محمد بن يوسف الشهير بأبي حبان الاندلسي، تفسير البحر المحيط، الجزء 3، طبعة مطابع، النصر الحديثة بالرياض ، ص244.

<sup>3</sup> بوائق: الغوائل والشور.

<sup>4</sup> الامام الفخر الرازي، التفسير الكبير، الجزء 10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ص96.

<sup>5</sup> الامام أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، صحيح رياض الصالحين- تحقيق مصطفى أبو المعاطي- دار الرشيد للكتاب والقرآن الكريم الجزائر 2006. ص132.

<sup>6</sup> الإمام النووي، صحيح رياض الصالحين ، المرجع السابق، ص132.

وحق الجوار، والجار الذي له حق واحد هو الكافر له حق الجوار<sup>1</sup>. وبهذا شمل حق الجوار القريب والمسلم والكافر على السواء.

وعليه فقد أمرتنا شريعتنا الإسلامية الى الاحسان الى الجار القريب والجار البعيد سواء أكان له حق القرابة أو كان مسلماً أو كافراً وأمرت بعدم إيذائه وبإكرامه ووضعت له حقوق لم تضعها لغيره. وهذا راجع لشده الارتباط الذي اقتضاه الاشتراك في كثير من المرافق وتبادل المنافع بين الجيران ليعيش الناس في ألفة بعيداً عن البغضاء والشحناء.

ولا شك ان تقرير هذه الحقوق على هذا النحو يعد من مفاخر الشريعة الإسلامية التي كانت سباقه عن باقي التشريعات. ويزيدنا فخراً أن الوصية بالجار، جاءت مع الوصية بعدم الاشرار بالله في آية واحدة نظراً لأهمية العلاقة التي تربط الجار بجيرانه في تعاليم الشريعة الإسلامية، لأنها الحلقة التالية بعد حلقة ذوي القربى في السلسلة الاجتماعية التي يجب ان تكون متماسكة.

### الفرع الثاني: المفهوم الواسع للجوار في الفقه الإسلامي

إذا كان الفقه القانوني الحديث اعتنق مفهوماً واسعاً للجوار، فبدون شك فإن الشريعة الإسلامية كانت سباقاً لذلك واعتنقت مفهوماً واسعاً للجوار، ومن أجل الوقوف على ذلك نستعرض النقاط التالية:

#### أولاً: التلاصق ليس شرطاً لتحقيق الجوار

فقد روي أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: " أنني نزلت محلّة قوم وأن أقربهم إلي جواراً أشدهم لي أذى، فبعث الرسول صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمر عليهما يصيحون على أبواب المساجد ألا إن أربعين داراً جاراً ولا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه " قال الزهري أربعون هكذا و أربعون هكذا وأوماً على أربع جهات<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء 5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985، ص 184.

<sup>2</sup> الإمام القرطبي، الجامع لأحكام القرآن - المرجع السابق، ص 185.

من خلال الحديث الشريف نلاحظ أن التلاصق ليس شرطاً لتحقيق الجوار، وإنما يكفي مجرد التجاور فقوام المسؤولية التي نحن بصدددها هو توافر حاله التجاور، كما أنه يتحدد الجوار بالمدى الذي يصل إليه الأذى أو الضرر، هذا من جهة . ومن جهة أخرى فقد أخذت الشريعة الإسلامية بالمفهوم الواسع للجوار حين شمل الجوار حيزاً جغرافياً واسعاً لما اعتبرت أربعين داراً جاراً من الجهات الأربعة. وبمراعاة زمن الحديث وهو عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي يغلب فيه الطابع البدوي فقد كان يفصل بين الدار والآخرى مسافة كبيرة، مما يدل على أهمية الجوار في الشريعة الإسلامية ومدى اتساع نطاق المسؤولية المرتبطة بالجوار فيها.

### ثانياً: صفة الجار تشمل الجار الملاصق وغير الملاصق:

ومما يؤكد أن صفة الجار تشمل الجار الملاصق والجار المجاور بالمفهوم الواسع، فقد روي عن الإمام البخاري وأحمد عن عائشة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت: " يا رسول الله إن لي جارين فإلى أيهما أهدي؟ قال: إلى أقربهما منك باباً. وأخرجه أبو داود بلفظ مقارب. وقد قيل في ذلك، إن القريب للباب ينظر إلى ما يدخل داره وما يخرج منها، ولا يرى ذلك البعيد للباب<sup>1</sup>.

وأضاف القرطبي إلى جانب ذلك، أن القريب للباب أسرع إجابة لجاره عندما ينوبه من حاجة في الغفلة والغرة، وقال فلذلك بدأ به على من بعد بابه وإن كانت داره أقرب. وقيل استدلالاً بهذا الحديث، إن البعيد من يليك بحائط، والقريب من يليك ببابه<sup>2</sup>.

### ثالثاً: صفة الجار تشمل المالك وغير المالك:

فقد روي أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: " أنني نزلت محلة قوم وأن أقربهم إلي جواراً أشدهم لي أذى، فبعث الرسول صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمر علياً

<sup>1</sup> الإمام أبو عبد الله أحمد ابن حنبل الشيباني، مسند الإمام أحمد، الجزء 6، مطبعة دار المعارف، ص 175. وكذا الإمام النووي، صحيح رياض الصالحين، المرجع السابق، ص 132.

<sup>2</sup> تفسير القرطبي، المرجع السابق، الجزء 6، ص 185 و 186.

يصيحون على أبواب المساجد ألا إن أربعين دارا جارا ولا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه"<sup>1</sup>.

على ضوء هذه الرواية أعتقد أن الشريعة الإسلامية أخذت بالمفهوم الواسع للجوار وأن وصف الجار يشمل أشخاصا لا تتوافر لهم صفة المالك وذلك لقول الرجل " نزلت محلة " هذا من جهة.

ومن جهة أخرى يمكن القول أن الآية الكريمة رقم 36 من سورة النساء ورد فيها لفظ الجار بصفة العموم لقوله تعالى " والجار ذي القربى والجار الجنب "

ومن جهة ثالثة لم نجد في الأحاديث النبوية الشريفة ما يشترط أن يكون الجار مالكا.

وعليه مما يتفق ومقاصد شريعتنا الإسلامية وهو حماية الجوار وإعلاء شأن الجار ومنع الإيذاء أو الإضرار به، وأن تكون صفة الجار من الاتساع بحيث تشمل المالك والمستأجر وصاحب حق الانتفاع ، بل ومغتصب حيازة الدار وكل من يدخل في نطاق الجوار من أشخاص أيا كانت صفته ، كما أن الشريعة الغراء تأبى أن يتحمل الجار الضرر أو الاذى دون أن يكون معوضا عنه لمجرد كونه غير مالك عملا بالحديث الشريف الذي يمثل أصلا من أصول الشريعة وهو حديث " لا ضرر ولا ضرارا"<sup>2</sup>.

**رابعاً: حق الملكية حق مقيد بعدم الإضرار بالجار ضررا غير مألوف أو فاحشا**

وقد جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك، " قيل أرأيت إن كان لي عرصة إلى جانب دور قوم فأردت أن أحدث في تلك العرصة حماما أو فرنا أو موضعا للرحى فأبى علي الجيران ذلك ، أيقون لهم أن يمنعوني؟ قال: إن كان مما يحدث ضررا على الجيران من الدخان وما أشبه فلهم أن يمنعوك من ذلك ، قلت :وكذلك إذا كان حدادا فاتخذ فيه كيرا أو اتخذ فيه أفرانا يسيل فيه الذهب والفضة أو اتخذ فيها أرحية تضر بجدران الجيران أو حفر أبارا أو اتخذ فيها كنيفا قرب جدران جيرانه، منعته من ذلك؟ قال: نعم، كذلك قال مالك في غير واحد في الدخان وغيره، قلت لابن القاسم: أرأيت؛ إن كانت دار الرجل إلى جانب دار

<sup>1</sup> الإمام القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ص185.

<sup>2</sup> د/عطا سعد محمد حواس، المرجع السابق، ص152

قوم ففتح في غرفة كوة أو بابا يشرف منها على دور جيرانه أيمعنه مالك من ذلك أم لا؟ قال مالك يمنع من ذلك<sup>1</sup>.

وأيضاً سئل مالك في رجل أحدث في ملكه ما يضر ملك جاره ضرراً بيناً من مجرى الماء، وبيت راحة ومدخنة حمام يخرج منها الدخان ويدخل في كوات ملك الجار وبنى سلماً مركباً على حيطان الجار لأجل الصعود عليه فيرى الصاعد عليه عورات من كان في ملك جاره من داخل الحريم وإحداث أيضاً حماماً يلصق ملك الجار لأجل الاغتسال بماء وغير ذلك، فهل يمنع ذلك الرجل من إحداث ما ذكر شرعاً؟ أجاب: نعم يمنع من ذلك حيث كان الضرر بيناً على ما عليه الفتوى والله أعلم<sup>2</sup>.

وعليه يبدو جلياً أن شريعتنا الإسلامية حين وسعت مفهوم الجوار وقيدت حق الملكية بعدم الإضرار بالجار أضراراً غير مألوفة أو فاحشة ومنعت الجار من إحداثها كانت تهدف إلى رعاية الفرد لحقوق المجتمع الذي يعيش فيه مما يؤدي إلى تماسكه وترابطه كالجسد الواحد.

وبناء على ذلك، فلا يجوز أن تتخذ الحقوق وسيلة إلى الإضرار بالناس بل يجب أن يكون استعمالها مقيداً بعدم الإضرار بالجماعة أو بالفرد وبألا تؤدي إلى الإضرار بصاحبها ضرراً فاحشاً يسلبه حقه، فإذا تعارض الضرران ارتكب الأخف منها درءاً للأشد من الضررين، ومن ذلك يجب ألا نجعل الحقوق أداة للتسلط على الناس ووسيلة إلى سلبهم حرياتهم وليست الملكية إلا حقاً من تلك الحقوق التي منحها الله للناس، فكانت خاضعة لهذا الأصل شأنها في ذلك شأن الحقوق الأخرى<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن الإمام مالك بن أنس، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر 1323 هجري، الجزء الرابع عشر، ص 235 والجزء الخامس، ص 197.

<sup>2</sup> الإمام مالك، المدونة الكبرى، الجزء الخامس عشر، المرجع السابق، ص 196 و 167.

<sup>3</sup> عبد المجيد مطلوب، التزامات الجوار، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجله العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الثامنة عشر، يوليو 1976. ص 499.

## خامسا: أخذ الفقه الإسلامي بمعيار الأنشطة الضارة

وضع الفقه الإسلامي معيارا واسعا لتحديد الجوار هو معيار الأنشطة الضارة فيتحدد نطاق الجوار بالمدى الذي يمكن أن يصل إليه الاذى أو ضرر هذه الأنشطة، والذي قد يمتد ليشمل أربعين دارا من الأربعة جهات أي ما يعادل مدينة كاملة<sup>1</sup>.

ومن هنا يستخلص أن الفقه الإسلامي وضع معيارا واسعا لتحديد الجوار وهو معيار "الأنشطة الضارة"، وأن صفة الجار تلحق من كان ملاصقا وغير اللصيق بصرف النظر عن كونه مسلما أو غير مسلم أو كان مالكا أو غير مالك.

## الفرع الثالث: ضرر الجوار الموجب للمسؤولية في الفقه الإسلامي

بحث فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم في موضوع مضار الجوار، ومرد ذلك شدة الاتصال بين الجيران والذي ينتج عنه وجود الكثير من الأضرار التي ترهق الجار أو تقلل انتفاعه بملكه، وقد عرف الضرر لغة بأنه النقصان يدخل في الشيء، يقال ضره، ضرا، وضررا ألحق به مكروه أو أذى ويقال: دخل عليه ضرر في ماله أو نقص في الأموال والأنفس، أما الضرر في إصلاح الفقهاء فقد عرف بتعريفات متعددة منها؛ قيل هو إنزال الأذى بالنفس أو الجسم أو المال، وقيل هو الألم الذي لا نفع فيه، وقيل هو نقص حق الإنسان أو نفسه، ومن هذا نعلم أن الضرر في الفقه الإسلامي قد يكون ضررا ماديا، وقد يكون ضررا أدبيا أو معنويا<sup>2</sup>.

وعند البحث عن الضرر الذي يمنعه الإسلام لابد من الرجوع إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار "<sup>3</sup> من خلال هذا الحديث نلاحظ أنه لم يرد في الشرع، ما يبين المراد بالضرر الذي يوجب المسؤولية، كما لم يرد معيار هذه المسؤولية وفي هذا يقول فقهاء الشريعة، إن كل ما ورد به الشرع جاء مطلقا ولا ضابط له فيه مما

<sup>1</sup> إن شريعتنا الإسلامية قصرت الجوار على العقارات (الدور). ذلك لأن المنقولات لم تكن تشكل أضرار غير عادية بين الجيران كما هو سائد في وقتنا الحاضر.

<sup>2</sup> زكي زكي حسن زيدان، حدود المسؤولية عن مضار الجوار في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، 1976 ص103.

<sup>3</sup> روي الحديث من طرق كثيرة منها من حديث عبد الله بن عباس عند: الإمام أحمد بن محمد الشيباني ابن حنبل، المسند، تحقيق السيد أبو المعاطي النوري، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ-1998م، حديث 2865 من طريق جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس.



يستوجب الرجوع إلى العرف. والعرف يختلف باختلاف الزمان والمكان، فمن عنده عادة قضى بها، وغذا اختلفت العوائد في الاعصار والأمصار، وجب اختلاف هذه الاحكام فإن القاعدة المجمع عليها، أن كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغيير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة. فاستعمال الناس لأملاكهم وتضرر الجيران من هذا الاستعمال، قد يكون ضرراً بالنسبة لأهل زمن معين وجهة معينة، وقد لا يعتبر ضرراً عند الآخرين في زمن مختلف.

ومما لا شك فيه أن المالك له حرية التصرف في ملكه كيف شاء إذا لم يتعارض مع أهداف الشريعة الإسلامية، كما له الانتفاع بملكه على الوجه الذي يريده، شريطة ألا يؤدي استعماله لحقه إلى الإضرار بجاره. فالضرر بالجار ممنوع ديانة باتفاق جميع الفقهاء، لأن الضرر اعتداء والاعتداء منهي عنه بنص القرآن والسنة النبوية الشريفة<sup>1</sup>.

ويمكن الإشارة إلى الحقوق التي يقع في نطاقها الضرر في علاقات الجوار في إطار أحكام الفقه الإسلامي فيما يلي:

### أولاً: حق الجوار

المراد به هو حق الجوار الجانبي: وهو الناشئ عن تلاصق الحدود وتجاورها، ويكون لكل من الجارين الحق في الارتفاق بعقار جاره، على ألا يلحق به ضرراً بيناً فاحشاً، فقوام حق الجوار هو منع الضرر بالجوار أثناء إنتفاع المالك بملكه، فالأصل في حقوق الجوار أنها مبنية على دفع الضرر عن الجار<sup>2</sup>.

ومع ذلك فإن لفقهاء الشريعة آراء قضائية في منع الضرر بالجوار:

فقال أبو حنيفة بمقتضى القياس: والشافعية والظاهرية: لصاحب الملك أن يفعل في ملكه ما يشاء، وهو مطلق التصرف في خالص ملكه، وإن ألحق الضرر بغيره، فله فتح ما شاء

<sup>1</sup> زكي زكي حسن زيدان، الرسالة السابقة، ص103  
<sup>2</sup> عبد الرحمن بن احمد بن محمد بن نافع، أحكام الجوار في الفقه الإسلامي، دار الاندلس الخضراء للنشر والتوزيع، جدة، ط1995، ص 28.

من النوافذ، وهدم ما شاء من الجدران، وحفر ما رأى من الآبار، وإنشاء ما يشاء من المصانع، واتخاذ ما أراد من السكنى أو المتجر<sup>1</sup>.

لكن في الجدار المشترك: قال الشافعية في الجديد: ليس لأحد الشريكين وضع جذوعه عليه بغير إذن شريكه، وليس له أن يدق وتدأً أو يفتح كوةً أو نحوهما مما يضايق فيه عادة إلا بإذن شريكه، ولا أن يستند إليه ويسند متاعاً لا يضر، وله ولغيره مثل هذا الانتفاع في جدار الأجنبي؛ لأنه لا ضرر على المالك، فلا يضايق فيه، بل له الانتفاع، ولو منعه المالك<sup>2</sup>.

وقال أصحابان بمقتضى الاستحسان: يتقيد استعمال مالك العقار وتصرفه بما لا يؤدي إلى ضرر بيّن فاحش بجاره، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار». وهذا هو المفتى به عند الحنفية<sup>3</sup>.

والضرر البين الفاحش: ما يكون سبباً لهدم أو سقوط بناء الجار، أو ما يوهن البناء، أو ما يؤدي الجار أذىً بالغاً على وجه دائم، أو ما يؤدي إلى سلخ حق الانتفاع بالكلية: وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية، كأن يحول داره إلى فرن أو مصنع للحديد أو مطحنة للحبوب، أو حمام أو تنور أو يبني جداراً يمنع به النور عن جاره<sup>4</sup>.

### ثانياً: حق التعلي

هو حق القرار الدائم أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا، على الطبقة السفلى، والانتفاع بسقوفها، مثل الملكية المشتركة للطوابق الحديثة، فله حق التعلي على حائطه وبناء ما يريد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، المرجع السابق، ج16، ص 222

<sup>2</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، المرجع السابق، ج16، ص 220

<sup>3</sup> عبد الرحمن بن احمد بن محمد بن نافع، المرجع السابق، ص 28.

<sup>4</sup> د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج5، ص 499.

<sup>5</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، المرجع السابق، ج12، ص 292

وهذا حق دائم ثابت لصاحب العلو، على حساب السفل<sup>1</sup>، فيكون للعلو حق البقاء والقرار على ذلك السفل، دون أن يترك عند الحنفية سقفه، فلا يزول الحق بهدمه، أو انهدام السفل، أو هما معاً، ويظل هذا الحق قائماً، يجري فيه التوارث<sup>2</sup>.

وقال المالكية: السقف الذي بين الطابقين لصاحب السفل، وعليه إصلاحه وبنائه إن انهدم، ولصاحب العلو الجلوس عليه، أي كما قال الحنفية.

وقال الشافعية: السقف مشترك بين صاحب العلو والسفل كالجدار بين ملكين، لا اشتراكهما في الانتفاع به، فإنه سائر لصاحب السفل وأرض لصاحب العلو، فلصاحب العلو الاستناد إليه، وليس لأحدهما دق وتد أو فتح كوة ونحوه مما يضايق إلا بإذن الآخر. ولصاحب العلو الانتفاع بالسقف بحسب العادة، وإذا انهدم المشترك بين اثنين ليس لأحدهما إجبار الآخر على العمارة؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر، والممتنع يتضرر بتكليف العمارة<sup>3</sup>.

ولا يباع حق التعلي عند الحنفية استقلالاً، فبيعه غير صحيح، لأنه ليس بمال<sup>4</sup>.

وقال غير الحنفية: يجوز بيعه استقلالاً؛ لأن الحقوق أموال عندهم. وهذا هو المعقول والأصح فقهاً وعرفاً وعملاً<sup>5</sup>.

واختلف أبو حنيفة مع صاحبيه في مدى حق التصرف لكل من صاحب العلو وصاحب السفل:

فقال أبو حنيفة: الأصل في تصرفات المالك في ملكه، إذا تعلق به حق الغير: الحظر؛ لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير، فليس للجار التصرف في ملكه من غير رضا صاحب الحق، وإن لم يضره هذا التصرف<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 498.

<sup>2</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، المرجع نفسه، ص 293.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج5، ص 609.

<sup>4</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، المرجع السابق، ج12، ص 293.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 609.

<sup>6</sup> عبد الرحمن بن أحمد بن محمد بن نافع، المرجع السابق، ص 190.

وبناء عليه: ليس لصاحب السفلى أن يحدث في بنائه أي تغيير، كدق وتد، أو فتح نافذة، أو رفع جدار، إلا برضا صاحب العلو، وإن لم يضر به. وليس لصاحب العلو زيادة بناء يوهن السفلى<sup>1</sup>.

وقال صاحبان: الأصل في تصرف الجار الإباحة؛ لأنه تصرف في ملكه، والملك يقتضي إطلاق التصرف، كما يشاء المالك، إلا إذا لحق بسببه ضرر بالغير، فيمنع حينئذ المالك منه، وبناء عليه: لصاحب السفلى أو الطابق الأدنى أن يصنع ما لا يضر بالبناء الأعلى<sup>2</sup>. وهذا الرأي هو المعقول في تقديرينا، وهو الاستحسان المفتى به عند الحنفية<sup>3</sup>.

### ثالثاً: حق المرور

هو حق أن يصل الإنسان إلى ملكه، داراً أو أرضاً، بطريق يمر فيه، سواء أكان من طريق عام، أم من طريق خاص مملوك له أو لغيره<sup>4</sup>، أو لهما معاً.

وحكمه يختلف بحسب نوع الطريق:

#### 1- فإن كان الطريق عاماً<sup>5</sup>

فلكل إنسان حق الانتفاع به، لأنه من المباحات، سواء بالمرور، أو بفتح نافذة أو طريق فرعي عليه، أو إنشاء شرفة ونحوها، وله إيقاف الدواب أو السيارات أو إنشاء مركز للبيع والشراء. ولا يتقيد إلا بشرطين:

**الأول:** السلامة، وعدم الإضرار بالآخرين، إذ لا ضرر ولا ضرار

**الثاني:** الإذن فيه من الحاكم.

فإن أضر المار أو المنتفع بالآخرين، كأن أعاق المرور، منع. وإن لم يترتب على فعله ضرر، جاز بشرط إذن الحاكم عند أبي حنيفة، ولا يشترط الإذن عند صاحبين، على ما

<sup>1</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، المرجع نفسه، ص 294

<sup>2</sup> عبد الرحمن بن احمد بن محمد بن نافع، المرجع السابق، ص 191.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج5، ص 610.

<sup>4</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، المرجع السابق، ج3، ص 13

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع نفسه، ص 607.

سأبين في حق التعلي. كذلك لا يشترط إذن الإمام عند الشافعية والحنابلة، وقال المالكية: من بنى في طريق المسلمين أو أضاف شيئاً من الطريق إلى ملكه، منع منه باتفاق. وقال الشافعية: الطريق النافذ أي الشارع لا يتصرف فيه بما يضر المارة في مرورهم فيه؛ لأن الحق فيه للمسلمين كافة، فلا يشرع فيه جناح ولا سقيفة على حائطين والطريق بينهما يضر الناس كل منهما<sup>1</sup>.

## 2- وأما إن كان الطريق خاصاً<sup>2</sup>

فحق الانتفاع به مقصور على صاحبه أو أهله أو المشتركين فيه، أو المأذون له الذي يصبح له حق المرور كالمالك<sup>3</sup>، وليس لغيرهم أن يفتح عليه باباً أو نافذة إلا منهم، ولكل الناس حق المرور فيه عند زحمة الطريق العام، وليس لأصحابه سده أو إزالته، احتراماً لحق العامة فيه.

كذلك ليس لأحد من أصحاب الحق في الطريق الخاص الارتفاق به على غير الوجه المعروف إلا بإذن الشركاء كلهم، حتى المشتري من أحدهم بعد الإذن، كإحداث غرفة، أو بناء شرفة، أو ميزاب ونحوه<sup>4</sup>.

في نهاية هذا الفصل نشير أننا قمنا بحصر الأضرار المترتبة عن المباني والتي تقيم المسؤولية المدنية للمالك سواء كانت تلك الأضرار الناتجة عن إخلال المالك بالتزاماته التعاقدية حيث نكون بذلك أمام قيام المسؤولية العقدية، أو تلك الأضرار الناتجة عن تقصير المالك في حراسة المباني التي يملكها والتي تقيم مسؤوليته التقصيرية، وهذه الأخيرة تشكل معظم حالات قيام المسؤولية المدنية عن أضرار المباني، ولقد إفتتحنا هذا البحث بتحديد مفهوم المباني وصفة مالك المبنى الذي له حق ملكية على المبنى الذي تسبب في إحداث الضرر، والذي قد يقيم المسؤولية العقدية وذلك في حالة ما إذا ما كان المالك بائعاً عادياً للمبنى أو كان يحمل صفة المرقي العقاري أو ما إذا كان مالكا للمبنى المؤجر، كما تنظرنا

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج5، ص 608

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 608

<sup>3</sup> محمد بن فراموز، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، بدون مكان، بدون تاريخ نشر، ج2، ص 112.

<sup>4</sup> وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، المرجع السابق، ج3، ص 15.

لأضرار التي ترتب المسؤولية التقصيرية للمالك والتي تتنوع حسب الحالة التي ينشأ عنها الضرر فقد ينتج الضرر عن تدهم المبنى أو نشوب حريق به كما قد ينتج عن الاخلال بعلاقات الجوار مما يسبب أضرار غير مألوف للغير، وفي آخر الفصل تطرقنا للأضرار الناتجة عن المباني في منظور الفقه والاسلامي حيث تناولنا الضرر الناتج عن سقوط المباني في الفقه الاسلامي، ومضار الجوار في الفقه الإسلامي.

ولقد رأينا سواء في القانون الجزائري أو في الفقه الاسلامي أن صفة المالك مطلوبة التوافر في المسؤول عن أضرار المباني، فهو يتحمل المسؤولية حتى في حالة حيازة الغير لبناءه حيازة مادية لا لشيء سوى لأنه يحوز صفة المالك.

كما رأينا أن أضرار المباني التي تقيم المسؤولية العقدية للمالك تتلخص في الأضرار التي تلحق بالمضرور المتعاقد، سواء كانت اضرار ماديا أو جسديا أو معنويا بشرط وقوعها أو تحقق وقوعها كنتيجة مباشرة لعدم تنفيذ مالك المبنى لالتزاماته التعاقدية التي تفرضها طبيعة العقد.

أما عن المسؤولية التقصيرية التي تترتب عن أضرار المباني، فإن المشرع الجزائري قد تطرق لمسؤولية مالك البناء عن الأضرار الناجمة عن التهدم في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 140 من القانون المدني، واشترط لقيامها وجود ملكية للبناء وجعل المالك مسؤولا عما يحدثه إنهدام البناء بإعتباره صاحب السلطة الفعلية، وذلك بسبب الإهمال في الصيانة أو عيب في التشييد أو قدم البناء، كما أقر المشرع بإمكانية إتخاذ بعض التدابير الوقائية قصد درء وقوع الخطر، وبالرغم من أن مالك المبنى في القانون الجزائري يعتبر مسؤولا عن الأضرار الناجمة عن تهدمه إلا أن هذا القول لا يعني أنه يتحمل في نهاية المطاف كل أعباء المسؤولية وإنما له حق الرجوع على المسؤول الحقيقي المتسبب في الأضرار.

ولقد خص المشرع الجزائري الفقرة الأولى من المادة 140 من القانون المدني للمسؤولية عن الحريق الذي ينشب بالمبنى ، فاشترط لقيامها وجود حيازة العقار أو جزء

منه من قبل شخص له سلطة فعلية عليه، وأن يكون الحريق الذي إندلع هو السبب الوحيد و المباشر في إيقاع الضرر بالغير.

كما رأينا أن المسؤولية الناشئة عن أضرار المباني التي يكون موضوعها الإخلال بعلاقات الجوار غير المألوفة هي مسؤولية مدنية تقوم عن تلك المضار بتوافر أركان المسؤولية المدنية، إضافة إلى شرط جوهرى و هو عدم مألوفية هذه الأضرار، وذلك من أجل تمييزها عن غيرها من الأضرار نظرا لخصوصيتها، ناهيك عن التطور المتسارع في مجال العمران إلى درجة أصبحت فيها مضايقات الجوار مشكلة متكررة إذ أثقلت كاهل القضاء وعجز معها على توفري الحماية القانونية اللازمة للجار المضروب.

وفيما يتعلق بالأضرار الناتجة عن المباني في الفقه الاسلامي، سواء تعلق الأمر بسقوط المباني أو أضرار الجوار؛ فهي موجبة للضمان وهو ما يقابله قيام المسؤولية المدنية في القانون، وأهم ما يميز الضمان في الفقه الاسلامي أنه يقوم على مبدأ جبر الضرر المادي الذي تم إحقه بالآخرين، خلافا لضمن الأفعال الضارة بالأنفس والذي هو قائم على مبدأ الزجر والردع، والتعبير بالضمان عن جبر الضرر وإزالته، هو التعبير الشائع في الفقه الإسلامي، وعبر بعض الفقهاء من المتأخرين بالتعويض، ومن أهم قواعد الضمان التي يعتمد عليها الفقهاء هي قاعدة "الضرر يزال".

## الفصل الثاني

### أسس قيام المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني

اختلف فقهاء القانون حول الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن أضرار المباني، حيث يعتمد فريق منهم على الاعتبارات الشخصية كأساس لمساءلة المالك المتعدي وتعويض المضرور، بينما يرى غيرهم من الفقهاء من الفقهاء بان الأساس الناجع للمسؤولية عن الأضرار التي تسببها المباني هو الاعتماد على الجانب الموضوعي في تحديد مسؤولية المالك عن تلك الأضرار وما ينجم عنها، وعليه سنتطرق في الفصل إلى أسس قيام المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني.

#### المبحث الأول

##### الاتجاه الشخصي لقيام مسؤولية المالك عن أضرار المباني

يقع على حارس البناء واجب يفرض عليه أن يعتني بصيانة البناء وتجديده وإصلاح ما فيه من عيب، فإذا قصر في أداء هذا الواجب كان هذا الحارس مخطأ خطأ شخصياً وبالتالي تتحقق مسؤليته، غير أن الفقهاء لم يتفقوا على تحديد مفهوم موحد لهذا الخطأ، حيث يعتبره فريق منهم بأنه يتجسد في الخطأ الشخصي، في حين يرى غيرهم بأنه يتمثل في الإخلال بالالتزام يقع على عاتق المالك، بينما يذهب آخرون إلى حد اعتباره تجاوز لحالة الضرورة، بل أن منهم من يقول بأن المقصود به هو الخطأ في حراسة الأشياء<sup>1</sup>.

فالخطأ لغة: من الخَطء والخَطأ والخَطَاء: ضد الصواب، وقد أخطأ إخطاءً وخاطئةً، والخطأ: ما لم يُتعمد، جمع: خطايا وخطائي، وأخطأ: سلك سبيل خطأ عامداً أو غيره<sup>2</sup>. وقيل أخطأ يخطيء إذا سلك سبيل الخطأ عمداً أو سهواً، ويقال لمن أراد شيئاً ففعل غيره أو فعل

<sup>1</sup> غسان محمد مناور أبو عاشور، الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن مضرار الجوار غير المألوفة في القانون المدني الأردني والفقهاء المقارن، مكتبة الجامعة الأردنية، مركز الرسائل والأطروحات، الأردن، دون سنة نشر، ص 06.

<sup>2</sup> مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، طبعة فنية منقحة مفهرسة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، سنة 2005 م، ص 3.



غير الصواب: أخطأ<sup>1</sup>. وقيل أن خاطئة الرامي: لم يصبه، وفي عمله: حاد عن الصواب، والطريق: عدل عنها ضالاً<sup>2</sup>.

واختلف الفقهاء في تعريف الخطأ اختلافاً متبايناً، فالخطأ يدخل تحت أعداداً لا حصر لها من السلوك الإنساني، لذلك من الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع وشامل لما يعتبر خطأ وما لا يعتبر كذلك في سلوك الإنسان من أجل قيام المسؤولية من عدمها، لذلك كان تحديد معنى الخطأ وفقاً لتلك السلوكيات معاً يختلف من وجهة نظر كل فقيه عن الآخر، مما أدى إلى إختلاف التعريفات.

ذهب جانب من الفقه القانوني إلى تأسيس المسؤولية عن مضرار المباني على أساس الخطأ باعتباره ملاذ كثير من الفقهاء وسندا يلجأ إليه القضاء لتبرير كثير من الحلول القانونية، إلا أنهم اختلفوا في مضمون الخطأ المرتكب من قبل محدث الضرر، فتعددت آرائهم في هذا الشأن والتي يمكن توضيحها فيما سيأتي.

### المطلب الأول: الخطأ الواجب الإثبات كأساس للمسؤولية

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن مسؤولية المالك عن مضرار المباني ليست إلا تطبيق للمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، وأن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ الشخصي من المالك المتمثل في إحداث مضرار بالغير، ويرون أنه عندما يكون هذا الغير يتمثل في الجار يقع عليه إلتزام بتحمل المضرار المألوفة المتسامح فيها، لذا يستطيع المالك أن يحدث مضرار في حدود معينة وفقاً لما تقتضيه دواعي التسامح بين الجيران الذين يعيشون في مجتمع طالما أن هذه المضاير لم تتجاوز قدر معين من الضرر، وأن بتجاوز المالك المضرار المألوفة يكون قد ارتكب خطأ<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبدالله الكبير ومحمد حسب الله وهشام الشاذلي، طبعة محققة ومشكولة ومذيلة بفهارس مفصلة، دار المعارف، ص 1193.

<sup>2</sup> لويس معلوف، المنجد في اللغة، الطبعة الجديدة، الطبعة التاسعة عشر، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ص 186.

<sup>3</sup> Leyat(p),La responsabilité dans les rapports de voisinage,thèse ,op,cit,p158.Condmas(y),Les troubles de voisinage,thèse,op,cit.p49.Mazeaud(H.L) et Tunc(A), par H.Capitant,Triaté théorique et pratique de la responsabilité civil,Les condition de la responsabilité,édition Dalta ; Paris, 1998.p1066.Frédéric Rouvière, La pseudo-autonomie des troubles anormaux de voisinage Manuscrit auteur, publié dans « variations sur le thème du voisinage,J-Ph.tricoire,PUAM 2012.p73 et s

وذهب جانب الفقه المصري أنه بوجود نص المادة 807 مدني مصري الذي أورد قيدياً على حق الملكية المتمثل في عدم غلو المالك في استعمال حقه حتى لا يلحق الجار من جراء هذا الإستعمال ضرراً غير مألوف، وعليه فإن المالك الذي غلا في استعمال حقه وألحق بجاره ضرراً غير مألوف قد خرج عن حدود الحق، والخروج عن حدود الحق خطأ بالمعنى المعروف، إذ هو انحراف عن سلوك المألوف للشخص المعتاد، فتكون مسؤولية المالك في هذا القول قائمة على الخطأ بمعناه المعروف.<sup>1</sup>

وذهب رأي آخر إلى أن الأساس القانوني للمسؤولية عن مضرار المباني يكمن في الخطأ بمفهوم الإعتداء المادي على ملك الغير لأن المالك إذا أتى فعلاً في حدود حقه وضمن نطاق ملكه وترتب عليه مضرار تعدت مادياً ملكه إلى ملك غيره بحيث انتقلت من الحيز المادي لملكه واخترقت الحيز المادي لملك ذلك الغير فإن التعدي من قبل المالك يعد الخطأ تبني عليه المسؤولية، ذلك لأنه ينبغي على المالك وهو يستعمل حق ملكيته مراعاة ألا يترتب على ذلك تعد مادي أو مساس مباشر بملك الغير.<sup>2</sup>

وهناك من رأى أنه لا أهمية إذا كان الغلو في استعمال الملكية خروجاً عن حدود الحق أو تعسفاً فيه، لأنه في جميع الحالات صورة من الخطأ الموجب للمسؤولية، ذلك أن المعايير التي وضعها القانون للتعسف تنطوي على الخطأ في جميع الحالات، فهي تعني خروج الشخص في استعمال حقه على ما يفرضه عليه واجب التزام سلوك الشخص المعتاد، أي تعني ارتكاب هذا الشخص لخطأ موجب للمسؤولية وعليه فإن أساس المسؤولية في حالة التعسف هو الخطأ، والخطأ أيضاً هو الأساس في حالة الخروج عن الحدود المرسومة للحق.<sup>3</sup>

وقد تعرض هذا الإتجاه إلى انتقادات تركزت على ما يلي :

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج8 حق الملكية، المرجع السابق، ص 708. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص132،131. عبد المنعم فرج صدة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص91. شحاتة شفيق، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص87.

<sup>2</sup> محمد أحمد رمضان المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار، المرجع السابق، ص74. عبد العزيز عبد القادر أبو غنيم، الإلتزام العيني بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص93.

<sup>3</sup> جميل الشرقاوي دروس في الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية 1970. ص96.

1- إن ربط المسؤولية عن مضرار المباني بالخطأ أي الانحراف عن سلوك الرجل العادي الذي يؤدي إلى تحقق الضرر، مع توافر علاقة السببية بينهما في غير محله، لأن الجار في المسؤولية محل البحث اتخذ كافة الإحتياطات الضرورية بما يتفق وعادية السلوك، بل قد يكون حريصا في اتخاذ تلك الإحتياطات الضرورية بما يتفق وعادية السلوك، بل قد يكون حريصا في اتخاذ تلك الإحتياطات الضرورية، ومع ذلك ينتج عن ممارسته لحقه في حدوده المشروعة مضايقات لجيرانه تجاوزت حد المألوفية . فهنا يثور التساؤل كيف يمكن نسبة الخطأ إليه في مثل هذه الحالة؟ خاصة وأن المالك يحدث الضرر استعمل حقه استعمالا عاديا ومشروعا. ولم ينحرف عن سلوك الرجل العادي.<sup>1</sup>

2- لو كان أساس المسؤولية عن مضرار المباني هو الخطأ لجاز للمالك يحدث الضرر دفع المسؤولية عنه بإثبات أنه استعمل حقه استعمالا عاديا ومشروعا، ولم ينحرف عن السلوك المألوف ولم يخالف القوانين، بل اتخذ كافة الإحتياطات اللازمة لمنع الضرر ورغم ذلك وقع، لهذا يمكن القول بأن هذه المسؤولية تحققت ليس نتيجة الانحراف عن سلوك الرجل العادي بل نتيجة الأضرار غير المألوفة التي أصابت الجار من استعمال الحق بدليل ما قضي به في مسؤولية صاحب المصنع لتجفيف الجلود عن الروائح الكريهة التي يسببها للجيران رغم اتخاذ كافة الإحتياطات اللازمة لمنع انتشار هذه الروائح، وبمسؤولية صاحب المصنع عما يلحقه الغبار والدخان المنبعث منه رغم احتياظه في منعه<sup>2</sup>، ومن ناحية أخرى أن تقيد المالك يحدث الضرر بجميع القيود التي تفرضها عليه القوانين كمراعاته الحدود والمسافات القانونية وحصوله على ترخيص إداري عندما يستدعي استعماله لملكه ذلك، لكنها تقع رغم ذلك وتقوم المسؤولية عنها بدليل ما قضي به من مسؤولية صاحب المصنع عن الأضرار غير المألوفة رغم حصوله على ترخيص إداري بإدارة المصنع من الجهة الإدارية المختصة<sup>3</sup>، ومن هنا فلا يمكننا إقامة المسؤولية عن مضرار المباني على الخطأ بالمفهوم التقليدي .

<sup>1</sup> أسماء مكي، المسؤولية عن مضرار الجوار غير المألوفة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016، ص

179

<sup>2</sup> أبو زيد عبد الباقي تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضرار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص81.

<sup>3</sup> غسان محمد مناور أبو عاشور، أساس مسؤولية المالك عن مضرار الجوار غير المألوفة في القانون المدني الأردني والفقهاء المقارن، المرجع السابق، ص10، 11 .

- 3- من حيث الضرر الواجب التعويض عنه : وفقا للقواعد المسؤولية التقصيرية فإنه لا يشترط درجة معينة من الضرر لقيام مسؤولية محدثة . فالتعويض يقاس على قدر الضرر سواء أكان جسيما أو يسيرا، وبالتالي تترتب المسؤولية في كل الحالات.<sup>1</sup>
- 4- التعدي والتعويض يشمل كافة الأضرار مألوفة كانت أو غير مألوفة، بينما في المسؤولية محل البحث يشترط فيها أن تكون الأضرار غير مألوفة، كما أن التمييز بين درجات الضرر مسألة تعنى المضرور لا المسؤول لتأثيرها في تقدير التعويض لا في تقدير المسؤولية طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية التي لا تقوم على حدوث الضرر في ذاته وإنما على الخطأ الذي يرتب المسؤولية وحده. ومن ثم فإن المسؤولية لا تقوم نتيجة وقوع الضرر ولو كان جسيما وإنما تقوم على الخطأ الذي نتج عنه الضرر وهنا يبرز الاختلاف بين المسئوليتين<sup>2</sup> .
- 5- أنه يجب التمييز بين أساس المسؤولية ومصدر المسؤولية، إذ يستخلص أولهما بتطبيق فكرة تنتمي إلى الثاني، ذلك أن القول أن أساس المسؤولية هو التزام قانوني الذي يقره النص التشريعي، لا يصلح لتأصيل مسؤولية مالك المباني محل البحث، لأن النص القانوني بصفة عامة ليس أساسا لأي مسؤولية، فهو قد يكون مصدرا لها وسندها التشريعي، أما أساس المسؤولية، فعلى العكس من ذلك تماما؛ إذ يقصد به التأصيل الفني للمسؤولية، ومحاولة ردها إلى نظام من الأنظمة القانونية المعروفة أو نظام مناسب ، يمكن نسبتها إليه، إذا استعصى إسنادها إلى أي من هذه الأنظمة، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى اعتبار نصوص القانون هي أساس لكل مسؤولية، الأمر الذي يترتب عليه هدم كافة الأنظمة القانونية كالخطأ وتحمل التبعة، وغيرها من الأفكار التي توصل إليه الفقه لتأصيل المسؤولية<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> أسماء مكي، المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 179.

<sup>2</sup> Leyat(p), la responsabilité dans les rapports de voisinage, thèse,op cité ;p29 et 122, Starck,Starck(Boris)-Essai d'un théorie générale de la responsabilité civil considère en sa double fonction de garantie et de peine privé ,thèse,op cité,p185.

<sup>3</sup> نعمان محمد خليل جمعة، حقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق، ص353. أبو زيد عبد الباقي تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عم مزار الجوار غير المألوفة ، المرجع السابق، ص104 .

## المطلب الثاني: التعسف في استعمال الحق كأساس للمسؤولية

لقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن أساس مضرار المباني هو التعسف في استعمال الحق<sup>1</sup>، فلا يجوز أن نقف عند حالات التعسف المتمثلة في حالة قصد الإضرار بالغير أو حالة الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير أو الحالة التي يرمى صاحب الحق من ورائها إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة. بل يجب أن يمتد تطبيقها ليشمل حالة التي لا يقصد فيها المالك الإضرار بغيره باتخاذ كافة الإحتياطات الضرورية خلال مباشرته لسلطته على ما يملك، لكن طبيعة استغلاله لحق ملكيته حالت دون تجنب الضرر، كأن يستغل المالك محلا للشواء التي تتصاعد منه الروائح والدخان تلحق أضرار بالجيران<sup>2</sup>.

وينتهي أنصار هذا الإتجاه إلى أن المالك الذي يستعمل حق ملكيته للمباني استعمالا يؤدي إلى إلحاق مضرار غير مألوفة بجيرانه رغم اتخاذه لكافة الإحتياطات اللازمة لمنع هذه المضرار يعتبر متعسفا في استعمال حقه.

وقد أيد جانب كبير من الفقه المصري هذا الإتجاه<sup>3</sup> واعتبر أن المسؤولية عن مضرار الجوار غير المألوفة التي نص عليها القانون المدني المصري في المادة 807 ليس إلا

<sup>1</sup> لقد عرفت نظرية التعسف في استعمال الحق بادئ ذي بدء في صورتها الضيقة -قصد الإضرار بالغير- في القانون الروماني بصدد بعض الحقوق فقط، ولكن مثل هذا التصديق في نطاق التعسف في استعمال الحق لم يستمر في الشريعة الإسلامية التي توسعت في هذه النظرية و أعطتها أوسع وأفضل تطوير وثلت إليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة، فهي لم تعد في هذه الشريعة الغراء مقتصرة على صورة تعمد الإضرار بالغير فقط، وإنما اتسعت لتشمل صوراً أخرى كتخلف المصلحة المشروعة و الضرر العام و الضرر الفاحش الذي ينجم عن استعمال المالك. وانتقلت هذه النظرية كذلك من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم الذي أعطاهم تصوراً أوسع مما كانت عليه في القانون المذكور، وذلك من حيث أنها لم تعد مقتصرة على صورة قصد الإضرار بالغير وإنما امتدت لتشمل صورة عدم مشروعية المصلحة فيه. لكن هذا الإتساع لم يلبث أن تأثر بمبادئ الثورة الفرنسية و ما تبعها من سيادة النزعة الفردية التي تحول للأفراد حقوق مطلقة في ملكياتهم، وهذا ليس بغريب، لأن هذه الثورة ما نشأت إلا لمنح أفراد الشعب حريات وحقوقاً أكثر مما كان لهم، وبذلك أصبح الأفراد في ظل هذا القانون يتمتعون بحق التصرف ملكهم على النحو ما يريدون ووفق الطريقة التي تروق لهم، وإن ترتب على ذلك مضرار تلحق غيرهم من الأفراد الآخرين، ولكن هذا بدوره جر على المجتمع مشاكل لا طائل لها بعد ذلك. الأمر الذي حدا بالمشرعين إلى الحد من هذا الإطلاق في التصرف والإتجاه ولو قليل نحو المذهب الاجتماعي الذي يقيد تصرف الفرد بملكه بما لا يضر بغيره، وهذا ما حدث فعلاً، وبذلك أخذت نظرية التعسف تظهر من جديد وبشكل أوسع مما كانت عليه في القانون الروماني و القانون الفرنسي القديم و ذلك من خلال تطبيقات معينة لها في هذا القانون -أي القانون الحديث- و تبع القانون الفرنسي الحديث كثير من القوانين الأخرى في الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق كالقانون الألماني، والقانون السوفياتي، والسويدي، والمصري، والجزائري، والسوري، والأردني الذي اعتمد على الشريعة الإسلامية في صياغة نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق (غسان محمد مناو أبو عاشور، الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن مضرار الجوار غير المألوفة في القانون المدني الأردني والفقه المقارن، رسالة ماجستير كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت الأردن، سنة 2003).

<sup>2</sup> Colin Ambroise et Capitant Henri, Cours élémentaire de droit Civil Français, T, 1, 11<sup>ème</sup> éd, par leon de la Morandier, 1974.p.1025. H.Lalou, Traité pratique de responsabilité civil, 6<sup>ème</sup> éd. Par P.Azard, paris, Dalloz, 1962, p531.

<sup>3</sup> حسن كبيرة (متزعم هذا الإتجاه)، الموجز في القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، طبعة 1998، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 144 وما بعدها. أنور سلطان: نظرية التعسف في استعمال الحق، مجلة القنون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة مارس 1947، العدد الأول، السنة السابعة عشرة. ص114 و 120 وما بعدها. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني

تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق التي نص عليها المشرع المصري في المادة الخامسة<sup>1</sup>، ويرى أنصار هذا الإتجاه أن مزار المباني في ليست من قبيل تجاوز حدود الحق، وإنما هي من قبيل سوء استعمال الحق، وآية ذلك أن مجاوزة حدود الحق تفترض أصلاً فعلاً غير مشروع في ذاته، بينما فعل المالك هنا مشروع في ذاته بحسب الأصل، ولكنه ينقلب، حسب ظروف الحال و ملابساته إلى فعل غير مشروع بالنظر إلى نتيجة غير مألوفة. لذلك يكون من الأفضل في تبرير استبعاد مزار الجوار غير المألوفة من المادة الخامسة أن يقال: إن أحكام مزار الجوار التي هي تطبيق لمعيار الضرر الفاحش المنصوص عليها في مادة 807 مدني مصري، بصدد حق الملكية. فلم يكن هناك ما يدعو إلى ذكر هذا المعيار في المادة الخامسة، واستبعد منها منعاً للتكرار وإن كان هو في ذاته أحد معايير التعسف في استعمال الحق<sup>2</sup>.

غير أن أصحاب هذا الإتجاه وإن كانوا يتفقون من حيث المبدأ على اعتبار التعسف أساساً للمسؤولية عن مزار المباني في علاقات الجوار، إلا أنهم يختلفون من حيث مدى اعتباره صورة من صور الخطأ .

فذهب رأي بالقول: إلى أن نظرية التعسف لا تدرج دائرة المسؤولية التقصيرية، ومن ثم التعسف ليس خطأ، وإنما له أساس ووجود مستقل عن فكرة الخطأ و بمعزل عنها، لأنه التعسف يعني تخلف غاية الحق أو مناقضتها ، بينما الخطأ يعني الانحراف عن سلوك

المصري ، مكتبة وهبة 1965 ص 63. علي علي سليمان شرح القانون المدني الليبي ، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، منشورات الجامعة الليبية 1960 ص 49 و ما يليها . مراد محمود محمود حسن حيدر ، المرجع السابق، ص 445 .

<sup>1</sup> كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد يحدد خمسة ضوابط لسو استعمال الحق في المادة الخامسة من المشروع التمهيدي ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزء 1 ص 201 و هي :1-إذا لم يقصد باستعمال الحق سوى الإضرار بالغير. 2- إذا كان هذا الإستعمال متعارضاً مع مصلحة عامة جوهرية 3- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الإستعمال إلى تحقيقها غير مروعة . 4-إذا كانت المصالح المقصودة من استعمال الحق قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . 5- إذا كان استعمال الحق من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف." وقد حذفت لجنة مراجعة المشروع معايير من هذه المعايير. ليصبح نص المادة الخامسة من القانون المدني المصري مقتصرًا على ثلاثة حالات . حيث أصبحت تنص على : " يكون استعمال الحق غير مشروع في الحالات التالية :أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير(ب)- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ج)- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مروعة " وبذلك فقد استبعد معيار الإستعمال المتعارض مع مصلحة عامة جوهرية ، و معيار الإستعمال المتعارض مع مصلحة عامة جوهرية ، بأنه معيار أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية ، ينهج المشرع على مقتضاها في وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة . من أن يكون معياراً يتخذ القاضي للتطبيق العلمي في الأقضية اليومية . و برر استبعاد معيار الحق استعمالاً ن شأنه استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف . بأنه ليس إلا المعيار الذي يطبق في حقوق الجوار . وهو معيار الضرر الفاحش. و نظرية الجوار تخرج من نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق . لأن الضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفاً في استعمال الحق ، بل هو خروج عن حدود الحق . (السنهوري، ج1، المجلد2، ص963،262)

<sup>2</sup> مراد محمود محمود حسن حيدر ، المرجع السابق، ص 445،444 .

المألوف. وعليه فإن أساس المسؤولية عن أضرار الجوار هو التعسف في استعمال الحق، يشكل معياراً رابعاً لمعايير التعسف في استعمال الحق بصوة أو بمعيار الأضرار الفاحشة والتعسف بهذا الإتجاه فكرة مستقلة عن الخطأ<sup>1</sup>.

وذهب رأي آخر؛ إلى أن أساس المسؤولية عن أضرار المباني هو التعسف في استعمال الحق، ولكنهم اعتبروا التعسف خطأ ضمن دائرة المسؤولية التقصيرية وقد استند أنصار تأسيس المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة المرتبطة بالمباني على التعسف في استعمال الحق على الحجج التالية :

1- أن النص الوارد في المادة 807 مدني مصري ليس إلا مجرد تطبيق لفكرة التعسف في استعمال الحق، لأنه بالرجوع الى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري<sup>2</sup> نجده قد فسح مكاناً لهذا المعيار الى جوار المعايير العامة للتعسف اذ جاء فيها "إن استعمال الحق يكون غير مشروع اذا كان من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على وجه المألوف". ومنه إذا كان هذا المعيار قد حذف لم يظهر في المعايير التي تناولها المشرع في نظرية التعسف في استعمال الحق يرى البعض أن المشرع لم يعدل عن اعتباره فيما يعنيه من فكره الضرر غير المألوف من تطبيقات هذه النظرية ولكن لأنه اكتفى بالتطبيق الخاص الموجود له في حق الملكية في المادة 807 مدني مصري، وهو موطن تطبيقه الرئيسي<sup>3</sup>.

2- أن المشرع حين صاغ نظرية التعسف في استعمال الحق اعتمد على أحكام الشريعة اعتماداً كلياً كبيراً، والتي تعتبر معيار الضرر الفاحش بالغير أو بالجار معياراً من معايير التعسف في استعمال الحق، وأن تبرير مسؤولية المالك عن مزار المباني باللجوء لفكرة التعسف، يغني عن تبريرات أخرى تستهدف لانتقادات كثيرة، خاصة وأن فعل المالك هنا

<sup>1</sup> حسن كبيرة، أصول القانون المدني، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف بالإسكندرية سنة 1965. ص 754.

<sup>2</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الأول ص 199، 200.

<sup>3</sup> مراد محمود محمود حسن حيدر، المرجع السابق، ص 462.

مشروع وأنه قام باتخاذ كل الإحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر بغض النظر عن نتيجته غير المألوفة.<sup>1</sup>

3- أنه يجب عدم إغفال بأن الأضرار التي تسبب بها المالك للغير إنما كانت نتيجة أفعال مشروعة في ذاتها وهي ضمن استعمال المالك لحق ملكيته ، فارتباط هذه المسؤولية بفكرة الحق ومدى مشروعيته أمر ظاهر<sup>2</sup> .

وقد تعرضت الحجج التي استند إليها أنصار تأسيس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة للمباني على التعسف في استعمال الحق إلى انتقادات تركزت على ما يلي:

1- أنه ليس هناك ما يثبت أن المشرع حذف تطبيق فكرة مضار الجوار غير المألوفة للمباني من حالات التعسف، يعني عدم عدول المشرع من وضع فكرة مضار الجوار غير المألوفة ضمن حالات التعسف، وأن الأخذ بهذه الحجة هو تأويل غير صائب لقصد الشارع<sup>3</sup>. لأن فكرة حالة التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على وجه المألوف" التي حذفها المشرع هي خروج عن الحق وليس تعسف في استعماله و هو معيار يطبق على حقوق الجوار و أن مضار الجوار تخرج من نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق<sup>4</sup> .

2- كما أن المشرع لو قصد أن يعتبر المادة 807 مدني مصري تطبيقاً رابعاً للتعسف لما خصص مادة مستقلة وفي باب مستقل لها، ولكن أوردتها كحالة رابعة من حالات التعسف هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن مضمون المادة 807 مصري لا يوجد في مضمونه ما يفيد أن المشرع يحيل بشأنه إلى نظرية التعسف بل أن روح النص ينطق بمضار الجوار

<sup>1</sup> أسماء مكي، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 186 و187.

<sup>2</sup> أبو زيد عبد الباقي، المرجع السابق، مجلة الحقوق، ص 128، 129 .

<sup>3</sup> ويرى البعض أن المشرع قد تناول حالات التعسف على سبيل الحصر. وحصرها في حالات ثلاثة فتلك إرادته التي يجب احترامها . والقول بغير ذلك يعد مخالفة صريحة لقصد الشارع (محمد زهرة ، الطبيعة القانونية للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، المرجع السابق، ص13. د/ السنهوري، الوسيط، الجزء 8، المرجع السابق، ص 704 . ويرى البعض الآخر أن حالات التعسف التي أتى بها المشرع جات على سبيل اغمثال و ليس على سبيل الحصر .علي فيلالي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض ، المرجع السابق، ص 62 . حسن كيرة -المدخل إلى القانون - منشأة المعارف الإسكندرية سنة 1974 ، ص 771 و 772 . منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، المرجع السابق، ص 63 و 64.

<sup>4</sup> عبد رزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول ( الملجد الثاني) نظرية الإلتزام بوجه عام -مصادر الإلتزام- منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت -لبنان 2009.ص945،962،9663



غير المألوفة، التي تعد صورة خالصة للمسؤولية الموضوعية، بخلاف التعسف في استعمال الحق، الذي يكون مبناه عامل شخصي هو فساد الباعث<sup>1</sup>.

3- كما أن القول بأن المشرع حين صاغ نظرية التعسف اعتمد على أحكام الشريعة، وما جرى عليه الفقه الإسلامي، إلا أنه لم يأخذ بتلك الأحكام على إطلاقها ليس صحيحاً، والدليل على ذلك أن الشريعة الإسلامية تجنبت أسلوب تصنيف قواعد المسؤولية واكتفت بوضع قواعد كليه صالحه للتطبيق في كل زمان ومكان بينما أخذ المشرع بأسلوب تصنيف قواعد المسؤولية، فتارة يتبنى قواعد المسؤولية الشخصية التي منها قواعد المسؤولية عن الفعل الشخصي، وتارة أخرى يتبنى قواعد المسؤولية شبه الموضوعية كالمسؤولية الناشئة عن الأشياء، وتارة ثالثة يتبنى قواعد المسؤولية الموضوعية القائمة على فكرة المخاطر، كما هو الحال بالنسبة لإصابات العمل<sup>2</sup>.

4- كما أن القول بأن الأخذ بنظرية التعسف كأساس للمسؤولية عن مضار غير المألوفة للمباني في علاقات الجوار يغني عن التبريرات الأخرى التي تقدم في هذا الشأن، فهو قول غير صحيح من ناحيتين :

- من الناحية الأولى؛ ليس معنى اختلاف الفقه حول الأساس السليم لتلك المسؤولية يؤدي إلى الهروب من الواقع وعدم البحث الجاد عن التكييف القانوني الصحيح لأساس تلك المسؤولية، ومن ثم اعتبار نص المادة 807 مدني مصري تطبيقاً رابعاً للتعسف، فالواقع أنه لا يمكن التسليم بهذا المنطق بصفة مطلقة، بل عدم التقاعس عن السعي وراء استظهار الأساس القانوني السليم لتلك المسؤولية<sup>3</sup>.

- ومن الناحية الثانية؛ ليس معنى تعرض التبريرات الأخرى للنقد، أن فكرة التعسف سليمة في حد ذاتها كأساس قانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة للمباني، فقد تكون

<sup>1</sup> فصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 358

<sup>2</sup> فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 360 . عبد الرحمان على حمزة -مضار الجوار غير المألوفة ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني ، دار النهضة العربية ، سنة 2006 ، ص 368 .

<sup>3</sup> أسماء مكي، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 189.

نظرية التعسف بدورها منتقدة كغيرها من التبريرات، ومن ثم فإن الحل يتمثل في البحث عن تأصيل آخر صحيح<sup>1</sup>.

وذهب جمهور من الفقه<sup>2</sup> إلى أبعد من ذلك أن المادة الخامسة من القانون المدني المصري جاءت على سبيل الحصر، وليس على سبيل المثال، الأمر الذي يصعب معه القول بأن المادة 807 مدني مصري تعد تطبيقاً رابعاً لمفهوم التعسف، لأن مضار الجوار غير المألوفة قد تندرج تحت أي معيار منها خاصة وأن المالك قد يستعمل حقه استعمالاً عادياً. ومن هنا فإن فكرة مضار الجوار غير المألوف تخرج من نطاق نظرية التعسف، لأن معايير التعسف هي معايير محددة لا يجوز تعديلها، والقول بخلاف ذلك يجعل من نظريته التعسف غامضة، غير معلومة المعالم والحدود ولا يمكن إدراج حالة مضار الجوار غير المألوفة تحت أي منها، لأن الجار حين يمارس نشاطه في مبناه لا يقصد الإضرار بجاره، كما أنه لا يهدف إلى تحقيق مصلحة تافهة أو غير مشروعة، بل أنه اتخذ كافة الاحتياطات الضرورية لمنع حدوث الضرر كما أن نظرية التعسف ما هي إلا صورة من صور الخطأ وفقاً لما استقر عليه أغلب الفقهاء والقضاء والذي يتمثل في انحراف سلوك الشخص العادي عند ممارسة الحق، رغم عدم الخروج عن الحدود المادية المرسومة لهذا الحق، سواء تمثل ذلك الانحراف في قصد الإضرار بالغير، أو في قصد تحقيق مصلحة تافهة أو غير مشروعة<sup>3</sup>.

### المطلب الثالث: الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية

بغيب النص التشريعي الذي ينظم بشكل عام أضرار المباني في القانون الفرنسي، ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى عدم التخلي عن النصوص التشريعية محاولين تكيف ودمج المسؤولية عن أضرار المباني في قواعد المسؤولية عن فعل الشيء الذي وضع لها المشرع نصاً.

<sup>1</sup> محمد الزهرة، المرجع السابق، ص 16.

<sup>2</sup> السنهوري، الوسيط - الجزء 8 - المرجع السابق - ص 704. محمد زهرة، الطبيعة القانونية للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 13، نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 354.

<sup>3</sup> Starck(B) domaine et fondement dr la responsabilité sans faute, R.T.D.C, 1958 P175

عبد الرحمن علي حمزة، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي ولاقانون الوضعي، رسالة دكتوراة، القاهرة، نشر دار النهضة العربية، 2006

فذهب جانب من الفقه فرنسي<sup>1</sup> إلى أن مسؤولية المالك عن أضرار المباني تقوم على أساس مسؤولية حارس الأشياء التي تؤسس المسؤولية على أساس الخطأ المفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، بحيث يكون إثبات واقعتي الضرر وتولي الشخص الحراسة كافيا لإقامة المسؤولية دون الحاجة لإثبات خطأ من جانبه .

وأضاف جانب كبير من الفقه والقضاء الفرنسي المؤيد لهذا الإتجاه<sup>2</sup> إلى تأسيس المسؤولية عن أضرار المباني على قواعد المسؤولية عن فعل الشيء الخطر بالنسبة للمنشآت الصناعية بصفة خاصة، ورأى هذا الفريق من الفقه والقضاء أن مستغل المنشأة الصناعية، التي تكون مصدرا لمضايقات كثيرة ومتنوعة عليه الإلتزام باتخاذ كافة الإحتياطات اللازمة من أجل تفادي الإضرار بالغير، وأن حصول مستغل المباني على ترخيص من الجهة الإدارية، لا يعفيه من المسؤولية التي تنتج عن المضايقات غير العادية التي تلحق بالغير ودفعهم لذلك غياب النص القانوني الذي يقرر وجود هذه النظرية، واعتبروا أن النص الذي يقرر المسؤولية عن فعل شيء الخطر يعد الشريعة العامة للمسؤولية عن فعل الشيء، وأن الملكية تعتبر من الأشياء، وبالتالي فإن الأضرار غير العادية التي يشكو منها الجيران تدخل في مضمون نص المادة 1384 مدني فرنسي، فمتى نتج عن سير العمل في المنشأة مضايقات للجيران تجاوزت الحد المألوف كالروائح المقززة أو الأدخنة السوداء أو الضجيج الشديد المستمر ليلا ونهارا فإن مستغل هذه المنشأة يكون مخلا بالتزامه بالحراسة لأنه كان يتعين عليه اتخاذ الإحتياطات اللازمة من أجل منع الضرر وبهذا يكون هذا الإتجاه وسع من مضمون الحراسة حيث قرروا بأن هذا النص يطبق على العقارات والمنقولات على حد السواء بدون أن يوجد مكان للتمييز يقضي أن يكون الشيء المسبب للضرر بواسطة يد الإنسان من عدمه ، أو وجود عيب في الشيء من عدمه، بل يكفي إثبات رابطة السببية بين فعل الشيء والضرر<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> Bersson (A), La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses, thèse, Dijon 1927.p127 et 128.

Frossard(J), La distinctions de moyens eyt obligation de resultat, thèse, Dijio de resultat, thèse, Lyon 1965,p246

<sup>2</sup> Lambert-Piri, Marie-Claire. Onstruction immobilière et dommage aux voisins, Paris 1982,p47 et s.

<sup>3</sup> Brun, P, Responsabilité civile extracontractuelle, 3e éd., LexisNexis, Paris, 2014, P 388.

وأضاف جانب من مؤيدي هذا الإتجاه تفاديا لما أثير حول مدى اعتبار الشخص حارسا للاهتزازات والأدخلة السوداء والروائح المقززة والأصوات المزعجة إلى القول بأن هذه الأشياء تعد منقولات، مما يمكن حيازتها، ومن ثم لا يوجد خروج عن مضمون الحراسة، واستندوا في ذلك إلى ما استقر عليه الفقه والقضاء بشأن سرقة التيار الكهربائي، الذي اعتبر شيئا يمكن حيازته، قياسا على قرره المشرع بأن اختلاس يكون على المال المنقول المملوك للغير، ومن ثم يمكن أن ترد عليه السرقة، ومن هذا المنطق قاسوا الروائح والأدخن والأصوات المزعجة ... وقرروا بما أن القضاء اعتبر التيار الكهربائي شيئا منقولا يمكن حيازته، فإن المضايقات تعد أيضا من الأشياء المنقولة التي يمكن حيازتها، ومن ثم لا يوجد خروج عن مضمون النص الخاص بحراس الشيء الخطر.<sup>1</sup>

أما من ناحية أن نظرية مزار الجوار غير المألوفة اشترط من اجل انعقاد المسؤولية عن أضرار المباني وفقا لقواعدها ان تكون الأضرار على درجة من الأهمية والخطورة، بحيث تجاوز من شدتها واستمراريتها أعباء الجوار الواجب تحملها، فقط رأى أنصار هذا الإتجاه أن هذا الشرط لا يكون متنافرا مع قواعد المسؤولية عن فعل الشيء الخطر إذ أن وضع قاعدة عامة في مادة اضطرابات الجوار، وهي أنه لا يجب الأخذ إلا إذا تجاوزت درجة معينة من الخطورة لتكتسي طابع الشيء الخطير.<sup>2</sup>

وقد تعرض هذا الإتجاه إلى انتقادات من الفقه الحديث تركزت على ما يلي :

1- إن هذه النظرية لها مفهوم قانوني محدد لا يمكن دمجها ضمن قواعد المسؤولية عن فعل الشيء الخطر، وأن محاولة دمجها يؤدي الى طمس معالمها، كما أن إعطاء المسؤولية عن فعل الشيء تصورا واضحا وواسعا من أجل محاولة التوفيق بينها وبين هذه النظرية، فيه تحميل لهذا النص لأكثر من طاقته.<sup>3</sup>

2- إن دمج نظرية مزار الجوار غير المألوفة للمباني ضمن المسؤولية عن فعل الشيء الخطر، يقتضي وجوب التعويض عن كافة الأضرار بغض النظر إن كانت بسيطة أو جسيمة، مع أن الفقه والقضاء مجتمعان منذ القدم على وجود قدر معين من الأضرار يلزم

<sup>1</sup> Esmein(Paule), note sous Cass. Civ 27/10/1964. J.C.P,11 ,n°14288.

<sup>2</sup> أسماء مكي، المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 192

<sup>3</sup> أسماء مكي، المرجع نفسه، ص 193.

تحملها من جانب الجيران المتضررين على سبيل التسامح بينهما ودون إمكانية طلب التعويض عنه. فالأخذ بهذه الفكرة يصطدم بقواعد المسؤولية عن تجاوز الأضرار المألوفة<sup>1</sup>.

3- أن نظرية الحراسة تقتصر عن استيعاب كثير من الحالات، التي يكون فيها الضرر غير المألوف بفعل الإنسان، وليس بفعل الشيء، كحالة الصخب الذي يحدث عند انصراف المتفرجين من المسرح أو الضوضاء التي تحدث من تلاميذ المدرسة فتسبب أضراراً غير مألوف للجيران ناتج عن فعل صدر من الإنسان وليس عن فعل الشيء إذا كان المقصود بالشيء هو الشيء ذاته كالألات الميكانيكية التي تسبب في حدوث الضرر فلا صعوبة في الأمر، أما إذا كان المقصود ما يخرج من هذا الشيء فإن الصعوبة تثور لأنه يشترط طبقاً لنظرية الحراسة وجوباً أن يلتزم الحارس بإبقاء الشيء تحت سيطرته الفعلية، أي إلزامه بإبقاء الأدخنة والروائح الكريهة وكذا الضوضاء تحت سيطرته الفعلية وهذا يستحيل تحقيقه<sup>2</sup>.

4- أن حارس الشيء لا يمكنه نفي المسؤولية عنه بإثبات أنه بذل العناية الواجبة بما يتفق والسلوك المألوف، ولا يكون أمامه سوى إثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى حدوث الضرر، وعليه فإن محاولة دمج نظرية مضار الجوار غير المألوفة بنظرية حراسة الأشياء يؤدي إلى خروج عن مضمونها<sup>3</sup>.

5- أما القول بوجود وضع قاعدة عامة في مادة اضطرابات الجوار، وهي أنه لا يجب الكلام عنها إلا إزاء الأضرار التي تكون على درجة من الخطورة أو الأهمية، وأن هذا الشرط لا يتنافى مع قواعد المسؤولية عن فعل الشيء الجامد، إلا أنه يضع مفهومين لقواعد الحراسة أحدهما خاص بمنازعات الجوار والآخر خاص بالعلاقات التي تخرج عن نطاق الجوار هذا مخالف لإرادة المشرع الذي وضع النص ليطبق على كافة المنازعات بغض النظر عما إذا كانت قد حدثت بين الجيران، أو بين الجيران وشخص من الغير، أو بين الغير<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Starck (Boris) Droit civil "Les obligation "Paris 1972.p137

<sup>2</sup> Stefani(p) la nature de la responsabilité en matière de trouble de voisinage, thèse, op.cit,p 62et s.

<sup>3</sup> أسماء مكي، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 194.

<sup>4</sup> أسماء مكي، المرجع نفسه، ص 194.

6- إذا كانت نظرية الحراسة بما تتضمنه من خطأ مفترض يعتبر خطوة في طريق الإفلات من أسر نظرية الخطأ الواجب الإثبات، إلا أنها تعرضت للنقد الشديد، من جانب كبير من الفقه، من عدة جوانب، تتركز حول عدم توافر شروط المسؤولية على أساس الحراسة<sup>1</sup>.  
أمام هذه الإنتقادات انصرف الفقه والقضاء الحديث عن فكرة دمج نظرية مزار الجوار غير المألوفة عن نظرية الحراسة و التسليم بفصل هذه لنظرية عن تلك القواعد<sup>2</sup>.

### المطلب الرابع: رفض المالك التعويض كخطأ لقيام المسؤولية

حاول الفقيه الفرنسي Picard البحث عن أساس نظرية مزار الجوار غير المألوفة للمباني في علاقة الجوار نفسها، فميز بين نوعين من مسؤولية المالك عن الأضرار غير العادية، والتي يشكو منها الجيران .

فرأى هذا الفقيه أن المالك يكون مسؤولاً عن الأضرار على أساس الفعل الضار، وذلك متى كانت ناتجة عن تهاون أو تقصير في أخذ الاحتياطات اللازمة، أو مخالفة القوانين والتنظيمات، كأن يمارس المالك نشاطه في المبنى بدون أخذه للاحتياطات اللازمة، مما يسبب مضايقات لجيرانه، فإنه يكون مسؤولاً أمامهم عن فعله غير المشروع، أو يخالف القوانين والتنظيمات المعمول بها أثناء ممارسته لحق ملكيته، كأن يقوم ببناء عمارة شاهقة مخالفاً بذلك تنظيم المدن، مما يؤدي إلى حرمان الجار من الضوء أو الهواء أو الشمس، أو يستعمل حقه من أجل مضايقة جاره ففي مثلي هذه الحالات تقوم مسؤولية المالك عما يشكو منه الجيران وذلك بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>.

أما إذا كان المالك أثناء ممارسته بحقه قد اتخذ كافة الاحتياطات اللازمة، وراعى القوانين والقواعد التنظيمية المعمول بها، وانتفى التعسف من جانبه، ففي هذه اللحظة الأصل أن استعماله لملكه لا يرتب أية مسؤولية حتى ولو ترتب على استعماله لملكية المباني أضرار مألوفة بالجيران، لكن إذا كان ما يشكو منه الجيران من مضايقات غير العادية على أساس أنه استعمال حق ملكيته استعمالاً استثنائياً، فهذا الاستعمال يستلزم من المالك أن

<sup>1</sup> أبو زيد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 136 ، مراد محمود محمود حسن حيدر، المرجع السابق، ص 505 ،

<sup>2</sup> فيصل زكي عبد الواحد، أضرار البنية في محيط الجوار، المرجع السابق، ص 495 .

<sup>3</sup> Picard (M), traité pratique de droit civil français Tom III, Les biens, 2éd, Parise 1952, p471, Stefani, Thèse op.cit. p46

يعرض جاره عن هذه المضار غير المألوفة . فإذا رفض تعويض الجار عن هذا الضرر، فإنه يعد مرتكباً لخطأ، أي أن النظرية هو الخطأ المتمثل في رفض تعويض الجار . وبهذا حسب هذا الاتجاه فإن الخطأ لا يكون بسبب الفعل الضار، لأن ممارسته لحقه مشروعاً ولكن يكون ناتج عن رفض إصلاح الضرر الناتج عن هذه الممارسة . فالفعل الذي يسبب اضطرابات رغم أنه ليس خطأ إلا أنه يتيح الفرصة في طلب التعويض من هذه المضايقات متى كانت غير مألوفة. وأن المالك يحدث الضرر له أن يتخلص من مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى حدوث الضرر.<sup>1</sup>

وقد تعرض هذا الرأي لانتقادات شديدة تركزت على مايلي :

- 1- إن رفض التعويض عن مضار الجوار غير المألوفة للمباني لا يعتبر في ذاته خطأ يستوجب التعويض إلا إذا أثبت أن هنالك التزاماً على عاتق المالك بعدم استعمال ملكيته استعمالاً استثنائياً بحيث يعتبر بهذا الإلتزام مخطئاً، أما في غياب إثبات هذا الإلتزام فإن رفض التعويض لا يعتبر خطأ في ذاته.
- 2- إن هذا الرأي لم يستطع أن يثبت أي أساس قانوني يفرض الإلتزام على عاتق المالك بعدم استعمال ملكه استعمالاً استثنائياً، كما لا يوجد نص قانوني يفرض هذا الإلتزام.<sup>2</sup>
- 3- إن القول باعتبار الشخص مخطئاً إذا امتنع عن تعويض الضرر الذي أصاب الجار نتيجة الأضرار التي تجاوزت الحد المألوف فيه خلط بين الخطأ والضرر، واعتبار المسؤولية موضوعية وليست شخصية قوامها تجاوز الأضرار للنطاق الواجب تحمله، وهذا أقرب لفكرة المخاطر منه لقواعد المسؤولية التقصيرية، مع أن هذا الإتجاه يحاول ربط المسؤولية بمفهوم الخطأ.<sup>3</sup>
- 4- أن الأخذ بمنطق هذا الرأي فيه إهدار لقواعد المسؤولية التقصيرية وذلك باعتبار الشرط الأوحد لها هو وجود الضرر، مع أن الخطأ يعتبر العنصر الأساسي لهذه القواعد .
- 5- إن صاحب هذه النظرية أجاز لمحدث الإضطرابات غير عادية أن يتخلص من مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى حدوث الضرر مع أن الفقه والقضاء مستقر

<sup>1</sup> أسماء مكي، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 196.

<sup>2</sup> Stefani, Thèse op.cit.p46 et Leyat(p), La responsabilité dans les rapports de voisinage, thèse, op.cit p92

<sup>3</sup> أحمد سلامة ، الملكية الخاصة في القانون المصري، المرجع السابق، ص 189 .

على عدم إمكانية دحض المسؤولية المؤسسة بناء على قواعد نظرية مضار الجوار غير المألوفة، وذلك بإثبات السبب الأجنبي لانتفاء عنصر عدم إمكانية التوقع الذي يعد العمود الفقري للقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

6- إن القول بتقدير مسؤولية المالك على أساس الخطأ في رفض التعويض، وذلك لأنه يستعمل حق ملكيته استعمالاً استثنائياً يؤدي بنا في نهاية المطاف إلى تقرير مسؤولية المالك في جميع الأحوال، بغض النظر عما إذا كان هو الفاعل لهذه الإضطرابات من عدمه، كما أن التعويض عن هذه الإضطرابات يكون مستحقاً للشخص الذي يملك العقار المجاور، بغض النظر عما إذا كان هو المضرور الحقيقي منها أو مستأجره، أو من كان ينازعه في العين، مع أن الفقه والقضاء مستقر على إمكانية رجوع المضرور على فاعل الإضطرابات مباشرة، بغض النظر عن صفة الأول أو الثاني وكونه أو كونها ملاكاً أو مستأجرين<sup>1</sup>.

#### المطلب الخامس: الإخلال بالتزامات الجوار كأساس للمسؤولية

على ضوء فكرة الخطأ، التي هي محور المسؤولية التقصيرية، حاول فريق من الفقه البحث عن التزام يقع على المالك يكون الإخلال به هو الخطأ المؤسس لمسؤولية مضار الجوار، فاتفق هذا الفريق من الفقه على وجود التزامات جوارية معينة بين الملاك المتجاورين، يلتزم بمقتضاها كل مالك بأن يستعمل ملكه ويتنفع به كيفما يشاء وبالطريقة التي تروق له دون أن يلحق مضاراً غير مألوفة بغيره من الجيران، فإذا أخل بهذا الإلتزام تقوم مسؤوليته على أساسه، ولكنهم اختلفوا في الوقت نفسه في تحديد أساس هذا الإلتزام<sup>2</sup>، فذهب بعضهم إلى أن هذا الإلتزام هو إلتزام قانوني مصدره القانون، وذهب البعض الآخر إلى أنه التزام شبه عقدي ينشأ عن شبيهه تعاقد بين الجيران، وذهب فرق ثالث إلى أن هذا الإلتزام هو التزام عرفي فرضته العادات والتقاليد حتى اعتاد عليه الناس وأصبح ملزماً لهم<sup>3</sup>.

ونستعرض فيما يلي الحجج التي اعتمد عليها كل فريق لتبرير رأيه:

<sup>1</sup> فيصل زكي عبد الواحد، أضرار البيئة في محيط الجوار، المرجع السابق، ص 598 و 599 . عطا سعد محمد الحواس، الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2012، ص 178.

<sup>2</sup> كامل المرسي، الملكية والحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 259. غسان محمد مناور أبو عاشور، المرجع السابق، ص 13 .

<sup>3</sup> أسماء مكي، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 198.



## الفرع الأول: أساس المسؤولية التزام قانوني

ذهب أنصار هذا الرأي وفي مقدمتهم الفقيه الفرنسي Capitant إلى محاولة تأسيس المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة للمباني على أساس وجود إلتزام قانوني يقع على عاتق المالك في استعماله لحق ملكيته مقتضاه عدم تسبب أضرار للجيران تجاوز المزار العادية للجوار أثناء ممارسته لحق ملكيته، فملاك العقارات المتجاورة ملزمون تجاه بعضهم البعض بالتزامات متبادلة، وأن هذه الإلتزامات أنشئت بواسطة نص القانون، وهو الإلتزام العام المفروض على كل مالك بالإمتناع عن كل عمل من شأنه الإضرار بالغير، ومن ثم يكون الإخلال بهذا الإلتزام خطأ يستوجب المسؤولية.<sup>1</sup>

وقد حاول أنصار هذا الرأي البحث عن المصدر القانوني لهذا الإلتزام في نص المادة 651 والمادة 1370 مدني فرنسي<sup>2</sup>، حيث تضمنت المادة 651 بأن القانون يخضع الملاك لإلتزامات مختلفة لبعضهم البعض، بغض النظر عن كل اتفاق يحصل بينهم، وتضمنت المادة 1370 بأن الإلتزامات تنشأ بغير أن يحصل اتفاق بين الملتزم والملتزم به، والأولى هي الإلتزامات التي تترتب قصرا، كالإلتزامات التي تقوم بين الملاك المتجاورين.

وقد رأى Capitant أن القانون الفرنسي وإن كان لا يتضمن نصا خاصا يفرض التزامات بعدم الإضرار بالجار، إلا أن هذا الإلتزام يمكن استخلاصه من المواد السابقة، وذلك بأن يلتزم الجار بالإمتناع عن عمل متمثل في عدم الإضرار بالجار ضرر غير مألوف، ويترتب على وجود هذا الإلتزام، أنه متى لحق بالجار ضررا غير مألوف فإنه يستحق التعويض، ولا يلتزم الجار المضرور إلا بإثبات الضرر لتتحقق مسؤولية الجار محدث الضرر بحكم القانون ولا يمكنه التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي.<sup>3</sup>

كما أن هذا الإلتزام له خصائص تميزه عن سائر الإلتزامات الشخصية الأخرى، فطبيعة هذا الإلتزام هو إلتزام عيني وإن كان يشبه حق الإرتفاق إلا أنه يجب ألا يختلط به،

<sup>1</sup> Capitant(H), Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin, Revue Critique, 1900, p156 .

<sup>2</sup> Article 651 « La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention. » Article 1370 « Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins,... »

<sup>3</sup> Capitant(H), op.cit. p 157.

فهذا الإلتزام يكون نتيجة لحياسة الشيء وأنه مرتبط بحق الملكية ويعد تابعا لهذا الحق، مثل الرهن العقاري، ويشغل ذمة الحائز أو المالك لهذا الحق كاملة، وأنه نظرا لأن هذا الإلتزام يعد تابعا للحق، فإنه ينتقل معه، ويثقل كاهل المالك الجديد.

ورأى أيضا أن هذا الإلتزام ينشأ عن فعل الجوار، فقد تلاقى مع "بوتيه" في أن الجوار يفرض إلتزامات متبادلة بين الملاك، أو الحائزين للأموال المتجاورة، وأن يستعمل كل منهم حقه بالأسلوب الذي يروق له بشرط أن لا يسبب أي منهم أضرار للآخر تجاوز النطاق الواجب تحمله، إلا أنه اختلف مع "بوتيه" الذي يرى أن هذا الإلتزام ينشأ عن شبه عقد، لأنه لا يشكل سوى واقعه مادية بحثة تتناقض مع فكرة شبه عقد الجوار التي نص عليها المشرع.<sup>1</sup>

ويضيف صاحب هذا الإتجاه إذا كان الجوار لا يقيم إلتزاما على عاتق مالك المبنى بعدم تسبب لمضار الجوار غير العادية التي تصيب الجار، فمعنى ذلك أن المالك لا يكون مسؤولا تجاه جاره، إلا وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، لكن هذه الأخيرة غير كافية من أجل توفير حماية فعالة للجيران ضد الأضرار التي يمكن أن تنتج عن الممارسة المتضاربة لحقوق ملكيتهم، والتي قد تجاوز أعباء الجوار العادية. لأن العمل الضار في مفهوم المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي لا يبرز مسؤولية الفاعل للضرر إلا بمقدار تكوين ركن الخطأ إذ أن ممارسة الحق لا تتحول إلى خطأ إلا في حالتين؛ الخطأ العمدي كأن يستعمل المالك حقه بقصد الإضرار بالجار، والخطأ التقصيري كعدم أخذ الملك أثناء ممارسته لحق ملكيته الإحتياطيات اللازمة من أجل منع الأضرار بالجيران، ففي هاتين الحالتين يوجد خطأ مما يستوجب انعقاد مسؤولية الجار فاعل الأضرار بالجيران، ففي هاتين الحالتين يوجد خطأ مما يستوجب انعقاد مسؤولية الجار فاعل الأضرار وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، لكن ليس كل الأضرار التي يشكو منها الجيران، والتي قد تجاوز أعباء الجوار العادية، تكون بالضرورة ناتجة عن خطأ عمدي أو تقصيري، بل على النقيض من ذلك، فقد يتخذ الجار كافة الإحتياطيات اللازمة والأكثر حداثة، ولا يستعمل حقه بسوء نية، ومع ذلك ينتج عن ممارسته لحقه أضرارا تجاوز نطاق المألوفية، ففي مثل هذه الحالات لا يمكن انعقاد

<sup>1</sup> Capitant(H), Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin, op.cit. p 158

المسؤولية وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لانتفاء ركن الخطأ من جانبه، مما يترتب عليه تحمل الجيران أضرار غير مادية، بدون إمكانية طلب التعويض عنها لفقد الأساس القانوني<sup>1</sup>.

ومن أجل هذا رأى أنصار هذا الإتجاه الأساس القانوني لهذا الإلتزام في نص المادتين 651 و1370 من التقنين المدني الفرنسي، وأنه وفقا لهذا الإلتزام لا يكلف المضرور بإثبات الخطأ، بل يكفي أن يثبت الأضرار غير العادية التي تحملها، ولا يستطيع محدث الأضرار غير العادية التخلص من هذه المسؤولية بإثبات أنه لم يقترف أي خطأ حيث بدل العناية الواجبة بما يتفق والسلوك المألوف، ولم يقصد الإضرار بالجار، وليس أمامه للتخلص من مسؤوليته سوى إثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى حدوث الأضرار غير العادية.

وبفضل هذا الإلتزام فإن الملاك المتجاورين يشكلون وحدة واحدة بواسطة رابطة الحق التي خلفها القانون بينهم، و يكونون ملتزمين الواحد اتجاه الآخر باستعمال حقوقهم بشرط أن لا يسبب أضرارا لجاره تتجاوز أعباء الجوار الواجب تحملها<sup>2</sup>.

وبناء على ذلك، وفي حالة الإخلال بهذا الإلتزام لا تطبق المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، وقد نادي هذا الرأي بوجود إلتزام قانوني، يمكن استخلاصه من المادتين، ومفاد هذا الإلتزام، هو عدم الإضرار بالجار، و بعبارة أخرى أنه يقع على الجار عند استعماله لحقه، التزم بالإمتناع عن عمل، مقتضاه عدم الإضرار بالجار .

ويترتب على وجود هذا الإلتزام، أنه متى لحق ضرر بالجار، فإنه يستحق التعويض وفقا لنص المادتين (1145-1147)<sup>3</sup> من القانون المدني الفرنسي، ولا يلتزم الجار المضرور إلا بإثبات تحقق الضرر، وحينئذ تتعدد مسؤولية جاره بحكم القانون، ولا يستطيع

<sup>1</sup> فيصل زكي عبد الواحد ، المرجع السابق، ص 611 و ما يليها .

<sup>2</sup> عبد الوهاب محمد عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص 495 و ما يليها ، ياسر محمد فاروق المناوي ، المرجع السابق، ص 300 و ما يليها

<sup>3</sup> Article 1145 « Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention »

Article 1147 « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toute fois qu'il ne justifie pas que l'exécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part .

التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يمكن تجنبه كالقوة القاهرة والحادث المفاجئ<sup>1</sup>.

وقد أخذ جانب من الفقه المصري بهذا الإتجاه واعتبر أساس المسؤولية عن مضار الجوار هو إلزام قانوني تقرر بمقتضى نص المادة 807 مدني مصري بخلاف التقين المدني الفرنسي الذي لم يضع نص لهذه المسؤولية بحيث رسم المشرع حدا على حق الملكية، لا يجوز للمالك أن يجاوزه هذا الحد هو المضار المألوفة التي لا يمكن تجنبها أما إذا تجاوز هذا الحد أثناء استعماله لملكيته، إلى حد يضر بالجوار ضررا يجاوز المضار المألوفة، فإنه يكون قد خرج على حدود الحق، وهو فعل خاطئ يستوجب المسؤولية، وأن هذا الخطأ ليس هو الخطأ العادي، لا وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، ولا وفقا لقواعد التعسف في استعمال الحق، وإنما يأخذ الخطأ وضعاً خاصاً يتمثل في الغلو في استعمال الحق بمخالفة نص القانون<sup>2</sup>.

نلاحظ أن الدكتور السنهوري قد أسس المسؤولية على أساس إخلال المالك بالإلتزام القانوني ولم يستبعد تأسيسها على تحمل التبعة، فقد أسس المسؤولية على أساس إخلال بالإلتزام القانوني المتمثل في عدم الغلو في استعمال حق الملكية، فإذا ألحق المالك بجاره ضرراً غير مألوف يكون قد خرق إلتزامه القانوني، فخالف القانون، ثم أضاف بأن هذه المخالفة ليست خطأ بالمعنى المعروف لأن المالك لم ينحرف عن سلوك الشخص المعتاد، فهو مسؤول ليس لأنه ارتكب خطأ، بل لأنه يتحمل تبعة نشاطه، ويضيف أن القانون الفرنسي حين يقيم مسؤولية المالك على تحمل التبعة لا يستقيم لغياب النص القانوني الذي ينشئ هذه المسؤولية، أما القانون المصري فالأمر يختلف بوجود النص<sup>3</sup>.

وقد تعرض هذا الرأي للانتقادات تركزت على ما يلي:

1- أن القانون المدني الفرنسي لا يعرف أي التزام قانوني للجوار ولم ينص عليه، وبالتالي لا يمكن أن يوجد هذا الإلتزام دون نص تشريعي.

<sup>1</sup> عبد الرحمان على حمزة ، المرجع السابق، ص333

<sup>2</sup> ومن هذا الإتجاه : أنظر: أبو زيد عبد الباقي ، المرجع السابق، ص 102 ، 103. و عبد المنعم فرج صدة- الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق، ص 91. و جميل الشرفاوي دروس في الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق، ص 86 .

<sup>3</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط ، ج9، المرجع السابق، ص 706.

2- إن نص المادتين 1370 و651 اللتان اعتمد عليهما أنصار هذا الإتجاه لا يمكن أن نستنتج منها الإلتزام الذي ينادي به أنصار هذا الإتجاه، لأنهما تتكلمان على الإلتزام عام يفرضه الجوار على المالك بالإمتناع عن كل عمل من شأنه الإضرار بالجوار، وأن النصين وردا في خصوص ما يسمى بالإرتفاقات القانونية، كارتفاق المطل والمسيل وحق المرور والحائط المشترك، وهي ارتفاقات محددة على سبيل الحصر ولم ينص المشرع ضمن هذه الإرتفاقات على إلتزام قانوني عام، وعليه لا يمكن تأسيس مسؤولية المالك عن تجاوز مزار الجوار العادية على أساس المادتين السابقتين لأن ما ذهب إليه هذا الرأي هو محض افتراض لا أساس له.<sup>1</sup>

3- إن إسناد المسؤولية عن مزار الجوار إلى النصين السالفين يضيق من نطاقها، ويقصرها على المسؤولية عن الأضرار التي تقع بين ملاك العقارات فقط، دون غيرهم من أصحاب الحقوق الأخرى، لورودهما في سياق التزامات الملكية العقارية، بينما الإلتزام بعدم الإضرار بالجوار ضرا غير مألوف يقع على كل جار سواء أكان مالكا أم غير مالك، أي المنتفع وصاحب حق الإستعمال وصاحب حق السكنى، بل إن المستأجر يلتزم بعدم الإضرار بجيرانه ضرا يجاوز حد المألوفية.<sup>2</sup>

4- إنه على فرض التسليم بإمكانية استنتاج إلتزام قانوني بعدم تسبب أضرار غير عادية للجيران من المادتين السالفتين إلا أن هذا الإستنتاج يتعارض مع جوهر نظرية مزار الجوار غير العادية حيث أن الأضرار غير العادية يلزم وفي جميع الأحوال أن تكون ناتجة عن تصرف عادي من جانب الجار باتخاذ كافة الإحتياطات اللازمة والأكثر حداثة، مما يستحيل معه القول بانعقاد مسؤولية المالك على أساس أنه قد خرق الإلتزام القانوني المفروض عليه، وأنه لا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وبناء على ذلك لا يمكن دفع هذه المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي لتعارض ذلك مع نظرية مزار الجوار غير المألوفة، وعلى ذلك أجمع الفقه والقضاء الحديث على أن الأضرار غير المألوفة التي تؤسس عليها المسؤولية عن مزار الجوار غير العادية تنتج عن ممارسة

<sup>1</sup> أسماء مكي، المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 203.

<sup>2</sup> Starck(B) domain et fondement de responsabilité sans faute, R.T.D.V,1958.op.cit Leyat(p), La responsabilité dans les rapports de voisinage, thèse op.cit.p147.

عادية ومشروعة للحق في جميع الاحوار، عكس الحال في الإلتزام القانوني الذي يمثل الإخلال به خطأ دون أن يعتبر هذا الإخلال ممارسة عادية ومشروعة، وفي نفس الوقت تخالف إلتزاما قانونا؟<sup>1</sup> .

5- إن فكرة الإلتزام القانوني في علاقات الجوار لا يمكن اعتبارها أساسا للمسؤولية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة، ذلك لان النص القانوني لا يصلح أن يكون أساسا للمسؤولية، بل يصلح فقط لأن يكون مصدرا لها، والمصدر غير الأساس، فالمصدر هو نص المادة الذي يعد سندا معين وواضح يحدد توافرها أو نفيها<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني: أساس المسؤولية الإلتزام الناشئ عن شبه عقد الجوار

عرف الفقه شبه العقد بانه عمل اختياري مشروع ينشأ عنه إلتزام نحو الغير، وقد ينشأ عنه أيضا إلتزام مقابل من جانب ذلك الغير<sup>3</sup> .

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن أساس مسؤولية المالك في حالة تجاوزه مضار الجوار المألوفة للمباني هو إلتزام عام مفروض على كل مالك بالإمتناع عن كل عمل من شأنه الإضرار بالغير هذا الإلتزام تكلم عنه بوتيه<sup>4</sup> Pothier في دراسته لعقد الشركة والتي خلاصتها أن عقد الشركة يخلق التزامات تفرض على مجموعة الشركاء، يجب عليهم احترامها والإلتزام بتنفيذها، وقد حاول "بوتيه" أن يطبق ما سبق على حالة الجوار، إلا أنه رأى أن حالة الجوار لا يمكن اعتبارها شركة تولد التزامات تثقل كاهل الجيران لفقد الإتفاق فيما بينهم، لكن حالة الجيران تشبه حالة الشركاء، ومن ثم يوجد نوع من الشبه العقد بينهم يطلق عليه شبه عقد الجوار، وهذا الأخير تتولد عنه إلتزامات متبادلة بين الجيران، أي بين الملاك أو حائزي العقارات المتجاورة كل في مواجهة الآخرين، فكأن الجيران ارتبطوا، فيما بينهم بشبه عقد جوار يلزم كل منهم بألا يلحق مضارا غير مألوفة بالآخرين<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 616 ، عبد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود، المرجع السابق، ص 497 .

<sup>2</sup> زرارة عواطف، المرجع السابق، ص 246 .

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط - مصادر الإلتزام - الجزء الأول ، المرجع السابق، ص 119 .

<sup>4</sup> Pothier (Robert joseph) Traité du contrat de société (suivi de deux appendies, l'un sur la ommunauté qui est formée sens contrat de société,et l'auter sur les obligations qui naissent du voisinage,op cit,p230

<sup>5</sup> Stefani,Thèse op.it.p56

وبناء عليه وحسب هذا الرأي فإن الجار إذا أضر بجاره ضررا غير مألوف خلال استعماله لحق ملكيته يترتب عليه قيام مسؤوليته نتيجة إخلاله بالتزامه الشبه التعاقدية.

وقد تعرض هذا الرأي كسابقه للانتقادات تركزت على ما يلي:

1- أنه لا يمكن اعتبار الجوار شبه عقد، لأن القانون لم ينص على اعتباره كذلك، مع أن "بوتيه" الذي نقلت عنه أكثر أبواب القانون تكلم عنه كشبه عقد فسكوت القانون يعتبر نقدا لرأي بوتيه، فضلا عن أنه لو اعتبرنا الجوار شبه عقد، فإن بعض الأعمال التي يجريها المالك وتضر بغيره لا تدخل في هذا الإلتزام، لأن الإلتزامات التي تنص عليها المادة 1370 والتي فرضها القانون على المالك تجاه بعضهم البعض لا توجد إلا بين الجيران المتلاصقين، على أنه قد تضر بعض أعمال المالك بغير من الجيران ممن لا يكون متلاصقا<sup>1</sup>.

2- أنه لا يمكن اعتبار التزامات الجوار ناشئة عن شبه العقد لان الجوار ليس إلا واقعة مادية بحتة، لا تقوم على أي فكرة تعاقدية، بينما شبه العقد يستلزم لوجوده فعلا إراديا من جانب شخص الملزم به، ويؤكد ذلك تعريف المشرع لشبه العقد في المادة 1371 مدني فرنسي الذي اعتبره فعلا إراديا محضا من جانب الشخص<sup>2</sup>.

3- إن الأخذ بشبه العقد في المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة للمباني، تثير تساؤلا عن مضمون ما يرتبه هذا الإلتزام، ولماذا يسأل الجار عن الأضرار غير المألوفة دون الأضرار المألوفة، كما يثير تساؤل حول الشخص الذي يتقرر عليه أو لصالحه هذا الإلتزام وهل يعد مالك المبنى أو الشاغل الفعلي له، فإذا قيل بأن هذا الإلتزام يتقرر على مالك المبنى أو لصالحه، فمعنى ذلك إضفاء صفة الجار على هذا الأخير فقط، وبالتالي فإنه يكون هو المسؤول أو المستحق للتعويض في جميع الأحوال، بغض النظر عما إذا كان هو الفاعل الحقيقي للأضرار، أو المضرور منها من عدمه، مع أن هذه النتيجة ليست منطقية وغير عادية ولا تتفق مع ما استقر عليه الفقه والقضاء مؤخرا، أما إذا قيل بأن هذا الإلتزام يتقرر لصالح الشاغل الفعلي للعين أو على عاتقه، فمعنى ذلك وفقا لمنطق هذا الإتجاه، أن

<sup>1</sup> عبد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود ، المرجع السابق، ص504 .

<sup>2</sup> محمد كامل مرسي ، نطاق حق الملكية و الحقوق العينية ، المرجع السابق، هامش ص 149 .

المستأجر يعد طرفاً في العلاقة التأجيرية، وفي نفس الوقت طرفاً في علاقة شبه العقد، نظراً لاستقلال نظرية مضار الجوار غير المألوفة عن قواعد دعوى الضمان، وهذه النتيجة ليست منطقية خاصة إذا كان المؤجر هو الفاعل الحقيقي للإضطرابات المدعاة، ففي هذه الحالة كيف يمكن القول بوجود علاقة تعاقدية، وشبه تعاقدية متولدة من علاقة قانونية واحدة<sup>1</sup>.

4- إن القول بوجود إلتزام بعدم الإضرار بالجوار منشؤه العقد لا يجدي، إذ لو كان حقاً إلتزام بعدم الإضرار بالجوار، لوجب أن يكون محددًا في محله ومداه حتى لا يستعصى على الضبط والتحديد، والقول بخلاف ذلك يطرح إشكاليات قانونية متعددة، حيث تتسع دائرة الإلتزام تارة، وتضيق تارة أخرى، ومن ثم تغدو المسؤولية التي تقع على محدث الضرر في المجتمع الواحد محكومة بوجهات نظر متباينة، لا قواعد محددة ثابتة، وهو ما يعرض العدالة لأفدح الأخطار<sup>2</sup>.

#### الفرع الثالث: أساس المسؤولية القواعد العرفية

العرف كما هو معروف يبدأ في صورة جملة من العادات والتقاليد والتصورات والمعتقدات الذهنية ثم يتحول إلى تصرفات ملموسة يشعر الناس بأنها ملزمة لهم، كما يشعرون بانه في حال إخلالهم بها تترتب مسؤوليتهم<sup>3</sup>.

فذهب البعض من الفقه الفرنسي<sup>4</sup> إلى القول بأن نظرية مضار الجوار غير المألوفة للمباني تجد أساسها في القواعد العرفية، باعتبارها مصدراً للقانون، بيد أنه لا يلجأ إليها إلا في حالة غياب النص التشريعي، وأنه نظراً لفقد هذا النص في القانون المدني الفرنسي، فليس هناك ما يمنع من اللجوء إلى القواعد العرفية، باعتبارها مصدراً للقاعدة القانونية من الدرجة الثانية.

واستند هذا الرأي إلى ما كان سائداً في الفقه الروماني من وجوب عدم الإضرار بالجوار، باعتبار أن العرف جرى منذ القدم على إلزام الجار بعد إحداث مضايقات لجاره تجاوز نطاق المألوفية وذلك بعدم إرسال الأدخنة السوداء الخانقة، أو انبعاث الروائح

<sup>1</sup> فيصل زكي عبد الواحد ، المرجع السابق، ص 591 .

<sup>2</sup> عبد الرحمان على حمزة ، المرجع السابق، ص 337 .

<sup>3</sup> زرارة عواطف ، المرجع السابق، ص 208 .

<sup>4</sup> Blaise(Jean-Bernard),Responsabilité et obligations coutumière dans les rapports de voisinage.R.T.D.civ op.it,p284 et s.



المقززة والضارة بالصحة أو الصخب الفاحش مما يضر بالجار المجاور، كما جرى العرف على منع الجار من الشكوى من الأضرار الخفيفة التي لا تتجاوز قدرا معيناً من الأهمية والخطورة، ومن تم فإن نظرية مضار الجوار غير المألوفة للمباني تجد أساسها في العرف الجاري، وانتهى هذا الرأي؛ إلى أن الجار أثناء الممارسة العادية والمشروعة لحقه، إذا ألحق بجاره أضراراً غير مألوفة فإنه يكون بذلك قد خالف الإلتزام العرفي الذي يقع على كاهله، ومن ثم فإن مخالفة هذا الإلتزام تشكل خطأ يستوجب تطبيق نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، إذ أن العرف يعد قانوناً، وبالتالي فهو ملزم شأنه في ذلك شأن النصوص التشريعية<sup>1</sup>.

وقد تعرض هذا الرأي كسابقه للإنتقادات تركزت على ما يلي:

- 1- أنه ينجم عن الأخذ بهذا الرأي الخطأ بين مصدر المسؤولية وأساسها فالعرف وإن كان مصدراً للقاعدة القانونية فإنه لا يصلح أساساً للمسؤولية، فشتان بين المصدر والأساس، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى اعتبار مصادر القاعدة القانونية هي أساس لكل مسؤولية الأمر الذي ينجم عنه، اضطراب كبير للنظم القانونية المعروفة<sup>2</sup>.
- 2- إن ما انتهى إليه هذا الرأي؛ من أن الجار حين يخالف الإلتزام العرفي بإلحاقه مضايقات غير عادية للجار، فإن هذا يشكل خطأ يستوجب المسؤولية، هو قول يصعب التسليم به، إذ أن إرجاع المسؤولية إلى الخطأ الذي سيلزم تطبيق نص المادة 1382 مدني فرنسي، هو رجوع إلى القول بأن الخطأ هو أساس المسؤولية، بينما الواقع أن الجار محدث الضرر قد استعمل حقه استعمالاً عادياً ومشروعاً ولم ينحرف عن مسلك الشخص المعتاد باتخاذ كافة الإحتياطات اللازمة لتفادي الضرر، فأين الخطأ؟
- 3- إن مثل هذا القول مغالطة منطقية، إذ كيف يمكن اعتبار ممارسة الحق ممارسة عادية ومشروعة، وحينما تترتب عليها أضرار للجار تجاوز حد المألوفية تشكل خطأ، الواقع أن هذا يشكل الجمع بين نقيضين، هما اعتبار ممارسة الحق مشروعاً، وفي ذات الوقت ممارسة غير مشروعاً إذا ما تترتب عليها أضرار غير عادية أو مألوفة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Blaise(Jean-Bernard) op. cit., p 285. Martin (Gilles J.) de la responsabilité civil pour faits de pollution au droit à l'environnement, thèse, op. cit. p 27.

<sup>2</sup> أسماء مكي، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 208.

<sup>3</sup> عبد الرحمن علي حمزة ، المرجع السابق، ص 338. أبو زيد عبد الباقي ، المرجع السابق، ص 108.

4- أن العرف لا ينشأ إلا بعد اعتياد الأفراد على سلوك معين مع الإعتقاد بلزومه قانوناً، كما أن لا يخرج على النظام العام والآداب في المجتمع، والعرف المخالف للنظام العام والآداب هو عرف فاسد لا يجوز إتباع حكمه<sup>1</sup>.

5- أن القانون حين تناول العرف اعتبره أحد معايير التفرقة بين المضرار المألوفة والمضرار غير المألوفة، وبذلك لا يمكن اعتبار أحد المعايير الذي تناولها القانون أساساً تقوم عليه المسؤولية.

6- وعليه فإن هذا الاتجاه كسابقه؛ فالعرف لا يصلح أن يكون أساساً للمسؤولية عن مضرار الجوار رغم أنه أكثر المعايير التي يمكن أن يستعين بها القاضي للتفرقة بين المضرار المألوفة والمضرار غير المألوفة للمباني، خاصة وأن معيار الضرر غير مألوف هو معيار مرن يتغير بتغير المجتمع أو المنطقة<sup>2</sup>.

وكخلاصة لهذا المبحث فإنه على الرغم من محاولات هذا الاتجاه اللجوء إلى قواعد المسؤولية الشخصية لتأسيس أضرار المباني على فكرة الخطأ محاولين تارة تأسيسها على أساس الخطأ الواجب الإثبات وتارة أخرى على أساس الخطأ المفترض وتارة ثالثة على أساس افتراض علاقة سببية بين الخطأ المفترض والضرر؛ إلا أن هذا الاتجاه لاقى انتقادات كثيرة من جانب الفقه الحديث لأن أنصار هذا الاتجاه اخلطوا بين فكري الخطأ والضرر، وهذا ما دفع محكمة النقض الفرنسية إلى رفض فكرة الخطأ صراحة كأساس لقيام المسؤولية عن أضرار المباني وذلك بتقريرها أن قاضي الموضوع لا يلزم بالتحقق من خطأ مالك المبنى من أجل الحكم عليه بالتعويض عن المضايقات غير المألوفة الناتجة عن عمليات البناء، كما قضت بإعفاء المضرور في سقوط جدار مشترك من إثبات الخطأ والاكتفاء بإثبات الضرر غير المألوف الذي سببه المبنى المجاور، كما قضت بأن تقدير وجود خطأ مالك المبنى أو حارسه يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض في ذلك مع العلم أن الخطأ يخضع لرقابة محكمة النقض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عيد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود ، المرجع السابق، ص 501.

<sup>2</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 209.

<sup>3</sup> Cass. Civ, 08/05/1979 , G.P., 80,2, p 684. - Civ. 1<sup>ère</sup> 23/03/1982, Bull. I, N° 120. - Civ. 1<sup>ème</sup> 31/05/2000, Bull. II, N° 94. - Civ. 1<sup>ème</sup> 16/07/1953, JPC, 1953, II. Note, Rodière (R).

وعليه إذا كان أساس نظرية مضار الجوار غير المألوفة هو الخطأ فلماذا لا يخضع لرقابة المحكمة النقض؟<sup>1</sup>.

وبسبب ذلك ذهب الفقه إلى البحث عن أساس آخر تبنى عليه هذه المسؤولية رغم انتفاء الخطأ، فاتجه إلى إقامة المسؤولية على أساس موضوعي الذي لا يشترط وجود الخطأ بل يقوم على أساس تحقق الضرر.

### المبحث الثاني

#### الاتجاه الموضوعي لقيام مسؤولية المالك عن أضرار المباني

نظرا للانتقادات التي وجهها الفقه إلى الاتجاهات التي حاولت تأسيس مضار المباني على فكرة الخطأ، أقام هذا الاتجاه المسؤولية على فكرة اللاخطئية، أي بعبارة أخرى مسؤولية موضوعية أساسها الضرر، وذلك لتوفير أكبر قدر من الحماية للغير المضرور، غير أن هذا الجانب من الفقه لم يتفق حول الأساس الموضوعي الذي تقوم عليه هذه المسؤولية.

ف رأى البعض أن أساس المسؤولية، هو الاستعمال الاستثنائي أو غير العادي لحق الملكية، وذهب فريق آخر إلى أن أساس المسؤولية قائمة على فكرة إعادة التوازن بين حقوق الملكية الواردة على العقارات المتجاورة، وذهب فريق ثالث إلى أن أساس المسؤولية قائم على فكرة الضمان أما الفريق الرابع فقد أسس المسؤولية على أساس فكرة تحمل التبعة أو المخاطر.<sup>2</sup>

#### المطلب الأول: أساس المسؤولية هو الاستعمال الاستثنائي أو غير العادي لحق الملكية

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تأسيس المسؤولية على فكرة الاستعمال الاستثنائي أو غير العادي لحق الملكية<sup>3</sup>، بأنه إذا كان حق الملكية حق مطلق يخول لصاحبه حق ممارسته دون إمكانية المطالبة بالتعويض عما ينتج عنه من ضرر متى كانت هذه الممارسة مطابقة للقوانين والتنظيمات المعمول بها، إلا أن هذا الحق ليس مطلقا من كل قيد، بل يلزم

<sup>1</sup> Frédéric Rouvière La pseudo-autonomie des troubles anormaux de voisinage. Manuscrit auteur, publié dans « Variation sur le thème du voisinage, J-Ph. Tricoire.ed 2012. p10.http://halshs.archives-ouvertes.fr.

<sup>2</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 211.

<sup>3</sup> Ripert (G) De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines. Thèse, Aix en provence. 1902. P 295 et s

ممارسته مثل أي حق آخر تحت قيد ممارسة الجيران لحقوقهم، وهذا يقضى عدم السماح بالممارسة المطلقة للحق<sup>1</sup>.

وعليه يجب على كل مالك المبنى استعمال حقه وفقاً للشروط العادية للنشاط الإنساني، ليتمكن جاره بدوره من ممارسة حقوقه هو الآخر، ومتى تمت هذه الممارسة في صورتها العادية فلن يتحقق الضرر لأي أحد من الملاك. أما إذا استعمل مالك المبنى حقه استعمالاً استثنائياً أو غير عادي، فإن هذا الاستعمال ينتج عنه إهدار للتوازن الذي ينبغي أن يسود بين حقوق الملاك المتجاورين نتيجة الإفراط أو المغالاة في هذا الاستعمال إلى درجة إحداث مضار غير مألوفة للجيران، الأمر الذي يخول للغير المضرور طلب التعويض عما يتحمله من أضرار غير عادية، دون اعتبار لكون محدث تلك الأضرار قد ارتكب خطأً أم لم يرتكبه، وإنما على أساس أنه لم يستعمل ملكيته استعمالاً عادياً، وخرج عن واجب الاعتدال والاستعمال العادي مما يشكل استعمالاً استثنائياً ينتج عنه نوعاً من مفهوم المخاطر، وبما أن المسؤول يستفيد من الاستعمال الاستثنائي لحق الملكية فعليه تحمل تبعه هذه الإفادة<sup>2</sup>.

وعليه فإنه رغم اتخاذ مالك المبنى لكافة الاحتياطات اللازمة وحصوله على ترخيص من الجهة الإدارية المختصة بأن يقوم باستعمال ملكيته للمبنى استعمالاً استثنائياً أو غير عادي ليحصل منه على فائدة أكبر، فالمالك لا يكون قد ارتكب خطأً من وجهة نظر هذا الفريق سواء تمثل هذا الخطأ بمخالفة سلوك الرجل المعتاد أو بمخالفة القوانين والأنظمة ومع ذلك فقد يترتب على استعماله الاستثنائي مضار تلحق غيره، ولذلك تقوم مسؤوليته عن هذه المضار ليس على أساس أنه قد ارتكب خطأً وإنما على أساس أنه استعمل حقه استعمالاً استثنائياً أي على أساس الاستثنائي أو غير العادي لحق الملكية وهو ما يمثل منطق هذه النظرية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الوهاب محمد عبد الرهاب محمود، المرجع السابق، ص 551.

<sup>2</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 212.

<sup>3</sup> أبو زيد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 142.

وينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى القول إن الاستعمال الاستثنائي أو غير العادي لحق الملكية يكفي ليكون أساسا للمسؤولية عن أضرار المباني دون اشتراط أن يكون مالك المبنى قد ارتكب خطأ أو لم يرتكب<sup>1</sup>.

غير أن هذه النظرية لم تلق قبولا فتعرضت للنقد من الفقه والقضاء الحديث تركز في النقاط التالية:

1- أن فكرة الاستعمال الاستثنائي فيها نوع من المصادرة لحق المالك في استعمال ملكيته، حيث يفترض أن لا تقرر إلا إذا وجد نص يلزم المالك بعدم استعمال ملكيته استعمالا استثنائيا<sup>2</sup>.

2- إن التفرقة بين الاستعمال العادي وغير العادي ليس لها معايير منضبطة وذلك في حالة الممارسة المخولة وفقا للقوانين والأنظمة.

3- إن هذا الاتجاه وإن كان ينادي بفكرة المخاطر في هذا المقام مع إعطائها تصورا واسعا، إلا أن منطقها في حقيقة الأمر يؤدي إلى ربط المسؤولية بمفهوم الخطأ، فالاستعمال الاستثنائي ما هو إلا شذوذ عن السلوك غير العادي، حيث أن الفعل غير العادي يقابل الفعل الخاطئ<sup>3</sup>.

4- أنه على فرض تقبل منطق هذا الرأي، الذي يأخذ بفكرة المخاطر في نطاق المسؤولية عن أضرار المباني، فإن هذا التكييف غير سليم، للفروق الجوهرية التي تفصل بين هذه الأخيرة ومفهوم المخاطر الذي يقوم على عنصر الاحتمال، وهو الأمر الذي لا يتوفر دائما في حالات الأضرار المترتبة عن المباني، التي تكون أحيانا ناتجة عن تصرف عادي يستبعد فيه عنصر الاحتمالية، كما أنه يترتب على مفهوم المخاطر المطالبة بالتعويض عن كافة الأضرار، بينما مثلا في حالة أضرار المباني في علاقات الجوار فإن التعويض يكون عن الأضرار غير المألوفة فقط<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ripert (G) thèse. Op cit. p336.

<sup>2</sup> أحمد سلامة، الملكية الخاصة في القانون المصري، المرجع السابق، هامش ص112.

<sup>3</sup> Cosmas(y), Les troubles de voisinage, thèse. Op.cit.p106

<sup>4</sup> عبد الرحمان على حمزة ، المرجع السابق، ص 343 و 344.

5- إن القول بأن حق الملكية ما هو إلا علاقة بين شخصين شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق الأخرى كحق الدائنية مثلا، قول ليس صحيحا على إطلاقه، لأنه وإن كان يوجد في حقيقة الأمر التزام عام يقضى باحترام حق الملكية مثل الذي يقضى باحترام حق الدائن على مدينه، إلا أن ذلك لا يعني سوى الإقرار القانوني للحقوق التي اعترف بها المشرع لنا، هذا فضلا عن أن السير وراء منطقه يؤدي إلى الخلط بين الحق العيني والحق الشخصي، فالأول لا يزال له مركز الصدارة بالنسبة لكافة الحقوق الأخرى، حيث أنه يعطي لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء، بخلاف الحق الشخصي<sup>1</sup>.

6- في هذا الرأي يصعب التمييز في استعمال حق الملكية ما إذا كان عاديا أو استثنائيا، كما أن الاستعمال الاستثنائي لحق الملكية رغم أن أنصار هذا الرأي لا يعتبرونه خطأ إلا أنه في حقيقة الأمر يعود إلى نظرية الخطأ<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: أساس المسؤولية فكرة التوازن بين حقوق ملكية العقارات المتجاورة

ذهب جانب من الفقه إلى محاولة ربط المسؤولية عن أضرار المباني باضطرابات الجوار غير المألوفة وإقامة المسؤولية على أساس فكرة التوازن بين حقوق الملكية الواردة على العقارات المتجاورة، والتي مؤداها أن التعويض عن أضرار المباني في علاقات الجوار يكون مستحقا ليس على سبيل إصلاح الضرر، لكن من أجل إقامة التوازن بين العقارات المتجاورة الذي اختل نتيجة وجود اضطرابات الجوار التي لا تعد أضرارا تصيب حالة الفرد، بل إنها أضرار تصيب الجار في ذمته المالية وبالتالي فهي أضرار تتمثل في اختلال الأحكام القانونية لحقه نتيجة وجود هذه المضايقات<sup>3</sup>.

ويعتبر أنصار هذا الاتجاه أن حق الملكية يعد حقا أساسيا وجوهريا ومطلقا وذلك وفقا لما تقضى به المادة 544 مدني فرنسي<sup>4</sup>، التي تنص بأن حق الملكية هو حق التمتع والتصرف في الشيء بالأسلوب الأكثر إطلاقا بشرط لا يقوم بعمل تحظره القوانين

<sup>1</sup> Starck(Boris)-Essai d'un théorie générale de la responsabilité civil considère en sa double fonction de garantie et de peine privé, thèse. op.cit.p 181.

<sup>2</sup> غسان محمد مناور أبو عاشور، المرجع السابق، ص 54.

<sup>3</sup> Cosmas(y), Les troubles de voisinage, thèse .op .cit. p125

<sup>4</sup> تقابل المادة 544 مدني فرنسي المادة 674 مدني جزائري.

واللوائح. وبناء عليه تكون حقوق الملكيات المتجاورة هي حقوق مطلقة ومن ثم فإن الاضطرابات التي تحدث نتيجة لاستعمال أحدها، والتي تصيب الأخرى تشكل منازعة بين حقوق ملكية مطلقة ومتساوية في نفس الوقت، مما يستوجب انعقاد المسؤولية عن هذه المضايقات، وذلك من أجل إعادة التوازن الذي إختل بسبب وجودها وتقرر المسؤولية لصالح وعلى عاتق المالك أو الحائز للحق العيني، نظرا لأن هذا الأخير يكون محميا بمقتضى المادة السالفة الذكر. ويضيف أنصار هذا الاتجاه إذا كان حق الملكية يفيد صاحبه فإنه في نفس الوقت يقدم فائدة للجماعة، ومن ثم فإن هذا الحق يكون له جانبان: أحدهما شخصي والآخر جماعي<sup>1</sup>.

كما أن فكرة إقامة التوازن بين العقارات المتجاورة تجد أساس لها في نص المادة 544 مدني فرنسي، وكذلك في مبدأ المساواة أمام القانون والأعباء العامة التي تتطلبها الحياة في المجتمع الذي نادي به الإعلان الشامل لحقوق الإنسان، ومفاد هذا المبدأ؛ أن للإنسان الحق في التعويض في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة، وأن ذلك يسرى في جميع الحالات دون استثناء، ومن ثم تسري ذات الاعتبارات أمام أعباء الحياة في المجتمع، وبصفة خاصة أمام الأعباء المتفرعة من الجوار، وبالتالي فإن عدم التعويض عن الأضرار غير المألوفة، يشكل إخلالا بمبدأ المساواة بين الملاك، كما هو في حالة الأضرار الناتجة عن الأعمال العامة<sup>2</sup>.

وقد أخذت بعض المحاكم الفرنسية بهذا الرأي في بعض أحكامها، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية<sup>3</sup> بأن حق الملكية وإن كان يعد حقا مطلقا، ويخول للمالك سلطة التمتع والتصرف في الشيء الذي يملكه بالأسلوب الأكثر إطلاقا، وباستثناء الأعمال المحظورة المنصوص عليها في القوانين واللوائح، إلا أنه مع ذلك يكون مقيدا بالتزام قانوني وطبيعي، مقتضاه عدم تسبب أضرار للجوار تتجاوز أعباء الجوار العادية، غير أن هذه النظرية تعرضت للنقض كسابقاتها كما يلي:

<sup>1</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 216.

<sup>2</sup> Cosmas(y), Les troubles de voisinage, thèse.op.cit.p 130.

<sup>3</sup> Cass.civ 03/11/1977. J.C.P.78,11.

1- إن هذا الاتجاه وإن كان قد أنار الطريق للوصول إلى أساس نظرية مضار الجوار غير المألوفة وذلك بتقرير فكرة إقامة التوازن بين الملكيات المتجاورة إلا أنه قصر تلك الفكرة على حق الملكية فقط، مما يحتم تماشياً مع منطق هذا الاتجاه ربط نظرية مضار الجوار غير المألوفة بفكرة الملكية، وهذا يقضى إلقاء عبء المسؤولية على عاتق المالك فقط، وتقرير الحق في طلب التعويض لصالح مالك العقار المجاور، وهذا يؤدي إلى نتيجة خطيرة وهي إمكانية اختلاف الشخص المسؤول عن اضطرابات الجوار غير العادية عن الفاعل الحقيقي لها، وأيضاً إمكانية اختلاف الشخص المضروب، عن الشخص الذي يتقرر له التعويض، ويتحقق ذلك كله في حالة ما إذا كان الفاعل للاضطرابات غير العادية، أو المضروب منها مستأجراً، أو شاعلاً بسيطاً للعين.<sup>1</sup>

2- إن المادة التي استند إليها هذا الاتجاه لا تخص المسؤولية عن مضار الجوار غير العادية، فهي لا تشير لا من قريب ولا من بعيد لفكرة إعادة التوازن بين الحقوق المتجاورة الذي اختل نتيجة للممارسة العادية والمشروعة للحقوق، ومن ثم فهي تخص المسؤولية عن الأضرار التي تسببها المباني بشكل عام بمناسبة استعمال حق الملكية.<sup>2</sup>

3- إن هذا الرأي ينطوي على الخلط الفادح بين الهدف من المسؤولية وأساسها، فما قيل عن فكرة المساواة التي ينبغي أن تسود بين الحقوق والحرص على عدم الإخلال بالتوازن بين تلك الحقوق، يمثل الهدف من المسؤولية، أما الأساس التي تبنى عليه هذه المسؤولية فهو أمر آخر.<sup>3</sup>

4- إن فكرة إعادة التوازن بين حقوق الملكية تمثل هدف هذه المسؤولية وأثرها، لذا فهي تصلح باعثاً على تقريرها لتحقيق التوازن بين هذه الحقوق من ناحية، كما أنها تتحقق بعد انعقاد المسؤولية وتترتب عليها ولذا فهي لا تصلح أن تكون أساساً لها من ناحية أخرى.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 217.

<sup>2</sup> فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 609، 610.

<sup>3</sup> أبو زيد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 144.

<sup>4</sup> غسان محمد مناور أبو عاشور، المرجع السابق، ص 52.



## المطلب الثالث: أساس المسؤولية قائمة على فكرة الضمان

حاول بعض الفقه الفرنسي تأسيس المسؤولية عن أضرار المباني على فكرة الضمان بتقديره أن منازعات الجوار ليست فقط بين الحقوق الملكية بل إنها تتناول الحقوق الشخصية وحرية أفراد، ويرى أن الحياة في المجتمع لا تسير إلا بتحمل قدر معين من الأضرار، وعند تجاوز الأضرار لهذا الحد فإنها تخول للجوار المضرور الحق في طلب التعويض على أساس أن القانون خول له الحق في طلب الهدوء والسكينة، وتنعقد مسؤولية محدث الضرر غير المألوف على أساس ضمانه عدم حدوث هذه المضايقات لجيرانه والتي تقلق الهدوء والسكينة.<sup>1</sup>

وعليه فقد ميز الفقيه Starck بين نوعين من الأضرار :

**النوع الأول:** أضرار مألوفة، وهي تلك المضار التي تتطلبها طبيعة الحياة الاجتماعية بحيث تستحيل الحياة في المجتمع بدون تحملها، نظرا لضرورتها في تحمل أعباء الحياة الاجتماعية المشتركة، وعليه تستند هذه المضار إلى حق، يكون الفعل أو النشاط الذي يؤدي إليها مشروعاً، وبالتالي تكون أضراراً مشروعاً ولا تقوم المسؤولية عنها.

<sup>1</sup> Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privé. Thèse, op.cit P 187.

يعتبر الفقه Starck حامل لواء هذه النظرية، حيث يتلخص مضمون فكرته في الضمان في أنه يصنف الحقوق من جواز المساس بها من عدمه إلى صنفين :

الصنف الأول: وهي تلك الحقوق التي يسبب المساس بها ضرراً بحياة الإنسان أو بسلامته الجسدية أو المادية، كالحق في الحياة، و الحق في سلامة جسده، والحق في السلامة أمواله، حيث تقوم المسؤولية بشأن المساس بهذه الحقوق بمجرد تحقق الضرر و بصرف النظر عن مسلك الشخص خاطئاً أو غير خاطئ، وذلك لأن هذه الأضرار غير مشروعاً دائماً وفي جميع الأحوال ودون اعتبار للنحو الذي وقع عليه الضرر أو لطبيعة النشاط أو لمسك الشخص، فهو لا يمتلك حقاً بممارسة ما تنطوي عليه هذه الأضرار مطلقاً، وبذلك تقوم المسؤولية عنها ويكون ذلك على أساس الضمان، لأن محدث الضرر ضامن لعدم إحداث هذه الأضرار غير المشروعة.

الصنف الثاني : وهي تلك الحقوق التي يسبب المساس بها ضرراً اقتصادياً أو أدبياً للإنسان، كالحق في التجارة، و الحق في العمل، و الحق في سلامة شرفه واعتباره. حيث تنقسم هذه الحقوق في هذا الصنف من حيث المساس بها إلى فئتين :

الفئة الأولى : وهي تلك الحقوق التي يستند المساس بها إلى حق بحيث يترتب الضرر كنتيجة طبيعية لممارسة هذا الحق، كحق المنافسة المشروعة، وحق الإضراب، وحق النقد، فهي تصدر من شخص يملك ذلك وبهذا تقع على النحو مشروع و تكون أضراراً مشروعاً، وعليه فلا تقوم المسؤولية عنها.

الفئة الثانية: وهي تلك الحقوق التي لا يستند المساس بها إلى حق، كالمنافسة غير المشروعة، و النقد و الذي يهدف إلى الإساءة إلى شخص من وجه إليه النقد، فهذه الأضرار تقع على النحو غير مشروع، لأن النشاط أو الفعل الذي أدى إليها غير مشروع، وبصرف النظر عن مسلكه سواء كان خاطئاً أم لا، فتكون بذلك غير مشروعاً، ومن ثم تقوم المسؤولية عنها على أساس الضمان، لأن محدث الضرر ضامن لعدم إلحاق هذه المضار.

وبستخلص من ذلك أن الصنف الأول من الأضرار تكون غير مشروعاً في جميع الأحوال وتقوم المسؤولية عنها دائماً، في حين أن الصنف الثاني من الأضرار تكون مشروعاً أحياناً معينة، وغير مشروعاً أحياناً أخرى حسب مقتضى الحال، فضلاً عن أنه ينظر في هذه الأضرار إلى شخص المتضرر، وليس إلى شخص محدث الضرر كما في نظريتي الخطأ وتحمل التبعة حيث تنظر الأولى إلى مدى وقوع الشخص بخطأ من عدمه، وتنظر الثانية إلى مدى ما عاد عليه من نفع و إمكانية جبر الضرر من عدمه و لذلك فقد قام Starck بتطبيق نظريته في الضمان على مضار الجوار. (غسان محمد مناور أبو عاشور ، المرجع السابق، ص 39 و 40 )

**النوع الثاني:** أضرار غير مألوفة، وهي تلك المضار التي تتجاوز الحد المألوف الذي ينبغي تحمله، ومن ثم فهي لا تستند إلى حق، ويتصف الفعل أو النشاط الذي يؤدي إليها بعدم المشروعية وبصرف النظر عن مسلك الشخص سواء أكان ينطوي على الخطأ أم لا فتكون بذلك أضراراً غير مألوفة، يجوز للمضرور أن يطلب التعويض عنها ما دام أن الضرر قد تجاوز الحد الذي ينبغي على الجيران تحمله، وإلا أصبحت الحياة مستحيلة في المجتمع من ناحية، وما دام أن القانون خوله الحق في طلب الهدوء والسكينة من ناحية أخرى.<sup>1</sup>

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد كما يلي:

1- إن فكرة الضمان التي نادى بها هذا الاتجاه لا تجد مجالها الحقيقي إلا في نطاق المسؤولية العقدية عن أضرار المباني والتي تركز على فكرة ضمان سلامة الشيء محل التعاقد وهذا مغاير لقواعد المسؤولية عن تجاوز الأضرار العادية للجوار لأنها تكون ناتجة عن الممارسة العادية والمشروعة.

2- الجوار ليس إلا واقعة مادية بحتة، أما بالنسبة لعلاقات الجوار التي تنشأ عن العلاقات التعاقدية مثل علاقة المؤجر بالمستأجر فلا يمكن ربط المسؤولية عن الأضرار الناتجة عنها بفكرة الضمان بصفة مطلقة لما في ذلك من خلط بين دعوى الضمان وقواعد نظرية مضار الجوار غير المألوفة لأن لكل منهما نطاق خاص ومجال محدد لا يجوز تعديده ولا التعدي عليه.<sup>2</sup>

3- إن الضمان يستحق بصرف النظر عن جسامته الضرر سواء أكان جسيماً أم يسيراً.<sup>3</sup>

4- إن نظرية الضمان تفترض أن هناك ضرراً قد وقع ومن ثم تقييم المسؤولية عنه على أساس الضمان، وهذا يعني وفق منطق هذه النظرية أن الضرر هو الأصل الذي يرتب المسؤولية وهو مرحلة سابقة، والضمان هو التزام بتعويض ذلك الضرر وهو مرحلة تالية، فالضرر هو العلة والضمان هو المعلول، وعليه فليس من المنطق أن يكون المعلول هو

<sup>1</sup> أبو زيد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 153.

<sup>2</sup> عبد الوهاب محمد عبد الرهاب محمود، المرجع السابق، ص 508.

<sup>3</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 219.

أساس العلة، لأن ذلك يعني القول بأن أساس الالتزام بالتعويض هو الضمان أي أن الشيء أساس نفسه، وهذا مرفوض منطقياً.<sup>1</sup>

5- إن نظرية الضمان ليست بعيدة عن نظرية الخطأ، وذلك لأن النظرية الأولى تبنى على أساس المساس بالغير بدون حق والذي يمثل ذات الأساس الذي اعتمد عليه فقهاء نظرية الخطأ في تعريفهم لهذا الأخير، وبالتالي فإن المنادين بهذه النظرية لم يبتكروا شيئاً جديداً سوى أنهم أضفوا اسماً جديداً هو نظرية الضمان.<sup>2</sup>

### المطلب الرابع: أساس المسؤولية هو فكرة المخاطر أو تحمل التبعة.

في أواخر القرن التاسع عشر حاول جانب من الفقه الفرنسي يترأسه الفقيه Saleilles وضع نظرية عامة للمسؤولية تشمل المسؤولية الشخصية والموضوعية على حد سواء.

لقد قرر هذا الاتجاه بأن المادة 1382 مدني فرنسي لا تخص فقط قواعد المسؤولية الشخصية، بل أنها تضع قاعدة عامة للمسؤولية عن فعل الشخص سواء كان هذا الفعل يشكل خطأ من عدمه، بدليل أنه ورد في نص المادة السالفة الذكر " كل فعل أي كان صادر من الشخص يسبب ضرراً للغير..." فقد رأى هذا الاتجاه أن المشرع نظر إلى فعل الشخص أياً كان، وعليه فإن ما ينتج عن هذا الفعل من ضرر تتعقد به المسؤولية، بغض النظر عما إذا كان الفعل يشكل خطأ أم لا.<sup>3</sup>

وقد أسند الفقيه Saleilles حالة تجاوز مضار الجوار العادية إلى نظرية تحمل التبعة لأنه من الأعمال المشروعة المتفقة مع الغرض الاجتماعي للحق ما ينتج عنه ضرر للغير، كحالة المصنع الذي لا يمكن تشغيله إلا باستعماله آلات خطيرة ولا يمكن إدارته دون ضرر يصيب العمال والملاك المتجاورين، فقد يكون مرجع هذا الضرر خطأ صاحب المصنع سواء كان الخطأ مباشراً أم غير مباشر مما يجعل قيام مسؤوليته على أساس المادة 1382 مدني فرنسي سهلاً ميسوراً، لكن في بعض الحالات قد لا يكون من المستطاع تقليل أو منع

<sup>1</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 220.

<sup>2</sup> غسان محمد مناور أبو عاشور، المرجع السابق، ص 45 و 46.

<sup>3</sup> Saleilles(R), les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, Paris, Rousseau 1897, p5.

الضرر وعند ذلك لا يمكن الكلام عن الخطأ لأن ما أتاه صاحب المصنع كان عملاً مشروعاً، ولو لم يكن كذلك لكان للقضاء أن يحكم بغلق المصنع، ولأنه لا يمكن تعطيل حق بسبب الأضرار الناتجة عن استعماله، فيكفي بوضع المخاطر الناشئة عن تشغيل المصنع على عاتق صاحبه، كمقابل لما يستفيدة من المصنع وبذا تتحقق العدالة الاجتماعية وهذه هي نظرية تحمل التبعة التي تستبعد فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية.<sup>1</sup>

ولقد نادى بهذه الفكرة أيضاً الفقيه Josserand<sup>2</sup>، مع إسنادها لنص المادة 1384 فقرة 1<sup>3</sup>، فقد رأى الفقيه أن النص يضع قاعدة عامة للمسؤولية عن فعل الشيء، وقرر بأن الشخص يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تنتج عن ممارسته لحقه ليس على أساس فكرة الخطأ، ولكن على أساس أنه يستفيد من نشاطه مصدر الأضرار المدعاة، فحينما تكون الأضرار ناتجة عن فعل الشيء، فإنه يلزم دائماً التعويض عنها، ليس على أساس عدم مشروعية الفعل مصدر الضرر، لأن المسؤولية في هذه الحالة لا يكون مصدرها خطأ عقدي أو تقصيري، لكن على أساس أن هذه المسؤولية تفرض على الشخص بواسطة القانون مباشرة.

وبذلك فإن أساس مسؤولية المالك عن أضرار المباني حسب الفقيه Josserand لا يتمثل في خطأ مالك المبنى على أي صورة من صورته؛ سواء بالانحراف عن سلوك الشخص المعتاد أو التعسف في استعمال الحق؛ وإنما يقع الضرر برغم ممارسة النشاط في الحدود المشروعة للحق بدون تعسف، وهذا يوجب التعويض لا للخطأ وإنما لإعمال فكرة أخرى قوامها أن من يستفيد من نشاط معين يلحق ضرراً بغيره عليه أن يتحمل النتائج الضارة التي تقع للغير بتعويضها، فالمالك قد استحدثت مخاطر غير عادية بنشاطه الذي يستفيد من أرباحه، وينتهي "جوسران" إلى أن هذه المسؤولية موضوعية، العبرة فيها

<sup>1</sup> عبد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود، المرجع السابق، ص 490.

<sup>2</sup> Josserand(L), Responsabilité du fait des choses inanimées, Paris, A. Rousseau 1898, p53.

<sup>3</sup> بوجود هذه المادة يتلاشى ما وجه من نقد حول افتقار النص القانوني الذي يقرر فكرة المخاطر .

للضرر الذي يحدث للغير، لا للمسؤولية الشخصية التي تقوم على الخطأ، وهي تجد مبرراتها في فكرتي العدالة والمساواة التي ينبغي أن تسود في علاقات الجوار.<sup>1</sup>

وقد سائر جانب من الفقه والقضاء الحديث هذه الفكرة خاصة بعد اعترافهم بتفجير قواعد المسؤولية التقصيرية لتحملها أكثر من طاقتها.

فذهب بعض فقهاء القانون<sup>2</sup> إلى تأسيس المسؤولية عن أضرار المباني على أساس نظرية المخاطر أو تحمل التبعة، وليس على أساس نظرية الخطأ الواجب الإثبات، فاعتبر المالك الذي يستفيد من استعماله لحق ملكيته، ويستأثر بالمواد أو الأنشطة التي تنتج عن هذا الحق، عليه مقابل ذلك أن يتحمل ما يصيب الغير من أضرار بسبب هذا الاستعمال، ولو لم يصدر منه خطأ أو تعسف في هذا الاستعمال، وذلك على أساس فكرة الغنم بالغرم، فمن ينتفع من عمل، لا بد أن يتحمل مغارمه، كما كان له مغانمه، إذ أن العدالة تأبى أن يتحمل الغير الذي لم ينتفع بشيء هذه الأضرار.

كما أخذ بعض الفقه المصري<sup>3</sup> بهذه النظرية ويرى أن المالك أثناء استعماله لحق الملكية وتسبب في الضرر للغير، فإنه وإن لم يتعسف ولم يرتكب خطأ حتى يمكن القول بإخضاعه للمسؤولية وفقاً للقواعد العامة، فإن مسؤوليته تجد أساسها الصحيح وتأصيلها السليم على أساس موضوعي قائم على فكرة المخاطر أو تحمل التبعة بعيداً عن أي خطأ أو تعسف، فالمالك الذي يقوم باستعمال حقه عليه أن يتحمل تبعه نشاطه، فطالما أنه يستفيد من هذا الاستعمال وقد ألحق بالغير من جراء هذا النشاط العادي، فعليه الغرم كما كان عليه الغنم.

<sup>1</sup> عطا سعد محمد حواس، الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار، المرجع السابق، ص 194، 195 نقل عن:

Josserand, sur Poitiers, 29 janv.1923,D.2,1923 ;P53.et, De l'esprit des droit et de leur relativité « Théorie dit de l'abus de droits », 2<sup>e</sup> éd, Paris, 1939, P21.

<sup>2</sup> Ripert(G) De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines. Thèse. Op.cit. p336.

<sup>3</sup> محمد زهرة، الطبيعة القانونية للمسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة، دراسة خاصة حول مسألة الخيرة في القانون المصري و الكويتي و الفرنسي، مجلة المحامي-مقال السابق- ص 28-29. د/ نعمان محمد خليل جمعة، الحقوق العينية الأصلية - المرجع السابق - ص 20. د/ أبو زيد عبد الباقي - المقال السابق- ص 145. ويبدو أن د عبد الرزاق أحمد السنهوري، في الوسيط الجزء 8- المرجع السابق- لم يستبعد تأسيس المسؤولية على فكرة تحمل التبعة، هذا ما يستنتج من رأيه إذ يقول " فإذا قلنا بأن نص المادة 807 مدني مصري ينشئ التزاماً قانونياً في جانب المالك، بعدم إصابة الجار بضرر غير مألوف قامت مسؤولية المالك في هذا القول على إخلال المالك بهذا الالتزام القانوني، فوجب التعويض ويكون المالك الذي ألحق بجاره ضرراً غير مألوف، قد خرق التزامه القانوني، فخالف القانون. ولكن هذه المخالفة القانونية ليست (خطأ) بالمعنى المعروف، فالخطأ هو انحراف عن سلوك الشخص المعتاد. وهنا لم ينحرف المالك عن هذا السلوك، فهو مسؤول، لا لأنه ارتكب الخطأ، بل لأنه يتحمل تبعه نشاطه، فهو الذي يفيد من استعماله لملكه استعمالاً استثنائياً، فمن العدل أن يتحمل تبعه هذا الاستعمال، والغرم بالغنم..."

ويتفق هذا التأصيل مع الأساس الذي تقوم عليه فكرة التزامات الجوار بوجه عام، ومضار الجوار الناتجة عن المباني بوجه خاص، فالجوار ضرورة اجتماعية تستلزم التضامن بين الجيران، وبمقتضى هذا التضامن، يتحمل الجار ما يعتبر من الأضرار المألوفة التي لا يمكن تجنبها بين الجيران، لكنه يقتضى أيضا أن يتحمل صاحب الحق ما يصيب الجار من أضرار غير المألوفة تتجاوز الحد المسموح به، أي أن هذا التضامن يعنى وجود نوع من توزيع الأضرار بين الجيران، وهو في هذا التوزيع لا ينظر إلى مسلك كل منهما، وإنما يعتد فقط بالضرر وما إذا كان مألوفا أم غير مألوف، فالمخاطر التي يخلقها الجوار يجب بمقتضى التضامن بين الجيران تحمل تبعاتها معا والتجاوز فيها هو المألوف من الأضرار، وإلزام صاحب الحق بتعويض ما هو فاحش أو غير مألوف بغض النظر عن تقرير مسلكه.<sup>1</sup>

كما يرى هذا الجانب أن هذا التأصيل يتفق والأحكام الخاصة بالمسؤولية عن أضرار المباني، إذا أن المسؤول عن الأضرار، تنعقد مسؤوليته بمجرد تحقق الضرر دون أن يكون له دحضها بإثبات أنه لم يرتكب خطأ، أو أنه اتخذ الاحتياطات الضرورية لمنع الضرر، ومن ثم، فهي مسؤولية موضوعية قوامها تحقق الضرر وحده، وبالتالي فليس له دفع هذه المسؤولية. وقد أخذت بعض المحاكم الفرنسية بهذا الاتجاه فقضت محكمة نيس الفرنسية وأيدتها في ذلك محكمة النقض. بمسؤولية شركة Air France عن الصخب الناتج عن هبوط وإقلاع الطائرات من مطار نيس، والذي سبب مضايقات للجيران تجاوز النطاق الواجب تحمله، وربطت المسؤولية بفكرة مخاطر الملاحة الجوية، ذلك لأن الأضرار تجاوزت حدا معينا من الخطورة.<sup>2</sup>

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد كما يلي:

1- إن المسؤولية المنصوص عليها في المواد 1382 و 1/1384 وما بعدها تقوم على الخطأ ثابتا كان أو مفترضا وليس من بينها نظرية تحمل التبعة، ومن ثم لا يجوز الأخذ بها لافتقارها إلى النص التي تستند إليه، وعلى فرض الأخذ بها في بعض الحالات كإصابات

<sup>1</sup> أسماء مكي، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 225.

<sup>2</sup> NICE 09/12/1964, J.C.P.65,11. Op.cit

العمل، فهذا لا يعنى أن إرادة المشرع قد اتجهت إلى الخروج على القاعدة العامة للمسؤولية على أساس الخطأ.

2- إن الأخذ بها يقتضي وجوب التعويض عن كافة الأضرار التي تصيب الغير، سواء أكانت هذه الأضرار يسيرة أو جسيمة، مألوفة أو غير مألوفة، وذلك عملاً بالقاعدة العامة التي تقضي بالتعويض عن جميع الأضرار، بينما يختلف الوضع فيما يتعلق بأضرار المباني في علاقات الجوار، حيث أجمع الفقه والقضاء على وجود قدر معين من المضار يجب تحملها دون إمكانية التعويض عنها.

3- إن هذه النظرية تؤدي إلى تعطيل الحياة الاقتصادية، إذ أن الأفراد سيتقاعسون عن ممارسة حقوقهم خشية المسؤولية دون خطأ يرتكبونه، فلو مارس شخص حقه المشروع باتخاذ كافة الاحتياطات الضرورية لتحاشى الإضرار بالغير، ثم ألحق بعض المضار بالغير من جراء نشاطه هذا، ألزم صاحب الحق بهذا التعويض تأسيساً على نظرية تحمل التبعة، ومعنى ذلك هو قتل الحافز الفردي لديه، لأن يجد نفسه ملزم بالتعويض في كل عمل أو نشاط للفرد ما يلحق بالغير ضرراً، ومن ثمن فإنه بدلاً من أن يعود عليه النشاط بالفائدة، فإنه سيعرضه للمطالبة بالتعويض، الأمر الذي يكلفه ما لا يطيق.<sup>1</sup>

وقد رد البعض<sup>2</sup> على هذه الانتقادات كما يلي :

1- عدم نص المشرع على اعتبار حالة مضار الجوار غير المألوفة للمباني من ضمن حالات المسؤولية التي تأسس على نظرية تحمل التبعة ليس معناه أن تفقد هذه الحالة طبيعتها، فلا شك أن التأصيل القانوني لمسألة من المسائل، لا يرتبط بإرادة المشرع الذي يتقاعس، أو يهمل، فالعيب قد يكون في المشرع، لا في الفكرة ذاتها، ومن ثم يستطيع المشرع أن ينص على تلك الحالة، باعتبارها مسؤولية تقوم على أساس تحمل التبعة، كما نص على الحالات الأخرى، كما أنه بوجود النص الذي يقرر هذه المسؤولية فلا أمر لا يثير صعوبة في تأسيسها على نظرية تحمل التبعة.

<sup>1</sup> Carbonnier Jean, Droit civil, les obligations, op.cit. p59. et Cosmas(y), Les troubles de voisinage, thèse. op.cit p107. La responsabilité dans les rapports de voisinage, thèse. op.cit p74.

<sup>2</sup> أبو زيد عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص 150

2- الأخذ بنظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤولية عن أضرار المباني، ليس معناه تحمل المسؤول عن الأضرار دائماً لكافة النتائج الضارة المترتبة على نشاطه الذي يستفيد منه، فليس هناك ما يمنع المشرع من تقييد نطاق تطبيق النص، بحيث يحدد الضرر الذي يتحمله ويحصره في حدود معينة، كما هو الحال في علاقات الجوار، حيث ألزمت التشريعات الجار على تحمل قدر معين من مضار الجوار التي جرت العادة بين الجيران على التسامح فيها، دون إمكانية طلب التعويض عنها، وقصرت التعويض على حالة المضار غير المألوفة فقط بنص القانون ولا اجتهاد مع صراحة النص.<sup>1</sup>

3- إن الأخذ بنظرية تحمل التبعة لتأصيل المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة للمباني يجب أن يكون في حدود الفكرة التي تقوم عليها التزامات الجوار بوجه عام، وهي التضامن الاجتماعي، وهي تعني توزيع الأضرار على الطرفين معا.<sup>2</sup>

4- إن الخوف من تقاعس الأفراد، وما يترتب على ذلك من انعدام المبادرة والسلبية والجمود، خشية شبخ المسؤولية وتفادياً للتعويض المرهق الذي يطالب به الجار المضروب لا محل له من ناحيتين :

الأولى: أن المشرع حسم الأمر ونص بأن التعويض لا يشمل الضرر الذي لم يتجاوز الحد المألوف، أما إذا تجاوز الضرر الحد المألوف، وبقي في نطاق الضرر غير المألوف، فهذا هو الذي يشمل التعويض فقط.

الثانية: أن الضرر الذي يحدث، ويكون جبره كبيراً، كما في حالة الأضرار الناتجة عن الاستغلال الصناعي أو التجاري، فإنه لتجنب مغبة المطالبة المرهقة بالتعويض، يمكن اللجوء إلى التغطية التأمينية، المتمثلة في التأمين من المسؤولية المتعلقة بالنشاط الذي يمارس، ومن ثم لم يعد هناك ما يدعو إلى الخوف من شبخ المسؤولية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمد زهرة، المرجع السابق، ص 30.

<sup>2</sup> محمد زهرة، المرجع نفسه، ص 21 و 22؛ وقد اعترض البعض على هذا الرأي بأنه يحتوى على نوع من المصادرة على المطلوب، فهو قد بدأ من اعتبار المالك لم يخطئ مع أن المطلوب إثباته هو هل أخطأ أو لم يخطئ. كما أنه عند وجود النص يعتبر أنه أخطأ حتى ولو كان تصرفه كتصرف الرجل العادي لأن الإخلال بالنص يعتبر خطأ (د/ زكي زكي حسن زيدان-المرجع السابق- ص 100.

<sup>3</sup> أبو زيد عبد الباقي، المقال السابق، ص 152.



## المبحث الثالث

## أساس قيام مسؤولية المالك عن أضرار المباني في القانون الجزائري

أقر المشرع الجزائري مسؤولية المالك عن أضرار المباني فأقام مسؤولية المالك عليها وألزمه بتعويضها، سواء تعلق الأمر بتهدم البناء أو نشوب الحريق في البناء أو أضرار الجوار غير مألوفة التي تسببها المباني.

وفي إعتقادنا أنه بوجود نصوص المواد 140 و691 من القانون المدني الجزائري التي نظمت هاته المسؤوليات لم يعد أمام الفقه والقضاء سوى الانصياع لصراحة النص وتفسيره وتطبيقه، إلا أن الفقه الجزائري لم يتفق على تأصيل هذه المسؤولية، وقد فرق بعض الفقهاء كما سبق بيانه بين مصدر المسؤولية وأساسها، حيث يقصد بمصدر المسؤولية السبب الذي يلزمنا بتعويض الضرر الحاصل للغير، وبناء عليه لا تخرج مصادر القانون عن الإرادة والقانون، أما أساس المسؤولية فيقصد به السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين.

وإنطلاقاً من ذلك سنقوم بالبحث عن أساس مسؤولية المالك عن أضرار المباني في القانون الجزائري وذلك من خلال ما سيأتي.

## المطلب الأول: أساس قيام مسؤولية المالك عن تهديم البناء في القانون الجزائري

المشرع الجزائري ألقى المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن تهديم البناء على عاتق المالك بغض النظر عن السبب الذي أحدث الضرر للغير، وعليه يكون المضرور معفى من تقديم دليل على سبب التهديم الذي يرجع إما لإهمال في الصيانة أو قدم البناء، أو العيب في تشييده، وبالمقابل ألقى على مالك البناء عبء إثبات أنّ سبب تهديم بناءه لا يعود لأحد الأسباب الثلاثة سابقة الذكر، وإنما لسبب أجنبي خارج عن يده.

مما سبق عرضه سنحاول تحديد الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية، من خلال التطرق للخطأ المفترض في الفرع الأول ثم نتعرض إلى طرق نفيه الفرع الثاني .

## الفرع الأول: الخطأ المفترض

يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ بالخطأ المفترض من القانون الفرنسي لما جعل المالك يتحمل مسؤولية تهدم البناء، كما أخذه من القانون المصري<sup>1</sup> لما جعل أساس المسؤولية قرينة تقبل إثبات العكس بحيث سمح للمالك بإمكانية تخلصه من المسؤولية بنفي العلاقة السببية بين خطئه المفترض و الضرر الذي وقع.<sup>2</sup>

وبالعودة للمادة 1386 من القانون المدني الفرنسي<sup>3</sup>، فالمشرع الفرنسي لا يفترض الخطأ في جانب مالك البناء المتهم، إلا بعد إثبات المتضرر أنّ سبب التهدم يرجع أساسه إلى نقص في الصيانة أو القدم أو العيب، ولقد اتخذت هذه الأخيرة كقرينة قانونية تقوم على أساسها مسؤولية المالك.<sup>4</sup>

كما يجوز له نفي المسؤولية عنه بإثبات قيامه بصيانة البناء، واتخاذ الاحتياطات اللازمة أثناء تشييده، لكن القضاء الفرنسي رفض هذا النفي، وجعل من السبب الأجنبي الوسيلة الوحيدة لإعفاء المدعي عليه من المسؤولية.<sup>5</sup>

وعليه يبقى الخطأ أساسا تستند إليه المسؤولية عن تهدم البناء، لذا فبمجرد إثبات الضرر أنّ التهدم راجع إلى نقص في الصيانة أو عيب في التشييد يفترض وجود خطأ المالك ويعتبر هذا الافتراض قاطع غير قابل لإثبات العكس، وعليه فلا يمكن للمالك دفع المسؤولية عنه بإدعاء أنه لم ينحرف عن تصرف المألوف للرجل العادي، أو بأنه كان من المستحيل عليه اكتشاف العيب الموجود في البناء أو حاجته للصيانة إلا عن طريق السبب الأجنبي.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> الذي أسس مسؤولية حارس البناء على الخطأ المفترض، لذا يعتبر الحارس مسؤولا عن الأضرار التي تصيب الغير بمجرد وقوع التهدم لكونه لم يبذل عناية كافية لصيانة البناء أو تجديده. نقلا عن محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.124.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.427.

<sup>3</sup> Xavier Henri, François Jacobe, op.cit. p 1488.

<sup>4</sup> محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع، المرجع السابق، ص.328.

<sup>5</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، كلية الحقوق، الجزائر، 1976 ص.ص.118 و119.

<sup>6</sup> علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.ص.347 و348.

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري، فيبرز من أحكام المادة 140 الفقرة الثانية منه<sup>1</sup> أنّ مسؤولية مالك البناء تقوم على أساس الخطأ المفترض<sup>2</sup>، فالمضروور ليس بحاجة لأقامة الدليل على وجود إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب، لكي تقوم مسؤولية المالك، وإنّما يكفي أن يثبت أن الضرر الذي مسه ناتج عن تهدم البناء لذا فالخطأ يكون مفترضا عندما لا يقع عبء إثباته على المضروور<sup>3</sup>.

أمّا المدعي عليه في صفة المالك، فيقع على عاتقه عبء إثبات أنّ تهدم البناء لا يرجع سببه إلى إهمال أو تقصير أو عيب، لذا يعتبر الخطأ المفترض قرينة بسيطة قابل لإثبات العكس فإذا أثبت مالك البناء أنه قام بإجراءات الصيانة اللازمة وأنه بذل عناية في الحفاظ على البناء لا تقوم مسؤوليته<sup>4</sup>

ولقد ذهب الأستاذ "عبد الرزاق السنهوري" إلى القول بأن الخطأ المفترض في جانب المالك ذو شقين، فالشق الأول يكون قابلا لإثبات العكس، حيث يستطيع المالك نفي المسؤولية عنه باعتماده إما عن طريق إثبات أن البناء لم يكن بحاجة إلى الصيانة أو التجديد، وإما عن طريق إثبات أن التهدم كان نتيجة سبب أجنبي، وذلك كالحريق الذي يشب في البناء، أو التهدم بسبب المتفجرات<sup>5</sup>، وفي هذه الحالة يلتزم المضروور بإثبات خطأ المسؤول وفقا للقواعد العامة.

أما الشق الثاني للخطأ، فهو غير قابل لإثبات العكس فلا يستطيع المالك دفع المسؤولية عنه إلاّ بقطع العلاقة السببية ما بين تهدم البناء والضرر الذي وقع بتدخل السبب الأجنبي لا يد له فيه<sup>6</sup>

ولقد عارض الأستاذ "علي علي سليمان" رأي "الأستاذ السنهوري" بقوله إذا دفع المالك الخطأ المفترض وجب الرجوع إلى القواعد العامة، والتي تستدعي إثبات المضروور

<sup>1</sup> أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.183.

<sup>3</sup> أحمد سي على مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص.170.

<sup>4</sup> يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص.368.

<sup>5</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.124.

<sup>6</sup> حسين علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.349.

لخطأ المسؤول، لأنّ هذا يصحّ تطبيقه على القانون المدني المصري باعتباره لا يسأل حارس الأشياء غير الحية إلاّ على ما كان منها خطراً، أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري فإذا استطاع المالك أن ينفي المسؤولية عن تدهم البناء لانعدام شروطها، فما على المضرور إلاّ الرجوع على المسؤول وفقاً لأحكام المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية<sup>1</sup>، طبقاً للمادة 138 من ق.م.ج.<sup>2</sup>

وهذا أخذاً بما توصل إليه القضاء الفرنسي في حكم للدائرة المدنية بمحكمة النقض<sup>3</sup> بتاريخ 1966/07/12، حيث جاء فيه أنه إذا توافرت شروط المسؤولية عن تدهم البناء وجب تطبيق نص المادة 1386 من ق.م.ج.<sup>4</sup>

لذا فالمشروع الجزائري قد أخذ بما توصل إليه القضاء الفرنسي من أحكام خاصة بالمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية .

ولكون إن مسؤولية مالك البناء قائمة على خطأ مفترض في جانبه، فلا يمكن مسائلة عديم التمييز<sup>5</sup>، فالمالك لا يسأل إلاّ إذا كان متميزاً، وذلك لأن المسؤولية التي تناولها المادة 140 الفقرة الثانية من ق.م.ج.<sup>6</sup>، قوامها الخطأ ولا يتصور أن يصدر من عديم التمييز خطأ، وإلاّ وجب عندئذ توجيه المطالبة بالتعويض ضد متولي الرقابة وفقاً لأحكام المادة 134 من ق.م.ج.<sup>7</sup>

أما فيما يخص تحمل عبء إثبات الخطأ؛ فإنه يكفي للمضرور الذي لحق به الضرر من جراء تدهم البناء، أن يثبت أن الضرر الذي أصابه وأن هذا الأخير ناتج عن تدهم البناء

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.185.

<sup>2</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

<sup>3</sup> حكم صادر من الدائرة المدنية، المحكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 12 / 07 / 1966، ونشر في دالوز، تحت رقم 632 سنة 1966، نقلاً عن ساعيد فيثوش، السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية التصريحية عن فعل الأشياء في ق.م.ج، بحث لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، الجزائر، بس.ن، ص.92.

<sup>4</sup> بدلاً من المادة 1 / 1384 من القانون المدني الفرنسي، و إذا لم تتوفر شروط المسؤولية عن تدهم البناء طبقت أحكام المادة 1 / 1384، التي تقابلها المادة 138 من التقنين المدني الجزائري. نقلاً عن كامل فؤاد، المرجع السابق، ص.93.

<sup>5</sup> حسين علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص.352.

<sup>6</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

<sup>7</sup> جاء نص المادة كالتالي : كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه تلك الشخص بفعله الضار"

المملوك للمدعي عليه دون أن يكلف نفسه عناء لإثبات خطأ المالك لأنه خطأ مفترض، بل يقع على المالك عبء نفي قرينة الخطأ.

وبالرجوع إلى أحكام نص المادة 1386 من ق.م.ف<sup>1</sup> سالفه الذكر يتضح أن المشرع الفرنسي، يشترط لقيام مسؤولية المالك أن يثبت المضرور أن الضرر الذي لحق به راجع إلى نقص في الصيانة أو عيب في التشييد<sup>2</sup>، بالرغم من أن هذه العيوب تعتبر قرينة قانونية لقيام مسؤولية المالك، غير أنها لا تعفي المضرور من الإثبات كلياً، لكن يجد نفسه في وضع أفضل مما لو كان سيلجأ إلى نص المادة 1382 من ق.م.ف<sup>3</sup> التي تقابلها المادة 124 من ق.م.ج<sup>4</sup>، التي تستلزم إثبات خطأ شخصي في جانب المدعي عليه لتقوم مسؤوليته<sup>5</sup>.

استناداً لهذا المفهوم نجد أن القانون الفرنسي لا يفترض خطأ المالك إلا إذا أثبت المضرور أن تدهم البناء راجع إلى نقص في الصيانة أو عيب في البناء وهذا ما دفع بالبعض إلى تأسيس هذه المسؤولية على خطأ مفترض مسبقاً بخطأ ثابت<sup>6</sup>.

أما المضرور في ظل القانون المدني المصري يكفي عليه إثبات أن الضرر الذي لحق به ناتج عن تدهم البناء كلياً أو جزئياً لكي تقوم مسؤولية الحارس المفترضة، وافترض الخطأ على هذا النحو يعني التشديد من مسؤولية مالك البناء بمساعدة المضرور بالحصول على التعويض، وذلك بإعفائه من عبء إثبات الخطأ<sup>7</sup>، وهذا ما يميز القانون المصري عن القانون الفرنسي.

ولمعرفة الوضع القانوني للمضرور من خلال مسألة الإثبات في القانون المدني الجزائري، يتضح في المادة 140 الفقرة الثانية منه<sup>8</sup>، أن مسؤولية مالك البناء تقوم بمجرد إثبات الضحية أن الضرر الذي أصابه يرجع إلى انهدام كلي أو جزئي للبناء، دون إلزامه

<sup>1</sup> Xavier Henri, François Jacobe, op.cit p.1488.

<sup>2</sup> محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع، المرجع السابق، ص.ص. 327، 328.

<sup>3</sup> Xavier Henri, François Jacobe, op.cit, p. 1401.

<sup>4</sup> أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

<sup>5</sup> محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع، المرجع السابق، ص.327.

<sup>6</sup> زهدي يكن، شرح قانون الموجبات و العقود مع مقارنة القوانين الحديثة و الشريعة الإسلامية، ج. 1، ط. 2، ب.د.ن، بيروت، ص.206.

<sup>7</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.123.

<sup>8</sup> أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

بإثبات أن سبب التهدم راجع إلى إهمال في الصيانة أو عيب في تشييده أو قدمه، و بالمقابل يشترط على المالك إثبات أن بناءه لم يكن في حاجة إلى صيانة أو إصلاح أو تجديده<sup>1</sup> وهذا يعني أن مسؤولية مالك البناء تكون مسؤولية مفترضة<sup>2</sup>.

مما سبق ذكره نستنتج، أن مركز المضرور في القانون المدني الجزائري، أحسن بكثير من مركزه في القانون المدني الفرنسي الذي ألزمه بإثبات أن الضرر الذي أصابه يرجع إلى تهدم البناء الذي يكون سببه؛ نقص في الصيانة أو عيب في التشييد أو قدم، بينما المضرور في القانون المدني الجزائري يجب عليه أن يثبت أن الضرر الذي أصابه ناشئ عن تدهم البناء لكي تقوم مسؤولية مالك البناء ويستطيع هذا الأخير نفي المسؤولية عنه إذا أثبت أن البناء لم يكن في حاجة إلى الصيانة، أو إصلاح أو تجديد، وفي حالة عجزه عن الإثبات يعتبر التهدم راجع لخطئه المفترض<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: نفي الخطأ المفترض

إنّ المشرع الجزائري في المادة 140 الفقرة الثانية من القانون ق.م.4، ألقى عبء مسؤولية تدهم البناء على كاهل المالك الحقيقي، باعتباره يملك السلطة الفعلية، لكن بالرجوع إلى القاعدة الشهيرة "البينة على من ادعى" فلا ينحصر تطبيقها على الدعاوي فقط، وإنما يمكن للمالك استغلالها من أجل دفع المسؤولية عنه، وذلك بنفي الخطأ من جانبه، بإثبات أنه قام بواجبه في الصيانة وإصلاح البناء، وإذا تعذر عليه الإثبات اعتبر التهدم راجعا إلى خطئه المفترض، ولا يبقى أمامه من سبيل لدفع المسؤولية بعد ذلك إلا بنفي العلاقة السببية بين تهدم البناء وحدث الضرر، أي بإثبات السبب الأجنبي<sup>5</sup>.

من خلال ما سبق ذكره، سنتطرق إلى صور السبب الأجنبي المتمثل في؛ القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، ثم خطأ المضرور، وأخيرا فعل الغير.

<sup>1</sup> محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع، المرجع السابق، ص.342.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.184.

<sup>3</sup> نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص.433.

<sup>4</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>5</sup> الملاحظ أن المشرع الجزائري، لم يقدم تعريفا خاصا للسبب الأجنبي، وإنما اكتفى فقط بذكر صورته في المادة 127 و138 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق، وقد عرفه الدكتور سليمان مرقس "بأنه فعل أو حادث معين لا ينسب إلى المدعى عليه و يكون قد جعل منع وقوع العمل الضار مستحيلا، ولم يكن للمدعى عليه يد فيه". نقلا عن سليمان مرقس، الوافي في شرح ق.م.م، 2، الإلتزامات في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، ط.5، دار الكتب القانونية، لبنان، 1988، ص.477.

## أولاً: القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

تعتبر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي من الأسباب الأجنبية التي تعفي المالك من تحمل المسؤولية التي تقع على عاتقه من جراء تدهم البناء، ولقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد مدلول عبارة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، فهناك من اعتبرها اسماً لمسمى واحد<sup>1</sup>، والبعض الآخر اعتبرهما منفصلان وكل واحد مستقل عن الآخر<sup>2</sup>.

والراجح أن المشرع الجزائري عندما تعرض للسبب الأجنبي كوسيلة من وسائل الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، لم يكن يستهدف من لفظ القوة القاهرة والحادث المفاجئ إلا نتيجة واحدة، لأن كلاهما يعتبران سببا معفيا من المسؤولية<sup>3</sup>، ونجد أن المشرع قد أشار إليهما من خلال المادة 127 من ق.م.ج التي تنص: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة...، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"، وذكرها المشرع أيضا في المادة 138 الفقرة الثانية من القانون سالف الذكر<sup>4</sup>، كما نصّ عليها في المادة 15 في فقرتها الخامسة من قانون التأمينات: "يلتزم المؤمن له تبليغ المؤمن عن كل حادث ينجر عنه الضمان بمجرد إطلاعه وفي أجل لا يتعدى سبعة أيام إلا في الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة..."<sup>5</sup>

فالملاحظ من هذه النصوص القانونية أنّ المشرع الجزائري لم يضع تعريفا خاصا بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وهذا ما أدّى إلى ضرورة تدخل الفقه والقضاء لوضع

<sup>1</sup> " القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، بأنها حادث خارجي لا يمكن توقعه و لا دفعه يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر" نقلا عن ليب شنب، المسؤولية عن الأشياء، ب.د.ن، القاهرة، 1972، ص.233. و انظر كذلك، فاضلي إدريس، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في ق.م.ج، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص.217.

<sup>2</sup> " القوة القاهرة غير ممكنة الدفع و التوقع بصفة مطلقة، الناتجة عن قوة أجنبية كالزلازل، بينما الحادث المفاجئ هو ببساطة العائق الداخلي و الذي يكون غير ممكن التجنب نسبيا فقط، بحيث أن شخص أكثر صلاحية أو تخصص يمكن تجنبه" نقلا عن:

Philippe Le Tourneau, Loïc Cadiet, droit de la responsabilité et des contrats, dalloz, paris, 2002, p480.

<sup>3</sup> فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 171.

<sup>4</sup> امر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>5</sup> الأمر 07 / 95 / 25 المؤرخ في 25 / 01 / 1995 يتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 13، معدل و متمم بالقانون 04-06 مؤرخ في 20 فبراير 2006، 2006، ج.ر عدد 15.

تعريف مختلفة لها<sup>1</sup>، وفقا لما سبق ذكره، فإنّ القوة القاهرة "هي كل حادث لا يمكن توقعه ولا دفعه ولا يكون للشخص يدًا في حدوثه ممّا يؤديه حتماً إلى استحالة تنفيذ الالتزامات".

لذا يتضح لنا أنّ الحادث لا يمكن اعتباره قوّة القاهرة إلاّ إذا توفرت فيه بعض الشروط الضرورية، وبمجرد اثبات المالك وجودها يترتب عن ذلك جملة من الآثار القانونية، لذا سيتم دراسة القوّة القاهرة كصورة للسبب الأجنبي من خلال التّطرق إلى شروطها، ثم آثارها على مسؤولية المالك.

### 1- شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

إنّ وقوع الحادث وعدم نسبه للمدّعي عليه يعدّ غير كافيا لاعتباره قوّة القاهرة أو حادث مفاجئ، بل لابدّ من توفر جملة من الشروط المنحصرة أساسا في :

#### أ- شرط عدم إمكانية التّوقع

نجد أنّ المشرع الجزائري قد اشترط صراحة في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ عدم إمكان التّوقع وذلك في المادة 138 الفقرة الثانية من ق.م.ج<sup>2</sup>، لذا يشترط أن يكون الطرف الطارئ بطبيعته غير ممكن توقعه، بمعنى أن الشخص لم يكن على علم مسبقا بإمكانية وقوعه، أمّا إذا كان من الممكن توقّعه فلا يعتبر سببا أجنبيا، مما يؤدي إلى اعتبار مالك البناء مقصرا لعدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة وتوخيّه الحذر من النتائج التي قد يترتبها حادث تهدم البناء<sup>3</sup>.

ويقاس عدم التّوقع بمعياري "الرجل العادي"، حيث يتم وضع شخص متوسط أو عادي مكان المالك الفعلي للبناء، والنّظر فيما إذا كان بإمكانه توقع الحادث أم لا، كما يشترط أن يكون عدم إمكان التّوقع مطلقا وليس نسبيا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عرفها جمهور الفقهاء: " أنها حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه و لا يستطيع دفعه و يترتب عليه التنفيذ المستحيل للإلتزام" ، كما عرفها الشقيقتين مازو على أنها" واقعة مجهولة غير ممكن توقعها و لا دفعها"، نقلا عن زيروتي الطيب، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، دراسة مقارنة بين ق.ج و ق.م. وقف، رسالة ماجستير، 1978، ص.42. و انظر كذلك، فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص.171.

<sup>2</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> ساعيد فينشوش، المرجع السابق، ص.9.

<sup>4</sup> سمير سهيل الذنون، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية و التأمين الإلزامي عليها، دط، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2005، ص. 192، 193.



أمّا الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، فيذهب إلى أبعد من ذلك، إذ يشترط أن يكون الحادث غير مستطاع التّوقع من جانب أشدّ الناس يقظة وبصرا بالأمر<sup>1</sup>، فلا يشترط أن يكون الحادث نادرا أو لم يسبق حدوثه حتى نقول أنه غير ممكن التّوقع، بل أنه يكون كذلك عندما لا يكون هناك أي سبب خاص للقول بأنه سيحدث<sup>2</sup>.

لذا فمتى أثبت المالك أنّ زلزالا كان هو السبب الرئيسي في تهدم البناء، انتفت مسؤوليته، بانتفاء العلاقة السببية بين تهدم البناء والضرر.

وتجدر الإشارة إلى أنه يختلف الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه عدم إمكانية التّوقع تبعا لنوع المسؤولية، ففي المسؤولية العقدية يجب أن يكون الحادث غير ممكن التّوقع لحظة انعقاد العقد، أما في المسؤولية التقصيرية فيجب توافر عدم إمكان التّوقع لحظة وقوع الحادث في حد ذاته<sup>3</sup>.

#### ب- شرط عدم إمكانية المقاومة أو الدفع

لا يكفي في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أن يكون الحادث ممّا لا يمكن توقعه فقط، وإنما يجب أن يتوفر فيه شرط استحالة دفع الحادث، أي لا يمكن التصدي له، حتى ولو كان أمر حدوثه متوقع.

والمعتمد لقياس هذا الشرط هو نفس المعيار الذي اعتمده لقياس شرط عدم التّوقع والمتمثل في المعيار الموضوعي، فالقاضي ينظر إلى مسلك الرجل العادي الذي قد يوجد في نفس الظروف التي يوجد فيها مالك البناء أثناء مقاومته للقوة القاهرة<sup>4</sup>.

وعليه فعدم إمكانية الدّفع يعتبر شرطا يتحقق في كل واقعة يعجز الشخص عن مقاومتها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 878.

<sup>2</sup> فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 176، 177.

<sup>3</sup> فاضلي إدريس، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في ق.م.ج، بحث للحصول على دبلوم ماجستير العقود والمسؤولية، معهد الحقوق و العلوم السياسية و الإدارية، الجزائر، 1979، ص. 138.

<sup>4</sup> فاضلي إدريس، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في ق.م.ج، المرجع السابق، ص. 177.

<sup>5</sup> سمير سهيل الذنون، المرجع السابق، ص. 195.

كما تجدر الإشارة، إلى أنّ المادة 138 من ق.م.ج.<sup>1</sup>، ذكرت شرط عدم إمكان التوقع، ولم تذكر شرط عدم إمكان الدّفع، ولا شك أنّ هذا خطأ، فلم يقصد المشرع أن يكتفي بشرط عدم التوقع، لأنّ هناك إجماع على أنّ عدم إمكان الدفع هو الشرط الأساسي<sup>2</sup>.

لذلك ومن أجل اعتبار الحادث قوة قاهرة يجب أن يتوافر فيه شرطان أساسيان هما: عدم إمكانية التوقع، واستحالة الدّفع، ويضيف الفقه والقضاء الفرنسي إلى هذين الشرطين، شرط الخارجية أي أن يكون هذا الحادث خارجياً<sup>3</sup>.

## 2- آثار القوة القاهرة أو الحادث الفجائي على مسؤولية المالك

إذا توافرت في القوة القاهرة أو الحادث المفجئ شروطها كاملة وكانت هي السبب الوحيد في إحداث الضرر من تهدم البناء، ولم يثبت أن هناك خطأ صدر من اتجاه مالك البناء، فإنّ هذا الأخير يعفى كلياً من المسؤولية<sup>4</sup>.

فالقوة القاهرة في هذا السياق، تجعل المالك في حالة استحالة مادية مطلقة، يتعذر عليه المحافظة على صلابة البناء، واتخاذ ما يلزم لتدارك وقوع خطر الانهيار<sup>5</sup>، ومثال عن ذلك، أن يكون البناء جديداً ليس فيه عيب، ثم وقع زلزالاً قوياً بلغ درجة عالية من سلّم ريشر، فإنّ كل ما حدث من انهدام لهذه الابنية وما لحقها من أضرار لا ترجع المسؤولية فيه على مالك البناء وذلك لتدخل القوة القاهرة<sup>6</sup>.

ولقد صدر قرار من المحكمة العليا، في حالة سقوط عين مؤجرة من جرّاء قوة قاهرة "الفيضانات" فيعفى المالك المؤجر من تجديد الإيجار أو تعويض المستأجر حيث جاء فيه من المقرر قانوناً أنه يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار، وإعادة بناء العين المؤجرة

<sup>1</sup> أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>2</sup> فاضلي إدريس، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في ق.م.ج، بحث للحصول على شهادة دبلوم ماجستير العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجزائر، 1979، ص 140.

<sup>3</sup> للتفصيل في الموضوع انظر، بن دود حنان، المسؤولية التقصيرية عن فعل الشيء في ظل ق.م.ج، منكرة النيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعقم، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2014، ص.75.

<sup>4</sup> ساعيد فيثوش، المرجع السابق، ص.122.

<sup>5</sup> كمال فؤاد، المرجع السابق، ص 97.

<sup>6</sup> بن داود حنان، المرجع السابق، ص.119.

دون أن يلزم بسداد أي تعويض، إذا ثبت وجود هدم كامل للعمارة أو جزء منها بفعل قوة قاهرة<sup>1</sup>.

أما في حالة ما إذا اشتركت القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ مع خطأ المالك المتمثل في تهاونه في صيانة المبنى الذي أدى إلى التهدم، وإلحاق ضرر بالغير، فيتم إعفاء المالك جزئياً من تحمل المسؤولية<sup>2</sup>.

### ثانياً: خطأ المضرور

لقد نصت المادة 127 من ق.م.ج<sup>3</sup>، على خطأ المضرور واعتبرته سبباً أجنبياً للإعفاء من المسؤولية، أما المادة 138 من ق.م.ج، فقد اكتفت بذكر لفظ عمل الضحية بدلا من خطأ المضرور<sup>4</sup>، ويقصد به أن يكون الضحية هو المتسبب الوحيد في الضرر الذي لحق به، مما مما يؤدي إلى قيام العلاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه و الضرر الذي أصابه<sup>5</sup>.

ولكي يعتبر خطأ المضرور سبباً معفياً من المسؤولية يجب أن تتوفر فيه جميع الشروط الخاصة بالقوة القاهرة التي تم نكرها سابقاً، وهذا الإعفاء قد يكون كلياً أو جزئياً، وعليه فإذا كان خطأ المضرور هو السبب الوحيد في تهدم البناء، يعفى مالكة كلياً من تحمل تبعه هذا التهدم<sup>6</sup>.

أما في حالة ما إذا اشترك فعل المضرور مع خطأ المالك في تهدم البناء، يعتبر كلاهما مسؤولين، وتقسّم المسؤولية بينهما، مما يؤدي إلى إعفاء المالك جزئياً من تحمل المسؤولية<sup>7</sup>، ونجد أن المشرع تعرض لمسألة الإعفاء الجزئي، في نص المادة 177 من ق.م.ج<sup>8</sup>، ومثال عن ذلك، أن يتأخر المالك في صيانة بناءه القديم، ثم يقوم جاره بحفر أساساً له لتشييد مسكن له بجانب هذا البناء مما أدى إلى سقوط حائطه القديم وإلحاق ضرر

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 225847، بتاريخ 2000/07/11، المجلة القضائية لسنة 2000، العدد السابق، ص 141.

<sup>2</sup> ساعيد فيشوش، المرجع السابق، ص 122.

<sup>3</sup> جاء نص المادة كالتالي: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور..."

<sup>4</sup> أمر رقم 58/75، المرجع السابق.

<sup>5</sup> فيلالى علي، المرجع السابق، ص 290.

<sup>6</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 184.

<sup>7</sup> فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 193.

<sup>8</sup> جاء نص المادة كالتالي: يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطنه قد اشترك في إحداث الضرر أو أو زاد فيه".

بالجار، ففي هذه الحالة تقسم المسؤولية بينهما على أساس أن مالك البناء قد ارتكب خطأ بعدم اصلاح بناءه، أما المضرور فقد ساهم في إلحاق الضرر به بسبب قيامه بحفر الأساس.

### ثالثاً: خطأ الغير

إذا توافرت في فعل الغير، جميع الشروط الخاصة بالقوة القاهرة، و كان السبب الوحيد في إحداث الضرر يعتبر سبباً أجنبياً يعفي المالك من تحمل المسؤولية<sup>1</sup>، ويقصد بالغير؛ كل شخص متسبب في احداث الضرر غير المدعى عليه وغير المضرور<sup>2</sup>، ويشترط أن لا يكون الغير من ضمن الأشخاص المنصوص عليهم في المواد<sup>3</sup> 134، و136 من ق.م.ج.<sup>4</sup>.  
ق.م.ج.<sup>4</sup>.

وعليه سيتم دراسة، فعل الغير كصورة من صور السبب الأجنبي من خلال تبيان أثره على المالك، ثم حق رجوع المالك على الغير.

### 1- اثر فعل الغير على مسؤولية المالك

إذا أثبت المدعى عليه (مالك البناء)، أن الضرر الذي لحق بالغير من جراء التهدم الكلي أو الجزئي للبناء سببه الوحيد راجع إلى خطأ شخص أجنبي، يكون قد أثبت ركني السبب الأجنبي المتمثلان في: ركن السببية بين خطأ الغير والضرر، وركن عدم التوقع على أساس أن المرء لا يمكنه أن يتوقع أخطاء غيره، فيتم اعفائه كلياً من تحمل تبعه هلاك البناء سواء كان فعل الغير فعلاً خاطئاً أو غير خاطئ<sup>5</sup>.

أما في حالة إشتراك فعل الغير مع خطأ المالك في الضرر الذي لحق بالغير من جراء التهدم، فيتم إعفاء المالك جزئياً من تحمل المسؤولية التي تكون تضامنية فيما بينهما، وعليه يجوز للمتضرر الرجوع إما على المدعى عليه، أو على الغير ومطالبته بالتعويض<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص.145.

<sup>2</sup> العوجي مصطفى، القانون المدني، ج2، المسؤولية المدنية، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص.608.

<sup>3</sup> جاء نص المادة كالتالي: كل من يجب عليه قانوناً أو إتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية،

يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار «

<sup>4</sup> جاء نص المادة كالتالي: لا يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه.... "

<sup>5</sup> فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص.190.

<sup>6</sup> فاضلي إدريس، المرجع نفسه، ص.194.

## 2- حق رجوع المالك على الغير.

يعتبر المالك في القانون الجزائري مسؤولاً عن تدهم البناء ولو كان الإهمال في الصيانة أو قدم البناء أو العيب في تشييده لا يرجع سببه إليه، بل إلى شخص آخر غيره إلا أن هذا القول لا يعني أن المالك يتحمل في النهاية كل أعباء المسؤولية، بل بالعكس فإنه سيجد في القواعد العامة للمسؤولية إمكانية الرجوع على من يثبت تقصيره في صيانة البناء أو أحداث عيب فيه<sup>1</sup>، إذ يستطيع المالك بعد دفع التعويض للمضروب وفقاً لنص المادة 140 الفقرة الثانية من ق.م. ج<sup>2</sup>، الرجوع على المسؤول الحقيقي المتسبب في الضرر ويكون رجوع المالك إما على أساس العيب في تشييد البناء، أو على أساس نقص في صيانتته.

## أ- في حالة العيب في البناء

إن تدهم البناء بسبب عيب في التشييد يؤدي حتماً إلى إثارة مسؤولية المهندس المعماري والمقاول<sup>3</sup>، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد مكن مالك البناء من دفع المسؤولية عنه إما عن طريق ادخال المشيدين كأطراف في الدعوى ويكون نتيجة ذلك تقسيم المسؤولية فيما بينهم، أو عن طريق الرجوع عليهما إذا قام المالك بدفع مبلغ التعويض للمتضرر وذلك على أساس القواعد الخاصة بالمسؤولية العشرية<sup>4</sup> المنصوص عليها في المادة 554 من ق.م. ج<sup>5</sup>، ولكي يستفيد مالك البناء من دعوى الضمان العشري لا بد من توافر شروطها التي حصرها المشرع الجزائري في المواد 554 إلى 557 من ق.م. ج<sup>6</sup>.

كما يستفيد المشتري من أحكام المسؤولية العشرية باعتباره خلفاً خاصاً للمالك السابق (رب العمل) إذ تنتقل دعوى الضمان العشري إلى المالك الجديد (المشتري) مع انتقال ملكية البناء إليه، وهذا ما نصت عليه المادة 178 الفقرة الثانية من قانون التأمينات 07/95 المتعلق

<sup>1</sup> محمود جلال حمزة، العمل غير مشروع، المرجع السابق، ص.333.

<sup>2</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> المهندس المعماري هو كل شخص طبيعي متميز بملكاته الذهنية وقدرته على الابتكار والإبداع في التصميم ووضع الرسومات وتعيين الأبعاد ويمارس مهنة حرة، أما المقاول هو الشخص الذي يعهد إليه في إقامة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى بناء على ما يقوم به من تصميمات وذلك بمقابل أجر دون أن يخضع في عمله لإشراف أو إدارة. نقلاً عن عبد الرزاق حسين بسين، المرجع السابق، ص 415-420.

<sup>4</sup> كامل فؤاد، المرجع السابق، ص.99.

<sup>5</sup> جاء نص المادة كالتالي: يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيده من

مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التدهم ناشئاً عن عيب في الأرض»

<sup>6</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

بالتأمينات والمادة 184 منه<sup>1</sup>، كما أن دعوى رجوع المالك على المشيدين تكون غير مقبولة إذا أقامها بعد انقضاء مدة الضمان العشري المتمثلة في 10 سنوات التي تبدأ سريانها من تاريخ تسليم العمل النهائي للمالك، و في حالة ما إذا حدث تهدم في السنة العاشرة فإن مالك البناء له الحق في رفع دعوى الضمان خلال فترة 3 سنوات من تاريخ انكشاف العيب أو حصول التهدم<sup>2</sup>.

ويحق للمالك الجديد (المشتري) أن يرجع على المالك السابق بدعوى ضمان العيوب الخفية الناتجة عن عقد البيع، إذا كان العيب في البناء خفيا وغير معلوم للمشتري وقت البيع وهذا ما أقرت به المادة 379 ق.م.ج<sup>3</sup>.

وللورثة كذلك الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري وهذا ما نصت عليه المادة 108 الفقرة الثانية من ق.م.ج<sup>4</sup>، ومفاد ذلك أن الحقوق التي ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث بعد وفاة المورث المتعاقد وعليه فإن الحقوق التي ينشئها عقد المقاوله تنتقل إلى ورثته أي خلفه العام بعد وفاته ومن هذه الحقوق نجد حق الضمان<sup>5</sup>.

### ب- في حالة نقص في الصيانة

كقاعدة عامة الالتزام بصيانة البناء يقع على عاتق المالك، غير أنه قد يعفى الأخير بصفة كلية أو جزئية من هذا الالتزام، ليقع على عاتق الغير<sup>6</sup>.

وعليه فالمشروع الجزائري يسمح لمالك العين المؤجرة بالرجوع على المستأجر الذي يخرج في استعماله للعين المؤجرة عن الاستعمال المألوف مما أدى إلى تهدم العين المؤجرة وإلحاق ضرر بالغير<sup>7</sup>. أما في الحالة التي يكون النقص في الصيانة راجع إلى المالك السابق وليس إلى المالك الجديد جاز لهذا الأخير بالرجوع على المالك السابق بدعوى

<sup>1</sup> جاء نص المادة كالتالي : يستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع أو ملاك المتتاليين إلى غاية انقضاء أجل الضمان .

<sup>2</sup> انظر المادة 557، من الأمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> أمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>4</sup> جاء نص المادة كالتالي : ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام...»

<sup>5</sup> إسعدي فايزة، المرجع السابق، ص.45.

<sup>6</sup> إسعدي فايزة، المرجع نفسه، ص.46.

<sup>7</sup> كرتوس أنيسة، المسؤولية الناشئة عن تهدم البناء في ق.م.ج، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2001، ص.82.

ضمان العيوب الخفية بشرط أن يكون هذا النقص غير ظاهر وغير قابل للكشف عنه وقت البيع.

ويستخلص مما سبق، أنه ليس بالضرورة أن يكون أساس المسؤولية المنصوص عليها في المادة 140 في فقرتها الثانية من ق.م.ج<sup>1</sup> هو خطأ المالك، بل يمكن أن يكون خطأ أشخاص آخرين كالمستأجر أو المنتفع أو المستعير أو المقاول، أو المهندس المعماري، فالخطأ في الصيانة يفترض دائما وجود خطأ المالك أو خطأ شخص آخر<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظرية مضار الجوار غير المألوفة

يرى البعض أنه إذا كان الفقه الفرنسي قد اختلف في أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة بسبب عدم وجود نص قانوني بشأن ذلك، وإذا كانت عبارة "الغلو" في القانون المصري قد أثارت جدلا فقهيًا بشأن تكييفها، فإن المادة 691 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى صريحة في قولها " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر الجار ... " يكون بذلك المشرع الجزائري قد فصل في المسألة وحدد لنا أساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة وهو التعسف<sup>3</sup>.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أقام مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة التي يلحقها بجاره على قيد عام، هو عدم استعمال حق الملكية استعمالا تعسفيا، وقد اختار المشرع لفظ التعسف في وصف الأفعال التي تؤدي إلى الإضرار بالجار أضرارا غير مألوفة، والتعسف حسب نص هذه المادة هو كل عمل يحدث ضررا غير مألوف بالجار، فالمعيار هو الضرر المألوف، وهو معيارا مرنا لا قاعدة جامدة كما سبق الإشارة له، لأن المشرع وضع بعض المعايير التي تساعد القاضي في تحديد مدى مألوفية الضرر من عدمه لإقامة المسؤولية أو استبعادها، وهنا نشير أن أساس المسؤولية عن مضار الجوار؛ هو نفسه أساس المسؤولية عن الحريق التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 140

<sup>1</sup> أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>2</sup> كامل فؤاد، المرجع السابق، ص.102.

<sup>3</sup> رشيد شمشيم، المرجع السابق، نقلا عن فريدة محمدي زواوي، نظرية الحق، الجزء الثاني، المؤسسة الوطنية للفنون والطباعة، وحدة الرغبة، الجزائر، 1988، ص 154.

فقرة 1 من القانون المدني الجزائري، كون هذا النوع من الأضرار لا ينفك أن تكون صورة من صور مضار الجوار.

لذا ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة هو التعسف في استعمال الحق، وأن المادة 691 من ق.م.ج، ليست سوى تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف، وقد أضاف النص معياراً جديداً إلى المعايير الثلاثة المذكورة في المادة 124 مكرر من ق.م.ج، وهو عدم مألوفية الضرر.<sup>1</sup>

ولمناقشة هذا الرأي لابد من التطرق للتعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري، ثم البحث عن مدى علاقة التعسف في استعمال الحق بنظرية مضار الجوار غير المألوفة وذلك في فرعين: نتناول في الفرع الأول؛ التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري، وفي الفرع الثاني؛ علاقة المادة 124 مكرر بالمادة 2/691 من القانون المدني الجزائري.

### الفرع الأول: التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري

تناول المشرع الجزائري التعسف في استعمال الحق قبل تعديل القانون المدني في 2005 في المادة 41 منه<sup>2</sup>، وأدت صياغة هذه المادة إلى انتقاد شديد للمشرع وذلك من الجانبين الشكلي والموضوعي؛ فمن الناحية الشكلية انتقد تنظيم المشرع لهذه النظرية حين أوردتها قبل التعديل في الفصل الأول الأشخاص الطبيعية من الباب الثاني الأشخاص الطبيعية والاعتبارية من الكتاب الأول أحكام عامة من القانون المدني، لأن تناول هذه النظرية في المادة 41 من الفصل الأول المعنون بالأشخاص الطبيعية؛ يستنتج منه أنها لا تسري على الأشخاص الاعتبارية ما دامت قد خصص لها الفصل الثاني هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فقد وضع هذا النص ضمن مواد متعلقة بأحكام الأهلية التي ليس لها علاقة

<sup>1</sup> وهو ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها رقم 345069 مؤرخ يف 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، الجزائر 2006، ص 383، جاء فيه: " تقوم المسؤولية في مضار الجوار، إذا تجاوزت الحد المألوف، على أساس الضرر وليس على أساس إثبات الخطأ بمفهوم المادة 124 من القانون المدني."

<sup>2</sup> جاء نص المادة 41 من القانون المدني قبل تعديل 2005 كما يلي: " يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال الآتية :

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



بنظرية التعسف، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد خالف التشريعات العربية بما فيها التشريع المصري التي أوردت النص ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني.

ومن الناحية الموضوعية فقد خالف المشرع الجزائري نظيره المصري<sup>1</sup> الذي استمد منه أحكام نظرية التعسف، بعدم تناوله القاعدة العامة التي تقتضي بأنه من استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير، فنظرية التعسف هي استثناء من القاعدة العامة التي تقتضي بأن الأصل في الأفعال هو الإباحة لذا وجب ذكر القاعدة العامة.

كما أورد المشرع الجزائري حالات التعسف على سبيل الحصر باستعمال عبارة تدل على ذلك وهي عبارة " يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية "، فعبارة الأحوال التالية تفيد الحصر، وبذلك لم يترك فرصة للقاضي لإمكانية استنباط معايير أخرى للتعسف، ويكون بذلك قد قيد حرية القاضي في الاجتهاد.<sup>2</sup>

غير أنه رغم الانتقادات الموجهة إلى المشرع الجزائري، إلا أن تنظيمه لهذه النظرية يتضمن مزايا التي جاوز بها مضمون النظرية في القانون المصري وهي استعمال المشرع عبارة التعسف متفادياً بذلك عبارة العمل غير المشروع على عكس كل التشريعات العربية الأخرى، وبهذا يكون المشرع قد أعطى للنظرية مدلولاً أوسع من المدلول التي أعطته لها التشريعات العربية وخاصة القانون المصري وهو المصدر التاريخي الذي استمدت منه، كما أن المشرع الجزائري حذف كلمة "سوى" التي أدرجها المشرع المصري في المعيار الأول، مما أعطى للنظرية مجالاً أوسع، كذلك الحال بالنسبة لعبارة " لا تتناسب البتة" التي أسقطها من المعيار الثاني، إذ يلاحظ أن المشرع المصري قد ضيق من مجال النظرية في هذا المعيار حين صاغها على هذا النحو " إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة " وفي المقابل فإن المشرع الجزائري قد صاغها على هذا النحو " إذا كان يرمى

<sup>1</sup> تنص المادة 4 من القانون المدني المصري " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر " وتنص المادة 5 من القانون المدني المصري " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية: (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. (ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة".

<sup>2</sup> أسماء مكي، المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 233.

إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير"، فاشتراط فقط اختلال التوازن بينما المشرع المصري اشترط انهيار التوازن وبالتالي فإن ذلك يضيق من دائرة تطبيق هذه النظرية<sup>1</sup>.

أما بعد تعديل القانون المدني بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، نلاحظ أن المشرع غير من موقع نظرية التعسف من المادة 41 والتي أصبحت ملغاة إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني كما أعاد صياغتها لتصبح:

يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:  
إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.  
إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

الملاحظ أن الموقع الذي اختاره المشرع لنظرية التعسف وهو المادة 124 مكرر يجعلها تنطبق على الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية خاصة إذا علمنا أن المشرع قد أعاد صياغة المادة 124 ذاتها وأدخل فيها عبارة الشخص بدلا من عبارة المرء وذلك للتدليل على إمكانية قيام مسؤولية الشخص الاعتباري المدنية تماما مثل الشخص الطبيعي.<sup>2</sup>

إن المشرع قد نجح في اختيار المكان المناسب للنظرية وهو الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض، لأن التعسف في استعمال الحق هو عمل يترتب عليه ضرر يصيب الغير ويولد التزاما بالتعويض فإن أنسب مكان للنظرية، إن لم يكن في النصوص الأولى من الباب التمهيدي، هو هذا المكان ولو من الناحية الشكلية، والملاحظ أن الموقع الذي اختاره المشرع لنظرية التعسف أحدث تأثيرا واضحا على طبيعتها القانونية وحسم الاختلاف الفقهي بطريقة

<sup>1</sup> بوبكر مصطفى، الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني رقم 05-10 الموافق ل 20 يونيو 2005، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد 1 سنة 2011، ص 275 وما يليها.  
<sup>2</sup> أسماء مكي، المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة، المرجع السابق، ص 234.

صريحة حين نص في المادة 124 مكرر على أنه يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ وعدد بعض صور التعسف<sup>1</sup>.

وقد أثار موقع النص قبل التعديل تساؤلات الفقه حول علاقة التعسف في استعمال الحق بالمسؤولية التقصيرية ولا سيما عنصر الخطأ.

فذهب جانب من الفقه إلى أنه لا علاقة بين الأمرين، لأن المشرع الجزائري أخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق كنظرية مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، وما يؤكد ذلك عدم النص على النظرية ضمن نصوص المسؤولية التقصيرية، لكن المشرع سنة 2005 حين ألغى نص المادة 41 من ق.م.ج ونقله إلى المادة 124 مكرر، أصبح التعسف تطبيقاً من تطبيقات العمل غير المشروع، ورغم أن التعديل كان جوهرياً إلا أنه بقي محافظاً على المعايير نفسها التي نصت عليها المادة 41، فالتعديل شمل مسألة التكييف القانوني للفعل التعسفي ولم يشمل معايير<sup>2</sup>.

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن علاقة التعسف في استعمال الحق بالمسؤولية المدنية هي علاقة طبيعية، حيث يتمثل جزاء التعسف في استعمال الحق في التعويض الذي هو جوهر المسؤولية المدنية، كما أن حالات التعسف ما هي إلا صورة من صور الخطأ، وأكد ذلك المشرع الجزائري حين اعتبر التعسف خطأ بعد التعديل الذي أورده على القانون المدني بتغييره لموقع المادة 41، وحسنا فعل بتغييره هذا لأن النص كان ضمن النصوص التي تناولت الأهلية<sup>3</sup>.

كما أن المشرع الجزائري حين ألغى وغير من موقع المادة 41 وأدرجها في 124 مكرر تحت عنوان القسم الأول المسؤولية عن الأفعال الشخصية من الفصل الثالث الفعل المستحق للتعويض من الكتاب الثاني الالتزامات والعقود، قام بتعديل الفقرة الأولى فحسم

<sup>1</sup> بويكر مصطفى، المرجع السابق، ص280، 281.

<sup>2</sup> رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص126 و127.

<sup>3</sup> علي فيلاي الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص63. وأيضاً؛ خنوف حضرية، تطور فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية والعقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر 2010، ص67.

اتجاهه باتخاذ الرأي الذي يعتبر التعسف خطأ وأن حالات التعسف ما هي إلا صورة من صور الخطأ حين نص " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات.....".

والجدير بالذكر أنه طبقاً لقواعد المسؤولية عن الأفعال الشخصية فإن على المضرور أن يثبت بأن صاحب الحق وهو يستعمله قصد إلحاق الضرر به، وهذا القصد يثبت بجميع طرق الإثبات، منها القرائن المادية<sup>1</sup>.

وقد أورد المشرع الجزائري قبل التعديل حالات التعسف في استعمال الحق على سبيل الحصر حكمه حكم المشرع المصري وذلك لنصه في المادة 41 " يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال الآتية " وهو بهذه العبارة يكون قد حصر حالات التعسف في الحالات الثلاثة التي ذكرها، غير أن المشرع بعد إلغاء المادة 41 وإضافة المادة 124 مكرر غير من هذه العبارة وذلك كما يلي " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية..."، فعبارة "لا سيما" تفيد المثال لا الحصر، وبذلك يكون المشرع الجزائري فتح المجال لحالات أخرى تضاف إلى نظرية التعسف<sup>2</sup>.

ويرى البعض أن المعايير الواردة في نص المادة 124 مكرر كان من المفروض أن ينص عليها المشرع على سبيل الحصر لا المثال حتى يكون منسجماً مع فلسفة استعمال الحقوق التي تقوم على حرية الاستعمال كأصل والمسؤولية عن ذلك كاستثناء، ويمكن للمشرع أن يضيف معايير أخرى في مواقع محددة وتعتبر حينها معايير خاصة تخضع لها حقوق محددة، فينتهي الأمر إلى اعتبار المعايير العامة للتعسف محددة على سبيل الحصر، والمعايير الخاصة غير محددة لأن المشرع يستطيع أن يضيف أي معيار يراه مناسباً بشرط أن يحدد مجال تطبيقه، وبالتالي يرى أن معيار تجاوز مضار الجوار غير المألوفة يدخل ضمن الطائفة الثانية أي أنه معيار خاص بالملكية العقارية فحسب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> خنوف حضرية، المرجع السابق، ص 68.

<sup>2</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 236.

<sup>3</sup> رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 161.

وفي رأينا أن معيار تجاوز مضرار الجوار غير المألوفة يدخل ضمن طائفة المعيار الخاص بالجوار، لكن لا بد من التوسع فيه ليشمل العقارات والمنقولات ذلك لأن التجاور أصبح يشمل كل منهما كما سبق الإشارة إليه.

**الفرع الثاني: معايير التعسف بين المادة 124 مكرر والمادة 2/691 من القانون المدني.**

للبحث عن علاقة المادة 124 مكرر بالمادة 2/691 من القانون المدني الجزائري لا بد من البحث عن إمكانية دمج المادة 2/691 ضمن أحد معايير التعسف المنصوص عليها في المادة 124 مكرر، ثم البحث إن كانت المادة 2/691 معياراً لم تنص عليه المادة 124 مكرر، خاصة وأن المشرع الجزائري تناول المعايير على سبيل المثال لا الحصر.

**أولاً: معايير التعسف في المادة 124 مكرر من القانون المدني**

يقصد بمعايير التعسف، تلك الضوابط التي يعرف من خلالها توافر الوصف التعسفي في استعمال الحق، والتي تفصح في مجموعها عن حقيقة نظرية التعسف في استعمال الحق<sup>1</sup>.

وتتمثل هذه المعايير في :

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

وللإشارة فإن هذه المعايير منها ما هو شخصي ومنها ما هو موضوعي<sup>2</sup>.

**أ- استعمال الحق بنية الإضرار بالغير**

يعد هذا المعيار من أقدم المعايير وأكثرها انتشاراً في الشرائع المختلفة، وذلك ناتج عن كثرة استعمال الأفراد لحقوقهم من القدم بهدف الإضرار بالغير، ويكون الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، فالحقوق تنقرر لتحقيق المصالح لا للإضرار بالآخرين، فمعيار التعسف قوامه وجود قرينة الإضرار لدى صاحب الحق حيث

<sup>1</sup> عبد الرحمان علي حمزة، المرجع السابق، ص 290.  
<sup>2</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 237 و 238.

يكون قصد الإضرار، وهو العامل الأساسي الذي دفع صاحب الحق إلى استخدام السلطات التي يملكها فيعتبر صاحب الحق متعسفا ولو نتج عن هذا الاستعمال منفعة غير مقصودة ولكن بصفة ثانوية<sup>1</sup>.

وعليه فمن المتفق عليه في جل الفقه القانوني المقارن وجل التشريعات أن استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير يعتبر تعسفا، والذي من خلاله يتحمل المتعسف المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالغير، كما أن استعمال الحق بقصد الإضرار يعد خطأ تقصيريا، وعليه من السهل القول بأن التعسف يعد تطبيق لمفهوم الخطأ<sup>2</sup>، الذي يعتمد على نية صاحب الحق، وأمام صعوبة إثباته اتخذ القضاء والفقه قرائن على هذا القصد من بينها انتفاء المصلحة أو ضآلتها بالمقارنة مع الضرر اللاحق بالغير، أو إذا كان صاحب الحق يتخير الطرق الأكثر إضرار بالغير أي أنه كان بإمكانه استعمال حقه على نحو آخر يجنبه الإضرار بالغير، ولا يكلفه خسائر<sup>3</sup>.

وعليه يعد تعسفا إذا كان قصد الإضرار هو القصد الرئيسي لصاحب الحق، ولو أراد صاحب هذا القصد نفعاً له، وأن معيار استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير هو معيار شخصي<sup>4</sup>، فليس من السهل إثباته لأنه يقتضي البحث في ضمير الشخص، لكن يمكن أن يستدل عليه بمسلك الشخص العادي.

فإذا استعمل شخص حقه ولم يقصد به سوى الإضرار بالغير تحمل مسؤولية فعله الضار، كما لو أقام الجار جداراً لا يحقق له أي منفعة، وإنما فعل ذلك بقصد الإضرار بجاره بحجب النور والهواء على الغرفة المواجه للجدار، أو أن يقيم شخص مدخنة في داره للإضرار بجاره، أو أن يغرس أشجاراً في أرضه بقصد حجب النور عن جاره، فبسلوكه

<sup>1</sup> بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - رسالة ماجستير - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014، ص 68 نقلا عن أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، مصر 2005، ص 218.

<sup>2</sup> في هذا المعنى، عبدالرحمان محجوبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية - رسالة ماجستير - كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2007، نقلا عن:

Mazeaud(H.L) et Tunc(A), par H .Capitant, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, tome 1, op cit, p434.

<sup>3</sup> حجاج مبروك، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية والنظام المستقل - رسالة ماجستير - كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2014، ص 88.

<sup>4</sup> Terki, les obligation (Responsabilité civile et régime général. O.P.U. Alger 1982 .p 57 et 58.

هذا يكون متعسفا في استعمال حقه وأن هذه الحالة تعدت بمعيار شخصي أو نفسي في تقرير إساءة استعمال الحق وهو قصد الإضرار، وعلى المضرور إثبات أن الجار أحدث الضرر لم يقصد من استعمال حقه سوى الإضرار به، أما إذا لم يقد دليل على قصد الإضرار، فإن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق متى كان صاحبه على بينة من ذلك<sup>1</sup>.

### ب- إذا كان استعمال الحق يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة مقارنة بضرر الغير

لا يكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة في استعمال حقه حتى تنقضي عنه شبهة التعسف، بل ينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق، أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس إلى الضرر الذي يعود على الغير، بحيث لا يوجد تناسب بينهما يصبح استعمال الحق أمرا غير مشروع، فترجح مصلحة الغير على استعمال حق الفرد<sup>2</sup>.

وعليه فإن استعمال الحق أمر مشروع، بغض النظر عن أهمية الفائدة التي يسعى الفرد للحصول عليها، ما لم يترتب عن ذلك ضرر للغير، غير أن الضمير الاجتماعي لا يسمح باستعمال الحق إذا كان يلحق ضررا بالغير، وذلك عندما تكون الفائدة التي يسعى الفرد للحصول عليها من خلال مباشرته لحقه قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير، وبعبارة أخرى إذا كان تعارضا بين حق الفرد ومصلحة الغير، كأن يترتب على استعمال الفرد لحقه ضرر للغير، فيجب القيام بمقاربة بين المصلحتين، وإذا تبين أن الفائدة التي يرمي إليها استعمال الحق ضئيلة بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير فنرجح مصلحة الغير على استعمال حق الفرد، ويصبح استعمال الحق أمرا غير مشروع، والعبرة هنا بالمعيار الموضوعي الذي يقدر بالسلوك المألوف للرجل العادي ولا يأخذ بنية صاحب الحق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مالك جابر حميدي الخزاعي، إساءة استعمال الحق خطأ تقصيريا يلزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مجلد 17، العدد 2، سنة 2009. ص 299، 300.

<sup>2</sup> بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 70.

<sup>3</sup> علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 66. خنوف حضري، المرجع السابق، ص 70.

ويرى البعض أن إضافة شرط التفاوت بين المصلحتين وتضييقه هو قرينة على الإهمال وعدم التبصر يسند إلى فكرة الخطأ، فليس من سلوك الرجل العادي أن يقدم على مصلحة قليلة ولا يبالي بما يلحق الغير من ضرر من وراء ذلك، ومن يفعل ذلك ما هو إلا عابث مستهتر لا يبالي بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه، أو منطوي على نية خفية يضمم الإضرار بالغير تحت ستار مصلحة غير جدية أو محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى إليها، وفي الحالتين قد انحرف عن سلوك الرجل العادي، وبالتالي يكون قد ارتكب خطأ يوجب المسؤولية التي تكون أكثر أهمية من غيرها من المصالح القليلة الأهمية.<sup>1</sup>

ومثال ذلك أن يقيم المالك جدارا عاليا يحجب النور والهواء عن مسكن أو عمارة متعددة الطوابق لتحقيق مصلحة بسيطة له في حجب حديقته المجاورة عن أنظار السكان، أو إذا كان الحائط الفاصل بين الجارين مملوكا ملكية خالصة لأحدهما، فالأصل أن لمالك الحائط الحق في التصرف فيه بالهدم إلا أنه لما كان بناء الجار مستترا بهذا الحائط، فيجب حتى يكون الهدم مشروعاً أن تكون مصلحة المالك في هدم هذا الحائط راجحة على الضرر الذي يلحق بالجار جراء هذا الهدم، ومن الأمثلة أيضاً انتشار الغاز المحروق الآتي من ملكية الجار يضر بجاره مع امكانية تحويل مدخل البناية بعيداً عن مسكن الجار لإبعاد الضرر المحدق بالجار.<sup>2</sup>

ولا يكفي وجود مصلحة مشروعة لصاحب الحق لإعفائه من الضمان إذا تسبب استعماله لحقه في ضرر يصيب الغير وإنما يجب أن تكون هذه المصلحة على قدر من الأهمية يزيد على الضرر اللاحق بالغير، وتقدير تناسب المصلحة مع الضرر مسألة وقائع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وأن معيار تقدير هذه المسؤولية هو معيار موضوعي لا يعتد بالباعث النفسي الدافع إلى استعمال الحق وإنما يعتد بالموازنة بين المصلحة والضرر، وهو معيار يبرز النزعة الاجتماعية في نظرية التعسف في استعمال الحق.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> حجاج مبروك، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> المجلة القضائية العدد الأول لسنة 1995 - المشار إليها سابقاً -.

<sup>3</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 241.



## ج- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة:

قد يسعى الفرد من خلال استعمال حقه الحصول على غاية غير مشروعة، كأن تكون مخالفة للنظام العام وحسن الآداب وهذا مناقض لروح الحق والغاية التي تقرر من أجلها، ومثل هذا الغرض غير المشروع ما جاء في نص المادة 708 من القانون المدني الجزائري؛ حيث جاء فيها: " غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"<sup>1</sup>.

وعليه فإن الغرض من تقرير الحقوق لأصحابها هو أن تحقيق مصالح مشروعة يحميها القانون، فإذا استعمل شخص حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة اعتبر متعسفا في استعمال حقه إذا تعارض تحقيقها مع النظام العام والآداب وكان مخالفا لحكم نص أمر، وهذا المعيار هو تطبيق لفكرة الخطأ، فتقوم مسؤولية صاحب الحق أو المالك ويلزم بالتعويض، ومثال ذلك المالك الذي يتخذ من مسكنه منزلا للدعارة أو ملتقى للمشتبه في سلوكهم لمضايقة جاره وحمله على بيع مسكنه أو إقلاق راحته وراحة أهله.<sup>2</sup>

## ثانيا: معيار التعسف في المادة 2/691 من القانون المدني

قد يتبادر إلى الذهن أنه ما دام المشرع الجزائري نص على أن مضار الجوار غير المألوفة التي يلحقها الجار بجاره تعسفا في استعمال الحق وقد نص على نظرية التعسف في المادة 124 مكرر فإن أساس المسؤولية واحد، ومنه كان عليه ألا ينص عن التعسف في موضعين مختلفين لأنه لم يأت بجديد.<sup>3</sup>

غير أن هذا الوجه غير صحيح فالفرق واضح بين ما تطلبه المادة 124 مكرر من معايير للتعسف وبين المعيار المنصوص عليه في المادة 2/691، فالمادة 124 مكرر لا تستغرق المادة 2/691 ولا تغني عنها، والقول أن معيار تجاوز مضار الجوار العادية يدخل ضمن معيار رجحان الضرر الذي ينزل بالغير عن المصلحة التي يحققها المالك قول

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 67. خنوف حضرية، المرجع السابق، ص 70.

<sup>2</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 242.

<sup>3</sup> دغوش عبد الرحمان، حق الملكية والقيود القانونية والاتفاقية التي ترد عليه في القانون الجزائري- رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1977، ص 73.

خاطي؛ لأن هذا المعيار يتطلب ضالة المصلحة مقارنة بالضرر، بينما ما تتطلبه المادة 2/691 هو مصلحة جدية للمالك الذي يحدث ضرر غير مألوف بالجوار، وعليه يمكن اعتبار هذا المعيار جديداً<sup>1</sup>.

وبسبب هذا اللبس نجد المشرع المصري وحسنا فعل قد تفادى هذا الإشكال وذلك بحذف هذا المعيار من نص المادة الخامسة (5) مدني مصري ونقله إلى المادة 807 مدني مصري، كما استعمل مصطلح الغلو في استعمال الحق محاولاً بذلك قطع العلاقة القائمة بين النصين، وتكون بذلك المضار الجوار غير المألوفة منفصلة على نظرية التعسف في استعمال الحق، وبهذا يكون للمالك ثلاثة صور للمسؤولية على أساس الخطأ والثانية على أساس التعسف في استعمال الحق والثالثة على أساس مضار الجوار غير المألوفة<sup>2</sup>.

أما القضاء الجزائري فقد أسس المسؤولية عن مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف تارة على أساس الخطأ، في القرار الصادر 1994/11/30<sup>3</sup>، حين قرر " أن دعوى كانت مبنية على أساس المادتين 691 و124، وأن صرف المياه القذرة أو وضع النفايات قرب الجار يعتبر استعمالاً تعسفياً لحق الملكية يجب النهي عنه وتعويضه في حالة تسبب ضرر للغير وفقاً للمادة 124 ق.م.ج".

وأسسها على أساس التعسف في قراره الصادر في 2007/06/13، حين قرر " لما تبين لقضاة الموضوع إسناداً لتقرير الخبرة أن الجدار الذي شيده الطاعن قد تسبب في إلحاق ضرر بالغ بجيرانه، إذ أدى إلى حجب النور والهواء عن مسكنهم، وجعله غير لائق للسكن، ولو تمّ ذلك طبقاً لنص المادة 691 الفقرة 1، علماً بأن رخصة البناء تسلم بشرط مراعاة حقوق الغير"<sup>4</sup>.

كما أسسها على أساس الضرر وليس على أساس إثبات الخطأ بمفهوم المادة 124 قانون مدني حين قرر " أن الطاعن أعاب على قضاة الموضوع مخالفة تطبيق المادة 124

<sup>1</sup> رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 161.

<sup>2</sup> حجاج ميروك، المرجع السابق، ص 92.

<sup>3</sup> قرار رقم 115334 بتاريخ 1994/11/30 - غير منشور

<sup>4</sup> مجلة المحكمة العليا - العدد الخاص - الجزء 3 - قرار رقم 404069 بتاريخ 2007/06/13، ص 345.

من القانون المدني على أساس أنهم لم يعاينوا الخطأ الذي سبب الضرر اللاحق بالمطعون ضده، لكن حيث إن الأمر يتعلق بمضار الجوار المحدد بالمادة 691 من القانون المدني المتمثل في المضار التي تجاوز الحد المألوف في علاقة الجوار ولا مجال لإثبات أي خطأ بمفهوم المادة 124 قانون مدني، ما دام أنه يقع على القضاة تقدير ثبوت تجاوز هذه المضايقات للدرجة العادية المقبولة في علاقة الجوار، وحتى ولو كان الطاعن قد أنجز بناءه بصفة مشروعة ملتزماً بقواعد التعمير، فإنه يعفي من مسؤولية تعويض هذه المضار.<sup>1</sup>

وفي قرار آخر صادر في 2008/03/12 " أن الدعوى ترمي إلى إزالة منشآت فلاحية أقيمت في منطقة سكنية وأحدثت أضرار بيئية في المحيط وهذا الفعل أدى إلى وجود مضارا للجوار، حيث أن المطعون ضده تمسك بوجوده ترخيص يمنح له ممارسة نشاط تربية الحيوانات والدواجن مع أن هذا الترخيص يمنح تحت التحفظ بعدم المساس بحقوق الغير وبعدم إحداث مضار للجوار، والحال أن تقرير الخيرة المنجزة أبرزت تلك الأضرار طبقاً للمادة 691 مدني".<sup>2</sup>

وفي قرار آخر صادر في 2007/09/12 جاء فيه " أن قضاة المجلس اعتمدوا على وثائق إدارية للقول بأن الجدار أنجز بصفة شرعية، ولا يشكل أي ضرر للغير، بدعوى أن إثبات العكس لا يمكن أن يكون أمام القضاء العادي الذي لا يسوغ له مناقشة هذه الوثائق، والحال أن موضوع النزاع يخص مضار الجوار حسب نتائج الخبرتين وأن وجود وثائق إدارية لا تعطي لمالك العقار حق التمسك بالرخص ومطابقة الأشغال لقواعد العمران بغرض إعفائه من مسؤولية مضار الجوار بمفهوم المادة 691 من القانون المدني لأنها تسلم تحت التحفظ، لحماية الغير".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> مجلة المحكمة العليا – العدد الثاني لسنة 2003 قرار رقم 345069 بتاريخ 2006/04/12، ص386.

<sup>2</sup> مجلة المحكمة العليا – العدد الثاني- 2008 قرار رقم 443620 بتاريخ 2008/03/12، ص257.

<sup>3</sup> مجلة المحكمة العليا – العدد الخاص – الجزء 3- قرار رقم 410719 بتاريخ 2007/09/12، ص356.

### ثالثاً: التمييز بين المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق والمسؤولية الناجمة عن الضرر غير المألوف

قد يصعب التمييز بين المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق والمسؤولية الناجمة عن مزار الجوار غير المألوف، نظراً لتقارب بين المسؤوليتين، والذي كاد في ذهن البعض أن يرتدي طابع الاندماج، بل الوحدة في التعريف والأساس والهدف<sup>1</sup>، لذا وجب البحث عن الفرق بين المسؤوليتين.

فالمسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق تقوم على أساس توفر الخطأ الشخصي من جانب المالك، ويتمثل هذا الخطأ في الحالة التي يلتزم فيها المالك بالحدود الموضوعية التي رسمها له القانون، بحيث أنه يستعمل حقه ضمن هذه الحدود ولكنه يتعسف في هذا الاستعمال، فيشكل خطأ يقاس بمعيار عام وهو السلوك المألوف للشخص العادي التي تقوم عليه المسؤولية عن الفعل الشخصي، في حين أن المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوف، قد تقوم دون أن يتعسف المالك في استعمال حق ملكيته، ودون ان يكون قاصداً لإضرار بالغير، وإنما قد ينشأ الضرر غير المألوف وهو يستعمل حقه بصورة طبيعية، وفي حدود الممارسة الطبيعية<sup>2</sup>.

فمثلاً يستعمل المالك آلة ثاقبة تحدث من الضجيج ومن الارتجاج مثلاً تقتضيه أصول أعمال البناء أو الترميم في استعمال مثل هذه الآلة، فالفرق الأساسي والجوهري بين كل من المسؤوليتين يتجلى في أن المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق تبقى ضمن إطار مفهوم المسؤولية الشخصية الناجمة عن الخطأ الشخصي في حين أن المسؤولية الناجمة عن مزار الجوار غير المألوف تبقى ضمن إطار المسؤولية الموضوعية، وبالتالي يمكن إثارة هذه المسؤولية عند الاقتضاء في كل مرة يتوفر الضرر بمعناه غير المألوف أي بدون حاجة لافتراض مثل هذا الخطأ، وهذا ما يؤدي إلى القول بوجود هذه المسؤولية دون خطأ<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مروان كساب، المسؤولية عن مزار الجوار، المرجع السابق، ص137.

<sup>2</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 245.

<sup>3</sup> مروان كساب، المسؤولية عن مزار الجوار، المرجع السابق، ص138 و139.

## المطلب الثالث: استبعاد نظرية الخطأ وترجيح نظرية تحمل التبعة

إن الأضرار الناجمة عن الجوار لها خصوصيتها التي تمتاز بها عن باقي الأضرار، ويعد شرط عدم مألوفيتها سبب تلك الخصوصية<sup>1</sup>، لذا استند الخلاف حول تأسيس هذه النظرية.

وباعتبار أن المشرع الجزائري تناول لفظ تعسف<sup>2</sup> المالك في الفقرة الأولى من المادة 691 ق.م.ج، مما أثار اتجاه البعض إلى تأسيس هذه النظرية على أساس نظرية التعسف وادماجها ضمن حالات التعسف أو إضافتها إليه خاصة وأن المشرع نص على هذه الحالات على سبيل المثال، فالقول أن معيار تجاوز مضار الجوار العادية يدخل ضمن معيار رجحان الضرر على المصلحة التي يحققها المالك رجحانا كبيرا؛ قول خاطئ لأن هذا المعيار يتطلب ضالة المصلحة مقارنة بالضرر، بينما ما تتطلبه الفقرة الثانية من المادة 691 ق.م.ج هو مصلحة جدية للمالك، فقد يكون الضرر الذي يصيب الجار أقل بكثير من المصلحة التي يسببها المالك، وعليه يمكن اعتبار أن هذا المعيار يخالف المعيار الذي تناوله المشرع في المادة 124 مكرر ق.م.ج، مما يستوجب استبعاده عن هذا المعيار من معايير التعسف كي لا تتعارض أو تتناقض معاييرها، أما المعيارين الباقيين التي تناولتهما المادة 124 مكرر ق.م.ج، فإنه يشترط لتحقيقهما إثبات خطأ المالك، في حين أنه لا يشترط إثبات عدم مألوفية الضرر إلا بالرجوع إلى المعايير التي نصت عليه المادة 2/691 ق.م.ج، مما يستبعد دمج مضار الجوار غير المألوفة ضمن معايير التعسف أو إضافتها إلى حالات التعسف كي لا تناقضها.<sup>3</sup>

وبالتالي فإذا كان المالك محدث الضرر لم يقصد بهذا الإستعمال الإضرار بالغير، ولم تكن المصلحة التي تعود عليه قليلة الأهمية، بل إنها مصلحة راجحة، ولا يمكن الاستغناء عن هذا الاستعمال لمباشرة نشاطه، كما أن المصلحة التي يحققها هي مصلحة مشروعة، فلا يمكن القول بأننا أمام صورة من صورة التعسف في استعمال الحق، وبالتالي فإن مضار

<sup>1</sup> زرارة عواطف، المرجع السابق، ص 264.

<sup>2</sup> بخلاف المشرع الجزائري نجد المشرع المصري كما سبق الإشارة له قد استعمل مصطلح الغلو في استعمال الحق محاولا بذلك قطع العلاقة القائمة بين 807 المتعلقة بالمسؤولية عن مضار الجوار والمادة 5 المتعلقة بنظرية التعسف.

<sup>3</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 246.

الجوار غير المألوفة ليست من تطبيقات نظرية التعسف، ذلك لأن الجار الذي يستعمل حقه بطريقة مشروعة تنعقد مسؤوليته بمجرد تحقق الضرر غير المألوف دون أن يكون بإمكانه دفعها بإثباته أنه لم يرتكب خطأ أو أنه اتخذ الاحتياطات الضرورية لمنع الضرر، ومن ثم فهي مسؤولية موضوعية قوامها تحقق الضرر غير المألوف.

وعليه تختلف المسؤولية عن مضار الجوار عن المسؤولية الشخصية القائمة على أساس الخطأ باعتبار أنها لا تقتضي اثبات الخطأ من جانب المالك، وفي نفس الوقت تختلف عن المسؤولية القائمة على أساس التعسف في استعمال الحق، باعتبار أن هذه المسؤولية تستلزم توافر معايير لا يمكن إضافة لها معيار الضرر غير المألوف وإلا ناقضتها<sup>1</sup>، مما يقتضي علينا أن نضفي على المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة طابعها الموضوعي بعيدا عن فكرة الخطأ.<sup>2</sup>

ومن هنا يكون للمالك ثلاثة صور للمسؤولية تقوم الأولى على أساس الخطأ والثانية على أساس التعسف في استعمال الحق والثالثة على أساس مضار الجوار غير المألوفة.

وقد أكد القضاء الجزائري وجود هذه الصور الثلاثة في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2011/03/10، جاء فيه: أنه ما دامت مضار الجوار غير المألوفة في مفهوم المادة 691 ق.م.ج، مرتبطة أساسا بالملكية، وما يتفرع عنها من حقوق، منها حق الاستغلال الذي قد ينحرف به عن غاية هذا الحق، ومن ثم كان على قضاة الموضوع أن يبحثوا في أسباب قضائهم، حتى يمكن ضبط تكييف النزاع في إطاره القانوني السليم، وما إذا كان الناقد في إطار التعسف في استعمال الملكية العقارية ( المادة 124 مكرر ق.م.ج)، أو مضار الجوار الغير مألوفة (المادة 691 ق.م.ج)، إذا تعلق الأمر بالبنية المملوكة

<sup>1</sup> يرى الأستاذ حجاج مبروك في رسالته التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التصيرية والنظام المستقل، المرجع السابق، ص 94 وما يليها "أنه للتنسيق بين نصوص القانون، وفق منطق قانوني سليم ينبغي التسليم بأن المضار الغير عادية للجوار هي معيار من معايير التعسف في استعمال الحق، لا ينطبق إلا في حالة خاصة جدا، ومجال محدود جدا، هو الملكيات المتجاورة، في حالة تجاوز المضار غير المألوفة للجوار، دون الاخلال بواجب الحيطة والحذر، فتكون حالة المضار غير المألوفة للجوار حالة خاصة من التعسف وتمثل استثناءا على المبدأ العام فيه، فيكون التعسف باق على أصله على أنه خطأ إلا أن المضار غير المألوفة فهي غير ذلك... لينتهي في الأخير ويقول أنه من الحكمة عدم النص عليها في صلب المادة 124 مكرر، لكي لا يكون معيارا عاما، وإنما جاء النص عليه في باب القيود التي ترد على حق الملكية، حيث مجاله الخاص، والمشرع أخذ هذا الحل عن المشرع المصري حيث نقل هذا المعيار من المادة الخامسة إلى المادة 807، فلو تركه في صلب المادة الخامسة لأصبح معيارا عاما ينطبق على كل الحقوق، فينقله إلى المكان المخصص بالقيود التي ترد على حق الملكية العقارية، يكون قد حصر تطبيقه في ذلك المجال".

<sup>2</sup> أسماء مكي، المرجع السابق، ص 247.

والمرخصة، أم يناقش في إطار المسؤولية التقصيرية ( المادة 124 ق.م.ج ) ، إذا كان النزاع يتعلق بالبنائية المشيدة من غير مصدر الحق ولا رخصة<sup>1</sup>.

وعليه باعتبار أن مزار الجوار غير مألوفة ناتجة عن نشاطات مشروعة يقوم بها الجار أصبح لهذه النظرية كيانها الخاص بعيدا عن نظرية التعسف أو نظرية الخطأ، فطالما أن الجار الذي يستعمل حقه بطريقة مشروعة ويستفيد من هذا الاستعمال عليه بتحمل تبعه نشاطه إذا ألحق ضرر غير مألوف بجاره، وبهذا فإن الأساس السليم للمسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة هو أساس موضوعي قائم على فكرة تحمل التبعة التي تهدف إلى تحقيق التضامن الاجتماعي بين الجيران بغية تحقيق العدل الاجتماعي، الذي هو ضرورة يقتضيها التجمع الإنساني، وباعتبار أن الجوار ضرورة اجتماعية تستلزم التضامن والتسامح بين الجيران، فعلى الجار محدث المزار أن يتحمل ما يصيب الجار من أضرار غير مألوفة، وبالمقابل أن يتحمل الجار الأضرار المألوفة التي لا يمكن تجنبها بين الجيران، وهو ما يتفق مع الفقرة الثانية من نص المادة 691 ق.م.ج.

#### المبحث الرابع

##### أساس ضمان المالك لأضرار المباني في الفقه الإسلامي

لم يقيم الفقه الإسلامي قديما أساس المسؤولية أو ما يسمى بالضمان عند فقهاء الشريعة على النظريات ولا على القواعد عامة، بل كان بناؤه في العصر الاول من الإسلام على الجزئيات وهي حلول لمشاكل علمية، فكان الفقه يتألف من مجموعة فتاوى الصحابة واجتهادهم في القضايا التي طرحت عليهم، ومن تفسيراتهم لآيات القرآن الكريم ونقلهم لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان تدوين الفقه الإسلامي على أساس الجزئيات وفروع ومسائل توصلوا إليها من خلال السماع أو الإجتهد أو بالتخريج عن أصول أئمتهم، فالفقه الإسلامي يختلف في نشأته عن القوانين الوضعية التي تعنى بالمبادئ والنظريات التي صاغها فقهاؤها، إذ أن هذا الأسلوب لم يكن معروفا في عصر تدوين الفقه الإسلامي وبعد تدوينه صارت منهجية التدوين تتطور وانتقل التدوين من المسائل والجزئيات والفروع إلى

<sup>1</sup> قرار غير منشور صادر عن المحكمة العليا- الغرفة العقارية- القسم الثاني- تحت رقم 610976.

القواعد والضوابط والنظريات، فقد انصرف الفقهاء إلى فن جديد في علم الفقه هو علم القواعد الكلية، حيث انصرف اهتمامهم إلى استخراج ضوابط عامة وقواعد كلية من المسائل والجزئيات تمهيدا للانتقال إلى طور جديد في التدوين وهو النظريات العامة، وتجنبوا في ذلك أسلوب تصنيف قواعد المسؤولية واكتفت بوضع قواعد كليه صالحه للتطبيق في كل زمان ومكان وبهذا التسلسل التاريخي ظهرت القواعد الكلية<sup>1</sup>، والقاعدة لغة تعنى الأساس، وإصطلاحا هي حكم كلي يطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامه منه<sup>2</sup>.

ولم تكن نظرية تحمل التبعة بغريبة عن الفقه الشريعة، فقد تناولوا عناصرها وأركانها وأقاموها على أساس الضرر، وتناولوا الضرر بكل فروعه بالتحليل والشرح، فوضعوا العديد من القواعد الفقهية التي تدور حول إصلاح الضرر والعمل على إزالته، فحيثما تحقق الضرر، وجب الضمان، فالضمان يدور مع الضرر وجودا وعدما، ومن تلك القواعد؛ لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال، والضرر يدفع بقدر الإمكان<sup>3</sup>.

كما تحدث فقهاء الشريعة عن الفعل الضار واعتبروه كل فعل ترتب عليه بذاته ضرر للغير، سواء أكان بطريق المباشرة أم التسبب، ويرى البعض أن الفعل الضار، هو الأساس الصريح لنظرية تحمل التبعة، إذ أن كل فعل ضار تقع تبعته على فاعله، وهذا هو الفارق الجوهرى بين النظرية الخطئية القائمة على الخطأ، وبين نظرية تحمل التبعة<sup>4</sup>.

وعلى هذا يرى البعض أن الأساس الملائم للمسؤولية عن الأضرار التي تسببها المباني، التي تلحق بالغير هو فكرة تحمل التبعة، حيث أن هذه الفكرة تتفق إلى حد كبير مع القاعدة الفقهية "الغنم بالغرم"<sup>5</sup> والتي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية<sup>6</sup>، ومن التطبيقات

<sup>1</sup> رشيد شمش، التعسف في استعمال الملكية العقارية - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية- دار الخلدونية، عدم ذكر سنة ورقم الطبعة، ص 112، 113 نقلا من عبد الرحمان الصابوني، محاضرات في الملكية و نظرية العقد في التشريع الإسلامي، بدون رقم الطبعة، جامعة حلب، كلية الحقوق، 1964-1965، ص 236.

<sup>2</sup> رشيد شمش، المرجع نفسه، ص 113.

<sup>3</sup> محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 2006 م، ج1، ص 208، 199، 210.

<sup>4</sup> عبد الرحمان على حمزة، المرجع السابق، هامش 4، ص 315 نقلا عن عبد الحميد محمود البعلي، نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة القاهرة، ص 251، هامش 1.

<sup>5</sup> معنى القاعدة أن ما يحصل للمرء من مرغوبه من الشيء يلزمه لقاء شيء من مال أو نفس؛ أي: إن من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره؛ أنظر: محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 543.

<sup>6</sup> أبو زيد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 157. د/ أبو زهرة، المقال السابق، ص 20.



الفقهية ما أتى به الفقه المالكي بعدم جواز القيام بفعل يحدث ضررا للجيران، كإحداث فرن أو حمام أو دكان حدادة أو مجبرة أو مجبسة أو مدبغة بجوار بيت أو مزرعة.<sup>1</sup>

رغم ذلك فإن جانب في الفقه الإسلامي ذهب إلى أن أساس المسؤولية أضرار المباني في الفقه الإسلامي يكمن في التعسف في استعمال الحق، وذلك تأسيسا على أن الحقوق ليست إلا وسائل لتحقيق المصالح التي شرعت من أجلها، وأن مشروعية استعمال الحق مرتبهة بالمصلحة التي شرع من أجلها، و أن مشروعية استعمال الحق ترتبط بغاية الحق لا بحدوده الموضوعية، وأنه ينبغي على صاحب الحق عند استعماله أن يسعى إلى تحقيق المصلحة التي يهدف الشرع إلى تحقيقها.<sup>2</sup>

وقد تعرض هذا الرأي للنقض، بالقول أن التعسف ليس هو الأساس الملائم الذي يستنبط من أحكام الفقه الإسلامي لتبرير المسؤولية عن أضرار المباني، وذلك تأسيسا على أن تكيف التعسف بأنه من باب التعدي بالتسبب يفيد أن في معنى التعدي المسلك المعيب للشخص، سواء تحقق ذلك من خلال المعيار الموضوعي، أي مجاوزة الحدود المشروعة للحق أو بالمعيار الشخصي، الذي يستلزم قصد الإضرار أو الإهمال أو التقصير، في حين أن فكرة الضرر الفاحش تختلف عن فكرة التعسف إذ أن المالك حينما يستعمل حق ملكيته للمبنى لم يسيء استعماله، وإنما استعمله استعمالا عاديا، بل واتخذ كافة الإحتياطات اللازمة لعدم الإضرار بجاره.<sup>3</sup>

ويضيف البعض<sup>4</sup> أن تأصيل التعسف على أساس ارتباطه بالغرض أو الغاية من الحق، الحق، لا يصلح أيضا أساس للمسؤولية عن أضرار المباني، لاختلاف كل من الفكرتين عن الأخرى، فمعيار التعسف هو النظر إلى الفعل أو السلوك في حد ذاته، وما إذا كان متفقا مع الغاية أو الغرض من الحق أم لا، بينما معيار الضرر، يكون بالنظر إلى النتيجة بصرف النظر عن الفعل، لأن الفعل يفترض أنه مشروع في حد ذاته، وإنما ينظر ما إذا كان هذا

<sup>1</sup> الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ص 395.

<sup>2</sup> عبد الرحمان على حمزة، المرجع السابق، ص 303. نقلا عن محمد السيد عمران، حسن الجوار - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المصري والقانون الفرنسي ص 410.

<sup>3</sup> أبو زيد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 132.

<sup>4</sup> محمد زهرة، المرجع السابق، ص 15.

الفعل سبب ضرراً للغير، فليس هناك أي تقييم لمسلك المالك، وإنما يكفي بالنظر إلى نتيجته فقط، التي هي تحقق الضرر من عدمه.

ونظراً للأهمية البالغة للعمران والبناء فإن فقهاء الشريعة الإسلامية اهتموا بموضوع ضمان الأضرار المترتبة على المباني، إلا أنهم اختلفوا في مدى إمكانية اللجوء إلى القضاء لمنع المالك من الإضرار بالغير، وإختلفت وجهات النظر الفقهية - باختلاف المذاهب - بشأن مدى إطلاق وتقييد حق الملكية لمنع الأضرار التي قد تنشأ بسبب المباني، وكل ذلك من أجل تحقيق التوازن بين المصالح، وللتطرق لوجهات النظر الفقهية حول إطلاق حق الملكية أو تقييده؛ سنقسم هذا الموضوع إلى أربعة مطالب نتطرق لها تباعاً فيما يلي:

### المطلب الأول: أنصار إطلاق حق الملكية في الفقه الإسلامي

ذهب جانب من الفقه الإسلامي، أبو حنيفة والمتقدمون من الحنفية، والشافعية والإمام أحمد في رواية عنه إلى عدم منع المالك في التصرف في خالص ملكه حتى ولو ترتب على هذا التصرف ضرر للغير، فالمالك له أن يستعمل حقه في ملكه كيفما شاء شرط أن يكون حقاً خالصاً له ولم يتعلق به حق للغير، فإن تعلق به حق للغير فإنه يمنع من الإضرار بهذا الأخير، ففي السفل والعلو في المباني لا يجوز لصاحب السفل أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بصاحب حق العلو، وكذلك صاحب حق العلو، وقد أجمع الفقهاء على هذا لأن ملك كل منهما لم يخلص له، بل تعلق به حق آخر، ومن ثم فإن صاحب حقا العلو متعلق بالسفل وحق صاحب السفل متعلق بالعلو، أي أن ملك كل منهما ليس خالصاً<sup>1</sup>، فيما عدا ذلك يكون للمالك مطلق التصرف في ملكه بغض النظر عن الأضرار التي يشكو منها الغير، فله أن يحول داره إلى مصنع أو متجر أو أن يحفر بئر أو بالوعة ولا يسأل إذا ترتب على فعله ضرر بالغير، بل أكثر من ذلك له أن يفعل في ملكه ما يشاء، حتى ولو سقط جدار جاره ولا

<sup>1</sup> محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، عدم ذكر الناشر، سنة 1955، ص 112 وما بعدها. عيد الحميد حسن شرف، حق العلو والسفل وملكية الشقق، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 1989. ص 10 وما بعدها.

ضمان عليه في مثل هذه الحالة، طالما تصرف في دائرة ملكه لأنه ليس معتدياً، ولا ضمان إلا على المعتدي الذي يتجاوز حدود حقه.<sup>1</sup>

وليس للقاضي أن يمنع المالك من التصرف في المبنى الذي يملكه بما يريد، لأن مقتضى الملك أن يكون للمالك حرية التصرف في ملكه كيفما شاء ولكن ذلك لا يعفيه من الإثم والمسؤولية الخلقية لأن رعاية حق الغير مثل حسن معاملة الجار والإحسان إليه من الفضائل التي حثَّ عليها القرآن الكريم<sup>2</sup> في قوله تعالى: { وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّحْبِ بِالْجُنُبِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ } إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَالاً فَخُوراً<sup>3</sup>

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى عدة حجج لتبرير وجهة نظرهم نوردها فيما يأتي:

1- إن المالك له مطلق التصرف في ملكه بما يشاء، حيث لم يرد شيء في كتاب الله، ولا من سنة رسول الله صلى الله عليه و سلم، رواية صحيحة ولا قول صحابي يقيد تصرفات المالك إذا كانت في خالص ملكه.

2- إن مقتضى الملك التام أن يكون المالك منتفعاً بملكه انتفاعاً كاملاً، فكل منع من هذا الانتفاع يكون مخالفة للأحكام الثابتة بمقتضى الشرع، فلا يصح أن يدفع الضرر عن غير المالك على أن يصاب هو به، وإلا لما كان هناك معنى للملك لأن معنى الملك يقتضي إطلاق التصرف فيما يُملك<sup>4</sup>. فمن ملك شيئاً ملك جميع منافعه وملك التصرف فيه دون معارضة أحد.

3- إن تشابك وتبادل المنافع والمصالح بين الناس يجعلهم حريصين على عدم الإضرار ببعضهم البعض، وأن إطلاق حرية كل منهم في التصرف في ملكه كيفما شاء تجعلهم يتوقعون الضرر من بعضهم البعض لأن لكل منهم القدرة على أن يفعل ما يضر بالآخر، ما دامت حرية التصرف مطلقة للجميع، فالضرر يدفع الضرر، فلا يقدم أحدهما على الإضرار

<sup>1</sup> وقد ورد عن الإمام أحمد روايتان، المشهورة منهما منع مضار الجوار، والثانية لا منع. أنظر: زكي زكي زيدان، المرجع السابق، ص 109.

<sup>2</sup> علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالشرائع الوضعية، منشورات معهد الدراسات العربية بالقاهرة 1966، ص 124.

<sup>3</sup> سورة النساء آية 36.

<sup>4</sup> الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالشرائع الوضعية، منشورات معهد الدراسات العربية، القاهرة 1966، ص 124.

بالآخر، والدليل على ذلك ما روي عن أبي حنيفة النعمان أن رجلاً شكى إليه من بئر حفرها جاره في داره، فقال له: "احفر في دارك بجوار تلك البئر بالوعة، ففعل فنزلت البئر الأولى فكسبها صاحبها، وبهذا يكون الإمام أبي حنيفة لم يفته بمنع الحافر بل دله على حيلة ليدفع عن نفسه الضرر وهو تصرف خالص في ملكه، فمعنى الملك عند أبي حنيفة النعمان هو حرية التصرف و تقييد هذه الحرية نقص لأصل الملكية<sup>1</sup>.

4- إن عدم الإضرار بالغير واجب ديني عملاً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر و لا ضرار» فالدين يوجب على المسلم أن لا يؤذي غيره، وبالتالي فإن الوازع الديني يغني في كثير من الحالات عن تدخل القضاء<sup>2</sup>.

ويقول الإمام الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني - إمام حنفي - المتوفى عام 587هـ) في بدائعه حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره وليس ولاية الجبر عليه ولا توجد ولاية المنع عليه وإن كان يتضرر به، إلا إذا تعلق به حق للغير، فيمنع من التصرف في غير رضاء صاحب الحق.

ويقول أيضاً للمالك أن يتصرف في ملكه، أي تصرف يشاء، كان تصرفاً يتعدى ضرره للغير أو لا يتعدى، فله أن يبني ملكه مرحاضاً أو حماماً أو تنوراً، وأن يقعد في بنائه حدادا أو قصارا، وأن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة، وإن كان يوهن في ذلك البناء، ويتأذى به جاره وليس لجاره أن يمنعه، ولو فعل ذلك حتى وهن البناء أو سقط حائط الجار لا يضمن لأنه لا صنع في ملك الغير<sup>3</sup>.

ويسند إلى الإمام الشافعي القول "بأنه لا يحق للجار على جاره أن يقيد تصرفه في ملكه، بل لكل منهما أن يتصرف في ملكه كيفما شاء من النوافذ والأبواب في ملكه وأن يحفر بئراً، أو بالوعة، ولو كان ذلك يوهن بناء جاره، ولو فعل شيئاً من ذلك فوهن الجدار، فلا ضمان عليه، وليس للقاضي أن يمنع المالك من التصرف في ملكه بما يريد لأن مقتضى

<sup>1</sup> يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، ج6، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2000، ص 265.

<sup>2</sup> عيد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود، المرجع السابق، ص 129. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 74 و 75.

<sup>3</sup> فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 74. مراد محمود محمود حسن حيدر، المرجع السابق، ص 268. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت، ج 6، ص 263.

الملك أن يكون للمالك التصرف في ملكه كيفما يشاء، ولكن الديانة توجب عليه ألا يضر بالغير لتسود المودة بين الناس"<sup>1</sup>.

ويقول الإمام الرملي (شمس الدين محمد أبي العباس الرملي - الشهير بالشافعي الصغير - المتوفى عام 1004هـ) "أن لمالك الجدار أن يفتح فيه كوات وشبابيك ولو لغير الاستضاءة، لأنه تصرف في ملكه وفرق بين أن يشرف منهما على حريم جاره أو لا، لتمكن الجار من دفع الضرر عن نفسه، وذلك لبناء سترة أمام الكوات، وإن تضرر من ذلك لمنع الضرر منها أو النظر، ولأن صاحب الجدار لو أراد هدمه لم يمنع منه فأولى نقض بعضه"<sup>2</sup>.

مما سبق يستخلص أن أنصار هذا الاتجاه انتهوا إلى أن الأصل هو عدم تقيد حق الملكية بما يضر الغير شريطة أن يكون التصرف في نطاق حق الملكية الخاص به، فإذا تعلق بحق الملكية حق للغير، تقيد الأول بما لا يضر الثاني.

والرد على هذه الحجج على النحو التالي:

1- أن القول بأنه لا يوجد نص يقيد المالك في التصرف في ملكه كيف يشاء، مردود عليه بما ثبت من أحاديث صحيحة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تنهى عن الضرر ومنها حديث « لا ضرر و لا ضرار » وهو حديث حسن وله طرق يقوي بعضها البعض، وهو حديث في المنع والضرر، ولم يستثنى منه تصرف المالك في ملكه إذا أدى إلى الضرر بغيره، إضافة إلى الأحاديث الواردة في الإحسان إلى الجار وكف الأذى عنه وهي كثيرة.

2- أما القول بأن تصرف المالك في خالص ملكه قول غير صحيح على إطلاقه، ذلك أن تعدي الضرر إلى الغير، لا يبقى هذا التصرف في دائرة الملك، بل خرجت آثاره إلى الغير، وقد يصاحب ذلك قصد الإضرار، فيكون ذلك تصرفاً محرماً.

<sup>1</sup> الشيخ عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة، العدد الأول، سنة 1967. ص 107، 108.

<sup>2</sup> مراد محمود محمود حسن حيدر، المرجع السابق، ص 267. شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة الحلبي، القاهرة، ج 5، ص 51.

3- والقول بأن تصرف المالك في ملكه غير متعلق بحق غيره، هذا غير صحيح، فإن للجار مثلاً حقوق كثيرة على جاره منها الإحسان إليه وعدم إيذائه، وقد وردت الأحاديث بالحث على ذلك و الوصاية بالجار.

4- كما أن قياس الضرر اللاحق بالغير من قبل المالك على ضرر دخان الطبخ والخبز قياس مع الفارق، فالضرر متباين في الحالتين، وهو في الحالة الأخيرة منهما ضرر يسير تدخله المسامحة ولا يمكن الاحترازية.

5- إن إطلاق حرية المالك في التصرف في ملكه كما يحلو له على أن السند من أن الوازع الديني سوف يكفل ذلك مردود عليه بالتساؤل عن الحكم في حالة ضعف الوازع الديني وعدم تقوى الله ومراقبته، وهو الحاصل في هذه الأيام، مما يؤدي إلى فتح باب مشكلات وخلافات بين الجيران ينبغي وجود حل لها.

6- أما القول بأن تشابك المنافع بين الجيران ما يجعلهم حريصين على عدم الإضرار ببعضهم بعضاً لأن قدرة كل منهم على أن يفعل ما يضر بالآخر ما دامت حرية التصرف مطلقة للجميع فالضرر يدفع الضرر، فإن ذلك ربما يصح بين الجيران الذي يوجد بينهم تكافؤ في التفكير والحيل وحسن الرد فماذا عن الجار الذي لا توجد لديه تلك الامكانيات<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: أنصار تقييد حق الملكية في الفقه الإسلامي

ذهب أحمد في الرواية المشهورة<sup>2</sup> ومالك وبعض الشافعية، إلى أن المالك يمنع من التصرف في ملكه تصرفاً يضر بغيره، ولو كان الضرر قليلاً، طالما قصد الإضرار بغيره، كما يمنع من التصرف الذي يضر بغيره إذا كان هذا الضرر أكبر مما يلحق المالك

<sup>1</sup> منصور صابر عبده خليفة- القيود الواردة على حق الملكية للمصلحة الخاصة ، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 2011، ص140 و142.

<sup>2</sup> ورد عن الإمام أحمد روايتان، المشهور منهما منع مزار الجوار، والثانية لا يمنع. أنظر بهذا الصدد د/ زكي حسن زيدان – المرجع السابق- ص 109 .

من ضرر بسبب منعه من هذا التصرف، لأن مزار التصرف في الملك مبني على عدم الضرر بالغير، ويعد تصرف المالك في هذه الأحوال ضرراً معتبراً ولغيره منعه منه<sup>1</sup>.

يعد هذا المذهب أوسع المذاهب الفقهية في منع الضرر، فهو يمنع التصرف الذي يقصد به الإضرار بالغير ولو كان يسيراً، كما يمنع التصرف الذي يلحق بالغير ضرراً أكبر من الفائدة التي تعود على المالك.

والمرجع في تقدير الضرر هو العرف السائد بين الناس، الذي يختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص، فقد يكون ضرراً فاحشاً بالنسبة لبعض الأشخاص، وليس كذلك بالنسبة لآخرين، وقد يكون فاحشاً في مكان أو زمان دون آخر.

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى عدة حجج لتبرير وجهة نظرهم:

1- إن النهي عن المضار وارد في القرآن الكريم، بحيث قال الله تعالى: { وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّحَابِ بِالْجُنُبِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ } إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَالاً فَخُوراً<sup>2</sup>.

من خلال هذه الآية الكريمة نستخلص أن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالإحسان إلى الجار ومن الإحسان يكون بعدم الإضرار به.

2- إن النهي عن المضار وارد في السنة النبوية، بما روي عن سمرة بن جندب، أنه كان له عذق<sup>3</sup> من نخل في حائط<sup>4</sup> رجل من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: وكان سمرة بن جندب يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فذكر له ذلك، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى، فطلب منه أن يهب هذا النخل وله في الجنة مثله، فأبى ذلك أيضاً، فقال

<sup>1</sup> برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج 2، طبعة دار المعرفة، بيروت، د.ت، ص 362. عبد الله بن محمد ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 4، دار البصائر للطبع والنشر والتوزيع، ص 388. منصور صابر عبده خليفة، المرجع السابق، ص 142، 143.

<sup>2</sup> سورة النساء آية 36.

<sup>3</sup> العذق: الغصن الذي له شعب.

<sup>4</sup> حائط: بستان.

رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إنما أنت مضار " ثم أمر الرسول صلى الله عليه وسلم الأنصاري وقال: اذهب فأقلع نخله.<sup>1</sup>

ويستدل من هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن رفض سمرة الحلول المعروضة عليه أمر الأنصاري بقلع النخل لإزالة الضرر عن نفسه وهذا دليل على جواز تقييد استعمال المالك لملكه إذا أضر بغيره.

ويتضح من هذه الرواية أن الضرر الواقع على صاحب البستان أشد من الضرر الذي يعود على سمرة بقلع نخلة، ومن ثم فإن القضاء من الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم يدل على أنه يصر إلى التوفيق بين مصلحتين ما أمكن، فإن لم يستطع وجب دفع أعظم الضررين، فالأمر بالقلع كان ناتجا عن الإصرار على المضارة والامتناع عن قبول ما يدفع الضرر للمالك.<sup>2</sup>

ومن هنا نستخلص أن أنصار هذا الرأي اعتبروا حق الملكية ليس حقا مطلقا بل أنه مقيد بعدم الإضرار بالغير، ومن التطبيقات الفقهية لهذا الرأي:

- جاء في المدونة الكبرى للفقهاء المالكيين: قيل رأيت إن كان لي عرصة<sup>3</sup>. إلى جانب دور قوم فأردت أن أحدث في تلك العرصة حماما أو فرنا أو موضعا لرحى فأبى على القوم ذلك، أيكون لهم أن يمنعوني في قول مالك؟ قال: إن كان مما يحدث ضررا على الجيران من الدخان وما أشبه فلهم أن يمنعوك من ذلك. قلت: وكذلك إذا كان حدادا فأخذ فيها كيرا أو اتخذ فيها أفرانا يسيل فيها الذهب والفضة، أو اتخذ أرحية تضر بجدار الجيران أو حفر آبار، أو أخذ فيها كنيفا قرب جدران جيرانه منعه من ذلك؟ قال: نعم، كذلك قال مالك في غير واحد في الدخان وغيره. قلت لابن القاسم رأيت إن كان دار الرجل إلى جانب دار قوم

<sup>1</sup> الإمام أبي وليد سليمان الباجي، المنتقى شرح الموطأ، طبعة الكتاب العربي، بيروت. الجزء 6، ص 314.

<sup>2</sup> فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 78.

<sup>3</sup> عرصة: بفتح العين وسكون الراء، والجمع عراض بكسر العين وفتح الراء. تعني البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء.



فتفتح في غرفة كوى أو بابا يشرف منها على دور جيرانه، أيمنعه مالك من ذلك أم لا؟ قال: قال مالك يمنع ذلك<sup>1</sup>.

- وجاء في المنتقى لشرح موطأ مالك: ومن بنى مسجدا على ظهر حوانيت له وجعل سطحاً يطلع منه على دار رجل، فإن باني المسجد يجبر على أن يستر على سطح المسجد، ويمنع الناس من الصلاة فيه حتى يتم الستر، ولا يمكن من الإضرار بالرجل فعليه أن يستر عليه، لأنه أحدث الضرر عليه<sup>2</sup>.

- وقد ورد عن الإمام الشافعي، رضي الله عنه تقييد صاحب الحق عند استعمال حقه إن ألحق ضرراً بالملك لا بالمالك فهو لا يعتبر الضرر في حق المالك لاحتماله وإمكان الاحتراز منه بخلاف الملك<sup>3</sup>.

- وجاء في المغني- المذهب الحنبلي- وليس للإنسان أن يتصرف في ملكه بما يؤدي جاره من بناء حمام وحانوت وطباخ ودقاق وهو مذهب أحمد، ومن لم يسد بئراً سدا يمنع من الضرر ضمن ما تلف بها، ومن كانت له أرض يلقي فيها التراب والحيوانات ويتضرر الجيران من ذلك وجب عليه أن يدفع ضرر الجيران بعمارتها وإعطائها لمن يعمرها أو يمنع إلقاء ما يضر الجيران فيها<sup>4</sup>.

ومن هنا يستخلص أن أنصار هذا الرأي يقرون مبدأ المسؤولية عن أضرار المباني دون تقييدها بدرجة معينة من الأضرار، فتقوم بالضرر القليل طالما قصد الإضرار بالغير، كما تقوم إذا كان الضرر الذي يلحق بالغير أكبر من الفائدة التي تعود على المالك، هذا يعني أن لإقرارهم المسؤولية عن أضرار المباني بصفة مطلقة يكفي الضرر كركن لقيامها دون اشتراط أن يكون الضرر فاحشاً أو غير مألوف.

<sup>1</sup> الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، برواية سحنون بن سعيد، المرجع السابق، ج14، ص235. و ج15 ص197. عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص132.

<sup>2</sup> المنتقى شرح موطأ مالك لأبي الوليد الباجي، المرجع السابق، ج6، ص42 وما بعدها.

<sup>3</sup> الإمام شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق، ص334،333.

<sup>4</sup> عبد الله بن محمد بن أحمد ابن قدامه المقدسي، المغني، دار البصائر للطبع والنشر والتوزيع، الجزء4، ص158. ولمزيد من التفصيل أنظر د عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص132-134.

## المطلب الثالث: أنصار تقييد حق الملكية بعدم الإضرار بالغير ضرا فاحشا

ذهب متأخرو الحنفية<sup>1</sup>، وهو رواية عن أبي يوسف وبعض الشافعية، وهو ما عليه الفتوى عندهم، أن المالك يمنع من التصرف في ملكه بما يضر غيره، لكن هذا المنع يخص بالضرر الفاحش، أو البين، وهو المعتبر عندهم أما ما عداه من الضرر، فلا يمنع وذلك دون النظر إلى نية المالك قصد الإضرار أم لم يقصده<sup>2</sup>.

وعلى ذلك فإن حق الملكية يكون مقيدا بعدم الإضرار بالغير ضرا فاحشا، وأن المالك له الحق في استعمال ملكه، فإن استعمل حقه وترتب عليه إضرار بالجار ضرا غير مألوف كان ضامنا لذلك الضرر وكان للمضروب أن يرفع الأمر إلى القضاء، وللقاضي أن يمنعه منه، ويلزمه بضمان الضرر الناشئ عن فعله، سواء كان الضرر مباشرا أو بطريق التسبب<sup>3</sup>، ويكون الضرر بطريق التسبب إذا اختار المالك وجها لاستعمال ملكه يسبب ضرا لجاره فإنه يمنع من ذلك، ويطلب منه أن يختار وجها آخر من الاستعمال لا يسبب ذلك، ولتحديد وجود الضرر من عدمه مرده إلى العرف والخبراء<sup>4</sup>.

وقد عرف هؤلاء الفقهاء الضرر الفاحش الذي يمنع منه المالك، بأنه ما يوهن البناء أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية، والمراد بها المنفعة المقصودة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> اتفق فقهاء الحنفية على أن الحكم بإطلاق عدم منع مضار الجوار هو القياس، أما قول غالب المتأخرين بالمنع فهو الاستحسان. ووجه القياس: القاعدة التي تقتضي " أن من ملك شيئا ملك جميع منافعه وملك التصرف فيه دون معارضة أحد " فالإمام أبو حنيفة اعتمد على هذه القاعدة وعلى قوة الوازع الديني وهيمنة سلطان العقيدة، أما المتأخرون فقد تركوا القياس استحسانا، لأجل المصلحة، وقالوا إن ما يبرر الأخذ بالاستحسان ضعف الوازع الديني في الأزمنة المتأخرة، وعدم الارتداد والكف عما يضر بالجار فاستنبط حكم المنع قضاء من الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرا " استحسانا. وقد جاء في الفتاوى البزازية تعليلا للإجبار على منع الضرر " إن الزمان زمان فساد والزمان الأول كان زمان إصلاح ". زكي حسن زيدان، المرجع السابق، ص105.

<sup>2</sup> فخر الدين عثمان بن علي الزيعلي (فقيه حنفي) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. الجزء 4 المطبعة الأميرية، القاهرة. 1315هـ. ص166. منصور صابر عبده خليفة- الرسالة السابقة- ص141. زكي حسن زيدان، المرجع السابق، ص104. عبد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود، المرجع السابق، ص 132.

<sup>3</sup> عبد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود، المرجع السابق، ص 132. مراد محمود محمود حسن حيدر، المرجع السابق، ص 266. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص77.

<sup>4</sup> عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 132.

<sup>5</sup> كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الشهير بابن الهمام، شرح الفتح القدير على الهداية، الجزء 5 المطبعة دار إحياء التراث العربي، 1970، ص506. عبد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود، المرجع السابق، ص 132، منصور صابر عبده خليفة، المرجع السابق، ص142.

وقد استند أنصار تقييد حق الملكية بعدم الإضرار بالغير ضررا فاحشا على الحجج التالية:

1- إن القياس في هذه المسألة يقتضي أن للمالك التصرف في ملكه حتى ولو أضر بجيرانه، لأنه يتصرف في خالص ملكه، ولكنه منع منه هنا استحسانا ولأجل المصلحة، أي درء المفسدة الناجمة عن الإضرار في الموضع الذي يضر بالغير ضررا فاحشا.

2- كما أن التوسع في منع كل ضرر يسد باب انتفاع الإنسان بملكه، ومن ذلك؛ الدخان الدائم الناتج عن الطبخ والذي قد يتأذى به جيرانه الفقراء، وكذلك لو كان له شجرة يستظل بها جيرانه، فلو قلنا بالمنع من كل ضرر ألزمه قطعها، وبالتالي فلا بد من تقييد المنع بالضرر الفاحش، أو البين.

وقد تم الرد على هذه الحجج على النحو التالي:

1- أن المنع من الضرر الفاحش دون غيره فيه نظر، ذلك أن قصد الضرر حرام سواء كان كثيرا، أو قليلا، فاحشا أو غير فاحش، إذ من المعلوم أن درء المفسد مقدم على جلب المصالح، ولم تشرع الحقوق للإضرار بالآخرين، سواء كان الضرر كثيرا أو قليلا، وإنما شرعت لمصالح معينة وضحتها الشريعة، وبالتالي فلا يفرق بين الضرر الفاحش وغيره.<sup>1</sup>

2- أما القول بأن التوسع في منع كل ضرر يسد باب انتفاع الإنسان بملكه، فإن هذا القول يمكن الأخذ به في حالة الضرر غير الفاحش، أما الأمثلة التي ذكرت في هذا الدليل فهي من الضرر اليسير، وقد سبق القول أن مثل هذا معفو عنه.<sup>2</sup>

من التطبيقات الفقهية لهذا الرأي:

- ما جاء في الفتح القدير ( للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الشهير بابن الهمام، سنة 681هـ - فقيه حنفي) إن قوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرارا" لا شك أنه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحو

<sup>1</sup> بالنسبة للشريعة الإسلامية فقد راعت مصلحة الغير، يقول الدكتور فتحي الديني: " تبدو هذه القيود ظاهرة في أبرر الحقوق الشخصية، وأبلغها أثرا في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وهي حق الملكية، فترى بعض الأصوليين وأئمة المذهب لا يقصرون تقييد هذا الحق على حالة استعماله قصد الأضرار بالغير، بحيث لا يكون للمالك من غرض سوى الأضرار بالغير في استعماله بحقه، بل يقيدون هذا الحق أيضا، ولو كان للمالك غرض صحيح، وسلك في سبيل تحقيقه الطريق المعتاد، إذا تعدى ضرره إلى الغير ... انظر: فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، ط3، بيروت، لبنان، 1984، ص 212.

<sup>2</sup> منصور صابر عبده خليفة، المرجع السابق، ص 142.

مواظبة طبخ ينتشر به دخان قد ينحبس في خصوص أماكن، فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم، فلا بد أن يحمل على خصوص الضرر، وهو ما يؤدي إلى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش<sup>1</sup>.

- وما جاء في تبیین الحقائق: ( لإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المتوفى سنة 743- فقيه حنفي-) أن للإنسان أن يتصرف في ملكه ما شاء من تصرفات ما لم يضر بالجيران وما فيه من الندوة يمكن التحرز منه بأن يبنى بينه وبين جاره حائطا، وعن أبي يوسف - رحمه الله- أن الجيران إذا تأذوا من دخانه فلهم منعه إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخانهم، ولو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم، كما يكون في دكاكين أو رحا للطحن أو مدقات للقصارين لم يجر، لأن ذلك يضر بالجيران ضررا فاحشا لا يمكن التحرز منه، والقياس أنه يجوز لأنه تصرف في خالص ملكه وترك ذلك استحسانا لأجل المصلحة، أما الضرر اليسير فلا عبرة به ولا يمنع المالك منه<sup>2</sup>.

- وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذا الرأي في المادة 1197، فقيدت ولاية المالك في التصرف في ملكه بقيد عدم الإضرار بالغير ضررا فاحشا بقولها " لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبدا، إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشا " وبعد أن قررت هذا المبدأ، وضعت أحكاما تفصيلية لالتزامات الجوار في باب خاص بعنوان " في حق المعاملات الجوارية " في المواد 1198 إلى 1212.

أستخلص مما سبق أنه لكي تقوم المسؤولية عن أضرار المباني عدا تلك التي لها أحكام خاصة حسب أنصار هذا الرأي لا بد أن يكون الضرر فاحشا فلا يكفي مجرد الضرر، وأن المعيار لتقدير جسامة الضرر هو معيار موضوعي، معتبر فيه أثر التصرف بالنسبة لإعداد العقار ومنافعه المخصص لها، وليس حالة المالك وظروفه الشخصية، وقد أوضح ذلك بعض فقهاء الشافعية بقولهم " والحاصل منعه مما يضر الملك لا المالك<sup>3</sup>."

<sup>1</sup> كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الشهير بابن الهمام، شرح الفتح القدير على الهداية، الجزء 5، طبعة دار إحياء التراث العربي، 1970، ص 121

<sup>2</sup> الإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ص 196.

<sup>3</sup> الإمام الرملي الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق، ص 334.

## المطلب الرابع: الموازنة والترجيح بين آراء فقهاء الشريعة الإسلامية.

من أجل ترجيح آراء فقهاء الشريعة الإسلامية لابد قبل ذلك من موازنتها لذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

## الفرع الأول: موازنة آراء فقهاء الشريعة الإسلامية

اتفق فقهاء الشريعة بمختلف مذاهبهم على منع تصرف المالك في ملكه إذا أضر بغيره،<sup>1</sup> كما اتفقوا على منع تصرف المالك في ملكه قضاء بسبب أضرار المباني في الجوار الرأسي إذا ترتب عليه ضرر بالجوار، لأن لكل منهما حقا في ملك الآخر، إلا أنهم اختلفوا في منع تصرف المالك في ملكه قضاء بسبب أضرار المباني في الجوار الجانبي، فذهب البعض إلى إطلاق حق الملكية بتمكين المالك من التصرف في ملكه دون قيد، فلا يمنع المالك من التصرف المضر بالجوار طالما كان المالك يتصرف في خالص ملكه.

وذهب البعض الآخر إلى أنه ليس للإنسان ان يتصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره، ولو كان قليلا طالما قصد الإضرار بالجوار أما إذا لم يقصد الإضرار به، فلا يمنع في حالة الضرر اليسير، ويمنع في الضرر الفاحش إذا كان التصرف الذي يضر بجاره ضررا أكبر مما يلحق المالك من ضرر يسبب منعه من التصرف في ملكه، والمرجع إلى العرف في تقدير الضرر إذا كان فاحشا أو مألوفاً.

وذهب البعض الثالث إلى ان المالك يمنع من التصرف في ملكه بما يضر بغيره، إذا كان الضرر الناتج عن التصرف فاحشا، ودون النظر إلى نية المالك أي قصد الإضرار أو لم يقصد، فالعبرة بحجم الضرر لا بنية المالك.

وعند الموازنة بين آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، يمكن الإشارة إلى سبب الاختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية راجع إلى ثلاثة أمور:

## 1- صحة أو عدم صحة الدليل الخاص في المسألة.

<sup>1</sup> علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، د.ط، مصر، 1996، ص 67.

2- اختلاف الأعراف الخاصة في البيئات المختلفة وأثر هذا الاختلاف في الاجتهاد الفقهي.

3- اختلاف ما يؤثره كل فقيه من قواعد الشريعة في المسألة عما يؤثره الآخر<sup>1</sup>.

ومما سبق يتبين أنه من موجب القياس، أن بعض الفقهاء يأخذ بعموم الحديث "لا ضرر ولا ضرار" في حين أن البعض الآخر يؤثر قاعدة أن حق الملك جامع مانع فهو جامع لكل سبل التصرف في المال، مانع غيره من مزاحمته في ذلك<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الترجيح بين آراء فقهاء الشريعة الإسلامية

للترجيح بين مذاهب فقهاء الشريعة الإسلامية نتطرق لأنصار الإطلاق ولأنصار التقييد:

#### أولاً: بالنسبة لأنصار إطلاق حق الملكية

إن ما ذهب إليه الجانب الأول من الفقهاء من إطلاق حق الملكية هو محل نظر لأنه من الأصول المقررة في الفقه الإسلامي، أن الشريعة الإسلامية هي مصدر الحقوق، فهي التي تبين طرق استعمال الحقوق وأوجه الانتفاع بها على الوجه الذي يحقق المقاصد والغايات<sup>3</sup>.

هذه المقاصد والغايات أريد بها صلاح المجتمع وصلاح أفراده، على أن يجعل صلاح الفرد أساساً لصلاح المجتمع، ووسيلة إليه دون تعارض وتنافر بين المصلحتين، وذلك بتقديم صلاح المجتمع على صلاح الفرد عند التعارض، ومن ثم فإن تقرير الحقوق في الشريعة الإسلامية لم يكن إلا نتيجة لازمة لما صدر عن الشارع من أوامر ونواه، أريد بها أن يحذر الناس ما للهوى ونزعات النفس الامارة بالسوء من سلطان، وأن تكون تصرفاتهم في حدود تلك الأوامر والنواهي التي جاء بها خطاب الله تعالى لعباده، مقيدة بما تضمنته من قيود، وأنه لمن المحال على الله أن يشرع للناس ما يضرهم، لقوله الله: {...وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...}<sup>4</sup> وقوله تعالى: {...يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ...}<sup>5</sup>، ذلك ما فيه الدلالة الواضحة على أن ما جاءت به الشريعة الغراء من حقوق وأحكام مقيد بعدم

<sup>1</sup> زكي زكي حسن زيدان، المرجع السابق، ص 114.

<sup>2</sup> زكي زكي حسن زيدان، المرجع السابق، ص 114.

<sup>3</sup> عبد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود، المرجع السابق، ص 135.

<sup>4</sup> سورة الحج آية 78.

<sup>5</sup> سورة البقرة آية 185.

الضرر، حتى لا تكون الحقوق مطية للشر، أي لا تتخذ الحقوق وسيلة للأضرار بالناس، بل يجب أن يكون استعمالها مقيدا بعدم الإضرار بالجماعة أو الفرد، وبعبارة أخرى الحقوق يجب أن لا تكون أداة للتسلط على الناس ووسيلة إلى سلب حرياتهم.

وليست الملكية إلا حقا من تلك الحقوق التي منحها الله للناس، فكانت خاضعة لهذا الأصل شأنها شأن الحقوق الأخرى، لأن الشريعة " كل متسق لا تتناقض أجزاءه"<sup>1</sup>.

وبناء على ذلك، فلا يجوز أن تتخذ الحقوق وسيلة إلى الإضرار بالغير، بل يجب ان يكون استعمالها مقيدا بعدم الإضرار بالأفراد، وألا يؤدي ذلك إلى الإضرار بصاحبها ضررا فاحشا يسلبه حقه، وبقدر ما هي ميزة لصاحبها، فإن لها وظيفة اجتماعية مما يقتضى أن تقيد بما يكفل لها تحقيق هذه الوظيفة.

كما أن ترتيب المسؤولية الدينية والخلقية ليست كافية لأن تقوم الملكية بوظيفتها الاجتماعية فمن المقرر أن حق الملكية من الحقوق المالية التي رسم الشارع حدوده وبين قيوده فمن خرج على هذه الحدود وخالف تلك القيود وجب حمله عليها بسلطان القضاء، فالناس إذا ساءت أخلاقهم وتركوا ما أوجبه الله عليهم خلقا وأدبا من رعاية مصالح غيرهم، وجب حملهم على ذلك بسلطان القضاء وإلا عمت الفوضى وانتشر الفساد.<sup>2</sup>

مما تقدم فإننا نرجح الرأي الذي يرى بتقييد المالك في تصرفه وانتفاعه بملكه بما لا يضر غيره ضررا فاحشا وذلك بغية إقامة التوازن بين حقوق الأفراد التي تجب مباشرتها على أساس التضامن الاجتماعي، والذي لا يستقيم مع مبدأ إطلاق حق الملكية وعدم مساءلة المالك في جميع الاحوال قضاء، لأن تحقيق التوازن يتطلب مراعاة جميع الأطراف، التي يستوجب فيها أن نقيد تصرفات المالك إذا ألحق بغيره ضررا فاحشا، وبالمقابل تحمل الغير الأضرار العادية أو المألوفة.

<sup>1</sup> فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، 1977، ص 80.  
<sup>2</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، التزامات الجوار، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية 1976، المرجع السابق، ص 45 و46.

## ثانياً: بالنسبة لأنصار تقييد حق الملكية

إن ما ذهب إليه أنصار تقييد حق الملكية من منع كل تصرف يلحق الضرر بالغير ولو كان الضرر قليلاً مستنديين في ذلك على الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضراراً "؛ يعتبر إجحافاً لحق المالك في ملكه، فإذا كان من حق الغير أن يحاط بالحماية ويعوض عن ما يصيبه من ضرر، فمن واجبه أن يتسامح مع المالك بتحمل جانب من الأضرار القليلة أو بغية إقامة التوازن بين حقوق الأفراد، خاصة وأن تجاوز المباني هو ضرورة اجتماعية، تستلزم التضامن بين الجيران المبني على التسامح بتحمل الأضرار اليسيرة أو المألوفة بين الجيران، والقول بغير ذلك ينقص من حق انتفاع الملاك بأملكهم وبالتالي يصبح المالك هو المتضرر بعدم تمكنه من الانتفاع بملكه.

وعليه فعند تعارض الضرران ارتكب الأخف منها ذمماً للأشد من الضررين، وذلك من أجل أن لا تخرج الحقوق عن النطاق والمجال المخصص لها، ونكون بذلك استندنا للحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار " مراعين كل من المالك والغير المتضرر.<sup>1</sup>

## ثالثاً: بالنسبة لأنصار تقييد حق الملكية بعدم الإضرار بالغير ضرراً فاحشاً

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى الأخذ بالموقف الوسط بين الاتجاهين السابقين، فلم يطلقوا حق الملكية كما فعل أصحاب الاتجاه الأول، ولم يقيدوه تقييداً مطلقاً كما فعل أنصار الاتجاه الثاني.

فقد أوجب أنصار هذا الاتجاه أن يتحمل كل طرف سواء المالك أو الغير جانباً من الضرر الذي يعتبر نتيجة طبيعية لحالة الجوار، فليس كل ضرر يصيب الغير يستوجب مسؤولية المالك، بل يجب أن يكون هذا الضرر فاحشاً حتى يسأل عنها المالك، ويكون أنصار هذا الاتجاه قد حافظوا على حق الملكية، وفي نفس الوقت قيدوه بعدم الإضرار بالغير ضرراً فاحشاً في علاقات الجوار.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> أنظر الصفحات من 177 إلى 180 من هذا البحث

<sup>2</sup> أنظر الصفحات من 181 إلى 183 من هذا البحث



ويترتب مما سبق ما يلي:

- 1- أن المالك له حرية التصرف في ملكه، فلا يسأل عن الضرر اليسير الذي يحدثه لجاره حتى ولو قصد الإضرار به.
- 2- إن ديننا الإسلامي قد أوصى بالجار، ومقتضي ذلك أن يتحمل الجار الأضرار البسيطة المألوفة التي يرجع في تقديرها إلى العرف لتسود المودة والتسامح بين الجيران.
- 3- إن التسامح بين ملاك المباني المتجاورة هو حق تبادلي بينهم فقد يكون أحدهم تارة يحدث الضرر وتارة أخرى مضرور، فعليه بتحمل الضرر المألوف لتستمر عجلة الحياة.
- 4- إن منع المالك من التصرف في ملكه في حالة الأضرار المألوفة، ومطالبته بالتعويض عنها؛ يؤدي إلى كثرة النزاعات وتفكك علاقات الجوار التي حثنا ديننا على إقامتها.
- 5- أنه لا يمكن إجبار الغير المضرور على تحمل الأضرار الفاحشة وإطلاق العنان للمالك، لأن حق الملكية لا يمكن أن يتخذ كوسيلة إلى الإضرار بالغير، بل يجب أن يكون استعماله مقيد بعدم الإضرار بالغير ضرر فاحشا، فإذا تعارض الضرران ارتكب الأخف منها ذرا للأشد.

وعليه فإننا نرى بأن أنصار هذا الاتجاه حين أخذوا بالوسطية وهي من خصائص ديننا الإسلامي يكونون قد خصوا كل من المالك محدث الضرر والغير المضرور في علاقات الجوار بحماية خاصة، وذلك بالسماح للمالك بالتمتع بحق ملكيته حتى ولو ألحق ضررا مألوفا بغيره بقصد أو دون قصد، وبالمقابل حماية الغير المضرور من الضرر الفاحش وذلك بمسائلة محدث الضرر.

في نهاية هذا الفصل يمكن القول أن آراء الفقهاء تنوعت وتعددت واختلفت حول الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن أضرار المباني، كما ترتب على غياب النصوص التشريعية عدم توحيد الآراء حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية عن أضرار المباني، إلا أن القضاء كرس فكرة مسائلة المالك عن الأضرار المترتبة عن المباني التي يملكها، مما جعل جانب من الفقه يقيم هذه المسؤولية على أساس فكرة الخطأ

باعتبارها ملاذ كثير من الفقهاء وسندا يلجأ إليه القضاء لتبرير كثير من الحلول القانونية، إلا أنهم اختلفوا في مضمون الخطأ المرتكب من قبل محدث الضرر، فتعددت آرائهم في هذا الشأن فمنهم من أسسها على الخطأ الواجب الإثبات، ومنهم من أسسها على فكرة التعسف، ومنهم من افترض الخطأ وآخر أسسها على رفض المالك التعويض، وآخر أسسها على الإخلال بالتزام الجوار، غير أن كل هذه الاتجاهات التي أسست المسؤولية على أساس الخطأ لم تسلم من النقد، نظرا لأنهم لم يبينوا الخطأ من خلال مسلك المالك في هذه المسؤولية فقد استنتجوا الخطأ من خلال الضرر الذي لحق بالغير المضروب فالمالك الذي استعمل حقه وألحق بالغير ضررا قد خرج عن حدود الحق، والخروج عن حدود الحق خطأ بالمعنى المعروف، إذ هو انحراف عن سلوك الشخص المعتاد.

وقد وجهت لهذا الاتجاه الانتقادات الشديدة لأن الضرر نتيجة لا بد أن يكون لها سبب هو أساس المسؤولية محل الدراسة ولا يمكن الاعتداد بالسبب من خلال النتيجة التي يؤدي إليها، والعمل بهذا يشكل خطأ واضحا بين فكرتي الخطأ والضرر، كما فشل أنصار فكرة الخطأ من تأسيس المسؤولية على أساس افتراض الخطأ والذي لاقى بدوره نقدا وجيها كما رأينا.

أمام عدم تمكن فكرة الخطأ من استيعاب المسؤولية عن أضرار المباني لتحميلها فوق طاقتها لجأ البعض الآخر إلى تأسيس المسؤولية على أساس موضوعي بعيدا عن فكرة الخطأ فذهب البعض إلى تأسيس المسؤولية على أساس الاستعمال الاستثنائي أو غير العادي لحق الملكية وذهب البعض الآخر إلى أن أساس المسؤولية قائم على فكرة إعادة التوازن بين حقوق الملكية الواردة على العقارات المتجاورة وذهب فريق آخر إلى أن أساس المسؤولية قائمة على فكرة الضمان، وذهب فريق رابع إلى أن أساس المسؤولية هو فكرة المخاطر أو تحمل التبعة وهو الرأي لقي قبولا واسعا.

بالنسبة للقانون الجزائري فقد أقام المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني على ثلاثة أسس، الأولى على أساس الخطأ والثانية على أساس التعسف في استعمال الحق والثالثة على أساس مضار الجوار غير المألوفة، ففي حالة تهدم البناء، تؤسس مسؤولية

المالك على أساس الخطأ المفترض ويجب على المضرور أن يثبت أن الضرر الذي أصابه ناشئ عن تهديم البناء لكي تقوم مسؤولية مالك البناء ويستطيع هذا الأخير نفي المسؤولية عنه إذا أثبت أن البناء لم يكن في حاجة إلى الصيانة، أو إصلاح أو تجديد، وفي حالة عجزه عن الإثبات يعتبر التهديم راجع لخطئه المفترض.

أما المسؤولية عن أضرار المباني في علاقات الجوار فإنها في القانون الجزائري تختلف عن المسؤولية الشخصية القائمة على أساس الخطأ باعتبار أنها لا تقتضي اثبات الخطأ من جانب المالك، وفي نفس الوقت تختلف عن المسؤولية القائمة على أساس التعسف في استعمال الحق، باعتبار أن هذه المسؤولية تستلزم توافر معايير لا يمكن إضافة لها معيار الضرر غير المألوف وإلا ناقضتها، مما يقتضي علينا أن نضفي على المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة طابعها الموضوعي المرتبط بالضرر بعيدا عن فكرة الخطأ.

أما عن أساس مسؤولية المالك عن أضرار المباني في الفقه الاسلامي، نجد أن هناك من ضيق من حدود المسؤولية عن أضرار المباني إلى أبعد الحدود مراعيًا في ذلك مالك المبنى وحفاظًا على حقه في التصرف مطلقًا في ملكه، وهناك من وسع من حدود المسؤولية عن أضرار المباني مراعيًا في ذلك جانب الغير المضرور وذلك بمسائلة مالك المبنى المتسبب في الضرر ولو كان الضرر قليلا إذا قصد الإضرار بغيره، أما إذا لم يقصد الإضرار به فيسأل عن الضرر البين أو الفاحش ومنهم من توسط في وضع حدود المسؤولية مراعيًا في ذلك المالك محدث الضرر والغير المضرور، وذلك بمسائلة محدث الضرر إذا كان الضرر معتبرا أي فاحشا سواء قصد المالك إحداثه أو لم يقصد.

إلا أنه يبقى الراجح في آراء مذاهب الفقه الاسلامي الرأي الذي يرى بتقييد المالك في تصرفه وانتفاعه بملكه بما لا يضر غيره ضررا فاحشا وذلك بغية إقامة التوازن بين حقوق الأفراد التي تجب مباشرتها على أساس التضامن الاجتماعي، والذي لا يستقيم مع مبدأ إطلاق حق الملكية وعدم مسائلة المالك في جميع الاحوال قضاء، لأن تحقيق التوازن يتطلب مراعاة جميع الأطراف، التي يستوجب فيها أن نقيّد تصرفات المالك إذا ألحق بغيره ضررا فاحشا، وبالمقابل تحمل الغير الأضرار العادية أو المألوفة.

## الباب الثاني

### أركان وآثار المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني

بعد أن تطرقنا في الباب الأول إلى ماهية المسؤولية المدنية للمالك وأضرار المباني من خلال أسباب وأسس قيامها، فإننا سنتطرق في هذا الباب إلى أركان وآثار المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني.

إن المسؤولية المدنية لمالك المباني تعني مسؤوليته عن الإخلال بالتزاماته التي يكون محلها تلك المباني التي يملكها، هذه المباني قد تسبب ضرراً للغير بشكل مباشر أو عن طريق استغلالها، باعتبار أن المالك أخل بالتزام عقدي أو قانوني يقع على عاتقه، لهذا فإنه من أجل مساءلة المالك عن هذه الأضرار وتحمله عبئ جبر تلك الأضرار بتعويض المضرور، لا بد من قيام مسؤوليته القانونية، ولا يتم ذلك إلا بتوافر أركانها، تلك الأركان هي وجوب أن يقترب مالك المبنى خطأ أو فعلاً يترتب عليه ضرراً للغير مع اشتراط وجود علاقة سببية بين ذلك الخطأ أو الفعل وبين الضرر الذي يسببه المبنى أو استعماله، وتوافر تلك الأركان الثلاثة تتحقق المسؤولية المدنية التي تستلزم أن يقوم مالك المباني بتعويض المضرور، وهو ما يعتبر أثراً للقيام بالمسؤولية المدنية.

ومن أجل الحديث عن أركان وآثار المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني من خلال هذا الباب؛ خصصنا فصله الأول للحديث عن أركان المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني، والفصل الثاني ضمناه التعويض كأثر للمسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار المباني.

## الفصل الأول

### أركان المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني

إن المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني تعني التزامه بالتعويض عن الضرر الذي تلحقه المباني أو إستعمالها بالغير، أي جزاء الإخلال بالتزام سابق يقع على عاتق المالك، ورأينا أن المسؤولية المدنية تنقسم إلى مسؤوليتين؛ مسؤولية عقدية، ومسؤولية تقصيرية.

إن المسؤولية العقدية لمالك المباني تتحقق إذا امتنع عن تنفيذ التزامه العقدي الذي يكون محله المباني، أو نفذه على وجه معيب، فألحق الضرر بالدائن، وأما المسؤولية التقصيرية له فتتحقق إذا أخل ما بما فرضه القانون أو الواجب العام عليه بصفته حارس للمباني التي يملكها، كالتقصير والإهمال وعدم القيام بصيانتها أو سوء استعمالها مما يؤدي إلى الإضرار بالآخرين .

وتجدر الإشارة إلى أن للمسؤولية المدنية بشكل عام ثلاثة أركان لا تقوم هذه المسؤولية إلا إذا توافرت وعلى المدعي الإثبات أمام القاضي المدني في إطار دعوى المسؤولية توافر هذه الأركان الثلاثة، والمتمثلة في ركن الخطأ سواء كان عقدي أو تقصيري، وركن الضرر الذي يلحق بالغير، والعلاقة السببية بينهما، وهو ما سنتطرق إليه بالتفصيل فيما سيأتي.

### المبحث الأول

#### أركان المسؤولية العقدية عن أضرار المباني في القانون الجزائري

فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية للمالك عن أضرار المباني فإن المشرع الجزائري حاول تنظيمها من خلال العقود التي ترد على المباني ضمن المبادئ العامة في القانون المدني وهي تنشأ عن عدم تنفيذ العقد، وتنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري أنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

لقد نص المشرع الجزائري على المسؤولية العقدية كجزاء على عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد والملقاة على عاتق أحد الطرفين، فهي بذلك تستلزم وجود عقد صحيح لم يقدّم المدين بتنفيذه، والمقصود من التنفيذ الذي يترتب على تخلفه المسؤولية العقدية هو التنفيذ العيني، وطالما كان تنفيذ هذا الالتزام ممكناً، أجبر المدين على تنفيذه والقيام به، وإذا لم يكن التنفيذ العيني ممكناً أو أمكن تنفيذه ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداداً للتنفيذ العيني، ففي هذه الحالة لا يكون في وسع القاضي سوى الحكم بالتعويض جزاء على عدم التنفيذ لهذا الالتزام، فالمسؤولية العقدية هنا تقوم وما على القاضي إلا النظر فيما إذا كان المدين مسؤولاً حقا على عدم تنفيذ الالتزام عينا.

وبتطبيق القواعد العامة يتضح لنا أن المسؤولية العقدية لمالك المباني تقوم عند عدم تنفيذه لالتزاماته التعاقدية التي يكون محلها تلك المباني التي يملكها، ويجب أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى خطأ المالك والذي بدوره لا يكفي لوحده لقيامها بل يجب أن يتبعه ضرر يصيب الطرف الآخر المتعاقد بسبب خطأ المالك.

ولقيام المسؤولية العقدية يتطلب توافر ثلاثة أركان هي الخطأ العقدي، والضرر، وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر، وعليه سوف نتناول فيما يأتي هذه الأركان:

### المطلب الأول: ركن الخطأ

نتناول بالبحث في هذا المطلب مفهوم الخطأ العقدي، ونطاق الخطأ في الالتزامات.

#### الفرع الأول: مفهوم الخطأ العقدي

لم يعرف القانون الجزائري الخطأ العقدي ولكن شراح القانون اهتموا بهذا الأمر فعرّفه البعض بأنه: " انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته "، وعرّفه البعض الآخر بأنه: "إخلال بالالتزام عقدي"؛ أي عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه الناشئ عن العقد، أو تنفيذه بشكل جزئي، أو غير صحيح، سواء أكان ذلك بقصد منه أو بدون قصد

والالتزام العقدي الذي يعد الإخلال به خطأً إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26-09-1975 المعدل والمتمم والذي يتضمن القانون المدني الجزائري، خاصة في نص المادة 176 منه والتي جاءت في الفصل الثاني المتعلق بالتنفيذ عن طريق التعويض من الباب الثاني المتضمن آثار الالتزام أن: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

ويتضح مما سبق أن مفهوم الخطأ العقدي يكمن أساساً في عدم تنفيذ المدين لالتزامه، بغض النظر عن السبب الداعي إلى عدم التنفيذ، وبعبارة أخرى سواء أكان عدم التنفيذ عن عمد أو عن إهمال أو كان سببه مجهولاً، فالأمر الذي يجب الانتباه إليه هنا هو نوع الالتزام هل هو التزام بتحقيق غاية، أم التزام ببذل عناية.

فالواجب على المدين في الالتزام بتحقيق غاية هو أن يحقق نتيجة معينة في العقد هي محل الالتزام، ومن ثم يكون تنفيذه لما التزم به بتحقيق هذه الغاية أو النتيجة، كالاتزام بنقل ملكية شيء، أو بإقامة بناء، أو بتسليم عين، فمثل هذه الالتزامات لا يتم تنفيذها إلا بتحقيق الغاية المقصودة من التعاقد، وهي نقل الحق، أو إقامة البناء، أو تسليم العين، والواقع أن أكثر الالتزامات العقدية من هذا النوع.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، دار النشر للجامعات 1982، ص656. وعبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2، 1998م، ص93. ومحمد المنجي، دعوى التعويض، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط1، 1990م، ص154. وعبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، المطبعة العالمية، القاهرة، 1960م، ص405. وجورج بسبوني، النظرية العامة للموجبات والعقود، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2، 1994م، ص330. وعبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م، ص183. وعبد الحميد الشواربي، عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، مطبعة رمضان وأولاده، الإسكندرية، ط6، 1997م، ص10 و390. ومصطفى الجمال مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999م، ص235. وجميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص413. وجلال علي العدوي، أصول الالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997م، ص271.

فالمدين الذي لا ينفذ الالتزام الذي رتبته العقد في ذمته يرتكب الخطأ لعدم تنفيذه للعقد والذي يعتبر بالنسبة له بمثابة القانون، والمادة 176 من ق.م.ج جاءت بالقاعدة العامة للعقود التي تجعل المدين مسؤولاً بمجرد عدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية ما لم يثبت أن سببا أجنبيا حال بينه وبين الوفاء، وبالتالي فهذه المادة هي التي تحكم الخطأ العقدي في القانون المدني الجزائري.

إن بانعقاد العقد وعدم قيام المدين بالالتزام بتنفيذه، أو تأخر في التنفيذ سواء كان متعمداً، أو كان عن إهمال، أو كان عدم التنفيذ هذا كلياً أو جزئياً أو معيباً يكون بذلك الخطأ العقدي قد توفر<sup>1</sup>، ويفترض أن ينتج ضرراً يصاب به الدائن من جراء هذا الخطأ، وبذلك تقوم في حق المدين بالالتزام المسؤولية العقدية بناء على هذا الخطأ، ولا يمكن دفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت المدين بالالتزام وجود سبب أجنبي لا يد له فيه حال بينه وبين تنفيذ الالتزام. ونضيف أن المادة 172 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري تكلمت هي أيضاً عن الخطأ ولكن نشير هنا إلى أنها تقتصر فقط بما يسمى بالالتزام ببذل عناية و ما يجب على المدين بذله من العناية حتى يفي بالتزامه، فالخطأ العقدي حسب هذه المادة يقاس على أساس معيار الرجل العادي أو ما يعرف برب الأسرة، وهذا المعيار ناتج عن فكرة مجردة يرجع في تحديدها إلى الرجل العادي الذي ينتمي إلى فئة اجتماعية يكون المدين بالالتزام فرداً منها، فيقارن بذلك سلوكه إذا ارتكب خطأ بسلوك الرجل العادي من نفس الفئة إذا ما وضع في نفس الظروف.<sup>2</sup>

فعند المطالبة بتطبيق أحكام المسؤولية العقدية، بغية المطالبة بالتعويض، فعلى الدائن إثبات مصدر الالتزام، كالعقد مثلاً، وإثبات عدم التنفيذ أيضاً، ومعنى ذلك أن الأمر لا يقتصر فقط على إثبات العقد - باعتباره مصدراً للالتزام - في جانب المدعي، بل يجب عليه أيضاً أن يثبت عدم التنفيذ، فإذا تم له هذا الإثبات فقد قام الدليل على الخطأ العقدي، ومما لا شك فيه أن إثبات عدم تنفيذ الالتزام يتوقف أساساً على نوع الالتزام محل الإثبات، فإذا كان الالتزام بتحقيق غاية وجب على الدائن أن يثبت عدم تحقق النتيجة المتفق عليها .

<sup>1</sup> ثروت حبيب، المصادر الإرادية في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة الليبية - كلية الحقوق، بنغازي 1972، ص 375  
<sup>2</sup> العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2004، ص274



وفي هذا النوع يلتزم المدين بتحقيق نتيجة معينة وهي محل الالتزام، ومن ثم يكون تنفيذه بتحقيقه لهذه النتيجة مثال ذلك الالتزام بنقل ملكية شيء، أو بإقامة بناء أو تسليم مبنى، فمثل هذه الالتزامات لا يتم تنفيذها إلا بتحقيق الغاية المقصودة من التعاقد وهي إما نقل الحق أو إقامة البناء، أو تسليم المبنى، والملاحظ أن معظم الالتزامات التعاقدية تدخل ضمن هذا النوع.

ويكفي كما قلنا عدم تحقيق الغاية لوقوع الخطأ العقدي من جانب المدين بالالتزام، ويتعين على المدين لكي يدفع عنه المسؤولية أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي حال بينه وبين تنفيذ الالتزام.

أما إذا كان الالتزام ببذل عناية، فإن هذا النوع من الالتزامات لا يجبر المدين أن يحقق نتيجة معينة، وإنما الالتزام هنا يقع عليه ببذل قدر معين من العناية التي تؤدي إلى الوصول للغرض المعين أو المقصود من العقد، ولذلك فإذا بدل المدين بالالتزام هذا القدر من العناية فيكون قد نفذ التزامه التعاقدية وهذا بغض النظر عن ما إذا تحقق الغرض أو النتيجة المنتظرة من العقد، والعناية المطلوبة هنا هي عناية الرجل العادي أي رب الأسرة المعني بشؤون نفسه، مثال ذلك التزام المستأجر الذي يجب عليه أن يبذل من العناية في استعماله للعين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله دائماً الرجل العادي، وكذلك المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها الرجل العادي في المحافظة على ماله.

ويتضح من هذا أن الالتزام ببذل عناية يكون الخطأ فيه هو عدم بذل القدر الواجب من العناية، فلا يكفي من الدائن هنا إثبات عدم تنفيذ الالتزام بل عليه إثبات الخطأ المتمثل في أن المدين لم يقوم ببذل العناية المطلوبة واللازمة في تنفيذ التزامه.<sup>1</sup>

كما يمكن أن يكون الالتزام التعاقدية؛ هو الالتزام بضمان السلامة، ونجد هذا النوع من الالتزام في مسألة ضمان سلامة البناء وهذا يكون في عقود المقاولة، حيث يعتبر المقاول مسؤولاً عن سلامة البناء الذي قام بإنجازه لصالح الدائن وأي إخلال بالتزامات العقد أو أي تقصير منه في تنفيذها يترتب على عاتقه المسؤولية العقدية الناتجة عن عدم الالتزام بضمان

<sup>1</sup> عيد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 660.

سلامة البناء، بالإضافة إلى عقود بيع المباني أين يكون البائع ملزماً بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ومنها مطابقة المبنى للمواصفات المتفق عليها فهي محل ضمان البائع.

وطبقاً للمادة 176 من ق.م.ج فإن المدين هو الذي يتحمل عبء نفي الخطأ العقدي سواء كان الالتزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، أو ضمان السلامة، سواء كان الدائن يرجع على المدين بالتنفيذ العيني أو بالتنفيذ بطريقة التعويض.<sup>1</sup>

لقد جاءت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 19 نوفمبر 1990 تحت رقم 63149 ، تأكيداً مبدأ يجب على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه<sup>2</sup>، وبالإضافة إلى أن الحكم بالتعويض دون إثبات الالتزام يعد خرقاً لأحكام القانون وهذا ما جاء به القرار الصادر عن المحكمة العليا عن الغرفة المدنية بتاريخ 1987/06/17 تحت رقم 49174<sup>3</sup>، كما أنه قد حكمت المحكمة العليا في قرارها والذي يعتبر مشهوراً والصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 28 ماي 1990 ملف رقم 41112 والذي جاء فيه بأن التزام رب العمل بالاحتفاظ بالعامل أو إرجاعه إلى منصب عمله هو التزام بعمل يستحيل تنفيذه قهراً أو جبراً، ويتم حسمه على شكل تعويضات طبقاً لأحكام المادة 176 ق.م.ج، وعليه فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للمبادئ القضائية المستقر عليها.<sup>4</sup>

غير أنه لا يكفي لكي يكون الشخص مخرلاً بالتزامه التعاقدية، مجرد الواقعة المادية، أي واقعة عدم القيام بهذا الالتزام على الوجه المطلوب، بل لابد لكي يتحقق الخطأ العقدي من توافر عنصرين اثنين أولهما العنصر المادي؛ وهو عدم قيام الشخص بواجبه على الوجه الأكمل المطلوب، وثانيهما العنصر المعنوي؛ وهو نسبة الواقعة المعنية إلى الشخص المكلف بالواجب المطلوب القيام به، بشرط أن يكون هذا الشخص قد تخلف عن القيام بواجبه، رغم أنه كان في الوسع أن يتبينه وأن يقوم به، وبدون ذلك لا يجوز اعتبار

<sup>1</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 280.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية 1990/11/19 ملف رقم 63149، المجلة القضائية 1992 عدد 1 ، ص 20 .

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية 1987/06/17 ملف رقم 49174، المجلة القضائية 1990 عدد 3 ، ص 27 .

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية 1990/05/28 ملف رقم 41112، المجلة القضائية 1992 عدد 2 ، ص 117.

الشخص مخطئاً، لأن فكرة الخطأ تتضمن حتماً فكرة المؤاخذة، ولا تتصور المؤاخذة إلا عن خطأ يستوجب اللوم<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : نطاق الخطأ في الالتزامات الناشئة عن العقد

إن تحديد نطاق الخطأ في الالتزامات الناشئة عن العقد، والذي تنتج عنه المسؤولية العقدية، يخضع للشروط الأساسية التي تخضع لها المسؤولية لكي تكون مسؤولية عقدية، والتي تنحصر أساساً في شرطين اثنين أولهما؛ أن يوجد عقد صحيح بين الدائن والمدين، وثانيهما؛ أن ينشأ الضرر بسبب الإخلال بالالتزام عقدي.

### أولاً: أن يوجد عقد صحيح بين المدين والدائن

لكي تتحقق المسؤولية العقدية عند اخلال الغير بالعقد يتعين ان يكون هنالك عقداً صحيحاً مستوفياً لأركانه من تراض ومحل وسبب، فاذا لم يكن العقد كذلك فلا يوجد مبرر لقيام المسؤولية في هذا المجال، فالعقد الباطل كما هو معروف عقد منعدم قانوناً من حيث الاصل وانعدامه يفيد عدم وجوده، فالعدم لا ينشئ غير العدم، وتأكيداً على معدومية العقد الباطل نجد البعض من الفقهاء يتحفظ على تسميته بالعقد ويرى ان اطلاق لفظ العقد عليه تأتي مجازاً، إذ لاوجود له في الحقيقة والواقع ولهذا فإنه عقد لا اثر له ولا يفيد حكماً<sup>2</sup>، وتأسيساً على ذلك فان بطلان العقد يعطي لمن كان طرفاً فيه ان يرتب اموره على اساس ان العقد غير موجود، كحالة غياب الرسمية في العقود الواردة على العقارات، فاذا كان العقد الباطل بيع مبنى مثلاً، فيكون للمالك في ضوء بطلانه ان يتصرف في المبنى كما لو كان البيع لم يقع اطلاقاً، فله ان يبيعه الى مشتر ثان واجراء كافة التصرفات عليه، من دون ان تترتب على اجراء هذه التصرفات مسؤولية البائع كما لا تنهض في الوقت ذاته اية مسؤولية على المشتري الثاني، وإذا كان بطلان العقد لا يثير المسؤولية العقدية، فالواقع ان الأمر على العكس من ذلك بالنسبة للعقد الموقوف، أو العقد القابل للإبطال، فمثلاً لو كان العقد

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، المرجع السابق، ص 735 وما بعدها.

<sup>2</sup> عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ج1، طبعة جديدة منقحة، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص12.

موقوفا او كان قابلا للإبطال، فهل تترتب المسؤولية المدنية عند الاخلال به، وهل يحق لنا ان نستعمل تعبير الاخلال بالنسبة لهذه العقود؟

مما لاشك فيه اننا نبحت في هذا المجال المسؤولية العقدية في الاحوال التي يحصل فيها الاخلال بالالتزامات العقدية بمبدأ حجية العقد أي نفاذه، وهذا يعني ان المسؤولية المدنية في هذا الفرض تدور وجودا وعدما مع هذا المبدأ، وتبعاً لذلك فان اجابة هذا الاستفهام تختلف بحسب ما اذا كان العقد الموقوف يتمتع بالحجية او النفاذ ام انه على غير ذلك لا يتمتع بها؟ ان طبيعة العقد الموقوف تحيينا على ذلك، فهذا العقد بحسب طبيعته لا يرتب أثره الملزم بين المتعاقدين كما انه في الوقت ذاته، تنعدم فيه شروط النفاذ ولكن انعدامها ليس في مواجهة الكافة وانما في مواجهة من تقرر الايقاف لمصلحته حصراً، وبالتالي فمن تقرر لمصلحته وقف العقد يكون له الحق بعدم احترام هذا العقد ويحق له تبعاً لذلك ان يهدم حجيته من دون ان تنهض مسؤوليته المدنية، وهذا التصور يأتي على العكس فيما لو حصل الاخلال ممن كان خارج طائفة من تقرر الايقاف لمصلحته، فهنا تنهض مسؤوليته المدنية تماماً لو كان العقد نافذاً، وهذا يجد تبريره في ان العقد الموقوف يفقد حجيته في مواجهة طائفة محددة من الاشخاص وليس في مواجهة الكافة وهذا الامر يظهر جلياً في العقود التي يكون محلها المباني والعقارات التي تخضع لنظام الشهر العقاري.<sup>1</sup>

### ثانياً: أن يقع الضرر بسبب الإخلال بالتزام عقدي

لا يكف لكي تكون المسؤولية عقدية، أن يوجد العقد الصحيح بين المسؤول والمضرور، بل لابد فوق ذلك أن يكون الضرر ناتجاً عن الإخلال بالالتزام العقدي ذاته .

<sup>1</sup> إن كان القانون المدني الجزائري لم ينص صراحة في بداية الأمر على لزوم إبرام العقود المتضمنة التصرفات الواردة على العقار في الشكل الرسمي إلا أن هذه الإحالات على القوانين المعمول بها كافية للقول بأن المشرع قد جعل من الرسمية شرطاً أساسياً لانعقاد تلك التصرفات. وقد تأكدت هذه القاعدة خاصة بعد صدور الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، لاسيما المرسوم التطبيقي له رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري. إذ نص في المادة 61 منه " بأنه يقدم على الشكل الرسمي كل عقد يكون موضوع إشهار". وأمام عدم تخصيص نص خاص لإبرام العقود الواردة على العقارات في الشكل الرسمي في القانون المدني فإن ذلك قد شكّل أحد الأسباب التي أدت إلى تناقض قرارات الجهات القضائية بخصوص هذه المسألة و سرعان ما أدرك المشرع هذا الفراغ القانوني فأدرج المادة 12 السالفة الذكر بكاملها في المادة 324 مكرراً من القانون 14/88 المؤرخ في 03/05/1988 المعدل والمتمم للقانون المدني أين أكدت صراحة على الرسمية كركن لانعقاد في كل عقد من شأنه نقل أو تعديل أو إنشاء أو زوال حق الملكية العقارية وعلى كل ما يرد على الحقوق العينية الأصلية و التبعية، وذلك عن طريق إثبات هذه التصرفات في محرر ينجزه موظف عام، أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ورتبت البطلان المطلق كجزاء على تخلفها. و تجسدت هذه الشكلية أيضاً بصدور قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 الذي كرس الملكية العقارية الخاصة بعد أن ألغى كل القيود الواردة على المعاملات العقارية لاسيما ما كان مفروضاً منها بموجب قانون الاحتياطات العقارية رقم 24/76 في مجال العقار الحضري وكذا قانون الثورة الزراعية، وأكد على قاعدة الرسمية من جديد بموجب المادة 29 منه التي نصت "يثبت الملكية الخاصة للأمالك العقارية و الحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".

وعليه فإن عدم قيام الناقل بعملية النقل المتفق عليها، وعدم قيام الطبيب بمعالجة مريضه الذي اتفق معه على العلاج، لا يكفي بحدّ ذاته لقيام المسؤولية، بل لا بدّ من إثبات الضرر المترتب على تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزامه<sup>1</sup>.

ولقد نصت المادة 379 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع، أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها"<sup>2</sup>.

والسبب لقيام المسؤولية العقدية في هذه الحالة مزدوج بين العقد والالتزام، مع وجود علاقة السببية بين الخطأ العقدي المتمثل في عدم الالتزام والضرر الذي يلحق بالطرف المتعاقد،<sup>3</sup> لكن ومن خلال المادة 379 الفقرة 1 من يتبين لنا ما الذي يتوجب على البائع أن يضمنه للمشتري وهي:

#### أ- الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم<sup>4</sup>

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي لفكرة عدم مطابقة المواصفات نقص المساحة، أو عدم تركيب دواليب في الحائط متفق عليها أو عدم بناء كاف،<sup>5</sup> وكفي لقيام مسؤولية البائع في هذه الحالة تخلف وجود الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها وقت التسليم،<sup>6</sup> كما أن عدم المطابقة يفترض أن الشيء المسلم خال من العيوب إلا أنه يختلف في جوهره، أو في أحد عناصره الأساسية عن الشيء الذي تم الاتفاق عليه في العقد،<sup>7</sup>

<sup>1</sup> محمد الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 293 وما بعدها.

<sup>2</sup> الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> Philippe BRUN, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, op, cit, p 356, 357.

<sup>4</sup> Philippe LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation, op, cit, p 1509.

<sup>5</sup> محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، المرجع السابق، ص 237.

<sup>6</sup> محمد حسن قاسم، عقد البيع دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري، المرجع السابق، ص 314.

<sup>7</sup> عبد القادر أقصاضي، الالتزام بضمان السلامة في العقود نحو نظرية عامة، المرجع السابق، ص 126.

زيادة على ذلك فإن تخلف الصفة يلتزم فيه المالك البائع بالضمان حتى وإن لم تكن الصفة المتخلفة مؤثرة، هذا بالإضافة إلى أنه لا يلزم في تخلف الصفة بأن تكون خفية حيث يضمن البائع الصفة حتى وإن كان تخلفها ظاهراً<sup>1</sup>. كما أن ضمان الصفة يقوم حتى وإن تم البيع عن طريق المزاد الذي لا يجوز فيه للمشتري الرجوع على البائع في حالة العيب الخفي وهذا في حالة ما تم البيع عن طريق المساومة<sup>2</sup>.

### ب- العيوب التي تنقص من قيمة المبنى أو من الانتفاع به<sup>3</sup>

العيوب هو الآفة الطارئة أو تلف أو عطب يؤثر على حسن أداء الشيء لوظيفته، أو يؤثر على متانته، أو حتى على مظهره الخارجي<sup>4</sup>. والعيوب الموجبة للضمان هي العيوب التي تنقص من قيمة المبنى أو تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له، ومن أمثله العيوب في المباني التصدع في الحوائط،<sup>5</sup> كما أنه يعتبر من قبيل العيوب سواء تلك العيوب التي تلحق الضرر مباشرة بالمشتري أو التي تسبب ضرراً إيكولوجياً يسبب ضرراً للمشتري<sup>6</sup>.

### المطلب الثاني: ركن الضرر

الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية العقدية وهو الذي يصيب الدائن من جراء خطأ المدين، وفي هذا المطلب سنتناول ركن الضرر في أربعة فروع.

### الفرع الأول: تعريف الضرر

يعرف الضرر في نطاق المسؤولية العقدية بأنه: " ما يصيب الدائن بخطأ المدين"، والضرر المادي هو أكثر أنواع الضرر وقوعاً، وهو الذي يصيب الإنسان أو الدائن في ماله، أو هو "الأذى الناتج عن عدم تنفيذ العقد بحرمان الدائن من منافع العقد"<sup>7</sup>

<sup>1</sup> الدكتور سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء 3، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 56.

<sup>2</sup> الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، المرجع السابق، ص 767.

<sup>3</sup> Philippe LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation, op, cit, p1936.

<sup>4</sup> عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص 126.

<sup>5</sup> وليد محمد بخيت الوزان، إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 14.

<sup>6</sup> Yves LEQUETTE et Nicolas MOLFESSIS, Quel avenir pour la responsabilité civile, op, cit, p 80.

<sup>7</sup> مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 60.

ويجب لقيام المسؤولية العقدية أن يكون الضرر قد وقع فعلا، كما لو تضرر المستأجر بسبب سقوط مبنى العين المؤجرة بسبب عيب في المبنى كان موجودا قبل التسليم وإخلال المؤجر المالك في الالتزام بتسليم العين المؤجرة على الحالة المتفق عليها في عقد الإيجار، وأشارت المادة 483 من ق.م.ج.<sup>1</sup>، إلى أن المؤجر يضمن للمستأجر ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، وعليه فإنه يسأل المؤجر عن الضرر الذي يلحق المستأجر من فعل العين المؤجرة على أساس فعل الشيء، مع الإشارة إلى أن في عقد الإيجار فإن حراسة العين المؤجرة تنتقل من المؤجر إلى المستأجر طيلة مدة الإيجار، وبذلك يصبح المستأجر حارسا أصليا للشيء.

وقد يكون الضرر محقق الوقوع في المستقبل، كأن يتعهد مالك المبنى في عقد البيع على تسليم المبنى في تاريخ محدد للمشتري من أجل استعماله من طرف هذا الأخير في تخزين مواد يستلمها في نفس تاريخ استلام المبنى فيتأخر المالك في تسليم المبنى، ففي هذه الحال لم يلحق بالمشتري أي ضرر بعد، ولكن سيلحقه الضرر في المستقبل لا محالة. أو في حالة ما تم تسليم المبنى بغير المواصفات التي تم الاتفاق عليها وهو ما يجعله غير قابل للاستعمال فيما يريده المشتري، وهو ما أكدته المادة 379 من ق.م.ج.<sup>2</sup>، حين جعلت البائع ملزما بضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع ولو لم يكن عالما بها، وهي تعتبر مسؤولية عقدية أنتجها عقد البيع.<sup>3</sup>

وكذلك قد يكون الضرر محتملا، كما لو أجرى المستأجر تعديلات في العين المؤجرة أدت إلى حدوث ضعفٍ فيها قد يؤدي إلى انهيارها في المستقبل، فهنا يجب على المستأجر أن يعرض المالك عن هذا الضعف فقط، أما احتمال انهيارها في المستقبل وهو الضرر المحتمل، فلا يعرض عنه إلا إذا تحقق، فإذا لم يتحقق فيما بعد فلا تعويض. وكذلك إذا تأخر المقاول في تسليم مبنى كان سيؤجر كمدرسة شهرا، فلا محل للمسؤولية العقدية طالما تم

<sup>1</sup> نصت المادة 483 من ق.م.ج. انه : " على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ولا يجوز له أن يحدث بها، أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع، ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من مأموريه، بل يمتد هذا الضمان إلى كل إضرار أو تعويض مبني على سبب قانوني يصدر من مستأجر آخر أو من أي شخص آخر تلقى الحق عن المؤجر "

<sup>2</sup> نصت المادة 379 من ق.م.ج. انه: " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها..."

<sup>3</sup> العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 280.

التسليم قبل الموعد المحدد لبدء سريان عقد الإيجار، لانتهاء الضرر، ولأنه إذا لم يثبت وقوع الضرر فلا مجال للبحث في قيام المسؤولية العقدية، ولا يكفي وقوع الخطأ وحده لقيام هذه المسؤولية، وكذلك لو باع شخص لآخر عربة، وتعهد بأن يسلمها في ميعاد معين، ثم تأخر في التسليم، فإن هذا يعتبر خطأً عقدياً، ولكن لا تتحقق مسؤولية البائع إلا إذا ترتب على هذا التأخير ضرر أصاب المشتري .

والأصل أن عبء إثبات الضرر يقع على الدائن لأنه هو الذي يدعي الضرر، وتستثنى من ذلك حالة وجود الشرط الجزائي في العقد، إذ الثابت أن الشرط الجزائي ينقل عبء إثبات الضرر من الدائن إلى المدين، فيكون الضرر مفروضاً لصالح الدائن إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع<sup>1</sup>.

ومما سبق ذكره يتضح لنا أن المفهوم الاصطلاحي للضرر، هو ما يلحق الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه، أو عاطفته، أو بماله، أو حرّيته، أو شرفه، أو اعتباره، أو غير ذلك، فضلاً عن كونه يعد ركناً أساسياً لا تقوم المسؤولية العقدية بدونه، ولا تطبق أحكامها إلا بوجوده، ولا سيما أنه لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية وقوع الخطأ فقط، بل لا بد أن يترتب على ذلك الخطأ ضرر يصيب الدائن .

### الفرع الثاني: أقسام الضرر وشروط تقدير التعويض فيه

#### أولاً: أقسام الضرر

ينقسم الضرر على حسب محل وقوعه إلى نوعين اثنين: ضرر مادي، وضرر أدبي، أما الضرر المادي فهو الذي يصيب الشخص في الناحية المالية، كعدم تسليم المبنى المتفق عليه، أو التأخر في تسليمه، إذا ترتب على ذلك فوات صفقة رابحة. وأما الضرر الأدبي فهو الذي لا يمس المال، وإنما يصيب الشخص في ناحية غير مالية، كالشعور، أو العاطفة،

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، المرجع السابق، ص 763 . وعبد الحميد الشواربي، عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ص 439 وما بعدها . هذا وتضيف معظم القوانين الوضعية حالة أخرى، هي حالة المطالبة بالفوائد القانونية . ففي هذه الحالة لا تشترط تلك القوانين إثبات الضرر، وتكتفي بإثبات الخطأ فقط.



أو الكرامة، أو الشرف، كما لو تصرف المالك المؤجر في العين المؤجرة بصورة مست بحرمة وشرف المستأجر<sup>1</sup>.

### ثانياً : شروط تقدير التعويض في الضرر

يشترط لوجوب التعويض أن تتوفر في الضرر ثلاثة شروط هي أن يكون مباشراً، ومحققاً، ومتوقفاً، والشروط الأولى والثاني يتواجدان على كل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، أما الشرط الثالث فتستقل به المسؤولية العقدية.

#### أ- أن يكون الضرر مباشراً

فالضرر الذي يعوض عنه، سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، هو الضرر المباشر، ويراد به الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه، وهو يعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، أما الضرر غير المباشر فلا يلتزم المدين بالتعويض عنه.

#### ب- أن يكون الضرر محققاً

ولا يتم التحقق إلا إذا كان الضرر حالاً؛ أي وقع فعلاً<sup>2</sup>، أو إذا كان مستقبلاً، ولكنه محقق الوقوع، علماً بأنه إذا كان من الممكن تقدير التعويض عن الضرر المستقبل في الحال، جاز للدائن أن يطالب به فوراً، وإذا لم يكن هذا التقدير ممكناً في الحال، فإن القاضي يلجأ إلى أحد أمرين اثنين:

1- إما أن يقضي بالتعويض عما وقع من الضرر فعلاً، ويحتفظ للمضروور بالحق في الرجوع بعد ذلك بالتعويض عند استفحال الضرر في المستقبل .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، المرجع السابق، ص 764 . وعبد الحميد الشواربي، عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ص 444 .

<sup>2</sup> العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 287.

2- وإما أن يؤجل الحكم بالتعويض حتى يتضح مدى الضرر، كما إذا أصيب مستأجر نتيجة سقوط حائط من المبنى الذي يؤجره بسبب عيب في المبنى ولم يتضح في الحال مدى الإصابة التي تعرض لها المستأجر أو درجة خطورتها .

وهكذا يغدو واضحا وجوب تحقق الضرر الذي يطالب الدائن بالتعويض عنه<sup>1</sup>.

### ج- أن يكون الضرر متوقعا أو مما يمكن توقعه عادة وقت العقد

وهذا الشرط يعد من الشروط التي تختص بها المسؤولية العقدية، لأن التعويض عن الضرر المباشر يكون في المسؤولية التقصيرية، سواء كان هذا الضرر متوقعا أو غير متوقع، أما في المسؤولية العقدية فلا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر والمتوقع، وذلك في غير حالتَي الغش والخطأ الجسيم.

وبالرجوع إلى نص المادة 182 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري نجد أنه جاء فيه: " .. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"، فالملاحظ أن المادة أشارت فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية إلى الضرر المتوقع والذي يقصد به ما كان محتمل الحصول ويمكن توقعه.

ويذهب الفقه لتبرير هذا الشرط بأن التزام المدين بتعويض الضرر المتوقع وحده في حالة الخطأ اليسير في نطاق المسؤولية العقدية يستند إلى فكرة عدالة التعويض "، فالدائن عند تعاقدته يسعى إلى التنفيذ العيني لا وراء التعويض، و أن المدين لم يتعهد بالالتزام إلا بما يستطيع تنفيذه ويجب الحكم عليه بالتعويض<sup>2</sup>.

وعليه فإن الضرر الذي يجب التعويض عنه في المسؤولية العقدية هو الضرر المتوقع فحسب، فإذا تعهد مرقي عقاري بنقل ملكية مبنى سكني جديد إلى مشتري في تاريخ محدد، وتأخر عن التسليم في التاريخ المحدد، وبعد هذا التاريخ تهدم السكن القديم الذي كان يسكنه

<sup>1</sup> محمد المنجي، دعوى التعويض، المرجع السابق، ص 155 وما بعدها .

<sup>2</sup> علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2002، ص 256.

المشتري وسبب أضرارا لهذا الاخير، فلا يلتزم المرقى في هذه الحالة بتعويض الضرر الذي أصاب المشتري من جراء تهدم سكنه القديم، بحجة أنه كان من الممكن له تفادي هذا الضرر لو قام المرقى بتسليمه المبنى السكني الجديد في الوقت المتفق عليه، لأن توقع مثل هذه الأمور غير ممكن أو متصور عند التعاقد .

أما إذا قام المدين بالغش، بأن تعمد عدم تنفيذ التزامه، أو كان قد ارتكب خطأ جسيماً، فإنه يسأل عن جميع ما أصاب الدائن من ضرر، سواء أكان متوقفاً أو غير متوقع<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن علة قصر التعويض على الضرر المتوقع، فيما عدا حالتي الغش والخطأ الجسيم، يقوم أساساً على مبدأ أن المتعاقدين هما اللذان أنشأ الالتزام، وهما اللذان يحددان مدى التعويض عنه؛ ومن ثم يقتصر التعويض على ما كان يدخل في حسابهما، وانصرفت إليه إرادتهما وقت التعاقد، وهو الضرر المتوقع، أما الضرر غير المتوقع فلم يدخل في دائرة التعاقد، ولهذا فلا يعرض عنه.

لكن يلاحظ إلى جانب ذلك أن القوانين لا تعترف للإرادة بسلطانها على هذا النحو، إلا في الحدود التي لا تتجه فيها الإرادة إلى ما يخالف النظام العام، كالغش أو الخطأ الجسيم.

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد أن توقع الضرر لا يقتصر على توقع سبب الضرر، بل يشمل كذلك توقع مقداره؛ وكما هو واضح من المثل الذي ذكرناه، فإذا تأخر تسليم المبنى السكني الجديد نتيجة لخطأ المرقى العقاري في إجراءات نقل الملكية، فلا يقال: إن المرقى العقاري كان يتوقع وقوع خطأ منه يؤدي إلى تأخر التسليم، فيجب عليه التعويض عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع في آن واحد، فالمرقى العقاري لا يلتزم إلا بقيمة الضرر المتوقع الذي حدث بسبب التأخر في تسليم السكني، بحسب المتعارف عليه كما ذكرنا، وعليه فما دام الضرر الذي يعتد به هو الضرر المتوقع فقط، فإن الوقت الذي ينظر فيه إلى توقع أو عدم توقع الضرر هو وقت إبرام العقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج1، المرجع السابق، ص 288.

<sup>2</sup> أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية 1996، ص 313. و محمد المنجي، دعوى التعويض، المرجع السابق، ص 156.

## الفرع الثالث : تحمّل التبعة

تنتهي نظرية تحمل التبعة إلى أن كل من يستخدم أشخاصا لأجل تنفيذ التزاماته التي أخذها على عاتقه لصالح الآخرين، يكون مسؤولا عن أفعال هؤلاء الأشخاص، إذا ما أخلوا بتنفيذ تلك الالتزامات .

وغني عن البيان أنه بالنظر إلى المنافع التي يحصل عليها هذا الشخص من نشاط المستخدمين عنده، وبالنظر إلى المزايا المتعددة التي تمكنه من توسيع دائرة أعماله المختلفة، فإنه يجب عليه بالمقابل أن يتحمل تبعة الأعمال الضارة التي تصدر عنهم، والغرم بالغرم .

والواقع أن هذا المنطق هو الذي جعل أغلب القانونيين يؤسسون مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على نظرية تحمل التبعة، فمادام أن المتبوع يستفيد من نشاط تابعه، فيجب أن يتحمل تبعة هذا النشاط، ويعلمون ذلك بأن المدين الذي يستدعي الغير لتنفيذ التزاماته الشخصية، يلتزم قبل الدائن بالتعويض عما يقع من هؤلاء من أضرار حتى في حالات انتفاء خطئه الشخصي<sup>1</sup>.

ولو تصفحنا نصوص القانون المدني الجزائري المتعلقة بالمسؤولية التعاقدية لا نجد نصا صريحا يشير بصفة مباشرة إلى المسؤولية العقدية عن الغير وذلك على غرار النص الذي يقرر القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية عن عمل الغير، وهو نص المادة 136 من القانون المدني الجزائري الذي يقرر مسؤولية المتبوع عن تابعه، غير أننا إذا تمعنا في المادة 178 من ق.م.ج التي نصت " ... غير انه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ".

فيمكن أن نجزم بطريق غير مباشر أن هذا النص يقرر مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير؛ لأن هذا الأخير يستخلص ضمنيا من هذا النص، فباعتبار أن هذا النص خاص

<sup>1</sup> محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، مطابع سجل العرب، القاهرة، 1970م، ص 112 وما بعدها .

بتعديل قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير لا يتصور تطبيقه إلا إذا كانت القاعدة العامة هي مسؤولية المدين مسؤولية عقدية عن خطأ من يستخدمهم في تنفيذ التزامه<sup>1</sup>.

فيما أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم قيام مسؤوليته عن الخطأ الذي يلحق من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو في الأصل مسؤولاً عن خطأ هؤلاء الأشخاص فيستطيع أن يبقي هذه المسؤولية بالاتفاق<sup>2</sup>.

### الفرع الرابع: التعسف في استعمال الحق

من الثابت أصلاً أن لصاحب الحق أن يستأثر باستعمال حقه في حدود ما يسمح به القانون؛ ولكن إذا أساء في استعمال حقه حتى أضرّ بالغير، فمن هنا يأتي التساؤل :

هل يمنع من استعمال حقه ؟ أم يلزم بالتعويض ؟ أم يترك يستعمل حقه كيف شاء ؟

كان النظر التقليدي يجعل حقوق الإنسان حقوقاً مطلقة ومقدسة، ولم تكن فيه حدود دينية، أو أخلاقية، أو نظامية، تقيد من حرية الإنسان في استعمال حقه، ما دام لم يجاوز الحدود المادية لهذا الحق.

غير أن تداخل حلقات الحياة الاجتماعية، وارتباط مصالح الأفراد مع بعضهم البعض، قد أبرز مساوئ التمسك بذاك النظر التقليدي؛ فاتجهت الأفكار الحديثة وجهة عكسية، ففرضت القيود على صاحب الحق في استعمال حقه، وجعلت من وظيفة القانون المحافظة على كيان المجتمع ككل، ومن ثم فإن مصلحة الفرد أصبحت تتحقق من خلال مصلحة المجتمع، حتى قيل إن الحق وظيفة اجتماعية.

ولكن كلا الاتجاهين لم يسلم من التطرف، لذلك فقد ذهبت القوانين الحديثة مذهباً وسطاً بين الاتجاهين، فلم تنكر على صاحب الحق استعمال حقه بما يعود عليه من منافع، ولم تطلق له العنان ليستعمل حقه كيفما شاء، بل وضعت على هذا الاستعمال قيوداً تضمن عدم الإساءة للآخرين، فقامت نظرية التعسف في استعمال الحق، التي تقوم على تجريد صاحب

<sup>1</sup> أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 254

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص 432

الحق من الحماية القانونية، ومنعه من استعمال حقه، إذا كان هذا الاستعمال سيؤدي إلى إلحاق الضرر بالآخرين، أو بالصالح العام، بل قررت مساءلته عن سوء الاستعمال بما يصيب الغير من ضرر، جراء هذا الاستعمال المنحر<sup>1</sup>.

وبهذا يتضح أن التعسف في استعمال الحق يقصد به استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له الحق استعمالاً يضر بالغير، ويتحقق ذلك إذا قصد الشخص الذي يستعمل حقه إلى أهداف أو غايات غير مشروعة، أو إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير، أو إذا كانت الفائدة التي يحصل عليها لا تتناسب مع ما يحدثه الاستعمال من ضرر للغير، كأن يبني شخص في ملكه حائطاً عالياً لم يقصد به سوى حجب النور و الهواء عن جاره .

وحتى يعتبر الشخص متعسفا لابد من توافر واحدة من الحالات الثلاث التالية :

#### أولاً: قصد الإضرار بالغير

يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير، كمن يبني حائطاً في ملكه، ليحجب النور والهواء عن جاره، فطالما كان هذا الاستعمال منحرفاً عن الاستعمال المعتاد، وكان الهدف منه إلحاق الأذى بالجار، ولم تكن فيه أي مصلحة حقيقية، وتجدر الإشارة هنا إلى أن تحري القضاء عن المصلحة العائدة على صاحب الحق من استعماله لحقه، تفيد في إثبات أو نفي قصد الإضرار بالغير، فإذا انعدمت المصلحة المرجوة من الاستعمال، اعتبر القضاء ذلك قرينة على قصد الإضرار بالغير، والمصلحة المقصودة هنا هي المصلحة الحقيقية وليست المصلحة التافهة أو المصلحة العارضة، التي لم يقصدها صاحب الحق أصلاً، وعلى هذا فمن يزرع أشجاراً في أرضه لحجب النور عن جاره يعتبر متعسفاً، حتى لو تبين بعد ذلك أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع، بل حتى لو كان هذا القصد مصحوباً بنية جلب منفعة، إذا كانت هذه النية عاملاً ثانوياً في الإقدام على زرع الأشجار، ويتحمل المضرور عبء إثبات قصد الإضرار

<sup>1</sup> محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، ط 3، 1987م، ص 516. و إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مطبعة النصر، مصر، بدون تاريخ، ص 165 وما بعدها .

عند صاحب الحق، وله الحق في إثبات هذا القصد بجميع طرق الإثبات، لأنه ينصب أساساً على واقعة مادية<sup>1</sup>.

### ثانياً: عدم تناسب مصلحة صاحب الحق مع الضرر الذي يلحق بالغير

وكذلك يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها من استعماله لحقه، لا تتناسب مع ما يعود على الغير من ضرر، ويتحقق ذلك إذا كانت المنفعة التي يحصل عليها الشخص ضئيلة جداً أو تافهة، إذا ما قورنت بالضرر الذي يعود على الغير من جراء ذلك الاستعمال، ومعيار التعسف في هذه الحالة معيار موضوعي، لا ينظر فيه إلى شخص صاحب الحق وما قصده من استعماله لحقه، وإنما ينظر فيه إلى الموازنة بين المصلحة التي يقصدها صاحب الحق، والضرر الذي يعود على الغير، فإذا رجحت كفة الضرر على كفة المصلحة، كنا بصدد تعسف يحق للمتضرر طلب إزالته، أما إذا رجحت كفة المصلحة على كفة الضرر، فليس هناك تعسف في استعمال الحق، ويعتبر التعسف متحققاً وفقاً لهذا المعيار، إذا اختار صاحب الحق من بين الطرق المتعددة والممكنة لاستعمال حقه، أكثر الطرق إضراراً بالغير دون فائدة كبيرة يرجوها<sup>2</sup>.

### ثالثاً: عدم مشروعية المصلحة المقصودة بالاستعمال

مما لا شك فيه أن الشخص يكون متعسفاً في استعمال حقه، إذا كان يرمي من وراء هذا الاستعمال إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة؛ ويكون ذلك إذا قصد صاحب الحق من استعماله لحقه، الوصول إلى غاية لا يقرها القانون، فمالك الأرض الذي يقيم على أرضه أعمدة شاهقة الارتفاع تعرض الطائرات للاشتباك بها، كي يجبر شركة طيران التي تحط طائراتها في مطار مجاور على شراء أرضه بثمن مرتفع، يعتبر متعسفاً في استعمال الحق، لأنه يهدف تحقيق مصلحة غير مشروعة، هي إرغام الشركة على التعاقد بالإكراه.

وجدير بالأهمية والذكر هنا أن تعويض الضرر الناجم عن التعسف، ليس هو الصورة الوحيدة التي يتخذها الجراء في هذا الخصوص؛ فهناك جزاء وقائي يعتبر من خصوصيات

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، المرجع السابق، ص 1182.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في البلاد العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، جمهورية مصر العربية، 1985م، ص 128.

نظرية التعسف، ويساهم في تمييزها بكيان مستقل، حيث يتمثل هذا الجزاء في منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو تسعفي، فيحول ذلك بالتالي دون وقوع الضرر<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر

بالنظر إلى قواعد وأركان المسؤولية العقدية، نجد أنه ربما يتحقق فعلا وقوع الخطأ والضرر باعتبارهما من أهم الأركان التي تقوم عليها المسؤولية العقدية، ومع ذلك لا تقوم المسؤولية العقدية، وذلك لكون خطأ المدين ليس هو السبب في الضرر الذي أصاب الدائن .

### الفرع الأول: إثبات علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر

إن من المستقر عليه أن الدائن ملزم بإثبات خطأ المدين والضرر الذي لحق به إلا أنه لا يزال هناك جدل قائم في الفقه ويتعلق الأمر ببيان ما إذا كان الدائن ملزماً بإثبات علاقة السببية أيضاً بين خطأ المدين والضرر الذي لحق به، أو أن هذه العلاقة تصبح مفترضة ومن ثم يكون الدائن في غنى عن إثباتها.

وعلى هذا نلاحظ أن الفقه بخصوص هذا الأمر قد تبني اتجاهين، فقد ذهب أصحاب الاتجاه الأول إلى القول بأن الدائن يكون ملزماً بإثبات هذه العلاقة، وإن كان يرى أن هذه العلاقة تعتبر هينة، لأن الظروف والملابسات المحيطة بالنزاع كثيراً ما يستشف منها القاضي قيام قرائن قضائية على توافر علاقة السببية، فلا يتطلب الأمر مزيداً من الإثبات<sup>2</sup>.

وأما أصحاب الاتجاه الثاني يقولون خلاف ذلك، إذ يرون أن علاقة السببية بين الخطأ والضرر مفروضة لا يطلب من الدائن إثباتها، ويترتب على ذلك أن الدائن ليس عليه إلا أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من عدم تنفيذ المدين لالتزامه، ومتى اثبت ذلك قام في جانب المدين خطأ غير قابل لإثبات العكس، وقامت أيضاً علاقة السببية بين هذا الخطأ المفروض

<sup>1</sup> سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في البلاد العربية، المرجع السابق، ص 130 .  
<sup>2</sup> ثروت حبيب، المصادر الإرادية في القانون المدني الليبي، المرجع السابق، ص 391



والضرر الثابت، ولكن للمدين أن ينفي هذه العلاقة بإثبات أن الضرر وقع ليس بسبب خطأ المدين وإنما كان نتيجة لسبب أجنبي<sup>1</sup>.

فالمدين إذن هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة، فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن، فالمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي، ويكون ذلك بإثبات أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة، أو حادث فجائي، أو يرجع ذلك إلى خطأ الدائن نفسه، أو يرجع إلى فعل الغير<sup>2</sup>.

وهذا الاتجاه هو الذي تبناه المشرع الجزائري وبذلك قرر أن علاقة السببية بين الخطأ والضرر مفروضة فرضاً قانونياً بسيطاً، ومعنى ذلك أنه قابل لإثبات العكس، فإذا أثبت الدائن الضرر الذي لحقه وخطأ مدينه فهنا تقوم علاقة السببية بينهما بنص القانون ولا يدرأ عن المدين هذه المسؤولية إلا إثبات السبب الأجنبي، وقد نصت المادة 176 من ق.م.ج أنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"، ففي حقيقة الأمر أن هذه المادة تتعلق فقط بركن الخطأ، وتفترض أن استحالة التنفيذ رجع إلى سلوك المدين، وليس لها شأن على الإطلاق بعلاقة السببية بين الخطأ والضرر والذي يظل إثباتها خاضعاً للمبادئ العامة<sup>3</sup>.

وتأكيداً لما جاء فإن المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1987/06/17 ملف رقم 49174 أكدت أنه يقع على الدائن عبء إثبات علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام أي الخطأ العقدي، والضرر الذي لحقه<sup>4</sup>. وكذلك في ما يخص افتراض العلاقة السببية إذ في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية أيضاً بتاريخ 1985/11/27 ملف رقم 41783 جاءت فيه أن علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوك المدين، فهي مفترضة في نظر المشرع والذي يفترض أن الخطأ راجع إلى

<sup>1</sup> محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983، ص 120.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، المرجع السابق، ص 688.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج1، المرجع السابق، ص 291

<sup>4</sup> المحكمة العليا، غرفة مدنية، 1987/06/17، رقم 49174، المرجع السابق.

الضرر<sup>1</sup>. وعلى المدين إذا كان يدعي عكس ذلك، أن يقوم بنفي علاقة السببية بين عدم التنفيذ وسلوكه. وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا عن الغرفة المدنية بتاريخ 1987/06/03 تحت رقم 49767<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: نفي علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر

سبق القول أنه حتى تتوافر العلاقة السببية يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبي انعدمت السببية وتندعم أيضا السببية حتى ولو كان الخطأ هو السبب في إحداث الضرر ولكنه لم يكن السبب المنتج أو كان السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر<sup>3</sup>.

وتنص المادة 127 من ق.م.ج: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

من منطلق هذه المادة يتضح لنا أن المدين لا يستطيع أن يدفع المسؤولية عنه إلا بنفي علاقة السببية بين الضرر وعدم تنفيذ المدين لالتزامه وسلوكه وذلك بإثبات السبب الأجنبي، ويقصد به كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن، والسبب الأجنبي الذي جعل التنفيذ مستحيلا، قد يكون قوة قاهرة أو حادثا فجائيا، أو قد يكون خطأ الدائن أو فعل الغير.

### أولاً: القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

قال البعض من الفقهاء بالترقية بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، وذلك على أساس أن القوة القاهرة هي ما لا يمكن دفعه أما الحادث الفجائي فهو ما لا يمكن توقعه وأن القوة القاهرة تجعل استحالة التنفيذ مطلقة، أما الحادث المفاجئ فهو يجعل استحالة التنفيذ نسبية فقط، كما أن القوة القاهرة تتعلق بأحداث خارجية كحرب، أو زلزال، فتكون القوة القاهرة

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة مدنية 1985/11/27، رقم 41783، المرجع السابق

<sup>2</sup> المحكمة العليا، غرفة مدنية 1987/06/03، رقم 49767، المجلة القضائية 1990 عدد 3، ص 30 .

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 688.

هي وحدها السبب الأجنبي الذي يحول دون قيام المسؤولية، أما الحادث الفجائي فلا يمنع عن تحقق المسؤولية.

إن المشرع الجزائري في المادة 127 من ق.م.ج، إعتبر كلا من القوة القاهرة والحادث المفاجئ مترادفين فهما إسمان مختلفان لمعنى واحد، فإذا نظرنا إليه على أنه غير متوقع الحصول فهو حادث فجائي، وإذا نظرنا إليه من حيث انه لا يمكن دفعه فهو قوة قاهرة، وعليه يمكن تعريفها: " أمر غير متوقع الحصول، وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيل، دون أن يكون هناك خطأ في جانب المدين"، وهذا هو ما اعتبره كذلك الفقه والقضاء في هذا الشأن. ويشترط في الحادث حتى يكون قوة قاهرة أو حادثا فجائيا أن يكون أمرا لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، وأن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

#### أ- أن يكون الحادث غير ممكن توقع حصوله :

يجب أن يكون هنا عدم التوقع هو الإستحالة المطلقة لا بالنسبية، بحيث يستحيل على الشخص توقعه مهما كانت درجته من اليقظة، فإذا أمكن توقعه فلا يكون قوة قاهرة حتى ولو استحاله دفعه. ويقاس عدم إمكان التوقع معيار الرجل المعتاد أي بالمعيار الموضوعي لا الذاتي، وعدم التوقع في المسؤولية العقدية يكون وقت إبرام العقد<sup>1</sup>.

#### ب - أن يكون الحادث من غير الممكن دفعه :

يجب أن تكون أيضا القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع، فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحاله توقعه لم يكن قوة قاهرة أو حادثا فجائيا.

#### ج - أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا :

يجب أن تكون هنا الإستحالة مطلقة وليست نسبية في تنفيذ الالتزام، ويستوي أن تكون هذه الاستحالة مادية أو معنوية، فإذا كانت الاستحالة نسبية أي قاصرة على المدين دون غيره فلا يعتبر الحادث قوة قاهرة ولا يعفى المدين من المسؤولية وهذا الشرط هو الذي

<sup>1</sup> أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 357.

يتميز في نطاق المسؤولية العقدية بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، فالأولى تجعل التنفيذ مستحيلا مطلقا وأما الثانية فتجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط<sup>1</sup>.

ومما سبق فإنه تبين لنا أن للقوة القاهرة أو الحادث الفجائي آثار، ويجب التفرقة في ذلك بين فرضيتين، الأولى : أن تكون القوة القاهرة هي السبب الوحيد في وقوع الضرر، وفي هذا الفرض تنتفي المسؤولية لإنعدام العلاقة السببية، أما الثاني: أن تشترك القوة القاهرة مع خطأ المدين في إيقاع الضرر، فإن هذا الأخير يسأل كلية عن الضرر، فيلتزم بالتعويض الكامل لأن القوة القاهرة لا يمكن نسبتها إلى شخص آخر حتى يشترك مع المدين في تحمل المسؤولية.

فإذا كانت القوة القاهرة مانعة بصفة نهائية لتنفيذ الالتزام فإن المدين يبرأ نهائيا من التزامه، أما إذا كانت مؤقتة فإنها توقف تنفيذ الالتزام حتى يزول الحادث فيصبح الالتزام واجب التنفيذ<sup>2</sup>.

وقد حكمت المحكمة العليا فيما يخص هذا الشأن المتعلق بالقوة القاهرة وهذا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 30 مارس 1983 تحت رقم 27429 فيما يخص بمسؤولية ناقل الأشخاص والذي عليه بالالتزام بضمان سلامة المسافرين والذي يعتبر التزاما قانونا ، فتضمن القرار الحثيات التالية :

" حيث عملا بالمادتين 62 و63 من القانون التجاري، يجب على ناقل الأشخاص أن يضمن سلامة المسافرين، إلا إذا كان هناك قوة قاهرة أو خطأ من طرف المضرور. حيث لكي يعفى الناقل أو الحارس للشئ من كل مسؤولية الحادث يجب عليه أن يثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه، وليس في استطاعته تفاديه. لكن حيث أن رجوع بعض المسافرين إلى عربات القطار بعد النزول منها أمر متوقع ويمكن تفاديه عن طريق الاعتناء الكامل من طرف حارس المحطة الذي عليه ألا أن يعطي إشارة الانطلاق للقطار إلا بعد التأكد من نزول كل المسافرين، وغلق أبواب القطار...".

<sup>1</sup> العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 203 .  
<sup>2</sup> زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، بيروت صيدا، بدون تاريخ، ص 101 و ما بعدها .

وبذلك فالمبدأ هنا الذي أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها هذا هو أنه إذا كان من السائد فقها وقضاء أن العقد شريعة المتعاقدين فإن ذلك الأمر ليس مطلقا في عقد نقل الأشخاص الذي أوجب فيه القانون على الناقل ضمان السلامة للمسافرين وحمله المسؤولية المترتبة عن إخلاله بذلك الالتزام، واعتبر كل شرط يرمي إلى الإعفاء من تلك المسؤولية مخالف للنظام العام، غير أنه أجاز التخلص منها كلية أو جزئيا عن طريق إثبات خطأ المسافر أو القوة القاهرة<sup>1</sup>.

كما أنها قضت في قرارها الصادر أيضا عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 1990/06/11 بأنه من المقرر قانونا أن الخسائر الناتجة عن ارتطام السفن بسبب القوة القاهرة يعفى طاقم السفينة من المسؤولية م 176 ق.م و م 2/282 ق.بحري، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون - ولما كان من الثابت - في قضية الحال أن قضاة الاستئناف لما قضوا بمسؤولية طاقم السفينة عن الأضرار اللاحقة بالميناء التي سببتها قوة الرياح، يكونوا قد خالفوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>2</sup>.

بالإضافة إلى قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1983/03/02 تحت رقم 20310 جاء فيه أن : العلاقة التي تربط بصاحب الحمام هي عقد خدمات ومثل هذا العقد يضع على عاتق صاحب الحمام التزاما بسلامة الزبائن وهو التزام بنتيجة. والمسؤولية فيه مفترضة ما لم يثبت أن الحادث يرجع إلى سبب لا يد له فيه طبقا للمادة 176 من القانون المدني.

ومفهوم - السبب الأجنبي - أن يكون غير متوقع ولا يمكن تفاديه ووجود الصابون في بيت الاستحمام شيء متوقع وبوسع المدين أن يتفاداه بتوخي الحيطة، لذلك لا يدخل في حكم السبب الأجنبي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية 1983/03/30 ملف رقم 27429، المجلة القضائية 1989، عدد 1، ص 42 .  
<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية 1990/06/11 ملف رقم 65920، نقلا عن العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام ج 1، ص 293.  
<sup>3</sup> حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 78 .

كما استقر الفقه والقضاء على أن التزام صاحب الألعاب الصبائية هو التزام بسلامة الأولاد، وأن التزام ناقل البضاعة لا ينتهي إلا بتسليم البضاعة، ومسؤولية هؤلاء مفترضة قانوناً ما لم يثبت أن الحادث سببه القوة القاهرة أو فعل الدائن أو خطأ الضحية<sup>1</sup>.

### ثانياً: فعل الدائن

ويقصد به الخطأ الذي يصدر عن الدائن نفسه والذي يكون السبب في الضرر الذي لحق به، فإذا حدث مثل هذا الخطأ، فإنه يؤدي إلى قطع علاقة السببية ومن ثم دفع مسؤولية المدين العقدية .

وإذا كان فعل الدائن يجمع بين عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه فإنه يعتبر سبباً أجنبياً<sup>2</sup>.

وعليه فإذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدية قد نشأ عن خطأ الدائن فإن مسؤوليته لا تتحقق بتحمل الدائن تبعه خطئه، وقد يكون خطأ الدائن شخصياً، كما إذا كان المشتري لسكن لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد فامتنع البائع عن تسليمه مفاتيح السكن مما أدى إلى هلاك الأثاث الذي يملك، فليس للمشتري أن يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب تأخر البائع عن التسليم، فإن عدم قيام البائع بتنفيذ التزامه يرجع لخطأ المشتري في عدم دفع الثمن.

وكذا الأمر مثلاً في عقد نقل البضائع، إذا كان عامل النقل يقود المركبة التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب ولكن البضائع كانت قابلة للكسر. ولم يغلفها صاحبها التغليف المعتاد الذي به يؤمن عليها من الكسر أو التلف، فإذا تلفت هذه البضائع أو انكسرت، فيكون الضرر في هذه الحالة غير ناشئ عن خطأ المدين، بل عن خطأ الدائن نفسه، لأن البضائع كانت تنكسر حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة، فسبب الضرر هنا ليس خطأ المدين بل هو خطأ الدائن نفسه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> العربي بلحا، النظرية العامة للالتزام ج1، المرجع السابق، ص293 .  
<sup>2</sup> محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام - مصادر الإلتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1981، ص 120

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، ج1، المرجع السابق، ص 688

وقد يكون خطأ الدائن راجع إلى تقصير أحد إتباعه، فيحمل هو مسؤوليته كما إذا عهد إلى خادم له في استلام ما تعهد المدين بتسليمه، فتأخر الخادم عن الذهاب في الميعاد، وتسبب عن ذلك تأخر المدين في التسليم، ففي هذه الحالة لا يكون المدين مسؤولاً عن هذا التأخر لأنه وقع بسبب خطأ تابع للدائن، والدائن مسؤول عن خطأ تابعه مسؤولية عقدية و تقصيرية.

وقد يكون الخطأ راجع إلى عيب في الشيء الذي سلمه الدائن للمدين، كحالة المالك الذي يبيع مبنى بعيب خفي وبعد تسليمه للمشتري يظهر العيب الذي يسبب ضرراً للمالك الجديد، ففي مثل هذه الحالة لا يكون المدين مسؤولاً لأن الضرر قد نشأ عن عيب في المبنى.

وفي هذا الشأن تنص المادة 177 من ق.م.ج أنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أولاً يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو أزداد فيه".

وعليه فإنه يشترط لنفي علاقة السببية على هذا النحو أن يكون خطأ الدائن قد استغرق خطأ المدين وهنا أمام أمرين: إن استغرق أحد الخطأين الآخر، والخطأ المشترك.

أ- استغراق أحد الخطأين الآخر: ويتوافر في حالتين :

1- إذا فاق أحد الخطأين الآخر كثيراً في جسامته: ويتحقق ذلك في صورتان وهي أن يكون أحد الخطأين متعمداً أو أن يرضى الدائن المضروب بالضرر .

2- إذا كان أحد الخطأين نتيجة للآخر: هنا لا يعتد إلا بالخطأ الذي وقع أولاً، ويتحمل صاحبه المسؤولية كاملة .

ب - الخطأ المشترك: إذا كان خطأ المدين وخطأ المضروب قد قام كل منهما مستقلاً عن الآخر، وكان كل منهما قد اشترك في إحداث الضرر، فإننا نعتمد بالخطأين في تحديد

المسؤولية إذ يكون كل من الخطأ سببا في وقوع الضرر، فتنوزع المسؤولية بين المدين والدائن المضرور حسب درجة كل خطأ منهما<sup>1</sup>.

### ثالثا: فعل الغير

ويقصد به الخطأ الصادر عن شخص أجنبي عن المدين، أي شخص لا تقوم بينه وبين المدين أية صلة، فإذا صدر خطأ من هذا الغير جعل تنفيذ المدين للالتزام تنفيذا مستحيلا ورتب بذلك ضررا للدائن، فإن هذا الخطأ الصادر من الغير يعتبر من قبيل السبب الأجنبي الذي ينفي مسؤولية المدين العقدية متى توافرت فيه شروط القوة القاهرة، أي لا يمكن توقعه ولا تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو المسبب للضرر ولا يعتبر من الغير كل شخص يكون المدين مسؤولا عنه<sup>2</sup>، وكذلك خطأ الغير قد يكون هو السبب الوحيد للضرر، وقد يشترك في إحداثه مع خطأ المدين .

فإذا كان هو السبب الوحيد انتفت مسؤولية المدين ولا يهم في انتفاء مسؤولية المدين أن يكون فعل الغير خطأ، أو غير خاطئ ما دام فعل الغير كان السبب الوحيد فيما حدث من ضرر للمضرور.

وخطأ الغير يكون السبب الوحيد للضرر بالرغم من ثبوت خطأ المدين إذا ما استغرق هذا الخطأ الأول الخطأ الأخير. أما إذا اشترك خطأ الغير في إحداث الضرر مع خطأ المدين كانت مسؤولية هذا الأخير مسؤولا.

وفي هذا الإطار قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1990/09/24 رقم 71728 والذي تضمن خطأ الغير، إذ جاء في حيثياته :

" حيث أنه عملا بالمادة 124 فقرة 3 من القانون المدني الساري على قضية الحال يسمح للصندوق بمطالبة رد التعويضات التي تولى دفعها إلى حدود التعويض المتكفل به الغير.

<sup>1</sup> أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 359 و ما بعدها .  
<sup>2</sup> زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، المرجع السابق، ص 107.



حيث أن المادة 127 من نفس القانون تلزم الضحية أو ذوي الحقوق الذين يرفعون دعوى القانون العام بدعوى الصندوق الاجتماعي للاشتراك في الحكم الذي سيصدر وأن المادة 94 ق.إ.م تسمح لمن له مصلحة في النزاع أن يتدخل في أية حالة كانت عليها الدعوى. وجاءت في مبدأها أنه من المقرر قانوناً أنه إذا كانت مسؤولية الغير صاحب الحادثة شاملة أو مشتركة مع مسؤولية المصاب، يسمح صندوق الضمان الاجتماعي بالمطالبة برد التعويضات التي تولى دفعها إلى حدود التعويض المتكفل به الغير ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون .

ولما كان من الثابت في- قضية الحال- أن قضاة المجلس بقضائهم برفض دعوى صندوق الضمان الاجتماعي كونها لم تقدم على انفراد بالنسبة للدعوى الأصلية المقدمة من طرف الضحية خالفوا القانون و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>.

ومنه فإننا نصل إلى القول بأن السبب الأجنبي يترتب عنه انتفاء مسؤولية المدين عن الإخلال بالالتزام الذي رتبه العقد في ذمته، ولا يكون للدائن أن يطالبه بالتعويض عنه م 127، 176 ق.م، وذلك ليس لانقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولكن لانتهاء خطأ المدين الذي أشار إليه المشرع في المادتين 172 و 176 من القانون المدني، وقد نصت المادة 307 من ق.م.ج صراحة بأنه:" ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية 1990/09/24، ملف رقم 71728، المجلة القضائية 1992، عدد 2، ص 28 .

<sup>2</sup> العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام ج1، المرجع السابق، ص 294 .

## المبحث الثاني

## أركان المسؤولية العقدية عن أضرار المباني في الفقه الإسلامي

كما هو في القانون فإن قوام هذه المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي على ثلاثة أركان، تنتقي المسؤولية نهائياً بانتفاء أحدها، وهي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وسوف نتناول فيما يلي هذه الأركان تباعاً.

## المطلب الأول: ركن الخطأ

ذكرنا فيما مضى تعريف الخطأ في اللغة، وقلنا إنه: الزلل، والذنب، والجرم، والجنائية، والهفوة، والسقطة، والفلتة، سواء أكان ذلك عن عمد أو عن غير عمد<sup>1</sup>.

أما في الاصطلاح فلم نقف - في حدود ما اطلعنا عليه - على من عرف الخطأ كما هو في نطاق المسؤولية العقدية، أو "ضمان العقد"، أو "ضمان العهدة"، وكل التعريفات التي وقفنا عليها للخطأ إنما تنحصر في نطاق المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>.

ولعل السر في ذلك يكمن في استغناء الفقهاء عن تعريف "الخطأ العقدي"، بتعريف "ضمان العهدة"، أو "ضمان العقد"، فقد رأوا أن بيان ضمان العهدة يتضمن بيان سببها وهو خطأ المتعاقد، وقدروا أن هذا يغني عن تخصيص الخطأ العقدي بتعريف مستقل.

وفقهاء الإسلام لا يكادون يميزون بين العقد مع الشخص المعنوي والعقد مع الشخص الطبيعي، فالحقوق والواجبات المتولدة من العقد، واحدة عندهم، ولا تختلف باختلاف

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج1، ص 65.

<sup>2</sup> فمنهم من عرفه بضده، أي بالصواب، فقال: "... الصواب ما أصيب به المقصود بحكم الشرع. والخطأ ضد الصواب... وقيل: الخطأ فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده، بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه... والخطأ: أن يكون عامداً إلى الفعل لا إلى المفعول". عبد العزيز بن أحمد بن علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، طبعة الأستانة، 1307هـ، ج4، ص 1365.

ومنهم من قال: "قوله: ومنها الخطأ، وهو أن يفعل فعلاً من غير أن يقصده قصداً تاماً وذلك أن تمام قصد الفعل بقصد محله، وفي الخطأ يوجد قصد الفعل دون قصد المحل، وهذا مراد من قال: إنه فعلٌ يصدر بلا قصد إليه، عند مباشرة أمر مقصود سواه". سعد الدين التفتازاني، التلويح على التوضيح، دار الأرقم، بيروت، ط1، 1998م، ج2، ص 417 و418.

ومنهم من عرفه بقوله: "الخطأ إذا تعدت الشيء فأصبت غيره". الإمام الشافعي، كتاب الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ، 1993م، ج7، ص 505.

ومنهم من عرفه بأنه: "أن يفعل فعلاً ويريد غيره". موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، ج11، ص 464.

شخص، أو أشخاص، المتعاقدين، فلا ميزة لأحد المتعاقدين على الآخر، ولو كان هذا المتعاقد هو ولي أمر المسلمين، ولو كان الغرض من العقد هو المصلحة الخاصة.

والعقد في حالة دراستنا قد يكون بيعاً لمبنى أو عقاراً وفي هذه الحالة يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وبتسليمه إياه، ويضمن استحقاقه الكلي والجزئي، ويضمن أيضاً ما فيه من عيوب، وكل هذه الالتزامات من قبيل الالتزام بتحقيق غاية .

ضمان العقد في الفقه الإسلامي بالمعنى الاصطلاحي، هو ضمان مال تلف بناء على عقد من عقود الضمان، وضمانه حينئذ يكون بما يقتضيه العقد من عوض، دون مراعاة لقيّمته كأساس في التقدير . فالمبيع مضمون في يد البائع قبل التسليم بالثمن، فإذا تلف قبل التسليم ولو بأفة سماوية انفسخ العقد وسقط الثمن. وإذا كان المشتري قد أداه استرده، فضمان العقد لا يكون إلا في عقود المعاوضات المالية. ويقابل فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، فكرة انفساخ العقد الملزم للجانبين في فقه التقنيات المدنية الحديثة، وليس فكرة المسؤولية العقدية<sup>1</sup>.

وبشكل عام يظهر واضحاً أن الخطأ العقدي، الذي تترتب عليه أحكام المسؤولية العقدية، بعد توفر كامل أركانها وشروطها، يمكن أن يقع من المتعاقد مع الدولة، كالمقاول مثلاً في عقود الانشاءات، وكمتعهد الصيانة والتشغيل، في عقود الصيانة والتشغيل، ويمكن أن يقع من الدولة نفسها - بواسطة موظفيها - في كل عقد إداري، مادام هذا العقد ملزماً للطرفين .

### المطلب الثاني: ركن الضرر

إن على كل من التزم بعمل أن يؤديه على وجهه الذي تم من أجله إنشاء الالتزام أصلاً؛ وإذا لم يتم أحد طرفي الالتزام بما التزم به، يكون قد ارتكب خطأً عقدياً؛ وقد يلحق هذا الخطأ ضرراً بالطرف الآخر، وهو ما يوجب التعويض عليه .

<sup>1</sup> أيمن أبو العيال، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق، كلية الحقوق، جامعة دمشق، المجلد 19، العدد الثاني، 2003، ص1

وقد ذكرنا سابقاً أنه يستوي في الفعل الضار الموجب للضمان - سواءً أكان الخطأ تقصيرياً أو عقدياً - قصد الفاعل أو لم يقصده، فالقصد وعدم القصد مستويان في أموال الناس، من جهة الضمان، والتعويض عن الأضرار .

والواقع أن البحث في الضرر في نطاق المسؤولية العقدية، أمر لا يخلو من صعوبة، لأن الفقهاء القدامى، لم يميزوا بين الضرر الناجم عن الخطأ في المسؤولية العقدية، والضرر الناجم عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، وإنما تحدثوا عن الضرر من حيث هو، بصرف النظر عن سببه أو مصدره، بل بصرف النظر عما إذا كان المتسبب فيه صغيراً أو كبيراً، مميزاً أو غير مميز، انطلاقاً من أن أي ضرر مهما كان سببه أو مصدره، أو الشخص المتسبب فيه، يجب جبره والتعويض عنه، وكانت جل كتاباتهم وتحليلاتهم وأمثلتهم تنصب على الفعل الموجب للضمان والأضرار الناجمة عنه، مما يصيب النفس أو المال، في نطاق المسؤولية التقصيرية، أما حظّ الكلام عن الضرر في نطاق المسؤولية العقدية فقد كان نادراً جداً.

وعلى كل حال فإننا سنتناول في هذا المطلب معنى الضرر، وأنواعه، وأقسامه؛ وسنتعرض أيضاً إلى أمرين مهمين جداً، يتصلان بالضرر والتعويض عنه، وهما تحمل التبعة من جهة، والتعسف في استعمال الحق من جهة أخرى .

### الفرع الأول: تعريف الضرر

**أولاً: الضرر في اللغة :** من الضُرِّ. وهو كل ما كان من سوء الحال والفقر والشدة في البدن. وما كان ضد النفع فهو الضُرُّ، وفي القرآن قال: { مَسَّنِيَ الضُّرُّ }<sup>1</sup> أي المرض، والاسم: الضرر، وقد أطلق على نقص يدخل الأعيان<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سورة الأنبياء: الآية 83 .

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج4، ص117 . مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1987، م2، ص428.

ثانياً: الضرر في الاصطلاح: لم نجد من الفقهاء القدامى - في حدود ما اطلعنا عليه - من عرف الضرر، لا مطلقاً، ولا مقيداً بإحدى المسؤوليتين، التقصيرية أو العقدية، إلا ابن حجر الهيثمي الذي عرفه بأنه: " إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً"<sup>1</sup> .

أما من الباحثين المعاصرين فقد اختصر الشيخ مصطفى أحمد الزرقا تعريف الهيثمي، وعرفه بأنه: " إلحاق مفسدة بالغير"<sup>2</sup> .

وقال عنه الدكتور وهبة الزحيلي: " ... فهو إلحاق مفسدة بالآخرين . أو هو كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله، أو جسمه، أو عرضه، أو عاطفته"<sup>3</sup> .

وعرفه الدكتور محمد أحمد سراج بأنه: " الأذى الذي يلحق بالشخص في المال، أو البدن، أو الشرف، أو السمعة"<sup>4</sup> .

فالضرر إن كان ناتجاً عن إخلال بالتزام عقدي، فيتم التعويض عنه وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية، وإن نتج عن أي سبب آخر، فيتم التعويض عنه وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.

ومن البدهي أن الضرر أياً كان قدره أو سببه، منهي عنه في الشريعة الإسلامية، والأدلة على ذلك أكثر من أن تحصى، ولعل أهمها وأشهرها قوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار"<sup>5</sup> .

### الفرع الثاني: أنواع الضرر وتحديد معياره

يتنوع الضرر باعتباره ما يقع عليه إلى نوعين رئيسيين هما؛ الضرر الأدبي أو المعنوي، والضرر المادي، ويتنوع هذا الأخير إلى ضرر يقع على النفس والأطراف؛ وهو ينقسم بدوره إلى قسمين؛ متعمد، وفيه العقوبة وفقاً لأحكام المسؤولية الجنائية، وغير متعمد،

<sup>1</sup> أبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي، فتح المبين لشرح الأربعين، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1352هـ، ص 237 .

<sup>2</sup> مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998م، ج2، ص 990 .

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ط2، 1998م، ص 23 .

<sup>4</sup> محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1993م، ص 117 و118.

<sup>5</sup> سبق تخريج هذا الحديث.

وفيه الدية أو الأرش، وهناك نوع من الضرر المادي يقع على الأموال؛ كالغصب، والإتلاف، والاستهلاك، وفيه التعويض وفقاً لما يُعرف بالمسؤولية المدنية، فإن كانت هناك رابطة عقدية بين المضرور والمسؤول كانت المسؤولية تعاقدية، وإن لم تكن هذه الرابطة موجودة، كانت المسؤولية تقصيرية .

هذا وليس كل ضرر واجب التعويض، فهو إن كان بسيطاً ومما يُتسامح فيه عادة أو عرفاً، كان من النوع المعفو عنه، كتأخر المالك في تسليم المبنى للمشتري في الوقت المتفق عليه بساعة أو ساعتين، أما إن كان هذا الضرر غير بسيط، ومما يعد معتبراً فيما يراه المتعاقدون في مثله عادة أو عرفاً، فهو من النوع الذي يجب على المتسبب فيه التعويض .

وهكذا، تنتفي المسؤولية إذا كان الضرر مألوفاً، وتتحقق إذا خرج الضرر عن الحد المألوف، والمتفق عليه أن وصف الضرر بأنه مألوف أو غير مألوف مسألة واقع يستقل بها العرف، ويقدرها القاضي، أو أهل الخبرة، حسب الأعراف والعادات السائدة في البلاد .

أما نوع الضرر الذي يقع التعويض عنه، وشروط استحقاقه، وكيفية ووقت تقديره، وكيفية احتسابه، وعوامل التخفيف فيه، وتقدم الحق في المطالبة به، وما إلى ذلك من أمور، فكل هذا سنتطرق له لاحقاً .

### الفرع الثالث: تحمل التبعة

نأبى الشريعة الإسلامية أن يسأل الإنسان عن ضرر لا يد له في إحدائه وذلك ما يدل عليه قوله سبحانه وتعالى: { وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى }<sup>1</sup>، وقوله أيضاً: { لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ }<sup>2</sup> .

وعلى ذلك لا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه حيوان، إلا إذا كان نتيجة إثارة منه، أو نتيجة إهمالٍ وتقصير في حفظه وحراسته، حيث يجب ذلك شرعاً في مسؤولية الإنسان عما يحدثه حيوانه، وكذلك لا يسأل عن ضرر يحدث من سقوط بناء له، إلا إذا كان نتيجة تقصير في تحاشي ذلك، بأن بناه واهنا، أو أغفل نقضه أو إصلاحه، على الرغم من تنبيهه

<sup>1</sup> سورة الإسراء، الآية " 15 " .

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية " 286 " .

إلى وهنه وتعرضه للسقوط، ولا يسأل عما يحدثه أولاده ولا أتباعه من ضرر، وإنما يسألون هم عنه في أموالهم.

إن المبدأ العام هو عدم مساءلة الإنسان عن ضرر يحدثه غيره ولا يد له فيه، غير أننا وجدنا بعض الآراء الفقهية خالفت هذا المبدأ العام، كما في فروع بعض العقود التالية، التي نوردتها هنا على سبيل المثال لا الحصر:

### أولاً: وديع الوديع

إذا أخرج الوديع الوديعة من يده، وأودعها عند غيره، بغير عذر، يصير ضامناً؛ لأن المودع ارتضى بحفظ الوديع الأول دون حفظ غيره، إلا إذا كان هناك عذر، فلا يضمن، كأن وقع حريق في داره، أو كان في سفينة فخاف الغرق فدفعها إلى غيره، لأن الدفع إليه في هذه الحالة يعد طريقة لحفظ الوديعة، فكان الدفع على هذا النحو مشروعاً بإذن المالك .

وإذا أودعها الوديع عند شخص آخر بغير عذر، فهلكت أو ضاعت وهي في يد الثاني، فإن الضمان يستقر على الوديع الأول لا على الوديع الثاني عند أبي حنيفة والحنابلة<sup>1</sup>، لأن الثاني محسن إلى المالك بصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك، والله سبحانه وتعالى يقول: { مَا عَلَي الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ }<sup>2</sup>.

وقال الصحابان: المالك بالخيار، إن شاء ضمن الأول، لأنه دفع مال غيره إلى آخر بغير إذنه، وإن شاء ضمن الثاني، لأنه قبض مال الغير بغير إذنه، فإن اختار تضمين الأول، فلا يرجع هذا بالضمان على الثاني، لأن الوديعة أصبحت ملكاً له بأدائه الضمان، وإن اختار تضمين الثاني، كان له أن يرجع به على الأول، لأن الأول غره بالإيداع، فيلزمه ضمان الغرور، أما إذا استهلك الوديع الثاني الوديعة، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني باتفاق الحنفية، غير أنه إن ضمن الأول يرجع الأول بالضمان على الثاني، وإن ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول؛ لأن سبب وجوب الضمان وجد من

<sup>1</sup> أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد، دار الجيل، بيروت، ط2، 1408هـ - 1988م، ص 217 .

<sup>2</sup> سورة التوبة، الآية " 91 " .

الثاني حقيقة، وهو الاستهلاك، ولم يوجد من الأول إلا الدفع إلى الثاني لاستحفاظ الوديعة، وعلى هذا، فإن " وديع الوديعة " لا يضمن ما لم يتصرف في الوديعة بغير إذن مالكيها<sup>1</sup>.

### ثانياً: المستعير من المستعير، أو من المستأجر

يجوز استعارة الشيء من المستعير أو من المستأجر عند الحنفية والمالكية، وتكون يد المستعير الثاني يد أمانة؛ فإذا هلك الشيء في يده دون تعدّ ولا تقصير، فلا ضمان على أحد، وإن حصل منه تعدّ أو تقصير، ضمن.

إلا أن المالكية قالوا: إذا منع المالك المستعير من الإعارة، فلا يجوز له أن يعير أحداً، ويكون ضامناً للمستعار إذا هلك .

وقال الشافعية، والحنابلة، والكرخي من الحنفية: لا يجوز للمستعير أن يعير العارية لغيره، لأن عقد الإعارة يفيد إباحة المنفعة فقط لا تملكها، وعلى هذا لو أعار المستعير العارية يكون ضامناً للعين كالمستعير الثاني<sup>2</sup>، وعلى هذا الرأي يتحمل المستعير تبعه قيامه بإعارة العارية إلى الغير، وهذا ما هو مرجح.

### ثالثاً: المستأجر من المستأجر، أو من المستعير

المستأجر من المستأجر، كالمستعير من المستعير، لا ضمان عليهما ما لم يحصل من أحدهما تعدّ أو تقصير، وأما المستأجر من المستعير، فإنه يكون ضامناً لهلاك الشيء مطلقاً، إذ لا يجوز باتفاق الفقهاء إجارة العين المعارة ؛ لأن الإجارة عقد لازم، والعارية عقد تبرع غير لازم، فلا يملك به ما هو لازم، فإذا وقع، فالمالك بالخيار؛ إن شاء ضمن المستأجر، لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالمشتري من الغاصب، وإن شاء ضمن المستعير المؤجر للعارية، لأنه دفع مال الغير إلى غيره بغير إذن مالكيه فصار غاصباً.

<sup>1</sup> السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1993م، ج11، ص125-132. وعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، دار التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1997م، ص208.

<sup>2</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996م، ص433. وموفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلوي، ج7، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997م، ص345.



ثم إن اختار تضمين المستعير، فلا يرجع هذا بالضمان على المستأجر، لأن المستعير قد أصبح مالكا للعين المؤجرة بأدائه قيمة ضمانها، فيصبح وكأنه أجر ملك نفسه، أما إذا اختار تضمين المستأجر، فإن كان عالما، بأن المأجور كان عارية في يد المستعير، فلا يرجع على المستعير بشيء، إذ لا تغرير له بالإيجار، وإن لم يكن عالما بذلك، جاز له أن يرجع على المستعير بغرامة الضمان، لأنه كان مغررا به من جهة المستعير، فيرجع عليه بضمان الغرر<sup>1</sup>.

#### رابعاً: مضارب المضارب

إذا دفع المضارب مال المضاربة إلى غيره مضاربة، دون أن يأذن له رب المال، فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني، ولا بد من أن يتصرف المضارب الثاني فيه حتى يربح.

فلو هلك المال في يد المضارب الثاني قبل أن يعمل، يهلك هلاك الأمانات، أما إذا عمل فيه وربح، ضمن المضارب الأول المال لرب المال، وهذا قول أبي حنيفة، وقال زفر: يضمن المضارب الأول بمجرد دفع المال إلى المضارب الثاني، سواء عمل الثاني أم لم يعمل، فإذا هلك المال قبل أن يعمل وجب الضمان على الأول، أما إذا هلك بعد العمل فيجب الضمان على الثاني، وقال الصحابيان - وهو المفتى به عند الحنفية - والمالكية والشافعية والحنابلة: إذا عمل المضارب الثاني ضمن الأول المال، ربح أو لم يربح؛ لأن المضارب الثاني لما عمل، فقد تصرف في المال بغير إذن المالك، فيتعين به الضمان سواء ربح أم لم يربح، وحينئذ إذا عمل المضارب الثاني، يخير رب المال؛ إن شاء ضمن المضارب الأول رأس ماله، وإن شاء ضمن الثاني؛ لأن الأول تعدى بدفع المال إلى الثاني، والثاني تعدى بالقبض، فإن ضمن الأول استقر الضمان عليه، وإن ضمن الثاني رجع بالضمان على الأول للتغرير<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، المرجع السابق، ص 215 . و أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد، دار الجيل، بيروت، ط2، 1988م، ص 218 .

<sup>2</sup> عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق في شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، بدون تاريخ ج5، ص 63، و السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج22، ص 98 . و موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج5، ص 43.

## خامساً: وكيل الوكيل

ليس للوكيل أن يوكل غيره بدون إذن موكله؛ لأن الوكالة ملحوظ فيها شخص الوكيل بذاته لاعتبارات تتعلق بالرأي والخبرة والأمانة ونحو ذلك، والوكيل أمين فيما يوكل فيه، فلا يضمن إلا إذا حدث منه تعد أو تفريط، فإذا وكل غيره بدون إذن موكله، يكون ضامناً، كالمضارب الذي يضارب بدون إذن رب المال<sup>1</sup>.

جاء في حاشية العدوي على هامش الخرشي ما نصه: " ليس للراعي أن يجعل مكانه راعياً آخر ... ويضمن، ولو كان مثله في الأمانة ... "2.

## الفرع الرابع: التعسف في استعمال الحق

لا تخفى أهمية هذا الموضوع في معرض الكلام على الضرر، فقد يسيء الإنسان استخدام حقه، بقصد أو بغير قصد، ويؤدي ذلك إلى إلحاق الضرر بالآخرين، وهو ما يستدعي البحث في المبادئ العامة التي قررتها الشريعة، والتي يجب أن يسير عليها أصحاب الحقوق، دون أن يتعسفوا في استعمال حقهم.

## أولاً: معنى التعسف في استعمال الحق

لم يعرف فقهاء الشريعة هذا الاصطلاح، وإن كانوا قد درسوا كل ما يدور تحت هذا العنوان، والواقع أن هذا الاصطلاح تعبير مأخوذ من القوانين الوضعية، ولذا فلم نجد في مراجع الفقه شيء يطلق عليه التعسف في استعمال الحق بهذا الأسلوب، وقد حاول عدد من الباحثين في مواضيع الفقه الإسلامي في العصر الحاضر، وضع تعريف للتعسف في استعمال الحق، نستعرض بعضها فيما يلي :

فقد عرفه الدكتور أحمد فهمي أبو سنة بأنه: " تصرف الإنسان في حقه تصرفاً غير معتاد شرعاً "3.

<sup>1</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، المرجع السابق، ص 28 .  
<sup>2</sup> علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، ج7، دار الفكر، بيروت، ص 15 .  
<sup>3</sup> أحمد فهمي أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، دار التأليف، القاهرة، 1967، ص 100 و 101 .

ويوضح هذا التعريف أن التعسف في استعمال الحق يقصد به قيام الإنسان بتصرف معين في ملكه أو في حقه، بصورة غير مألوفة، تخالف الهدف الذي من أجله منح الله الشخص هذا الحق، ولكن هذا التعريف لا يشير إلى الضرر الناجم عن هذا التعسف .

وعرّفه الدكتور فتحي الدريني بأنه: " ممارسة الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له - بعوض أو بغير عوض - أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية " <sup>1</sup> .

**ثانياً: معايير التعسف في استعمال الحق :**

**أ - مناقضة قصد الشارع :**

ويستند هذا المعيار إلى قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ} <sup>2</sup> . ولهذا المعيار تطبيقات عديدة منها عدم جواز التحايل على الربا، والمنع من بيع ما لم يدخل في ملك البائع بعد، وتحريم الأخذ من مهر الزوجة السابقة عند إرادة استبدال زوجة مكان زوجة، وتحريم كنز المال وعدم إنفاقه، أو الإسراف في إنفاقه وتبذيره، والنهي عن الطلقات الثلاث دفعة واحدة، ولعن المحلل والمحلل له، وغير ذلك كثير .

ويلاحظ أن هذا المعيار عام وواسع، وينطبق على استعمال جميع الحقوق، لأن الله تعالى قد منح الإنسان حقوقه لتحقيق أغراض مقصودة، ويجب مراعاتها في استعمال هذه الحقوق <sup>3</sup> .

**ب - قصد الإضرار:**

لا شك في أن القصد العام من التشريع هو تحقيق مصالح العباد، ودرء المفسد عنهم، والإضرار مفسدة، فيكون قصده مناقضاً لقصد الشارع حكماً، ويجد هذا المعيار أساسه

<sup>1</sup> فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1977م، ط2، ص 46 و47.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية " 29 " .

<sup>3</sup> فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص 306 .

التشريعي في قوله صلى الله عليه وسلم: " إنما الأعمال بالنيات " <sup>1</sup> ، وفي قوله: " لا ضرر ولا ضرار " .

والواقع أن لهذا المعيار فائدة عملية لا تخفى، فهو يعني أنه بمجرد ثبوت قصد الإضرار عند الشخص الذي يمارس الحق، يثبت معه حكماً المعيار الأول السابق " مخالفة قصد الشارع "، لأن قصد الإضرار مخالف لقصد الشارع قطعاً.

**ج - انعدام أو تفاهة المصلحة المشروعة في استعمال الحق، بالنظر إلى الضرر الناتج عنه:**

من المعلوم أن قصد الإضرار أمر خفي من الصعب إثباته، والسبيل الوحيد لإثباته في غالب الأحوال، هو إثبات انتفاء المصلحة الجدية أو المشروعة في استعمال الحق، أي بتطبيق هذا المعيار، ويجري هذا في استعمال جميع الحقوق دون استثناء، ولهذا يمكن القول: إن لهذا المعيار مدى واسعاً جداً في التطبيق .

**المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر**

يجب لقيام المسؤولية العقدية أن يكون الخطأ العقدي من أحد الطرفين، هو السبب في الضرر الواقع للطرف الآخر، وإلا فلا مسؤولية .

**الفرع الأول: إثبات أو ثبوت العلاقة السببية**

إن ركن السببية - كغيرها من أركان المسؤولية - تحتاج إلى إثبات من جانب من يدعي وجودها ويطلب بتطبيق أحكامها، ولكن يلاحظ هنا أن إثبات وجود الركن الأول " الخطأ العقدي "، وكذلك إثبات وقوع الركن الثاني " الضرر "، يجعل هذا الركن الثالث " علاقة السببية " ثابتاً حكماً؛ لأن الظاهر يدل على هذا الارتباط بين الخطأ والضرر .

وبمعنى آخر فإن إثبات الخطأ من جهة، والضرر من جهة أخرى، يعدّ قرينةً على قيام العلاقة السببية بينهما .

<sup>1</sup> أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، دار إحياء التراث، بيروت، بدون تاريخ، ج3، ص1515، ح1907.

وعلى هذا فالعلاقة السببية في المسؤولية العقدية لا تحتاج إلى إثبات، ويقوم إثبات الخطأ العقدي أولاً، والضرر ثانياً، مقام إثباتها حكماً<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: نفي العلاقة السببية

ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، إذ يمكن للمتعاقد الذي ارتكب الخطأ، والذي ينكر قيام هذه العلاقة، أن يثبت انفكاك خطئه العقدي عن الضرر الواقع على المتعاقد الآخر، وذلك بإثبات أن الضرر الواقع لم ينشأ من خطئه، لكي ينجو من المسؤولية، ولا يكون ذلك إلا بأن يثبت السبب الحقيقي والفعلي للضرر الذي أصاب ذلك المتعاقد، وهذا السبب الذي تنتفي بإثباته المسؤولية العقدية، هو ما اصطلح رجال القانون على تسميته بـ "السبب الأجنبي"، لأنه عنصر أجنبي عن العلاقة التعاقدية التي تربط أحد المتعاقدين بالآخر<sup>2</sup>.

ويجب الانتباه هنا إلى أمر بالغ الأهمية، وهو أن إثبات ما يعرف بالسبب الأجنبي، لا يعني أبداً نفي الخطأ العقدي عن المتعاقد المخطئ، وإنما يعني إثبات أن للضرر الذي أصاب المتعاقد الثاني، سبباً آخر غير خطأ المتعاقد الأول.

أما ما تنتفي به العلاقة السببية فيمكن تناوله فيما يلي :

### أولاً: الآفة السماوية

وهي كل ما لا يمكن توقعه أو دفعه، ويقع قضاء وقدر، ويتعذر معه تنفيذ الالتزام العقدي، كالجائحة التي تصيب الثمرة، وموت الشاة، وغرق السفينة، وأمر السلطان، وسقوط الأبنية بتأثير هزة أرضية، والمطر الشديد، والبرد، والقحط، وما إلى ذلك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، طبعة المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الدايدة، بيروت، 1954م، ج6، ص 177 .

<sup>2</sup> محيي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد، دار النهضة العربية، ط3، 1994م، ص 471 .

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج6، ص 177 و178 .

## ثانياً: خطأ المضرور

إذا كانت يد المتعاقد على محل العقد يد أمانة، وهلك محل العقد بآفة سماوية، أو بخطأ المتعاقد الآخر أي بخطأ المضرور نفسه، فلا ضمان على المتعاقد الأول، الذي قام بواجبه من الحفظ، لحدوث الهلاك بسبب أجنبي عنه، وهو إما الآفة السماوية أو خطأ المضرور.

أما إذا كانت يد المتعاقد يد ضمان، كيد البائع قبل تسليم المبيع، فالأصل أن البائع يضمن هلاك المبيع قبل القبض مهما كان سبب الهلاك، إلا إذا كان بخطأ المشتري، أي خطأ المضرور، فإذا كان الهلاك بخطأ المشتري، ولو قبل قبض المبيع، لم يضمن البائع<sup>1</sup>.

## ثالثاً: خطأ الغير

إذا كان هلاك الشيء بفعل أجنبي، انتفت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا يضمن المتعاقد الملتمزم "المدين"، فإذا سُرقت العارية من حرز المثل فلا ضمان على المستعير، لأن السرقة بفعل أجنبي، ولا يد له فيها، وإذا تعدى السلطان على الوديعة مهددا المودع عنده بأذى لا يطيقه، لم يضمن المودع عنده هذا التعدي الذي يعتبر فعلاً من أجنبي، وكذلك إذا هلك الوديعة بفعل عدو مكابر، لم يضمن المودع عنده<sup>2</sup>. وفي مجال دراستنا إذا هلك المبنى بسبب حادث بشري قبل أن يسلمه المالك للمشتري فإنها تنتفي علاقة السببية بسبب خطأ الغير.

## الفرع الثالث: السبب الأجنبي

إن "السبب الأجنبي" في الفقه الإسلامي لا ينفي الضمان إلا إذا كانت يد المدين يد أمانة، فالمستعير، والمستأجر، والمودع عنده، والوكيل، والشريك، وغيرهم ممن يدهم يد أمانة، تنتفي المسؤولية عنهم، ولا يضمنون إذا هلك الشيء في يدهم بسبب أجنبي.

أما إذا كانت يد المدين يد ضمان، كيد البائع قبل تسليم المبيع، وكضمان الاستحقاق أو العيب، وكتسليم منافع العين المؤجرة، فإن الالتزام يصبح التزاماً بتحقيق غاية، فلا ينتفي

<sup>1</sup> مصطفى أحمد الزرقا، عقد البيع في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط1، 1999م، ص 121 وما بعدها.  
<sup>2</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المرجع نفسه، ص 123. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ج6، ص 180 و181.

الضمان بالسبب الأجنبي، ويبقى المدين مسؤولاً عن تنفيذ التزامه بعين بديلة مماثلة في المثليات، أو بالقيمة في القيميات، أما إذا استحال تنفيذ الالتزام على المتعاقد، فإن العقد يفسخ بحكم الشرع، وهو ما يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، ولا يبقى هناك أي محل للضمان<sup>1</sup>.

### المبحث الثالث

#### أركان المسؤولية التقصيرية عن أضرار المباني في القانون الجزائري

تقوم المسؤولية التقصيرية للمالك أضرار المباني كما رأينا إذا أخل ما بما فرضه القانون أو الواجب العام عليه بصفته حارس للمباني التي يملكها، كالتقصير والإهمال وعدم القيام بصيانتها أو سوء استعمالها مما يؤدي إلى الإضرار بالآخرين، ولقيام هذه المسؤولية لابد من توفر ثلاث أركان، الخطأ التقصيري، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، كل ذلك سنتطرق له فيما سيأتي.

#### المطلب الأول: ركن الخطأ التقصيري

الخطأ هو أول الأركان لقيام المسؤولية التقصيرية ولا قوام لها إلا به، وهو أسبق الأركان وقوعاً، فلا تجب المسؤولية إلا إذا وقع خطأ نتج عنه ضرر.

#### الفرع الأول: تعريف الخطأ

الخطأ شرط ضروري لقيام المسؤولية إذ لا يكفي أن يصاب الشخص بضرر من فعل شخص آخر حتى يجوز له أن يطالب الفاعل بالتعويض بل لابد في مساءلة الفاعل أن يكون قد ارتكب الخطأ؛ وعليه سنعرف الخطأ لغة وقانوناً.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج6، ص 183. و مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1998م، ج1، ص 595.

## أولاً: تعريف الخطأ لغة

جاء في لسان العرب لإبن منظور الخطأ: من فعل خطأ، والخطأ: ضد الصواب، وفي التنزيل الحكيم: "وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به" الأحزاب: 5 وقوله تعالى: "ومن قتل مؤمناً خطأً" النساء: 92، وخطأ: ما لم يتعمد، والخطأ: ما تعمد، والخطأ ضد العمد، وهو أن تقتل إنساناً بفعلك من غير أن تقصد قتله أولاً تقصد ضربه به بما قتلته به، وأخطأ يخطئ: إذا سلك سبيل الخطأ عمداً وسهواً، ويقال لمن أراد شيئاً ففعل غيره خطأً<sup>1</sup>.

والخطأ: الذنب، وخطأ سلك سبيل خطأ عامداً أو غيره<sup>2</sup>.

ويقال خطأ في ديته خطأ إذا أثم فيه، والخطأ: الذنب والإثم، ويقال خطأ إذا تعمد وأخطأ إذا لم يتعمد<sup>3</sup>.

ويعرف الخطأ أيضاً بالتعدي؛ والتعدي من فعل عدا، والتعدي مجاوزة الشيء إلى غيره، لقوله تعالى: "فلا تعتدوها" البقرة الآية 229؛ أي لا تجاوزها إلى غيرها، وكذلك قوله تعالى: "ومن يتعد حدود الله" الطلاق الآية 1؛ أي يتجاوزها، ويقال تعديت الحق أي جاوزته، وقالت العرب: اعتدى فلان على الحق أو فوق الحق كأن جاز عن الحق إلى الظلم<sup>4</sup>.

## ثانياً: تعريف الخطأ قانوناً

عرف فقهاء القانون الخطأ بعدة تعريفات فهناك من عرفه على أنه؛ الإخلال بالتزام سابق<sup>5</sup>، والبعض الآخر على أنه الإقدام على عمل ما دون توقع الإضرار بالغير، أو هو الإخلال بالثقة المشروعة<sup>6</sup>، أو هو اعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء، أو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهاك حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل.

<sup>1</sup> ابن منظور: المرجع السابق، ج4، ص 133، 132.

<sup>2</sup> فيروز أبادي، القاموس المحيط، ط1301، 3، المطبعة الاميرية، مصر، ج1، ص13.

<sup>3</sup> أحمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط1، 1322 هـ، مطبعة التقدم العلمية، مصر الجزء1، ص87.

<sup>4</sup> ابن منظور، المرجع السابق، ج31، ص 2846، 2847.

<sup>5</sup> حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، ط1، 2006، دار وائل للنشر، الأردن، ج2، ص79-87.

<sup>6</sup> حسن علي الذنون، المرجع نفسه، ص87.



وقد انتقد السنهوري هذه التعريفات قائلاً: إن الاعتداء على الحق والإخلال بالواجب والحق الأقوى أو الحق المماثل كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ بل هي ذاتها في حاجة إلى تحديد معرّفاً بذلك الخطأ أنه: " إخلال بالتزام قانوني وهذا الالتزام القانوني دائماً التزام ببذل عناية وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير.<sup>1</sup>"

فالخطأ إذن هو كل عمل غير مشروع إلا أنه لا يشترط في العمل غير المشروع أن يكون ممنوعاً صراحةً بنص قانوني أو لائحي وعلى العكس من ذلك فإن السلوك المطابق للقانون لا يستبعد بذاته وجود الخطأ فيكفي لوصف الفعل بأنه غير مشروع إن يكون مداناً اجتماعياً وهذا التعريف يؤدي بنا إلى أن ننظر إلى الخطأ نظرة مجردة، أما تعريف الخطأ بأنه الانحراف عن سلوك الرجل العادي فهو الأكثر قبولاً عند الفقه والقضاء.<sup>2</sup>

والمشرع الجزائري هو كذلك بدوره أشار إلى الخطأ في المادة 124 من القانون المدني بأنه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض " وهذا الموقف من المشرع الجزائري يعتبر رفضاً للأفكار التي تحاول الفصل بين الخطأ والمسؤولية.

ويتضح من هذه المادة أن المسؤولية عن الأعمال الشخصية التقصيرية لا تقوم إلا بتوافر أركانها والتي تتمثل في الخطأ والضرر وعلاقة سببية وإذا توفرت أركانها كان مرتكب الخطأ مسؤولاً بالتعويض عن الأضرار التي ترتب عن خطئه.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: عناصر الخطأ التقصيري في القانون الجزائري

يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على عنصرين أساسيين عنصر مادي وهو التعدي وعنصر معنوي وهو الإدراك.

#### أولاً: العنصر المادي؛ التعدي

العنصر المادي للخطأ هو " العمل الذي يرتكبه الشخص ويسبب ضرراً بالغير إما يصدر منه بقصد الإضرار وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية، وإما يصدر منه بغير قصد

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 778، 779.

<sup>2</sup> محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، ط3، 1993، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ج1، ص232-231.

<sup>3</sup> حسن قداد، المرجع السابق، ص241

وإنما وقع منه نتيجة إهمال أو التقصير، أو نتيجة عدم اتخاذ الحيطة اللازمة فهذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية.<sup>1</sup>

ومن تطبيقات ذلك الإهمال أو التقصير وعدم الصيانة الذي يصدر من مالك المبنى والذي يؤدي إلى تدمره نتيجة قدمه أو عيب فيه وذلك ما اشارت إليه المادة 140 الفقرة الثانية من ق.م.ج.<sup>2</sup>

وكذلك حالة الإهمال والتقصير من مالك المبنى والتي تؤدي إلى نشوب حريق في المبنى محل الحراسة حيث يعتبر المالك مسؤولاً عن الأضرار التي لحقت بالغير من جراء الحريق<sup>3</sup>

ومن التطبيقات أيضاً حالة المالك وهو يتعسف في استعمال حق ملكيته ليحدث ضرراً للجاره دون أن يصيب منفعة من ذلك، ففي هذه الحالة يعتبر هذا الاستعمال تعسفاً يستوجب مسؤوليته، كأن يغرّس أشجاراً في أرضه بقصد حجب النور عن جاره.<sup>4</sup>

ويقاس الخطأ بمعيار موضوعي مجرد لا بمقياس شخصي ذاتي، فالسلوك الواجب هو الذي يسلكه الشخص العادي لوجوده في نفس الظروف التي أحاطت بالشخص القائم بالفعل فإذا كان سلوكه متفقاً مع سلوك الشخص المعتاد فلا يكون هناك محل للانحراف عن السلوك الواجب قانوناً، وإذا وقع الانحراف عن السلوك الواجب وترتب عليه ضرر للغير، كان على المضرور عبء إثبات وقوع الانحراف والتعدي، وإذا كان مقتضى العنصر المادي يتمثل في الانحراف أو التعدي، فإنه توجد عدة استثناءات يكون فيها الانحراف أو التعدي مشروعاً<sup>5</sup>، وذلك إذا كان وقت ارتكابه للعمل في إحدى الحالات الثلاث الآتية:

#### أ- حالة الدفاع الشرعي

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

<sup>1</sup> حسن فدادة، المرجع السابق، ص242.

<sup>2</sup> الأمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

<sup>3</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.85.

<sup>4</sup> أحمد شوقي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 27.

<sup>5</sup> محمد عبدالله الدليمي، النظرية العامة للانحراف، بدون طبعة، 1998م، الجامعة المفتوحة، ليبيا، ص212، 211.

يتضح من هذه المادة أن العمل غير المشروع يعتبر مشروعاً إذا ارتكبه الشخص دفاعاً عن نفسه أو ماله أو عن نفس ومال الغير لكن يجب أن تتوافر شروط الدفاع الشرعي وإلا ظل العمل غير مشروع ويسأل عنه الشخص بالتعويض وهذه الشروط هي:

**1-** أن يكون هناك خطر يخشى من وقوعه ويهدد الشخص في نفسه وأمواله أو في نفس الغير وماله.

**2-** أن يكون إيقاع هذا الخطر عملاً غير مشروع.

**3-** أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أو إفراط.<sup>1</sup>

### ب- حالة الضرورة

تنص المادة 130 من القانون المدني الجزائري بأنه: " من سبب ضرراً للغير ليتفادى

ضرراً أكبر، محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً " يتضح من هذه المادة أنه إذا استطاع الشخص المسؤول أن يقيم الدليل بأنه أثناء ارتكابه للتعدي كان في حالة ضرورة أن يتلخص من جزء من مسؤوليته، حيث لا يلزم إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً وحتى يثبت أنه كان في حالة ضرورة أثناء ارتكابه التعدي عليه أن يقيم الدليل على توافر الشروط الآتية:

**1-** أن يكون هناك خطر حال، يهدد مرتكب الفعل أو الغير في النفس أو المال.

**2-** أن يكون مصدر الخطر أجنبياً عن محدث الضرر وعن المضرور، فإذا كان الخطر راجعاً إلى فعل أحدهما انتفت حالة الضرورة ويصبح محدث الضرر هو مسؤولية كاملة. المسؤول

**3-** أن يكون الخطر الذي يراد تفاديه أكبر بكثير من الخطر الذي وقع، وإذا كان الخطر المراد تفاديه متساوياً أو أقل من الضرر الواقع فإن حالة الضرورة لا تقوم.<sup>2</sup>

وتعتبر من قبيل حالة الضرورة إذا قام المالك بتهديم المبنى المهدد بالانهيار إرادياً حتى يتفادي سقوطه الذي قد يسبب ضرراً أكبر للغير، فالتهدم الإرادي للمبنى لا يقيم المسؤولية متى كان تفادياً لحدوث خطر أكبر.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> حسن قدارة، المرجع السابق، ص244.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، ط2، الجزائر، 2004، ج2، ص36، 35.

## ج- حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس

تنص المادة 129 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا يكون الموظفون والأعوان العموميون مسؤولين شخصيا على أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم. "

هذه المادة تتعرض لمسؤولية الموظف والعامل العام أثناء تنفيذ الأوامر التي تصدر إليهم من رؤسائهم حيث يستطيع كل من الموظف والعامل أن يتلخص من مسؤوليته في حالة وقوع ضرر نتيجة لنشاطهم الذي كان تنفيذا لأوامر رؤسائهم ولكن لكي يتخلص الموظف من مسؤوليته لا بد من توافر بعض الشروط وهي:

- 1- أن يكون من صدر منه التعدي موظفا عاما أو عاملا عاما وفقا لقانون الوظيفة العامة.
  - 2- أن يكون قد صدر للموظف أو العامل الذي يندرج تحت طائلة هذا النص أمرا واجب التنفيذ من رئيس طاعته واجبة عليهم.<sup>2</sup>
  - 3- أن يكون الموظف معتقدا في مشروعية الامر، فهي لا تكون واجبة إلا إذا كانت مشروعة أو في الأقل يعتقد الموظف أنها مشروعة.
  - 4- يجب أن يراعي الموظف في تنفيذ الامر جانب الحذر والحيطه، فعلى الموظف تنفيذ الامر طبقا للتعليمات فقد تفرض هذه التعليمات تحفظات معينة.<sup>3</sup>
- وتطبيقا لذلك بمفهوم المخالفة فإن مالك المبنى المحترق مسؤول عن اندلاع الحريق بسبب خطأ تابعه، إذا أقام المضرور الدليل على أن خطأ التابع حدث أثناء القيام بوظيفته أو بسببها، وبذلك تقوم مسؤولية المالك بإعتباره متبوعا ولا يستطيع نفيها ولكن له حق الرجوع على تابعه ضمن الشروط المشار إليها سابقا.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> فالتهدم غير الإرادي، يرجع سببه إلى وجود عيب في التشييد أو في استعمال مواد البناء أو إهمال في الصيانة، كما يمكن أن يكون العيب راجع إلى الأرض التي تم البناء عليها كأن تكون غير صالحة للبناء، أما التهدم الإرادي كقيام المالك بتهديم البناء تفاديا منه لخطر وقوعه و إصابة الغير بضرر، أو بغرض تشييد بناء آخر مكانه، أو لأي سبب من الأسباب الدافعة للهدم، نقلا عن بلمختاري سعاد، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول البناء، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص.150

<sup>2</sup> حسن قدارة، المرجع السابق، ص 244، 245.

<sup>3</sup> صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 34، 35.

<sup>4</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في ق.م.ج، المرجع السابق، ص.96.

## ثانياً: العنصر المعنوي؛ الإدراك

ويتمثل الإدراك في كون مالك المبنى مدركاً للضرار التي يسببها المبنى الذي يملكه لإنحرافه في سلوك الحراسة<sup>1</sup>.

وإذا كان شرط الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد ضرورياً لقيام ركن الخطأ فإن هذا العنصر لا قيمة له من الناحية القانونية إذا لم يكن قد صدر من شخص يتمتع بقدر من الإدراك أو على الأقل أن يكون مميزاً حتى يكون مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة، لأن المسؤولية لا تقوم في حق عديم التمييز لأن أساسها هو الخطأ والخطأ لا ينسب إلى غير المميز فلا مسؤولية على الصبي غير المميز عما يحدثه من ضرر للغير وكذلك الحال بالنسبة للمجنون والمعتوه ومن فقد إدراكه بسبب عارض خارج عن إرادته تحت تأثير المسكرات أو المخدرات أو التنويم المغناطيسي<sup>2</sup>.

ولقد حدد المشرع الجزائري سن التمييز بـ 13 سنة، فمن بلغها كان مسؤولاً مسؤولية كاملة عن كل أفعاله الضارة التي ينتج عنها ضرر للغير، فالإدراك مرتبط بالتمييز وهذا ما نصت عليه المادة 125 من ق.م.ج " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو إمتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزاً"، وعلى هذا الأساس لا يكون الحائز مسؤولاً عن أفعاله الضارة إلا إذا توفر فيها ركن الخطأ وهما التعدي والإدراك.

ويتضح من هذه المادة أن من لم يبلغ الثالثة عشر من عمره فلا مسؤوليه عليه، وذلك لانقضاء الركن المعنوي للخطأ وهو الإدراك ويتساوى مع الصبي غير المميز ولكن هناك استثناء في حالتين يكون فيهما الصبي غير المميز مسؤولاً عن أعماله الضارة بالتعويض وهما، حالة عدم وجود مسؤولاً عنه، وحالة تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، ففي هذه الحالة يحكم القاضي بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم، لأن مسؤوليته لا تقوم على أساس الخطأ حيث ينتفي ركنه وهو الإدراك وإنما تقوم على أساس تحمل التبعة وهذا ما يجب أن يراعيه القاضي عند القضاء على الشخص غير المميز<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 67.

<sup>2</sup> محمد عبدالله الدليمي، المرجع السابق، ص 215، 214.

<sup>3</sup> حسن قدارة، المرجع السابق، ص 245، 246.

## المطلب الثاني: ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية

يرتبط قيام المسؤولية وجوداً وعدمًا بالضرر، فلا تنقصر المسؤولية التقصيرية للمالك عن أضرار المباني إلا إذا تحقق الضرر<sup>1</sup>، الذي يلحق بالمضرور نتيجة الإخلال بالالتزام أو نتيجة الفعل الضار<sup>2</sup>. حيث يعتبر الضرر الركن الأول الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية، فلا تقام بدونه<sup>3</sup>، وهو أساس التعويض، وهذه القاعدة لا إستثناء لها<sup>4</sup>. لذلك يجب على المدعي في دعوى المسؤولية التقصيرية أن يبدأ بإثبات الضرر قبل أن يثبت الخطأ، فالمسؤولية التقصيرية تنشأ من وقت تحقق الضرر فعلاً، وهذا الوقت هو الذي تبدأ منه تقادم دعوى المسؤولية، ولو كان الخطأ الذي سبب ضرر سابقاً على ذلك بمدة طويلة<sup>5</sup>.

## الفرع الأول: مفهوم الضرر

الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية المدنية فلا يكفي لتحقيق المسؤولية أن يقع فعل فيه تعدي؛ سواء كان بالمباشرة أو بالتسبب، بل يجب أن يحدث الفعل ضرراً والمضرور يثبت وقوع الضرر به<sup>6</sup>.

## أولاً: تعريف الضرر في الإصطلاح القانوني

يعرف الضرر على أنه « عبارة عن واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات وفي نفس الوقت تعتبر مسألة موضوعية لا رقابة للمحكمة عليها إلا في ما يخص شروط الضرر»<sup>7</sup>. أو « هو عبارة عن الأذى الذي يلحق الغير وهو إما أن يكون مادياً أو أدبياً»<sup>8</sup> وعرف كذلك على أنه الخسارة التي لحقت المدعي فعلاً و المصروفات الضرورية التي أضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصطلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضراراً به<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الإلتزام، ك 1، مصادر الإلتزام، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، س 1981، ص 271.

<sup>2</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 17 و 18.

<sup>3</sup> إبراهيم علي حمادي الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2007، ص 63.

<sup>4</sup> صافية بشارتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة، رسالة دكتوراه في العلوم، قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2012، ص 431.

<sup>5</sup> سليمان مرقس، الوافي، ج 3، المرجع السابق، ص 134-513.

<sup>6</sup> عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، 2004، ص 118.

<sup>7</sup> بجماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، رسالة ماجستير، 2007-2008 م، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، الجزائر ص 11.

<sup>8</sup> حسن على الدنون، المبسوط في شرح القانون المدني -الضرر- ط 1، دار وائل للنشر، الأردن، ج 1، ص 204.

<sup>9</sup> عبد القادر العرعاي، مصادر الإلتزام، مكتبة دار الأمان، الرباط، المغرب، ط 3، 1432 هـ، 2011 م، ص 98.

وفي القانون الجزائري لا يوجد تعريف للضرر، بالرغم من أن المشرع الجزائري كرسه في المواد من المادة 124 إلى 140 من القانون المدني الجزائري، ويستفاد من دراسة هذه المواد ضرورة وجوده ولا مسؤولية بدونه، فإذا انتفى الضرر انتفت المسؤولية والتعويض.

وبشكل عام فقد أجمع الفقه بأن الضرر هو " الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أم لم تكن"<sup>1</sup>.

يتضح من هذا التعريف أن الضرر ينشأ عن المساس بحق من حقوق الإنسان، المادية منها والمعنوية، ولا يقتصر الضرر على الجانب المالي أو الذمة المالية للإنسان، بل يشمل أيضا كل حق يخول لصاحبه سلطة منافع أو مزايا يتمتع بها. كما يتحقق الضرر لو تم المساس بمصلحة الدائن<sup>2</sup>، بشرط أن تكون مشروعة<sup>3</sup>، وغير مخالفة للقانون<sup>4</sup>.

### ثانيا: شروط تحقق الضرر

يجب لتحقيق الضرر الموجب للتعويض بعض الشروط منها أن يكون الضرر أكيدا أو محققا، مباشرا، ولم يسبق التعويض عنه، وسنكتفي في هذه النقطة بدراسة تحقق الضرر، وعدم سبق التعويض عنه، أما ما يتعلق بكون الضرر مباشرا متوقعا أو غير متوقع، فسيتم التطرق له تفصيلا عند الإنتقال إلى حدود تقدير التعويض.

### أ- أن يكون الضرر محققا

الضرر أيا كان ماديا أو جسديا أو معنويا، يجب أن يكون مؤكدا في حدوثه<sup>5</sup>، ولا يكون كذلك إلا إذا كان قد وقع بالفعل أي حالا، أو سيقع حتما وبصورة أكيدة أي مستقبلا<sup>6</sup>. ويكون الضرر حالا، إذا وقع فعلا وتكونت عناصره ومظاهره التي توفر للقاضي إمكانية تقديره وتحديد مقداره<sup>7</sup>. أي أن يكون الضرر حقيقيا أكيدا حال بالشخص فعلا، وأن

<sup>1</sup> حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 106.

<sup>2</sup> Genevieve VINEY, Quelque proposition de reforme du droit de la responsabilité civile, Recueil dalloz, 2009, P. 2944

<sup>3</sup> محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع بإعتباره مصدر للالتزام، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، س 1985، ص 105 و 106.

<sup>4</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 17.

<sup>5</sup> François TERRET et Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit, N° 700, P 688.

<sup>6</sup> بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هوم، الجزائر، س 2013، ص 212.

<sup>7</sup> مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ج 1، ط 1، س 2007، ص 569.

تكون آثاره تجسدت على الواقع<sup>1</sup>، كالإصابة التي أدت إلى وفاة المصاب أو إلى جروح في جسمه نتيجة سقوط حائط، أو الحريق الذي نشب في مبنى وأدى إلى تلف أو هلاك في مال الشخص أو في إحدى مصالحه المادية<sup>2</sup>.

أما الضرر المستقبل، فهو الذي قامت أسبابه، لكن تراخت نتائجه كلها أو بعضها إلى المستقبل<sup>3</sup>، ويجوز التعويض عنه طالما أنه محقق الوقوع مستقبلاً<sup>4</sup>، كإصابة العامل نتيجة سقوط الحائط مما أدى إلى عجزه مستقبلاً عن العمل، وكمنع شخص من حق المرور نتيجة تشييد بناء، أو إزعاج سكان منزل بفعل ضجيج محركات مصنع، أو قطع المياه عن بستان مغروس وتلف أغراسه لحاجته إلى المياه، ونزع ملكية أرض زراعية قبل نضح المحصول القائم، فإزالة المحصول قبل تمام نضجه، الضرر مستقبلي يعرض عنه مادام محقق الوقوع<sup>5</sup>.

نشير إلى أنه قد يصعب تحديد قيمة الضرر الذي سيحل مستقبلاً بصورة أكيدة، قبل وقوعه فعلاً، ولكن هذه الصعوبة لا تحول دون حق المتضرر في إقامة دعوى للمطالبة به.

يختلف الضرر المستقبلي عن الضرر المحتمل<sup>6</sup>، في أن الأول يكون محققاً ويستوجب التعويض أما الثاني فلا يكون محققاً بل محتمل التحقق؛ وهذا هو وجه التمييز مع الضرر المستقبل، فقد يقع الضرر المحتمل وقد لا يقع<sup>7</sup>، وهنا إذا وقع يصبح ضرراً حالاً واجب التعويض عنه، أما إذا لم يقع لا يكون حالاً ولا مستقبلاً، وبالتالي لا يكون موجباً للتعويض<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> علي فيلالي، الفعل المستحق للتعويض، ص 293 و294.

<sup>2</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الإلتزام، ص 2، مصادر الإلتزام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 2009، ص 974 و975.

<sup>3</sup> جليل حسن الساعدي، ملاحظات في نصوص المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع عشر، يونيو 2002، ص 243.

<sup>4</sup> أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 273.

<sup>5</sup> براحلية زوبير، المرجع السابق، ص 29.

<sup>6</sup> أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص 273.

<sup>7</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع نفسه، ج 1، ص 2، ص 978.

<sup>8</sup> حسن حنتوش الحسنوي، المرجع السابق، ص 112.



فإذا كان الضرر المستقبل يقبل التعويض عنه فإن الضرر الإجمالي لا يمكن التعويض عنه ومثال ذلك أن يطلب شخص تعويضه عن ضرر تهدم جداره الذي سيحصل نتيجة قيام جاره بعملية الترميمات التي يجريها في ملكه بالرغم من أنه لا شيء يؤكد ما يدعيه.<sup>1</sup>

وقد ظهر بعض الفقه، يرى أن الفرق بين الضرر المستقبل والاحتمالي، ليس فرق في الطبيعة بل فرق في الدرجة، فالضرر الاحتمالي هو ضرر على خطر التحقق، وهذا الخطر أمر حالي يهدد بوقوع الضرر مستقبلا، أما الضرر المستقبل المحقق الوقوع يصعب تحديد قدره سلفا على وجه دقيق، فيبقى مداه احتماليا ولو أنه صار محقق في مبدئه.<sup>2</sup>

لا يجوز على سبيل المثال لجيران المحلات الخطيرة، المطالبة بتعويض عن أضرار قد تلحقهم نتيجة انفجار محتمل، لأن الضرر في هذا الفرض احتمالي وغير محقق الوقوع، ومن ثم لا يستحق قانونا التعويض عن هذا الضرر إلا إذا وقع فعلا.<sup>3</sup>

كما لا يجوز للمرأة الحامل التي تعرضت لإصابة على بطنها نتيجة سقوط شيء صلب من مبنى الجار أن تطالب بالتعويض على احتمال وقوع الإجهاض قبل حصول، مادام أن هذا الأخير لم يقع ولم يتأكد أنه سيقع، أما بعد أن يقع وتخسر الجنين فيصبح هذا الضرر المحتمل حالا واجب التعويض.<sup>4</sup>

والضرر أيا كان ماديا أو معنويا، يجب أن يكون مؤكدا في حدوثه وأن يكون قد وقع فعلا أو سيقع مستقبلا مثل أن يتسبب الضرر في عجز دائم للمصاب أدى إلى فقدان وظيفته أو تغييرها إلى وظيفة أقل أجرا، ونجد أن المشرع الجزائري اعتد بالضرر المستقبل، ونص عليه في المادة 131 من القانون المدني على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة ظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

<sup>1</sup> دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية للإلتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، بدون طبعة، 2004 م، الجزائر، ص 79.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ج 3، ص 140.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 162.

<sup>4</sup> سليمان مرقس، الوافي، المرجع نفسه، ج 3، ص 140 و 141.

## ب- أن يكون غير مشروع

ويشترط أيضا أن يكون الضرر غير مشروع، حيث توجد هناك أضرار مشروعة مثل الأضرار الناشئة عن المنافسة المشروعة أو الأضرار الناشئة عن حالة الدفاع الشرعي، أو حالة الضرورة، كما لا تعويض عن الضرر الذي أصاب شخص نتيجة مخراته التي يتاجر بها<sup>1</sup>.

## ج- أن يكون مباشرا و شخصيا

بمعنى أن يرتبط الضرر مباشرة بالخطأ ارتباط السبب بالنتيجة أي أن يكون الضرر طبيعة للخطأ الصادر عن المسؤول سواء كان متوقعا أو غير متوقع وهذا متى كان المضرور لا يستطيع تفاديه في حالة بذله جهة الرجل المعتاد<sup>2</sup>.

ويشترط كذلك أن يكون شخصا فعلى المدعي أن يثبت أن الضرر قد أصابه شخصا أي هو المضرور الأصلي، وإذا كان ليس هو المضرور الأصلي فعليه أن يثبت أن الضرر قد وقع على غيره وتعدى إليه وأضره ومثال ذلك الضرر المعنوي الذي يصيب الزوج نتيجة عجز زوجته بسبب حريق نشب في مبنى جاره ووصل إلى منزله وأصابها<sup>3</sup>.

## د- أن يصيب حق ثابت أو مصلحة مالية للمضرور

قد يكون إخلال بحق المضرور كالإعتداء على حياة شخص أو الإعتداء على سلامة جسمه فإذا كان الإعتداء عليها يضعف قدرة الشخص على الكسب ويلزمه نفقات العلاج فهذا ضرر مادي، أما إذا ترك تشوهات وندوب في الوجه أو الأعضاء كان هذا ضررا معنويا فكليهما يستوجب التعويض، وقد يكون إخلالا بمصلحة مالية للمضرور فهذا خاص بالضرر المادي ومثال ذلك إذا مات شخص تحت الهدم وكان عائلا لقريب له لا تجب نفقته عليه فإن هذا القريب لا شك أنه يضر من ذلك وهذا الضرر ليس إخلالا بحق له لأنه لا يجب على الميت نفقته كما في الأولاد والزوجة ولكنه إخلال مجرد بمصلحة مالية له، فإذا ثبت أن

<sup>1</sup> دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 80

<sup>2</sup> دربال عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص 81

<sup>3</sup> محمد فتح الله النثار، المرجع السابق، ص 210

الميت كان يعوله على نحو مستمر وطالما كانت فرصة الإستمرار في النفقة مستقبلاً محققة فإذا نجح هذا القريب في إثبات ذلك قضى له بالتعويض<sup>1</sup>.

### و- أن لا يكون قد سبق تعويضه

يشترط في الضرر الواجب التعويض عنه أن لا يكون قد سبق تعويضه، فلا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض لإصلاح وجبر ضرر بعينه، فإذا قام المسؤول بما عليه لإصلاح الضرر إختيارياً يكون في حكم الموفي بالتزامه، ولا محل بعد ذلك للمطالبته بتعويض آخر عن نفس الضرر<sup>2</sup>.

كما لا يستطيع المضرور الذي رفع دعوى وكسبها وحكم له بالتعويض، أن يرفع دعوى جديدة عن الضرر نفسه، لأن الحكم بالتعويض الصادر في الدعوى الأولى يكون قد حقق الغرض من رفعها وهو جبر الضرر وإزالته<sup>3</sup>.

لم يجتمع الفقه على ذلك بل إنقسم، حيث ذهب أنصار الجمع بين التعويضات، أنه قد يكون للمضرور طريقان يستطيع أن يسلكهما لتعويض ما أصابه من ضرر، كأن يكون مؤمن عن نفسه ضد الحوادث التي قد تصيبه، وهنا يكون للمضرور حقان، الأول من قبل المسؤول عن الضرر، ومصدر هذا الحق هو الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، أما الحق الثاني فهو من قبل شركة التأمين، ومصدر هذا الحق هو عقد التأمين الذي تم بين المضرور وبين شركة التأمين، وهنا للمضرور الحق بعد حصوله على تعويض من شركة التأمين، أن يطالب محدث الضرر بالتعويض، ويجمع في هذه الحالة بين الحقين<sup>4</sup>.

ودافع أنصار الجمع بين التعويضات عن رأيهم استناداً إلى حجتين الأولى هي مبدأ نسبية العقد، حيث أن العقد لا يلزم الغير، لكن يجوز أن يكسبه حقوق، والثانية أن للمضرور إمكانية التنازل عن دعواه ضد المسؤول عن الضرر، ومن ثم لا يمكن للمسؤول عن

<sup>1</sup> محمد فتح الله النثار، المرجع السابق، ص204، 205.

<sup>2</sup> Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 185

<sup>3</sup> حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 115.

<sup>4</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1، مج 2، ص 1115 و1116.

الضرر أن يدفع بعقد التأمين الذي يلزم المؤمن بتعويض الضرر الذي لحق المضرور للتخلص من مسؤوليته<sup>1</sup>.

أما الفقه والقضاء، سواء المصري<sup>2</sup>، أو الجزائري<sup>3</sup>، الراض للجمع بين التعويضات، ذهب إلى أنه بدفع شركة التأمين التعويضات المستحقة، يكون الضرر الذي يدعيه المضرور قد زال تبعا للتعويضات التي تحصل عليها، ومن ثم تكون الدعوى المرفوعة من قبل المضرور ضد المسؤول غير مقبولة، وأن الجمع بين التعويضات يعتبر إثراء بلا سبب<sup>4</sup>، وهذا ما لا يسمح به القانون<sup>5</sup>.

حيث وبمقتضى مبدأ عدم جواز الجمع بين التعويضات المختلفة، خولت المادة 48 من قانون 83-15، في حالة وجود مسؤول عن الضرر لهيئة الضمان الإجتماعي، رفع دعوى أمام الجهات القضائية ضد المتسبب في الحادث قصد تسديد ما أنفقته أو ما عليها أن تنفقه.

كما نصت المادة 10 من الأمر 74-15<sup>6</sup>، أن التعويض المنصوص عليه في المواد السابقة لا يمكن أن يجمع مع التعويضات التي يمكن أن يستوفيه نفس الضحايا بعنوان التشريع المتعلق بالتعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية...".

أما المادة 38 من الأمر رقم 95-07<sup>7</sup>، فقد نصت على أنه: " يحل المؤمن محل المؤمن له، في الحقوق والدعاوى تجاه الغير المسؤولين، في حدود التعويض المدفوع له...".

إذا كان هذا هو الرأي السائد حاليا، إلا أنه لا يجب الخلط بين الجمع بين تعويضين عن نفس الضرر، وبين مطالبة المضرور بتكملة التعويض، فإذا كان المضرور مؤمن عن نفسه

<sup>1</sup> علي فيلالي، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 304.

<sup>2</sup> ناصر متعب بنية الخرينج، المرجع السابق، ص 21 و22.

<sup>3</sup> جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القانون المدني، ج 1، ط1، منشورات كلبك، الجزائر، س 2013، ص 92.

<sup>4</sup> Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 185

<sup>5</sup> علي فيلالي، الفعل المستحق للتعويض، المرجع نفسه، ص 304، ه 52.

<sup>6</sup> الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 30 يناير 1974، المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 15، السنة الحادية عشر، المؤرخة في 19 فبراير 1974، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-31 المؤرخ في 19 جويلية 1988، المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 29، السنة الخامسة والعشرون، المؤرخة في 20 جويلية 1988.

<sup>7</sup> الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 13، السنة الثانية والثلاثون، المؤرخة في 8 مارس 1995. المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 15، السنة الثالثة والأربعون، المؤرخة في 12 مارس 2006.

ضد ما قد يصيبه من حوادث، فله بعد الحصول على تعويض من قبل شركة التأمين، أن يطالب محدث الضرر بما لم يشمل مبلغ التأمين<sup>1</sup>، فشركة التأمين لا تدفع غالباً إلا المبلغ المحدد في بوليصة التأمين بغير أية موازنة بينه وبين ما وقع من ضرر.

فبما أن التعويض الذي تدفعه عادة شركات التأمين سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية جزئياً، جاز للمضرور أن يطالب بالمسؤولية المدنية بغية إكمال التعويض المقبوض من هذه الأجهزة<sup>2</sup>، عندما يكون التعويض لا يغطي كامل الضرر<sup>3</sup>، وهذا ما أشارت إليه العديد من مواد القانون الجزائري.

وبالتالي يكون للمضرور بعد حصوله على التعويض من شركة التأمين أو من نظام التعويض الاجتماعي، حق الإدعاء بالمسؤولية المدنية ومطالبة المسؤول بتكملة التعويض، بشرط ألا يقبض المضرور إلا المبلغ أو القيمة اللازمة لتحقيق التعويض الكامل للضرر.

أما إثبات هذا الضرر<sup>4</sup>، فيجوز بكافة الطرق مادام الضرر أمر مادي<sup>5</sup>، ويقع عبء الإثبات على من يدعيه وهو الدائن أو المضرور<sup>6</sup>، وهنا لا يكفي أن يثبت هذا الأخير الضرر الذي أصابه وخطأ المسؤول، بل يقع عليه إثبات أن الضرر الذي يدعيه كان نتيجة خطأ المسؤول. كما لا يكفي إثبات وقوع الضرر بل لابد من إثبات مداه، وبيان عناصره<sup>7</sup>.

### الفرع الثاني : أنواع الضرر

يصنف الضرر حسب طبيعة المصلحة التي اعتدى عليها سواء كانت مادية أو معنوية، وبالتالي فالضرر في الفقه القانوني ينقسم إلى قسمين ضرر مادي وضرر معنوي.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 166.

<sup>2</sup> Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 185.

<sup>3</sup> جنيف فيني، المرجع السابق، ص 79.

<sup>4</sup> محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، س 2006، ص 5.

<sup>5</sup> مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 36.

<sup>6</sup> محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 92.

<sup>7</sup> سليمان مرقس، الوافي، ج 3، المرجع السابق، ص 182.

## أولاً: الضرر المادي

الضرر المادي هو؛ الأذى الذي يلحق خسارة مالية بالمضرور فيؤدي إلى نقص في ذمته المالية ومثال ذلك المساس بحق من حقوقه المالية ، كحق الملكية عن طريق الغضب أو الإلتلاف ومثاله المساس بجسم الإنسان و سلامة الصحة.<sup>1</sup>

ويعرف أيضا على أنه؛ الضرر الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون سواء في جسمه أو في ماله أو يصيب في مصلحة مشروعة.<sup>2</sup>

والضرر المادي بدوره ينقسم إلى قسمين: ضرر مباشر وغير مباشر؛ فالضرر المباشر هو الضرر الذي يرتبط مباشرة بالخطأ أي ارتباط السبب بالنتيجة، أو هو النتيجة الأولى والطبيعة للخطأ ولم يكن في استطاعة المضرور تفاديها ببذل جهد معقول، أما الضرر غير المباشر فهو الذي لا يكون نتيجة مباشرة للخطأ أي هو الضرر الذي فصل بينه وبين الخطأ الأصلي خطأ أجنبي.<sup>3</sup>

والضرر المادي قابل للتعويض، فقد ذكر المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني أنه كل فعل أحدث الغير ضرر يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.

## ثانياً: الضرر المعنوي أو الأدبي

وهو ضرر يلحق الشخص في مصلحة غير مالية فهو يشكل اعتداء يقع على حق غير مالي للشخص، كالعواطف والمشاعر والكرامة والسمعة وكذلك المعتقدات الدينية أو الإعتداء على الشخص بانتحال اسمه أو لقبه أو كليهما و غيرها من الأضرار المعنوية أو الأدبية التي من الممكن أن تصيب الشخص.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> حسن علي الذنون، المرجع السابق ، ص 204

<sup>2</sup> على علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام ، ط1، 2005م، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص162.

<sup>3</sup> حسن علي الذنون ومحمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، دار وائل للنشر ، الأردن، ط1، ج1، 2002م، ص 267 .

<sup>4</sup> أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، دار الثقافة، ط1 ، 1428هـ/2007م، ص289 .

ونظرا لارتباط الضرر المعنوي بالأحاسيس فإنه ينتج صوراً متعددة له، وعلى هذا يمكن تجميع هذه الصور في أربعة مجموعات:

أ- ضرر معنوي يصيب الجسم كالآلام الناجمة عن الجروح والتشويه الذي يتركه الفعل الضار في جسم المتضرر .

ب- ضرر معنوي يصيب الشرف والإعتبار والعرض، كالقذف والسبب وهتك العرض وإيذاء السمعة والإعتداء على الكرامة .

ج- ضرر معنوي يصيب العاطفة ومن ضمنها الشعور والمعتقد الديني وحرية ممارسته .

د- ضرر معنوي يصيب الشخص من الإعتداء على حق ثابت له كاستخدام اسمه في عمل فني أو نسبة كتاب إلى غير مؤلفه الحقيقي اعتداء على حقه الأدبي<sup>1</sup>.

والضرر المعنوي قابل للتعويض بالمال، فقد استقر الفقه والقضاء على جواز التعويض عن الضرر الأدبي على عكس ما كان عليه قبل، وذلك بأنه لا يصلح أساساً للمطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي، وذلك أن التعويض عنه لا يصلح الضرر ولامحو أثر الفعل الضار ولا يعيد المضرور إلى حالته التي كان عليها، ولكن نجد أغلب الفقهاء ينتهجون سبيل تساوي الضررين المادي والمعنوي في الحكم بالتعويض عنهما خاصة الأدبي لما فيه من تخفيف للآلام ومواساة للمصاب بعد تعويضه<sup>2</sup>.

أما موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر الأدبي، فقد نص صراحة في المادة 182 مكرر على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو بالشرف أو السمعة "

من خلال ما سبق يتبين أن الضرر المعنوي هو الذي يصيب العاطفة والشعور والأحاسيس، وأنه يمكن التعويض عنه لتخفيف عن المضرور .

<sup>1</sup> بشار ملكاوي فيصل العمري، المرجع السابق، ص 77  
<sup>2</sup> وسيلة أحمد شريبط، أساس المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، 2000م، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ص 107.

## المطلب الثالث: ركن العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر

لا يمكن القول أنه بمجرد تضرر شخص بسبب مباني مملوكة لشخص آخر، تقام مسؤولية هذا الشخص الأخير ويلزم بالتعويض، فالعقل لا يقبل هذه النتيجة البسيطة وإنما يجب بالإضافة إلى وقوع ضرر، وصدور خطأ، أن يكون هذا الضرر قد تسبب بواسطة خطأ هذا الشخص وإنحراف سلوكه كونه مسؤول عن حراسة المباني التي يملكها، أو بتعبير آخر يجب توافر علاقة السببية بين خطأ الشخص مالك المبنى والضرر الذي أصاب الشخص الآخر.

ولقد عرفت علاقة السببية على أنها علاقة مباشرة تقوم بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول و الضرر الذي لحق المضرور، فلا يكفي لقيام المسؤولية تحقيق الخطأ والضرر بل يجب أن تربط بينهم صلة مباشرة أي الخطأ هو الذي سبب الضرر فتتشكل لنا علاقة ثلاثية فعل فاعل ونتيجة<sup>1</sup>.

وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر تعتبر الركن الثالث لقيام المسؤولية، وهي ركن مستقل عن ركن الخطأ، فقد توجد السببية ولا يوجد خطأ، كما إذا ترتب ضرر عن فعل أحدثه شخص ولكن فعله لا يعتبر خطأ وتتحقق مسؤوليته على أساس تحمل التبعية، فالسببية موجودة لكن خطأ غير موجود، وقد يوجد الخطأ ولا توجد السببية<sup>2</sup>، ويسوق أحد الفقهاء لذلك مثلاً: هروب شخص من تحت مبنى مملوك لجاره بدأ في الإنهيار وأثناء هروبه الى الطريق العام صدمته سيارة فمات، فهنا الخطأ هو إهمال المالك في صيانة المبنى، والضرر هو موت المصاب، ولكن لا سببية بينهما إذ الموت سببه حادث السيارة لا إنهيار المبنى، فوجد الخطأ و لم توجد السببية<sup>3</sup>.

وقد عبر المشرع الجزائري عن ركن السببية في المادة 124 من القانون المدني بكلمة "يسبب" فنصت المادة: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"

<sup>1</sup> محمد حسين منصور ، مصادر الإلتزام، الدار الجامعية، دط، 2000م، ص 99 .

<sup>2</sup> صبري السعدي، المرجع السابق، ص 92 و93.

<sup>3</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1، مج 2، ص 873 .



لذا يجب على المضرور أن يثبت وجود السببية بين الخطأ الذي أحدثه المسؤول، وبين الضرر الذي أصابه حتى يستحق التعويض فإذا لم ينشأ عن الخطأ المسؤول ضرر فلا يعقل أن يطالب المضرور بالتعويض عن ضرر يسببه الغير، والمدعى عليه إذا أراد دفع المسؤولية يجب أن ينفي علاقة السببية، و ذلك بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يدل عليه<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: إثبات علاقة السببية في القانون المدني الجزائري

على المدعي أن يثبت علاقة السببية بين الخطأ والضرر وذلك بالإضافة إلى الخطأ وتحقق الضرر كما بينا سابقا وهذا ما سيتم توضيحه حسب الحالات التي سيتم التطرق لها .

#### أولاً: حالة تعدد الأسباب

يحدث غالباً أن يكون الضرر ناتجاً عن عدة وقائع أو أسباب تشترك في حدوثه فيصعب استبعاد أي واحد منه لأن الضرر وقع على اجتماعها كلها ومثال ذلك: إهمال وتقصير شخص في صيانة حائط بمبنى يملكه فأصبح مهدداً بالسقوط، فجاءت شاحنة واصطدمت بالحائط فسقط على شخص مر بجانبه فأصيب بجروح بليغة، فنقل بسرعة عبر سيارة إلى المستشفى لإسعافه، فاصطدمت السيارة بشاحنة وأدى الإصطدام إلى وفاة المصاب<sup>2</sup>. من خلال هذا المثال يتبين أن حادث الوفاة ساهم فيها أكثر من سبب، إهمال المالك وتقصيره في صيانة الحائط، وإصطدام الشاحنة بالحائط، وإصطدام السيارة التي تقل المصاب بالشاحنة<sup>3</sup>.

لقد أثار مسألة تعدد الأسباب أبحاث نظرية عميقة، وأسفرت هاته الأبحاث عن عدة نظريات وأهمها نظريتان :

#### أ- نظرية تكافؤ الأسباب

تطبق لهذه النظرية يأخذ في الاعتبار كل فعل ساهم في إحداث الضرر أي كل سبب، مهما كان بعيداً بحيث لولا وجوده ما تم حدوث الضرر<sup>4</sup>، ويعتبر سبب متكافئاً مع غير في

<sup>1</sup> صبري السعدي، المرجع السابق، ص 93.

<sup>2</sup> أنور سلطان، مصادر الإلتزام، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ط1، 2002 م، ص 334 .

<sup>3</sup> صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 95

<sup>4</sup> على على سليمان، المرجع السابق، ص 192.

حدوث الضرر وعليه إذا تم إلغاء أقل عامل من الظاهرة فإن النتيجة لا تحدث فكل عامل من هذه العوامل يعد ضروريا لحدوث النتيجة، وإذا أخذنا أي سبب على انفراد يكون بذلك عاجزا عن تحقيق النتيجة، فاجتماع كل هذه الأسباب هو الذي يؤدي إلى حدوث النتيجة بكل تأكيد<sup>1</sup>، ولمعرفة إذا كان السبب متكافئا يكفي أن نتساءل ما إذا كان الضرر واقع لولا مشاركة هذا السبب، فإذا كان الجواب إيجابيا فلا يعتد بهذا وإذا كان الجواب بالنفي فيتعين الإعتداء به فتقوم علاقة السببية<sup>2</sup>.

### ب- نظرية السبب المنتج

ومقتضى هذه النظرية أنه يؤخذ في الإعتبار السبب الفعال، الذي لعب دورا أساسيا في إحداث الضرر، أي السبب الذي يجعل حدوث الضرر محتملا طبقا لسير الأمور سيراً عادياً<sup>3</sup> - و إهمال باقي الأسباب- و إلا فإنه يكون سببا عرضيا لا يهتم به القانون<sup>4</sup>.

وبتطبيق هذه النظرية على المثل الذي ضربناه سابقا، يكون إهمال مالك المبنى لصيانة الجدار سببا عارضا وليس منتجا، لأن ذلك حسب المجرى الطبيعي لا يؤدي إلى الوفاة، ويرى المشرع الجزائي؛ أن التعويض يجب عن الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية، فقد نصت المادة 182 من القانون المدني على أنه: "... ويشمل التعويض ما لحق من خسارة ... بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية ... ويعتبر الضرر نتيجة إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"

### ج- الأثر الذي يترتب على تعداد الأسباب التي أحدثت الضرر

إذا ساهمت عدة أسباب في إنتاج الضرر، وقامت رابطة السببية بين هذا الضرر الذي وقع بين تلك الأسباب، فإنه يجب الإعتماد عليها جميعاً<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 96

<sup>2</sup> صبري السعدي، المرجع نفسه ، ص 967

<sup>3</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 193

<sup>4</sup> صبري السعدي، المرجع نفسه ، ص 98 .

<sup>5</sup> صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 99

وقد نصت المادة 126 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض". وعلى ذلك فإن المضرور يجوز له أن يطالب أحد المسؤولين بالتعويض الكامل عن الضرر، ويكون لمن دفع التعويض أن يرجع على سائر المسؤولين بنصيب كل منهم في التعويض<sup>1</sup>.

ويوجد هناك حالات أخرى بخلاف الحالة السابقة:

### 1- اجتماع خطأ الفاعل و خطأ المضرور

إذا كان خطأ المضرور هو السبب الوحيد في وقوع الضرر وبرضاه، مثل الأضرار الناجمة للقائمين على إزالة المباني القديمة الآيلة للسقوط، فلا تقوم المسؤولية ولا يحدث تعويض، لكن لا يحرم من قام بعمل من أعمال التضحية مثل، شخص قام بإنقاذ شخص آخر من حريق نشب في مبنى فاحترقت يداه، فهنا لا يجوز للمسؤول بدفع المسؤولية عنه، ويحق للمضرور أن يطالب بالتعويض<sup>2</sup>.

وإذا استغرق خطأ الفاعل خطأ المضرور، فقد حقت المسؤولية كاملة ومثال ذلك؛ أن يتعمد مالك المبنى المهدد بالسقوط هدمه على شخص مختل عقليا تسلل إلى المبنى ورفض الخروج منه، وإذا استغرق خطأ المضرور خطأ الفاعل فلا مسؤولية عليه، فلا تعويض لمن ألقى بنفسه في حريق نشب في مبنى، وإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر كنا أمام خطأ مشترك، توزع المسؤولية على كل من الفاعل والمضرور<sup>3</sup>.

### 2- اجتماع خطأ الفاعل و خطأ الغير

إذا اشترك فعل المدعي عليه مع فعل الغير في إحداث الضرر، كما لو سقطت لبنات من مبنى مهدد بالسقوط نظرا لإهمال المالك صيانتها فاعترضت تلك اللبنات سيارة مسرعة فانحرفت السيارة وأصابت أحد المارة، كان كل منهما؛ مالك المبنى والسائق مسؤولا أمام

<sup>1</sup> صبري السعدي، المرجع السابق، ص 99

<sup>2</sup> حسن علي الذنون وسعيد رحو، المرجع السابق، ص 285.

<sup>3</sup> حسن علي الذنون وسعيد رحو، المرجع نفسه، ص 286.

المضروور مسؤولية كاملة عن التعويض، أما فيما بينهم فيمكن للذي دفع التعويض الرجوع على الغير بنصيبه في التعويض<sup>1</sup>.

### 3- اجتماع خطأ الفاعل والقوة القاهرة

ومثال ذلك شخص مصاب بمرض الربو إستنشق دخان حريق نشب بمبنى مجاور في العادة لا يؤدي ذلك بإنسان سليم إلى الموت إلا أن المريض مات بذلك فهنا يسأل مالك المبنى الذي نشب به حريق مسؤولية مدنية كاملة<sup>2</sup>.

#### ثانياً: حالة تعدد الأضرار وتسلسلها

تسلسل الأضرار أو تعاقبها تنتج عندما يؤدي الفعل الخاطئ ضرر لشخص ثم يقتضي هذا الضرر إلى ضرر ثان بنفس الشخص، ويقضي الضرر الثاني إلى ضرر ثالث<sup>3</sup>، أي حدوث عدة أضرار نتيجة لخطأ واحد.

ونذكر المثال الذي يبين تعدد الأضرار، وهو أن مالك مبنى لم يقم بصيانة مجاري الصرف الصحي به فأدى ذلك إلى تسرب مياهها إلى أنبوب مياه الشرب الخاصة بجاره فأصيب بوباء الكوليرا المعدي لتنتقل العدوى إلى آخرين من الأقارب والاصدقاء وزملاء العمل فمنهم من توفى ومنهم من بقي تحت الرعاية الطبية لفترة ومنهم من تسبب له المرض في العجز عن العمل فتعاقبت الأضرار نتيجة خطأ واحد<sup>4</sup>.

من خلال هذا المثال يطرح التساؤل الآتي، هل مالك المبنى يسأل عن كل هذه الأضرار؟ أم هناك نقطة معينة تقف عندها تسلسل الأضرار فلا يسأل عما حدث بعد هذه النقطة من الأضرار؟

<sup>1</sup> أنور سلطان، المرجع السابق، ص 336

<sup>2</sup> حسن علي الذنون و سعيد رحو، المرجع السابق، ص 287.

<sup>3</sup> صبري السعدي، المرجع السابق، ص 101

<sup>4</sup> قياساً على مثال مشابه؛ أنظر السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 909.

فالقاعدة أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر، وهو في مثالنا إصابة الجار بوباء الكوليرا المعدي، فالمالك في هذه الحالة يسأل عن الضرر المباشر فقط، أي أنه مسؤول عن تعويض الضرر الذي أصاب الجار فقط<sup>1</sup>.

إذن التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل الضرر المباشر فقط سواء كان متوقعا أو غير متوقع، ولا تعويض عن الضرر غير المباشر.

### الفرع الثاني: انعدام السببية في القانون المدني الجزائري

إذا أثبت المضرور الخطأ والضرر الناتج عن المعتدي، عندئذ تقوم المسؤولية لمصلحته بتوافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وعليه يكون على المسؤول دحض القرينة بإثبات انعدام السببية بين خطأه والضرر، كما يمكنه دحضها بطريقة غير مباشرة، وذلك بإقامة الدليل على أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي<sup>2</sup>.

ويقصد بالسبب الأجنبي أنه كل فعل أو حادث لا يد له فيه<sup>3</sup>، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 127 وذلك أنه: " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ".

ويتضح من خلال هذه المادة أن السبب الأجنبي الذي يقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر يتمثل في القوة القاهرة الحادث الفجائي ثم خطأ المضرور وخطأ الغير<sup>4</sup>.

وبما أن هذه الأسباب لها أهمية في تحديد السبب الأجنبي فسوف نتحدث عن كل سبب من هذه الأسباب عن انفراد

<sup>1</sup> صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 101 .

<sup>2</sup> أمجد محمد منصور ، المرجع السابق ، ص 298.

<sup>3</sup> صبري السعدي، المرجع السابق ص 109.

<sup>4</sup> حسن قدارة، المرجع السابق ، ص 251.

## أولاً: الحادث الفجائي أو القوة القاهرة

هناك بعض الفقهاء يميزون بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، فالقوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه، كالرياح والزلازل والبراكين أم الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه كالحريق<sup>1</sup>، والقوة القاهرة يستحيل دفعها استحالة مطلقة، أما الحادث الفجائي فيستحيل توقعه استحالة سببية<sup>2</sup>.

فيما يرى البعض الآخر أن القوة القاهرة والحادث الفجائي مترادفان، ويرميان إلى معنى واحد، اشترطوا للقوة القاهرة والحادث الفجائي شرطان وهما استحالة الدفع وعدم إمكان التوقع<sup>3</sup>، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري .

## ثانياً: خطأ المضرور

يقصد بخطأ المضرور أو فعل المصاب، أن المدعي هو من وقع منه الفعل الذي تسبب له بالضرر، وقد شارك بفعله في إحداث الضرر<sup>4</sup>، ومثال ذلك؛ محاولة تسلق أحد الأشخاص حائط مهدد بالسقوط فانهار به، مما أدى إلى إصابته، فلا يستطيع هذا الشخص المطالبة بالتعويض لأن الضرر الذي أصابه نتيجة لخطأه هو<sup>5</sup>.

## ثالثاً: خطأ الغير

يقصد بخطأ الغير مساهمة خطأ الغير مع خطأ المسؤول في إحداث الضرر ولكن في هذه الحالة يثبت المسؤول أن الضرر راجع إلى خطأ شخص أجنبي عنه، أي أن السبب في وقوع الضرر، يرجع إلى خطأ الغير وحده، فترفع المسؤولية على المدعي عليه، فتتجه مطالبة المضرور بالتعويض نحو الغير وحده<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> حسن قداة، المرجع السابق، ص 252

<sup>2</sup> صبري السعدي، المرجع السابق، ص 111

<sup>3</sup> أمجد منصور، المرجع السابق، ص 299

<sup>4</sup> صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 117

<sup>5</sup> أمجد منصور، المرجع نفسه، ص 302

<sup>6</sup> عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط7، 2000م، ص 242

## المبحث الرابع

## أركان ضمان أضرار المباني في الفقه الإسلامي

لقد كان على رأس المقاصد الشرعية الحفاظ على النفس والمال، ووضعت الشريعة لذلك أحكاماً وقوانين عامة يتم في إطارها الحفاظ على تلك المقاصد ووضع لمنتهاك تلك القواعد والحدود عقوبات مالية، فإذا ما أتلّف إنسان ما يعود لغيره أو ألحق الضرر به فإنه لا بد من جبر ذلك الضرر، وتضمن تلك الخسارة .

وقد ذكر الفقهاء للضمان تعاريف عديدة، فقد عرفه الإمام الغزالي رحمه الله على أنه: "هو واجب ردّ الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة"<sup>1</sup>، وعرفه الإمام الشوكاني رحمه الله بأنه: "عبارة عن غرامة التّألف"<sup>2</sup>، وعرفه الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء بأنه: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"<sup>3</sup>، والتعريف الذي نراه جامعاً هو تعريف الأستاذ وهبة الزحيلي الذي مزج بين التعاريف السالفة، فهو يعرف الضمان بأنه: "الالتزام بتعويض الغير عما ألحقه من تلف المال أو ضياع المرافق، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"<sup>4</sup>.

وكما ذكرنا فإن الشريعة الإسلامية قررت مبدأ التضمن للحفاظ على حرمة أموال الناس وأنفسهم إلا أنه لا يمكن قيام هذا الضمان إلا بعد توفر ركنين اثنين، وهما الاعتداء والضرر، وعليه فأركان<sup>5</sup> الضمان الأساسية والجوهرية اثنان، يضاف إليهما الإفضاء أو الرابطة بين التعدي والضرر.

<sup>1</sup> أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، مصر، مطبعة الآداب و المؤيد ، د. ط ، 1317 هـ ، ج 1 ، ص 280 .  
<sup>2</sup> محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ومصطفى محمد الهواري ، المطبعة العثمانية المصرية ، د. ط ، 1357 هـ ، ج 5 ، ص 299 .  
<sup>3</sup> مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام ، دمشق، دار القلم ، ط 1 ، 1418 هـ / 1998 م ، ج 2 ، ص 1035 .  
<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، نظرية ضمان التعدي أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، د . ط ، 1402 هـ ، 1982م، ص 15 .  
<sup>5</sup> الركن : هو الجزء الشيء الداخل في حقيقته وماهيته بحيث لا يتم تصوره بدونه ، كالركوع و السجود في الصلاة.

## المطلب الأول : ركن الاعتداء أو التعدي

يتم التطرق إلى ركن التعدي من خلال مفهوم التعدي وأنواعه

## الفرع الأول: مفهوم التعدي

والمراد به هنا: الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه: هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد أو أنه العمل المعتاد أو العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي<sup>1</sup> فمقياس هو مخالفة المعتاد<sup>2</sup>.

والقصد هنا هو حصول الاعتداء بغض النظر عن أهلية المعتدي، فلا فرق بين البالغ وغيره فإنه يتضمن إذا ما أتلّف مال غيره، وكذلك لا ينظر إلى نية المعتدي، سواء صدر منه متعمداً أو عن طريق الخطأ فإنه يضمن ما أتلّفه أو ألحق به الضرر ولا سيما في الأموال، وعليه يتمّ ضمان الأموال إذا ما أتلّفت من قبل كبير أو صغير، وسواء صدر منه ذلك عمداً أو عن طريق الخطأ. وكذلك يضمن المضطر إذا ما أتلّف مال الغير أو ألحق به الضرر، فالذي يدفعه الجوع الشديد إلى أكل طعام غيره فإنه – وإن كان فعله جائزاً – يضمن ثمن الطعام، أما في ضمان الأنفس فيتمّ التفريق بين المتعمّد وغيره، وبين الصغير والكبير، وبين العاقل وغيره، وربما يكون الفعل مباحاً أو واجباً في بعض الأحيان إلا أنه مع ذلك يضمن، مثال ذلك: أن الإنسان لو اضطر إلى أكل طعام غيره بلا إذن لدفع الهلاك عن نفسه، فإن فعله جائز، بل واجب، لكنه لا ينفى الضمان، وكذا لو أتى فعلاً غير إرادي مما لا يوصف بالجواز أو الحظر، كما لو زلق إنسان أو أغمي عليه فوقع على مال غيره فأتلّفه، فإنه ضامن وإن لم يأت عملاً محظوراً<sup>3</sup>.

أما ما ذكره بعض الفقهاء أنه: " إذا نزلت برجل مخمصة، ووجد طعاماً مع رجل فساومه فيه فلم يبعه منه، واستطعمه فلم يطعمه، فإنه يجوز له قتاله، فإن مات رب الطعام فدمه هدر، وإن مات الجائع وجب القصاص، وإن أخذه قهراً فعليه الضمان"<sup>4</sup>. إن هذا الكلام غير مسلم به، لأنه لا يجوز للإنسان المحافظة على نفسه بإهلاك غيره سواء بالقتل أو غيره، مثله في ذلك مثل المكره فإنه لا يجوز له أن يقتل غيره بذريعة الإكراه لأن نفسه

<sup>1</sup> الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> محمد فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، الكويت، دار التراث، الطبعة الثانية، 1406هـ/1986م، ص 93.

<sup>3</sup> الزرقاء، الفعل الضار، المرجع السابق، ص 79. والزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص 19 و20.

<sup>4</sup> الزرقاء، الفعل الضار، المرجع نفسه، ص 82.



ليست أولى من نفس غيره، ثم هناك تناقض واضح في ذلك حيث أوجبوا على الغاصب قهرا الضمان في الطعام، وفي نفس الوقت أهدروا دم صاحب الطعام مع أن نفس صاحب الطعام أولى بالضمان من طعامه الذي لا قيمة له مقارنة بنفسه.

### الفرع الثاني: أنواع التعدي

يقسم الفقهاء التعدي إلى تقسيمات كثيرة، باعتبارات متعدّدة :

أولاً: يقسم باعتبار السلبية وعدمها إلى قسمين :

- 1- التعديّ الإيجابي: ويكون بإتيان الفعل الذي يسبب الضرر للغير
- 2- التعديّ السلبي: ويتمثل بترك الحفظ، وكذا في الإمتناع من إغاثة الملهوف، ونجدة الغريق، وإطعام المضطر حتى يهلكوا .

يرى الجمهور التأثيم فيها ديانة، لا التضمين قضاء، ولكن يرى بعض الحنابلة التضمين قضاء<sup>1</sup>، والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، وإن كان هذا الفعل منافياً للأخلاق الحميدة.

ثانياً: ويقسم باعتبار الجسامة والطفافة، إلى ثلاثة أقسام :

- 1- تعدّ يسير: وهو ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يدخل النقصان على الأشياء.
- 2- تعدّ فاحش: وهو ما يفوت به بعض العين، وبعض المنفعة لا كلها .
- 3- تعدّ كلي: وهو ما يفوت به العين والمنفعة .

ثالثاً: ويقسم باعتبار القصد وعدمه، إلى عمد وخطأ، فالعمد: قصد النتيجة المترتبة على التعدي، والخطأ: قصد الفعل دون النتيجة المترتبة عليه .

وللتفرقة بين العمد والخطأ أهمية كبيرة تبدو في المبادئ والأحكام الآتية :

- 1- لا يجب القصاص إلا في القتل العمد، وفي القتل الخطأ تجد الدية المالية ونحوها.
- 2- لا يتصور العمد في الصغار ونحوهم من عديمي التمييز، إذ القصد يعتمد تمام العقل، وهو البلوغ وتعديهم كله خطأ، ولهذا قرر الفقهاء أن عمد الصبي خطأ<sup>2</sup>.

- 3- إختلاف الخطأ عن العمد في تضمين الأنفس والجراحات، أما في الاموال فلا يختلف الحكم في الصنفين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أبا محمد عبد الله القدامي، المغني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، د. ط، 1401هـ / 1981م، ج9، ص 580 و 581 .  
<sup>2</sup> ابن عابدين، حاشية رد المحتار على در المختار؛ شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1386هـ، ج 8، ص 103 .  
<sup>3</sup> فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، المرجع السابق، ص 95 و 96 .

## المطلب الثاني: ركن الضرر

هو إلحاق مفسدة بالآخرين أو هو كل إزاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته، فهو يشمل الضرر المادي كتلف المال، والضرر الأدبي كإهانة التي تمس كرامة الإنسان، سواء أكان ذلك بالقول كالقذف والشتم، والرجوع عن الشهادة صدور الحكم على المتهم، أو بالفعل الإيجابي كالضرب والإحراق والإغراق والترويع وإتلاف الزروع والأشجار وهدم المباني، أو الفعل السلبي كالامتناع عن ترميم الحائط أو إغاثة الملهوف أو عن تسليم الوديعة بعد طلب صاحبها لها، أو كضياع مصلحة محققة لعدم قيام المتعهد بتوريد السلعة في الوقت المحدد، أو الوفاء بالالتزام بشحن وتصدير البضاعة في زمان معين<sup>1</sup>.

## الفرع الأول: شروط المتعدي والمتعدي عليه

فإلحاق الضرر بشخص نفسه هو ما يدخل تحت باب التعدي عليه، ولبيان ذلك لابد من الإشارة إلى شروط التي يجب توفرها في كل من المتعدي والمتعدي عليه بإيجاز:

## أولاً- يشترط في المتعدي :

- 1- أن يكون مكلفاً: أي؛ عاقلاً، بالغاً، مختاراً، فلا يعتبر قتل الصبي ونحوه عمداً، ولا يقتص منه ولا من المجنون، لأن القلم مرفوع عنهما، وتجب الدية على عواقلهما.
- 2- أن يكون قاصداً الفعل أو القتل .
- 3- انتفاء شبهة الولادة، بأن لا يكون القاتل والد المقتول، لأن الوالد سبب في وجود الولد فلا يكون الولد سبباً في عدمه<sup>2</sup>.

وهذا كله في القتل العمد، أما في القتل الخطأ فلا تشترط فيه هذه الشروط لأن الضمان يكون من الناحية المالية.

## ثانياً- يشترط في المتعدي عليه :

- 1- أن يكون آدمياً حياً .
- 2- أن يكون معصوماً محقون الدم على التأبيد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص 23 و 24 .

<sup>2</sup> فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، المرجع السابق، ص 74 .

<sup>3</sup> وقد اختلف الفقهاء بأي شيء تتحقق العصمة؟ فاشترط البعض الإسلام وهم الجمهور، فإذا ما قتل مسلم ذمياً فإنه لا يقتص منه، وعلى العكس إلى ما قتل ذمياً مسلماً فإنه يقتص منه. إلا أن الحنفية لم يشترطوا الإسلام في المجني عليه، فيقتص من المسلم إذا ما قتل ذمياً. انظر: الكساني،

إضافة على ذلك فإنه لا بد ان يكون الفعل مفضيا إلى الهلاك ونحوه حتى تتحقق الجناية، بحيث لا يتخلل بين الفعل وبين القتل فعل شخص ثالث، فلو جرح اثنان رجلا واحتز الآخر رقبته، فالقصاص على المحتز لا على الجارح<sup>1</sup>.

أما ضمان الأموال فيتحقق بعدة صور من الاعتداء، وفي كلها يجب الضمان على المعتدي .

### الفرع الثاني: أقسام الضرر من حيثيات مختلفة

#### أولاً: الضرر القولي والضرر الفعلي

كما في رجوع الشاهدين عن شهادتهما قبل القضاء، وقبض المدعى المال، فلا يفسح الحكم، ويضمن ما أتلناه على المشهود عليه بسبب شهادتهما، والفعلي كتمزيق الثياب، وقطع الأشجار وكسر الأدوات، وهدم المباني.

#### ثانياً: الضرر الإيجابي والضرر المعنوي

فالإيجابي معروف، أما مثال السلبي: امرأة تصرع أحياناً، فتحتاج إلى حفظها، فإن لم يحفظها الزوج حتى ألقى بنفسها في النار عند الصرع، فعليه ضمانها .

#### ثالثاً: الضرر بإتلاف المال والضرر بتفويت المنفعة

ومثال الضرر بتفويت المنفعة، كمن غصب أرضاً فترة من الزمن وفوت على صاحبها منافعها خلال تلك الفترة، فإنها تضمن عند الجمهور خلافاً للحنفية، لأن المنافع أموال عند الجمهور خلافاً.

#### رابعاً: الضرر المادي والضرر المعنوي

فالأول هو الضرر الذي يلحق مفسدة في أموال الآخرين، بإتلافها كلها أو بإتلاف بعضها أو جزء منها أو بإزالة بعض أوصافها، والآخر هو إلحاق مفسدة في شخص الآخرين، لا في أموالهم وإنما فيما يمس كرامتهم، أو يؤذي شعورهم، أو يخدش شرفهم أو يتهمهم، أو يسيء إلى سمعهم أو نحو ذلك، من الأضرار التي يطلق عليها اليوم اسم

أبو بكر المسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 2، 1419هـ / 1998م، ج 6، ص 276 .

<sup>1</sup> فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، المرجع السابق، ص 76.

الأضرار الأدبية، وجمهور الفقهاء لا يستوجبون التعويض عنها، ولا يستجيزون التعويض المادي عنها إلا فريقاً منهم<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: الإفضاء أو الرابطة بين التعدي الخطأ والضرر

وهو أن يكون الفعل موصلًا إلى نتيجة لا تختلف عنه، إذا انتفت الموانع<sup>2</sup>، إما مباشرة أو تسببًا، وهو الأساس الثالث للضمان، إلا أنه لا ينطبق عليه معنى الركن المقصود هنا: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وإنما هو بمعنى اشتراط عدم المانع للسبب؛ وعليه فلا ضمان في غير المباشرة والتسبب<sup>3</sup>، والتسبب: أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به، كما في عملية حفر البئر، فإن أثر الحفر وهو العمق هو الذي اتصل بمن وقع فيه فمات، فالتلف لم يحدث بحقيقة الفعل وهو الحفر، لأن الحفر متصل بالمكان لا بالواقع في البئر<sup>4</sup>.

والإضرار بالتسبب قد يكون بالفعل أو بعدم الفعل، أو بالتقصير، والتعدي شرط فيها جميعًا لأجل قيام المسؤولية، فمثال التسبب بالفعل مع وجود التعدي ولزوم المسؤولية؛ ما لو نخس إنسان دابة آخر فنفحت برجلها فأضرت بمال أو نفس، أو حفر حفرة في الطريق العام بدون إذن ولي الأمر، فوقع فيها شخص أعمى.

ومثال التسبب بعدم الفعل؛ ما لو اضطر إنسان إلى طعام أو شراب غيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات المضطر بذلك المنع ضمنه المطلوب منه<sup>5</sup>.

ومثال التسبب بالتقصير؛ ما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام بإذن ولي الأمر ولكنه أهمل بعض القيود، فلم يضع مثلًا حواجز حول الحفرة، فوقع فيها حيوان فتلف<sup>6</sup>.

والإضرار بالمباشرة؛ هو إيجاد علة التلف كالقتل والأكل والإحراق، وحد السبب، إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة فيجب الضمان على المكره على إتلاف المال<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، المرجع السابق، ص 89 - 92.

<sup>2</sup> فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، المرجع نفسه، ص 96.

<sup>3</sup> الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص 26.

<sup>4</sup> فخر الإسلام البزدوي، كشف الأسرار على أصول البزدوي، المرجع السابق، ج 2، ص 1269.

<sup>5</sup> اختلاف في ذلك الفقهاء كما سبق، ورأي الجمهور هو الأولى والراجح في ذلك وهو عدم الضمان.

<sup>6</sup> الزرقاء، الفعل الضار، المرجع السابق، ص 81 و 82.

<sup>7</sup> الغزالي، الوجيز، المرجع السابق، ج 1، ص 205 و 206.

## الفرع الأول: شروط الإلتلاف مباشرة وتسببا

الإلتلاف مباشرة كما سبق يكون سببا للضمان، سواء أكان الإلتلاف عمداً أم خطأً أم سهواً، وسواء أكان المتلف صغيراً أم كبيراً، عالماً بأنه مال غيره، أم جاهلاً لأن ضمان المتلفات ينظر فيه إلى أنه بدل المال، لا جزاء فعل، حفاظاً على حقوق الناس في أموالهم، فلو أتلف إنسان مال غيره سهواً مثلاً أو نائماً أو جاهلاً انه مال غيره، فهو ضامن، فيدفع من ماله إن كان له مال، وإلا فيظل الضمان ديناً في ذمته إلى وقت يساره، ولا يكون وليه ضامناً<sup>1</sup>. وأما الإلتلاف تسبباً: وهو ما تسبب عنه إلتلاف شيء للغير أو نقصان قيمته، فشروط الضمان فيه ثلاثة، وهي<sup>2</sup>:

**أولاً:** التعدي وهو تجاوز الحق أو ما يسمح به الشرع، كأن يحفر شخص بئراً في الطريق العام من غير إذن الحاكم، أو في غير ملكه عدواناً فإذا سقط فيه إنسان أو حيوان فالحافر ضامن<sup>3</sup>.

**ثانياً:** التعمد وهو أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة، كأن يتلف شرب إنسان بأن يسقي بشرب غيره، أو يسد الماء عن أرض جاره، فتبيس مزروعاته، أما إذا لم يكن هناك تعمد، كما لو جفلت دابة من رجل، فهربت وضاعت، فلا يضمن، لأنه غير متعمد.

**ثالثاً:** ألا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر مباشر، فإن اشترك المباشر والمتسبب، ضمن المباشر إن كان السبب لا يؤثر في التلف بانفراده عادة، كمن حفر بئراً في مكان عدوانياً، فجاء غير الحافر، وأردى فيه إنساناً أو حيواناً، فالضمان عليه دون الحافر؛ أما عن تردى فيه بهيمة أو غيرها بنفسها فالحافر هو الضامن، وإن كان السبب يؤثر بانفراده، فإن المتسبب والمباشر يشتركان في الضمان، كما لو نخس رجل دابة راكب بإذنه فوطئت إنساناً، فالضمان عليهما، لأن السبب هنا يؤثر بانفراده<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أبو محمد غانم بن محمد البغدادي، مجتمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، عالم الكتب، بيروت، ط 1، 1407 هـ / 1987 م، ص 146.

<sup>2</sup> الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص 77.

<sup>3</sup> البغدادي، مجتمع الضمانات، المرجع السابق، ص 146. والزرقاء، المدخل الفقهي، المرجع السابق، ج 2، ص 1046 و 1047.

<sup>4</sup> الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 3، 1409 هـ / 1989 م، ج 6، ص 374 - 379.

## الفرع الثاني: تعدد الأسباب

إذا اعتدى جمع من الأشخاص، وأحدثوا ضرراً فإما أن يكون اعتداؤهم من نوع واحد، بأن يكون بعضهم متسببين أو مباشرين، وإما أن يكون اعتداؤهم مختلفاً، بأن يكون بعضهم مباشراً، والآخر متسبباً، وف هذا حالتان:

## أولاً: أن يكونوا جميعاً مباشرين، أو متسببين

فإما أن يتحد عملهم في النوع أو يختلف :

1- ففي الصورة الأولى أي إذا كانوا جميعاً مباشرين أو متسببين واتحد عملهم نوعاً، كان الضمان عليهم بالسوية، كما لو تعمد جماعة إطلاق النار على شخص واحد، ولم تعلم إصابة واحد منهم، اقتصر منهم جميعاً وهذا محمل قول عمر: " لو اشترك في قتله أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً<sup>1</sup> .

2- وفي الصورة الأخرى، أي إذا كانوا جميعاً متسببين أو مباشرين واتحد عملهم نوعاً، لكن اختلف عملهم قوة وضعفاً، كما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام وجاء آخر ووسع رأسها، أو حفر الأول حفرة وعمق الآخر أسفلها، فتردى في الحفرة حيوان أو إنسان، فالقياس عند الحنفية هو الاعتداد بالسبب القوي، لأنه كالعلة عند اجتماعهما مع السبب وهذا رأي الإمام محمد منهم<sup>2</sup>، والاستحسان عندهم هو الاعتداد بالأسباب التي أدت إلى الضرر جميعاً، قلت أو كثرت، وتوزيع الضمان عليها بحسب القوة والضعف فيجب الضمان أثلاثاً، وهو رأي أبي حنيفة وأبي يوسف والحنبليين<sup>3</sup> .

## ثانياً: أن يكون المعتدون مختلفين

وهذا يعني أن بعضهم مباشر وبعضهم متسبب، فالأصل في هذا الحال، تقديم المباشر على المتسبب في التضمين، وهذا للقاعدة العامة المعروفة عند جميع الفقهاء، وهي أنه: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب، أضيف الحكم إلى المباشر<sup>4</sup>، تقديماً للعلة على السبب، ومثال

<sup>1</sup> أبا بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1403هـ، ج 9، ص 476 .

<sup>2</sup> فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، المرجع السابق، ص 98 و 99 .

<sup>3</sup> منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي هلال، دار الفكر، بيروت، د. ط . 1982 م، ج 6، ص 7.

<sup>4</sup> زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، الأشباه والنظائر، إدارة القرآن و العلوم الإسلامية، باكستان، بدون تاريخ، ص 81.

ذلك: لو حفر شخص حفرة في الطريق فألقى آخر نفسه أو غيره فيها عامداً، لا يضمن الحافر، بل الملقى وحده، لأنه المباشر<sup>1</sup>.

ويستثنى من قاعدة تقديم المباشر على المتسبب إذا تعذرت الإضافة إلى العلة بالكلية، فيضاف الحكم إلى التسبب وحده، ومثاله: ما إذا دفع رجل إلى صبي سكيناً ليحمله له، فسقط من يده فجرحه، ضمن الدافع لأن السبب هنا في معنى العلة<sup>2</sup>. وكذا إذا كان السبب في معنى العلة، وليس سبباً محضاً وذلك أن تكون المباشرة مبنية على السبب، بحيث لو اختلف السبب زالت العلة فيضاف الحكم في هذه الصورة بمعنيها إلى السبب والعلة معاً، ومثاله: ما إذا اتفق شخصان على حفر حفرة وتردية ثالث فيها، فحفر أحدهما وردى الآخر الثالث، فإنه يضمن الحافر مع المردي، ما دام الحافر عالماً بقصد المردي<sup>3</sup>.

والمستفاد من كل ما سبق أن مرتكب الفعل الضار، يضمن ما تعاقب على فعله من أضرار، طالما أن أثر فعله في إيجادها لم ينقطع بنهوض سبب آخر يمكن معه إضافة ما حدث إليه. يقول الشيخ محمود شلتوت بصدد تسلسل السببية: "إن تسلسل السببية يوجب الضمان على صاحب السبب الأول، إذا بقي معنى تسببه في الأمر الأخير، أما إذا انقطع هذا المعنى، وأضيف الضرر إلى غيره من الأسباب، فلا ضمان على صاحب السبب الأول"<sup>4</sup>، إذ يعتبر الضرر والحالة هذه ناشئاً عن سبب آخر، وبالتالي غير متصل بالأول اتصالاً يُعتد به في تقرير الضمان، ومن الشواهد الفرعية التي ساقها الفقهاء في هذا الصدد قولهم: "لو سقط الحائط على حائط إنسان آخر، فسقط الحائط الثاني على رجل فقتله، ضمن صاحب الأول، ولو عثر إنسان بتراب الحائط الثاني فتلف، لا يضمن الأول"، أي لا يضمن صاحب الحائط الأول دية العاثر بتراب الحائط الثاني، لانقطاع نسبة الضرر الذي أصاب العاثر إليه، ولأنه قد تعثر بتراب الحائط الثاني، وليس على صاحب الأول واجب تفريغ الطريق من تراب الثاني. وإنما يقع هذا الواجب على صاحب الحائط الثاني، فإذا علم بسقوط حائطه ولم يفرغ الطريق، في مدة تسع ذلك، كان ضامناً دية العاثر، لأنه المتسبب

<sup>1</sup> البغدادي، مجمع الضمانات، المرجع السابق، ص 146.

<sup>2</sup> علاء الدين بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، الفاروق الحديثة للطباعة، القاهرة، ط 2، 1416هـ/1995م، ج 4، ص 180 و 181.

<sup>3</sup> فيض الله، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص 101 و 102.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص 47.

في هلاك العاثر، ومن هذا القبيل أيضا ما لو وقف قوم على جرف، فانهار بأحدهم، فتعلق بمن بقربه، وتعلق ذلك بآخر، فسقطوا فماتوا، فالمتعلق بصاحبه قاتل خطأ، والدية على عاقلة المتعلق، فكأن زيدا لما شعر بأنه يسقط تعلق بخالد، وتعلق خالد بمحمد، فعلى عاقلة زيد دية خالد، وعلى عاقلة خالد دية محمد فقط<sup>1</sup>.

في نهاية هذا الفصل نقول أن المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني سواء كانت عقدية أو تقصيرية تقوم على ثلاث أركان؛ الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ففي ما يتعلق بالمسؤولية العقدية فإن ركن الخطأ العقدي يكمن أساسا في عدم تنفيذ مالك المبنى لالتزامه، بغض النظر عن السبب الداعي إلى عدم التنفيذ، وبعبارة أخرى سواء أكان عدم التنفيذ عن عمد أو عن إهمال أو كان سببه مجهولا، فالأمر الذي يجب الانتباه إليه هنا هو نوع الالتزام هل هو التزام بتحقيق نتيجة، أم التزام ببذل عناية .

فالواجب على المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة هو أن يحقق نتيجة معينة في العقد هي محل الالتزام، ومن ثم يكون تنفيذه لما التزم به بتحقيق هذه النتيجة، كالاتزام بنقل ملكية شيء، أو بإقامة بناء، أو بتسليم عين، فمثل هذه الالتزامات لا يتم تنفيذها إلا بتحقيق الغاية المقصودة من التعاقد، وهي نقل الحق، أو إقامة البناء، أو تسليم العين، والواقع أن أكثر الالتزامات العقدية من هذا النوع.

أما خطأ مالك المباني في المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالالتزام القانوني، يتمثل في إخلاله بالالتزام ببذل عناية في حراسة بنائه، والمعيار في ذلك الشخص العادي المميز، ولا يكفي لقيام المسؤولية المدنية للمالك سواء كانت عقدية أو تقصيرية وقوع الخطأ من قبل المالك فقط، بل لا بد أن يترتب على ذلك الخطأ ضرر يصيب الدائن من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بماله أو حريته أو بسلامة جسمه، أو حريته أو غير ذلك، فالضرر يعد ركنا ركينا لا تقوم المسؤولية المدنية بدونه، ولا تطبق أحكامها إلا بوجوده.

<sup>1</sup> ابن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار في شرح المجلى باختصار، المرجع السابق، ج10، ص 505.



أما الركن الثالث من أركان المسؤولية المدنية هي علاقة السببية بين خطأ مالك المبنى والضرر الذي أصاب المضرور، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الضرر مترتباً على الخطأ؛ بأن يكون الخطأ هو المصدر المباشر للضرر، علماً بأن مسؤولية المالك تنتفي إذا انعدمت رابطة السببية بين خطئه من جهة، والضرر الذي لحق بالمضرور من جهة أخرى، ويكون ذلك بوجود السبب الأجنبي كالقوة القاهرة، أو خطأ الغير، أو خطأ المضرور نفسه.

أما في الفقه الإسلامي فإنه لا يعرف التمييز بين المسؤولية العقدية من جهة، والمسؤولية التقصيرية من جهة أخرى، وإنما تندمج فيه أحكام المسؤوليتين معا فيما يسمى بأحكام الضمان في الفقه الإسلامي، لهذا فإن الفقهاء لم يميزوا بين الضرر الناجم عن الخطأ في المسؤولية العقدية، والضرر الناجم عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، وإنما تحدثوا عن الضرر من حيث هو، بصرف النظر عن سببه أو مصدره، انطلاقاً من أن أي ضرر مهما كان سببه أو مصدره، أو الشخص المتسبب فيه، يجب جبره والتعويض عنه، وكانت جل كتاباتهم وتحليلاتهم وأمثلتهم تنصب على الفعل الموجب للضمان والأضرار الناجمة عنه، مما يصيب النفس أو المال، في نطاق المسؤولية التقصيرية، أما حظ الكلام عن الضرر في نطاق المسؤولية العقدية فقد كان نادراً جداً، وكل ذلك بسبب أن الفقه الإسلامي، لم يكن وليد نظريات، وإنما رتبته أحكامه حسب الواقع في مجموعات تؤلف بينها وحدة موضوعية؛ ولا شك أن محاولة بعض الفقهاء المعاصرين صياغة أحكام المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي بشكل نظريات، قريبة أو بعيدة عن شكل النظريات القانونية الحديثة أمر محمود ومطلوب، وقد تحدثوا عن أركان الضمان في الفقه الإسلامي واشترطوا لوجوب الضمان على المتسبب توافر وصف التعدي في الفعل، وهذا وصف يقوم بإثباته المضرور، ويشترطون أيضاً عدم قيام مانع من نسبة الضرر إلى المتسبب، وإذا كان هذا محل اتفاق بينهم، إلا أنهم قد اختلفوا في تقدير وجود المانع في بعض حالات التسبب، ومنها حالة تعدد الأسباب أو تعدد النتائج، وخلصوا إلى أن صاحب السبب من الأضرار المتعددة المتسلسلة فيما بينها إلا ما كان منها متصلاً بالسبب، بأن كان غير مضاف إلى غيره من الأسباب.

## الفصل الثاني

### التعويض كآثر للمسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار المباني

إذا تحقق الضرر الناتج عن المباني في نطاق المسؤولية العقدية أو المسؤولية التصيرية؛ ثبت للمتضرر أحقيته في التعويض، فهذا الأخير هو الأثر الذي يترتب على تحقق المسؤولية، ومتى تحقق ذلك كان للمتضرر الحق في المطالبة به، والتعويض طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية قد يكون عيناً أو نقداً، إلا أنه أعطيت للقاضي السلطة التقديرية في تحديد طريقة التعويض وفي تقديره، تبعاً لطبيعة الضرر وظروف القضية، فهناك أضرار تمكن المتضرر من طلب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر وعلى المحكمة في هذه الحالة الحكم بهذا الشكل من أشكال التعويض وهو ما يسمى بالتعويض العيني، وفي أحيان أخرى يكون إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر أمراً مستحيلاً، وفي مثل هذه الحالة يتم جبر الضرر بالنقود وهو ما يسمى بالتعويض النقدي، وبتطور مفهوم المسؤولية ظهرت فكرة التأمين كأحد الأساليب الناجعة لتحقيق موازنة بين المالك المسؤول عن الضرر وبين المتضرر، كل ذلك سنتطرق له في هذا الفصل من خلال ما سيأتي من المباحث.

### المبحث الأول

#### مفهوم التعويض في القانون والفقہ الإسلامي

يتطلب الحديث عن مفهوم التعويض، إلى استعراض تعاريف التعويض في كل من الفقه القانوني والفقہ الإسلامي، ومناقشتها، على أن يسبق ذلك بيان لتعريف التعويض في اللغة. فالتعويض في اللغة من العَوَضِ، كَعَبَبٌ، وهو البديل، أو الخلف؛ والفعل منه: العَوَضُ، والاسم منه: العَوِضُ، والمَعْوِضَةُ؛ والمستعمل التَّعْوِضُ؛ والجمع منه: أعواض؛ وعِضْتُ فلاناً، أو عَوَّضْتُهُ، أو أَعَضْتُهُ: إذا أعطيتَه بدل ما ذهب منه؛ وتَعَوَّضَ، وَاِعْتَاضَ: إذا أخذ العَوِضَ؛ وَاِعْتَاضَنِي فلانٌ، وَاِسْتَعَاضَنِي: إذا جاء طالباً للعَوِضِ؛ وَاِعْتَضْتُ، وعُضْتُ: إذا أَصَبْتُ عَوِضاً<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> لسان العرب، لابن منظور، مرجع سابق، ج 7 ص 192.

وقال الإمام الشافعي رحمه الله<sup>1</sup> :

سافر تجد عَوْضاً عن تفارقه وانصب فإن لذيد العيش في النصب

والمعنى أنك إن سافرت، وجدت بدلا مكافئا، لمن يعز عليك فراقه، في وطنك.

### المطلب الأول: تعريف التعويض في الفقه القانوني

لم يقم المشرع الجزائري بإعطاء تعريف واضح للتعويض، وإنما قصر الأمر على بيان مداه والوسائل التي يمكن للدائن من خلالها مطالبة المدين به. فإذا أمعنا النظر في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، لوجدنا أنها تنص على الأثر المترتب عن ارتكاب شخص خطأ يسبب ضرار للغير، وهذا الأثر هو الالتزام بالتعويض<sup>2</sup>.

ولقد ترك المشرع الجزائري أمر تعريف التعويض للفقه القانوني، وكذلك هو الشأن في أغلب التشريعات الوضعية المدنية، في مختلف دول العالم المعاصر اليوم.

فذهب الفقه القانوني إلى أن مفهوم التعويض يرتبط ارتباطا وثيقا بمفهوم الضرر<sup>3</sup>، باعتباره مجرد وسيلة لجبره<sup>4</sup>، وقام بتعريف التعويض بأنه " مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر، تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب كانا نتيجة طبيعية لوقوع الضرر"<sup>5</sup>.

أو أنه عبارة عن " مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها المتعاقد لو أن المتعاقد الآخر نفذ التزامه على النحو المتفق عليه، أو على النحو الذي يقضي به حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس".

<sup>1</sup> ديوان الإمام الشافعي، جمع وتحقيق وتعليق الأستاذ زهدي يكن، دار الثقافة، بيروت، بدون تاريخ، ص 48.  
<sup>2</sup> سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 3، في الالتزامات، مج 2، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم 1، الأحكام العامة، ط 5، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، س 1988، ص 506.

<sup>3</sup> François TERRE et Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil: Les obligations, Dalloz, 9<sup>e</sup> édition, 2005, N° 697, P 687.

<sup>4</sup> مصطفى الجمال، تقييم مواقف الفقه والقضاء من أحكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة الرابعة، العدد الأول، يناير 1992، ص 25.

<sup>5</sup> عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج 1، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، س 1980، ص 244.

فالتعويض حسب هذا الفقه هو وسيلة القضاء لجبر الضرر، سواء بمحوه أو تخفيف وطأته إذا لم يمكن محوه، وهو يدور مع الضرر وجودا وعدما، ولا تأثير لجسامة الخطأ فيه، فينبغي أن يتكافأ مع الضرر دون زيادة أو نقصان<sup>1</sup>.

وهناك من الفقهاء من ربط بين التعويض وبين أركان المسؤولية، بقوله أن التعويض هو جزاء توافر أركان المسؤولية<sup>2</sup>، وأن المقصود من التعويض هو إعادة التوازن الذي اختل بسبب الضرر الذي وقع، وذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي من المفترض والمتوقع أن يكون عليها لولا وقوع الضرر<sup>3</sup>، فالتعويض هو " كل ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه ضرر"<sup>4</sup>.

ولقد عرف الدكتور محمود شلتوت التعويض على أنه: " المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال أو شرف"<sup>5</sup>.

ومما يلاحظ على هذا التعريف أنه يصور التعويض على أنه حكم قضائي، وهذا ما تشير إليه جملة " يحكم به " الواردة في التعريف، مع أن التعويض لا يكون قضائياً فقط، كما ذكرنا غير مرة؛ هذا فضلا عن أن التعويض لا يعد تعويضا إلا بأدائه إلى مستحقه، ولا يكفي صدور الحكم به، بل لا بدّ من حصول صاحب الحق على البديل المطلوب، وعندها يكون هذا الأداء تعويضا.

ومن كل ما سبق نصل إلى نتيجة مستنتجة مفادها، أن التعويض هو الأثر لتحقق المسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار المباني، أي النتيجة الطبيعية لتحمل مالك المباني قيمة الضرر الذي ألحقه بالمضرور.

<sup>1</sup> زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، س 2004، ص 155.  
<sup>2</sup> ناصر متعب بنية الخرينج، الإتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة مع القانون الأردني، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الكويت، س 2010، ص 11.  
<sup>3</sup> أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله، في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، س 1999-2000، ص 65.  
<sup>4</sup> نور الدين قطيش محمد السكارنه، الطبيعة القانونية للضرر المترد، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، س 2012، ص 69.  
<sup>5</sup> للدكتور محمود شلتوت، المسؤولية المدنية والجناية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 35.

## المطلب الثاني: تعريف التعويض في الفقه الإسلامي

يكاد يجمع كل من كتب في "الضمان" أو "التعويض" في الفقه الإسلامي، من الكتاب المعاصرين، على أن الفقهاء القدامى لم يعرفوا التعويض؛ ويقولون: إن الفقهاء القدامى كانوا يستعملون لفظاً آخر للدلالة على التعويض، هو "الضمان"<sup>1</sup>.

وبعد البحث عثرنا على ثلاثة تعاريف للتعويض، ولكن أصحابها أوردوها بمسميات أخرى غير التعويض، ولا مشاحة في الاصطلاح.

أما التعريف الأول: فهو للشيخ ابن قيم الجوزية الذي عرّف العوض بأنه: "مقابلة المتلف من مال الأدمي"<sup>2</sup>.

ومما يلاحظ على هذا التعريف أنه قيد العوض - أي التعويض - بحالة التلف، مع أن العوض هذا يمكن أن يجب بالتلف وبغير التلف أيضاً، كالتعويض على فوات منافع المغصوب مدة الغصب مثلاً، مما يعني أن التعريف غير جامع من هذه الناحية.

وأما التعريف الثاني: فهو للشيخ محمد بن أحمد الفاسي المالكي الشهير بالشيخ "ميارة"<sup>3</sup>، الذي عرّف المعاوضة بأنها: "أخذ ما يخالف الشيء المدعى فيه إما في الجنس أو في الصفة"<sup>4</sup>.

وأما التعريف الثالث: فهو للشيخ سليمان بن محمد البجيرمي الشافعي<sup>5</sup>، الذي عرّف المعاوضة بأنها: "عدوله عن حقه المدعى به إلى غيره"<sup>6</sup>.

ويكاد التعريفان الأخيران أن يكونا مقبولين، لولا أنهما قيّداً أخذ التعويض، أو العدول إليه، بحالة الدعوى؛ ومعلوم أن التعويض لا ينحصر بحالة الدعوى والتقاضي فحسب، بل إنه يمكن أن يتم بحالة التراضي بين المسؤول من جهة، والمضروب من جهة أخرى؛ وهذا هو الأصل في المعاملات، وعند تعذر التراضي يصار إلى التقاضي، فتقييد التعويض في

<sup>1</sup> علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، 1997م، ص3-6. و الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ط2، 1998م، ص14-16 و الدكتور محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 1999م، ص149-155.

<sup>2</sup> شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج2، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1397هـ، ص117.

<sup>3</sup> محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج1، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ص309.

<sup>4</sup> محمد بن أحمد الفاسي الشهير بميارة، الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، ج1، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ، ص143.

<sup>5</sup> خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1986م، ص133.

<sup>6</sup> سليمان بن محمد البجيرمي، التجريد لنفع العبيد المعروف بحاشية البجيرمي على منهج الطلاب، ج3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1950م، ص97.

هذين التعريفين بحالة الدعوى والتقاضي وحدها، تقييد في غير محله، مما يؤدي إلى اعتبار هذين التعريفين غير مانعين.

وعلى كل حال، فإن من المتفق عليه اليوم، أن جل الفقهاء القدامى - إن لم نقل كلهم - قد استعملوا لفظ التعويض في مصنفاتهم منذ القديم، غير أنهم لم يروا فيه على وجه الاستقلال مصطلحاً متميزاً يشير إلى معنى فقهي خاص، ولذلك لم يعرفوه.

أما ما في أذهاننا اليوم من معنى خاص للتعويض، فقد كان الفقهاء القدامى يعبرون عنه بلفظ " الضمان "؛ بل لقد كان للضمان - في استعمالاتهم - معنيان، أحدهما: الكفالة، أي ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة؛ وثانيهما: التعويض عن الضرر. وهذا المعنى الثاني هو موضوع بحثنا هنا، وهو ما نقصر الحديث عليه فيما يلي من مباحث إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا فإن من الممكن القول، إن النظر في تعريف فقهاء الشريعة للضمان - بالمعنى الذي حددناه لبحثنا - هو في الوقت نفسه، نظر في تعريف التعويض، وإن كان تحت مسمى آخر، ولا مشاحة في الاصطلاح<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني

#### أنواع التعويض في القانون الوضعي والفقہ الاسلامي

بما أن المسؤولية المدنية تقوم أساساً على إعادة التوازن، الذي إختل نتيجة الضرر الذي وقع، ورد المضرور على نفقة المسؤول إلى الوضع الذي من المفترض أن يكون عليه لولا وقوع الضرر، يجوز أن يكون التعويض نقدي، كما يجوز أن يكون عيني أو غير نقدي، واختيار أحد هذه الطرق دون الأخرى يكون له أثر بالغاً في تحقيق الغاية من التعويض، وعليه سنتطرق إلى أنواع التعويض في كل من القانون والفقہ الاسلامي.

#### المطلب الاول: أنواع التعويض في القانون الوضعي

يتم في هذا المطلب دراسة طرق التعويض في فرعين مستقلين، الأول يتناول فيه التعويض العيني، أما الفرع الثاني فيخصص للتعويض بمقابل.

<sup>1</sup> الضمان في اللغة: الالتزام؛ يقال: ضمننت المال - وبالمال - ضماناً، فأنا ضامن وضمين، إذا التزمته؛ وضمنته المال: أئزمته إياه. انظر: القاموس المحيط، للفيروزآبادي، ص 1564. والمعجم الوسيط، ج 1، ص 544. مادة " ضمن ".

## الفرع الأول: التعويض العيني

لا شك في أن أنجح طريقة لتعويض المضرور، هي أن يحكم على المسؤول بالقيام بإجراء من شأنه إرجاع الحالة إلى أصلها، وهذا ما أطلق عليه بعض الفقه بالتعويض العيني. وهذا هو الأصل في الشريعة الإسلامية، التي تقضي بأن الأشياء المثلية إذا أتلقت أو أهدمت وجب تعويضها بمثلها<sup>1</sup>.

يتم في هذا الفرع تناول بداية تعريف التعويض العيني، مع توضيح موقف كل من الفقه، والقضاء، والقانون منه، ثم يتم التمييز بعد ذلك بينه وبين التنفيذ العيني.

## أولاً: تعريف التعويض العيني

هو التعويض الذي من شأنه أن يحقق للمضرور ترضية من جنس ما أصابه من ضرر<sup>2</sup>، بطريقة مباشرة دون الحكم له بالتعويض النقدي، أي الوفاء بالإلتزام عيناً<sup>3</sup>، وإزالة الضرر عيناً وذلك إما بمحوه حالاً أو بمنع استمراره مستقبلاً<sup>4</sup>.

قد يهدف التعويض العيني إلى إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً، وذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، بإجبار المسؤول على الوفاء بما التزم به<sup>5</sup>. وقد يهدف كما يرى بعض الفقه، إلى إزالة الضرر أو تخفيفه، أو التخلي عن الوضع الضار أو منع تحقق الخطر<sup>6</sup>.

حيث يلزم القاضي المسؤول عن الضرر بالتعويض العيني إذا إتخذ الإخلال صورة القيام بعمل، يمكن إزالته ومحو أثره<sup>7</sup>، فإذا كسر شخص لوحاً من الزجاج مملوكاً لآخر كان خير تعويض أن يستبدل بالمكسور غيره سليم من نوعه، وإذا أقام شخص جداراً عالياً لغرض حجب النور والهواء عن جاره، كان خير تعويض عن ذلك هدم هذا الجدار<sup>8</sup>، أو إذا أزال أحدهم دون حق بناء مملوك لشخص آخر فيلزم بإعادة بنائه<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 177.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، س 1961، ص 672.

<sup>3</sup> زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 316.

<sup>4</sup> محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 49.

<sup>5</sup> محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 152.

<sup>6</sup> جنيفي فيني، المرجع السابق، ص 527.

<sup>7</sup> بطوش كهينة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود

<sup>8</sup> معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2012، ص 133 و134.

<sup>8</sup> عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 45 و46.

<sup>9</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 133.

كما يمكن إجبار المدين على التعويض العيني إذا تمثل الإخلال في الامتناع عن عمل، فإذا التزم مقول ببناء منزل، وامتنع عن تنفيذ التزامه، أمكن إجباره على ذلك بأن يبني الدائن رب العمل، المنزل على حساب المدين المقاول<sup>1</sup>.

إذا كان التعويض العيني شائع الوقوع في المسؤولية العقدية<sup>2</sup>، فلا يكون له في نطاق المسؤولية التصويرية إلا منزلة الإستثناء<sup>3</sup>، فغالبا ما يتعذر الحكم به في هذه الأخيرة<sup>4</sup>.

### ثانيا: موقف الفقه من التعويض العيني

إذا كان تعريف التعويض العيني يعني محو الضرر بإعادة الحال إلى ما عليه، فإن هذا التعريف قوبل بانتقادات كثيرة إلى حد إنكار وجوده. حيث برز اتجاهين الأول يرفض فكرة التعويض العيني، والثاني يقبل بها. نقوم بعرض الإتجاهين كالتالي:

#### أ- الإتجاه الرافض للتعويض العيني:

إنقسم هذا الإتجاه بدوره إلى قسمين، الأول يرفض المصطلح والثاني يرفض المضمون.

يرى الإتجاه الرافض للمصطلح، أن التعويض كجزاء للمسؤولية يمثل منفعة بإزالة الضرر، وأن هذه الإزالة لا تعتبر تعويضا عينيا، حيث قال الفقيه سافاتييه، أن التعويض العيني هو إصلاح للشيء التالف، لأن القاضي لا يعوض وإنما يحكم بإزالة المخالفة، كأن يحكم بوقف المنافسة غير المشروعة، أو وقف الاستعمال الغير قانوني لأسماء الآخرين وألقابهم، كما يقول هذا الفقيه أن المسؤولية لا تترتب في هاذين الفرضين، إلى إذا كانت المخالفة قد سببت ضرار، أو كانت مقترنة بالغرامة المالية أو بالمقابل.

تدعيما للرأي السابق ذهب الفقيه روبييه، أنه إذا كان الغرض من الحكم إنهاء حالة التصرف غير المشروع فلسنا بصدد مسؤولية، وبالتالي لسنا بصدد تعويض عيني.

كما يرى كل من الفقيه ربيير، والفقيه بولانجيه، أن التعويض لا يمكن أن يكون إلا مبلغ من النقود<sup>5</sup>، أما غير هذا الطريق من طرق التعويض فيتمثل في احترام الحق، ففعل الإعتداء إما أن يمس هذا الحق بأذى بمعنى الضرر، وهنا يعالج الضرر بالتعويض النقدي،

<sup>1</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، ص 1092 و1093.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 153.

<sup>3</sup> مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 178.

<sup>4</sup> محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 152.

<sup>5</sup> مصطفى العوجي، العقد، المرجع السابق، ص 567.



وإما أن يخالفه وهنا يجب اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية هذا الحق، وهذه التدابير المفروضة لحماية هذا الحق المنتهك لا تعتبر تعويضا عينيا، لأن احترام الحق لا يرتب المسؤولية<sup>1</sup>.

يستنتج أن الإتجاه المقدم لم يرفض التعويض العيني كطريق من طرق التعويض مضمونا، فالمضمون واحد وهو جواز إتخاذ إجراء آخر لإزالة الضرر إلى جانب التعويض النقدي، لكن كل الاختلاف يدور حول عدم تسمية هذا الإجراء تعويضا عينيا.

أما الإتجاه الرافض للتعويض العيني من حيث المضمون، فقد أسس رأيه على حجج وبراهين قوية، ومن بين هؤلاء الفقهاء لوسيان ريبير، التي قالت أنه من الخطأ الاعتقاد بوجود التعويض العيني المتمثل في محو الضرر، عندما يتم إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن الوسيلة الوحيدة لتعويض المضرور تتمثل في الحكم له بمبلغ نقدي، وأن كل ما يمكن الحكم به إضافة إلى التعويض النقدي هو الحيلولة دون وقوع الضرر، وهذه الأخيرة لا يمكن إعتبارها تعويض عيني، لأن التعويض يفترض وقوع ضرر، والضرر هنا غير محقق وإنما محتمل، أما إذا وقع الضرر فلا يمكن محوه أبدا، في نفس الاتجاه ذهب رأي ثاني إلى استحالة التعويض العيني، لأن الضرر لا يمكن محوه بعد الوقوع، فلا يمكن إعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وذلك على أساس أن الماضي لا ينمحي<sup>2</sup>.

أما الرأي الآخر فقال أن الأصل في التعويض أن يكون نقديا، أما التعويض العيني فيأتي في مرتبة الإستثناء، وأسس رأيه إلى اعتبارات عملية، مفادها أن التعويض العيني قد لا يحسم النزاع، فقد ينازع الدائن في قيام المدين بأعمال الإصلاح، أو بمدى كفاية هذا الإصلاح، أو أن الشيء الذي يعرضه المدين ليس مماثلا للشيء الهالك بخطئه، كما أن التعويض العيني قد يحتاج إلى تدخل المدين شخصيا، ولا يخفى ما لهذا من مساس بحرية وشخصية المدين، مما يبقي بالضرورة صدور حكم بتعويض نقدي في مواجهته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نصير صبار لفته، التعويض العيني، رسالة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، س 2001، ص 21-23.

<sup>2</sup> نصير صبار لفته، المرجع السابق، ص 25-27.

<sup>3</sup> أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام والإثبات في الفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، س 2004، ص 49.

## ب- الإتجاه القابل للتعويض العيني:

تساءل كل من الفقيه مارتى ورينو، عن مكانة هذا النوع من التعويض، وذهبا إلى إمكانية الحكم به في المسؤولية المدنية<sup>1</sup>.

بينما ذهب الفقيه كولان وكابيتان، إلى أن الطلب الأصلي الذي يجب أن يتقدم به المضرور هو طلب التعويض العيني، ولا يمكنه التقدم بطلب التعويض بمقابل، إلا على شكل طلب احتياطي، ولا يستطيع في المقابل القاضي الحكم بالتعويض النقدي إلا في حالة تعذر الحكم بالتعويض العيني.

يضيف الفقيه أسمان، بأنه ليس هناك ما يدعو لرفض فكرة التعويض العيني، كلما كان هذا التعويض أقرب إلى العدالة من التعويض النقدي، كما يضيف آخرون بأن التعويض العيني أفضل من التعويض النقدي، ذلك لأنه يؤدي إلى إزالة الضرر ومحوه، بدلا من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر مبلغا من النقود عوضا عنه كما هو الحال في التعويض النقدي<sup>2</sup>.

أما البعض الآخر قال بأن التعويض العيني هو أكفل طريق للتعويض، وأنه ليس بغريب على المسؤولية التقصيرية، ويتلاءم معها أكثر من ملائمة مع المسؤولية العقدية. إلا أن هذا القول الأخير أنتقد على أساس أن التعويض العيني وباعتباره أحسن وسيلة لمحو الضرر يكون الأصل في المسؤولية العقدية، ويكون في المسؤولية التقصيرية استثناء، حيث يكون الأصل فيها التعويض النقدي<sup>3</sup>.

## ثالثا: موقف القضاء من التعويض العيني

سلك القضاء مسلك التشريع، فيما يتعلق بإعطاء قاضي الموضوع سلطة اختيار طريقة التعويض الملائمة لإصلاح الضرر، ومن بينها التعويض العيني، إلا أن هذه السلطة لم تمنح للقاضي منذ البداية.

فموقف القضاء الجزائري بشأن التعويض العيني، قد ظهر جليا في قرار مشهور للمحكمة العليا أيدت فيه الحكم بالتعويض العيني متى كان ممكنا، وطلبه المتضرر، حيث

<sup>1</sup> حسن خنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 144.

<sup>2</sup> نصير صبار لفته، المرجع السابق، ص 37 و38.

<sup>3</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1، ص 2، ص 1092.

قضت أن إحداث المستأجر تغييرات في العين المؤجرة دون موافقة المؤجر، لا يترتب عليها قانونا فسخ العقد، وإنما يتعين على المستأجر إعادة العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها قبل إجراء هذه التغييرات، مع حق المؤجر في التعويض إذا اقتضى الحال، ولذلك نقضت المحكمة العليا القرار الذي قضى بطرد المستأجر من العين المؤجرة، وأسسوا ذلك على أن إحداث تغييرات في العين المؤجرة أدى إلى إلحاق ضرر بحقوق الدائن<sup>1</sup>.

كما قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر في 30 يناير 2001، بأن تصرف الواعد في العقار الموعود به، وانتقال ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية، لا يبقى للموعود له سوى الرجوع على الواعد بالتعويض، إستنادا لأحكام المادة 176م<sup>2</sup>.

#### رابعا: موقف القانون الجزائري من التعويض العيني

أجاز القانون المدني الجزائري في المادة 132 فقرة 2 منه، أن يكون التعويض بالنقد أو بغير النقد، وذلك بقولها أن التعويض يقدر بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، كما نص المشرع الجزائري على التعويض العيني في المادة 594 ق.م.ج، التي تلزم المودع لديه رد الشيء المودع عنده إلى المودع له، بمجرد طلبه، وأجازت المادة 170 ق.م.ج، المتعلقة بالإلتزام بعمل، للدائن تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين المخل بهذا الإلتزام، وأيضا المادة 173 ق.م.ج، التي أجازت للدائن في الإلتزام بالامتناع عن عمل، المطالبة بإزالة ما وقع مخالفا للإلتزام، أو أن يحصل على ترخيص بهذه الإزالة على نفقة المدين.

بالرجوع إلى بعض النصوص الخاصة بحماية البيئة، لا نجد نظاما خاصا لإصلاح الأضرار، فأغلب النصوص تحيل القاضي إلى القواعد العامة<sup>3</sup>، لذلك غالبا ما يستند الجار المضرور إلى نص المادة 2/691 ق.م.ج، التي تجيز للضحايا الحق في المطالبة بإصلاح الضرر، وإزالته.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 206.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، المرجع نفسه، ص 206 و 207.

<sup>3</sup> وعلي جمال، المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار التلوث الصناعي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س 2002-2003، ص 90.

إلا أن المشرع الجزائري، قام بتكريس ضمن النصوص الخاصة بالمجال البيئي، تطبيقات عديدة لإعادة الحال إلى ما كان عليه<sup>2</sup>، حيث ألزم منتج أو حائز النفايات، ضمان إزالتها على حسابه الخاص بطريقة عقلانية بيئيا، وكذلك ألزم حائزها في حالة إدخالها إلى الإقليم الوطني بطريقة غير مشروعة، بإرجاعها على نفقته إلى بلدها الأصلي، كما أجاز للقاضي المدني أن يمنع استعمال المرافق المتسببة في التلوث مؤقتا ريثما تنتهي الأشغال والتصليلات، وذلك تفاديا لوقوع أضرار مستقبلا<sup>1</sup>.

أما في مجال نزع الملكية، فقد حمل نص المادة 2/25 من القانون رقم 91-11، إمكانية إقتراح تعويض عيني محل التعويض النقدي كلما كان ذلك ممكنا، وهذا ما أكدته المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186، فالتعويض عن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية يمكن أن يكون في شكل تعويض عيني، إذا تمثل في إعادة الإسكان، أو عرض محلات مماثلة<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: التعويض بمقابل

يلاحظ مما سبق أنه في غالب الأحوال يستحيل تعويض المضرور تعويضا عينيا، فقد يرى القاضي أن هذا الأخير غير ممكن أو غير ملائم لجبر الضرر، وعندئذ لا يبقى أما القاضي سوى الحكم بالتعويض بمقابل، وليس من الضروري أن يكون التعويض بمقابل تعويضا نقديا وإن كان هو الغالب، فيجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض غير النقدي، وسيتم ضمن هذا الفرع التطرق لكل من التعويض النقدي، وغير النقدي.

### أولا: التعويض النقدي

يتم في هذا العنصر تناول المقصود بهذا التعويض وصوره، في نقطتين:

#### أ- المقصود بالتعويض النقدي

أعطت القوانين الوضعية الأولوية للتعويض النقدي، ويعود سبب ذلك إلى الجذور التاريخية لهذه القوانين، وإلى كون التعويض النقدي هو الأيسر في التطبيق<sup>3</sup> وليس لأنه

<sup>1</sup> وعلي جمال، المرجع السابق، ص 93.

<sup>2</sup> براحلية زوبير، المرجع السابق، ص 83 وما يليها.

<sup>3</sup> عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 156.

الأقرب لتحقيق العدالة<sup>1</sup>، ويعتبر هذا التعويض الوجه الغالب لسببين، أولهما سهولة التنفيذ، وثانيهما لإعتبار النقد إرضاء للمضرور ومساعدة له على تحمل مصيبتة، وجزاء للمسؤول حيث ينقص ثروته ويحرمه من بعض منافعها<sup>2</sup>.

يقول الفقيه دالماس، أن المعنى الحقيقي لعبارة التعويض هو تقديم البديل، وطالما أن النقود هو أحسن بديل فالتعويض يكون إذا نقدياً<sup>3</sup>.

وبذلك يكون التعويض نقدياً متى تضمن الحكم إلزام المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن كمقابل للضرر الذي أصابه نتيجة إخلال الأول بتنفيذ إلتزامه<sup>4</sup>، إذ يدخل المسؤول في ذمة المضرور قيمة معادلة لتلك التي حرم منها، وهذا النوع من التعويض لا يرمي إلى محو الضرر، بل يرمي إلى جبره<sup>5</sup>، خلافاً للتعويض العيني الذي يهدف إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، ويلجأ القاضي إلى التعويض النقدي، إذا كان التعويض العيني مستحيلاً، أو غير كافي، ليستبدل أو يكمل بالتعويض النقدي<sup>6</sup>.

### ب- صور التعويض النقدي

تقضي القاعدة في هذا الشأن أن الخيار يعود للقاضي في أن يلجأ للأصل عندما يحكم بالتعويض النقدي ويعطي للمضرور المبلغ المحكوم به دفعة واحدة، أو أن يخرج عنه<sup>7</sup>.

إذا كان الأصل يقضي بأن يدفع التعويض النقدي للمضرور دفعة واحدة<sup>8</sup>، إلا أنه لا يوجد ما يمنع القاضي من أن يلزم المسؤول بدفع التعويض على شكل أقساط يحددها من حيث عددها وقيمتها، أو أن يقضي به في شكل إيراد مرتب مدى الحياة<sup>9</sup>، يدفع هو الآخر على شكل أقساط تحدد مدتها<sup>10</sup>، من غير معرفة عددها لأن الإيراد يدفع ما دام صاحبه على قيد الحياة، ولا ينقطع إلا بموته<sup>11</sup>، وقد تم منح القاضي هذه الصلاحية صراحة بنص

<sup>1</sup> عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 48.

<sup>2</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 81.

<sup>3</sup> مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 78.

<sup>4</sup> حسن حنتوش الحسنوي، المرجع السابق، ص 151 و152.

<sup>5</sup> محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 152.

<sup>6</sup> بطوش كهينة، المرجع السابق، ص 138.

<sup>7</sup> خرشف عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 77.

<sup>8</sup> حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 182 و183.

<sup>9</sup> طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 146.

<sup>10</sup> عيساوي زاهية، المرجع السابق، ص 159.

<sup>11</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1، ص 2، ج 2، ص 1094.

حيث يعود تقدير التعويض النقدي إلى قناعة القاضي، دون أن يتوقف ذلك على طلب من المضرور، فإذا كان المضرور في غالب الأحيان يفضل الحصول على مبلغ التعويض دفعة واحدة، حتى يمكنه التصرف فيه بكل حرية، فإن المسؤول يفضل أن يكون دفع المبلغ على أقساط أو إيراد مرتب مدى الحياة، مما يسهل عليه دفعه أو ربح الأقساط المتبقية في حالة وفاة هذا المضرور<sup>1</sup>.

وهكذا فإنه بخصوص التعويض في صورة مبلغ إجمالي فإنه يدفع للمضرور دفعة واحدة، أما بخصوص باقي صور التعويض النقدي للقاضي سلطة تقديرية واسعة، حيث له تقسيط مبلغ التعويض إذا وجده أصلح للمضرور، أو الحكم به في صورة إيراد مرتب لمدى الحياة<sup>2</sup>.

أحيانا يصاب المضرور في جسمه بسبب عمل غير مشروع، يعجزه عن العمل مدة من الزمن، فيحكم له القاضي بتعويض على أقساط حتى يشفى من إصابته ويباشر عمله<sup>3</sup>، هذا في حالة ما إذا كان العجز مؤقت، أما إذا كان العجز دائم، فيحكم القاضي بإيراد<sup>4</sup>، يدفع للمضرور مادام على قيد الحياة ولا ينقطع إلا بموته<sup>5</sup>.

أثير إشكال يتعلق بالضمان الممنوح للمضرور، والذي به يتمكن من استفاء حقه من المسؤول، لو طالحت حياته وكان التعويض المقضي به مقسط، أو كان إيراد مرتب لمدى الحياة؟.

أجاب المشرع الجزائري في المادة 1/132 ق.م.ج، على هذا الإشكال، وأجاز فيها للقاضي إذا لجأ لإحدى هاتين الصورتين أن يلزم المسؤول بتقديم تأمين، أو بأن يودع مبلغا كافيا لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به<sup>6</sup>.

إن جواز طلب القاضي من المسؤول تقديم تأمين، في حالتي التعويض المقسط أو الإيراد المرتب يجد مجاله في المسؤولية التقصيرية دون العقدية، ويتضح ذلك من نص المادة

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 265.

<sup>2</sup> رياض محمود أحمد عليان، المرجع السابق، ص 49.

<sup>3</sup> كياشي كريمة، المرجع السابق، ص 139.

<sup>4</sup> طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 146 و147.

<sup>5</sup> عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 49.

<sup>6</sup> عدنان إبراهيم السرحان، المرجع نفسه، ص 49 و50.

سابقة الذكر<sup>1</sup>، فيجوز أن يدفع المسؤول إلى شركة التأمين مبلغ التعويض مجعماً، وهذه الأخيرة هي التي تقوم بدفع التعويض إلى المضرور كما حدده القاضي، سواء كان ذلك في صورة دفعات مقسطة، أو في شكل إيراد مرتب<sup>2</sup>، حسب منطوق الحكم.

كما يجوز أن يكون التأمين في صورة كفالة، حيث يتقدم شخص أجنبي عن المسؤول بدفع مبلغ التعويض، ويتأكد القاضي من ملائمة هذه الكفالة ضمن حدود مبلغ التعويض المحكوم به على المسؤول، كما يجوز أن يكون التأمين رهن رسمي على عقارات المسؤول، أو رهن حيازي على عقار أو منقول مملوك للمسؤول.

فالتعويض النقدي هو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>، فإذا أثبت الجار المتضرر إصابته بأضرار بفعل الأنشطة الملوثة في المباني المجاورة التي تحقق وقوعها أو تلك المستقبلية، وجب تعويضه وجبر تلك الأضرار التي لحقت به من طرف مالك هذه المباني .

ويكون التعويض النقدي في أكثر حالات المسؤولية العقدية<sup>4</sup>، حيث تنص المادة 176 ق.م.ج، فيما يتعلق بالتعويض النقدي في حالة عدم تنفيذ الإلتزام بأنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه...".

### ثانياً: التعويض غير النقدي

هناك بعض الحالات التي يستعصي فيها التعويض العيني والنقدي، حيث لا يبقى للفصل فيها إلا مجال واحد وهو الحكم بتعويض غير نقدي.

#### أ- المقصود بالتعويض غير النقدي

التعويض غير النقدي الذي يحكم القاضي به جبراً للضرر هو أداء شيء على سبيل التعويض<sup>5</sup>، وهو ليس بالتعويض النقدي لأنه لا يتضمن إلتزام المدين المخل بأداء مبلغ من النقود للدائن، كما أنه ليس بالتعويض العيني لأنه لا يتضمن إلتزام المدين بأداء ذات ما التزم بأدائه للدائن، بل هو تعويض من نوع خاص، تقتضيه الظروف في بعض الصور وحسب

<sup>1</sup> كباشي كريمة، المرجع السابق، ص 140.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 7، مج 2، ص 1085.

<sup>3</sup> خليل أحمد حسن قنادة، المرجع السابق، ص 262.

<sup>4</sup> مصطفى العوجي، العقد، المرجع السابق، ص 567.

<sup>5</sup> بطوش كهيبة، المرجع السابق، ص 139.

نوع الضرر المحدث، وفي تكييف هذا الطريق من طرق التعويض ذهب الفقه إلى أنه يغلب الحكم بهذا التعويض في الضرر المعنوي دون الضرر المادي<sup>1</sup>.

### ب- صور التعويض غير النقدي

يتخذ هذا النوع من التعويض صورة الحكم بمصروفات الدعوى، كأن يطالب من أصابه ضرر معنوي إلزام المدعى عليه بمصروفات الدعوى، وذلك فيه إرضاء كافي له<sup>2</sup>. كما قد يتخذ التعويض غير النقدي صورة الحكم بمبلغ رمزي، ليس فيه معنى مقابل للضرر وإنما إقرار من القضاء بالحق، ومنح هذا المضرور مبلغ رمزي لا يعني ذلك أنه عوض نقديا، وأن التعويض أصبح نقديا<sup>3</sup>، بل يعني إستنكار القضاء لما صدر من المدين من إخلال بتنفيذ إلتزامه، وإقرار في نفس الوقت بحق المتضرر الذي يتجنب بواسطة الحكم ما قد يتعرض له من أذى في سمعته<sup>4</sup>.

أما الصورة الأخرى التي قد يتخذها التعويض غير النقدي خاصة إذا كان الضرر معنوي، هي صورة نشر الحكم الصادر في الصحف أو المجلات، أو عن طريق وسائل الإعلام الأخرى كالمذياع والتلفاز، أو بتعليق صورة منه في مكان بارز في محل العمل، أو لوحة إعلانية في مكان عام<sup>5</sup>، فقد يكون المضرور شركة صناعية أو زراعية أو تجارية، ولا شك أن مدى نجاح هذه الشركات في ممارسة نشاطها التجاري، وفي مدى تعامل الأفراد والشركات الأخرى معها، يتوقف على سمعتها التجارية التي تتمتع بها لذلك تكون حريصة عليها، فإذا أخل أحد المتعاقدين مع هذه الشركة في تنفيذ إلتزامه، يكون كافيا في هذه الحالة بالنسبة لها أن يتم نشر الحكم الصادر بإدانتها، لأن الحصول على مبلغ من النقود ليس هو الدافع لرفع الدعوى<sup>6</sup>.

كما يبدو أن هذا النوع من التعويض فعالا في مجال حماية المستهلك، حيث يضمن توعية المستهلكين حول المنتج الذي لا يحقق سلامة المستهلك<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> حسن خنتوش الحسنائي، المرجع السابق، ص 153.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ج 3، ص 135.

<sup>3</sup> سليمان مرقس، الوافي، المرجع نفسه، ج 3، ص 135.

<sup>4</sup> حسن خنتوش الحسنائي، المرجع نفسه، ص 153.

<sup>5</sup> عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 158.

<sup>6</sup> حسن خنتوش الحسنائي، المرجع نفسه، ص 154.

<sup>7</sup> شعباني نوال، المرجع السابق، ص 167.



ذهب بعض الفقه إلى أن التعويض غير النقدي قد يتخذ في نطاق المسؤولية العقدية شكل فسخ العقد، وأسسوا ذلك على نص المادة 1/119 ق.م.ج، التي أجازت للدائن مطالبة مدينه بفسخ العقد إذا لم يكن هناك أمل بأن يقوم هذا الأخير بتنفيذ التزامه، فالفسخ هنا حسب هذا الرأي وسيلة للتعويض غير النقدي<sup>1</sup>.

فالتعويض الذي يحكم به القاضي في حالة الفسخ، مصدر الإلتزام فيه هو ما يصدر عن المدين من خطأ أو تقصير، وهنا نكون بصدد مسؤولية تقصيرية، إذ لا يمكن أن يكون مصدر التعويض هو العقد ذاته، لأن هذا الأخير ينعدم بالفسخ وبأثر رجعي، فيعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

ذهب الفقه إلى أن لقاضي الموضوع حرية اختيار طريقة التعويض التي يراها أنسب لجبر الضرر، فله أن يحكم في حالة الفسخ بالتعويض غير النقدي، وأعطى هذا الفقه أمثلة عن هذا التعويض الذي يمكن للقاضي أن يحكم به لجبر الضرر المترتب عن فسخ العقد، كأن يحكم بشيء معين بدلا من إلزام المدين بمبلغ من المال، كالحكم بأن يدفع المدين للدائن سندا أو سهما تنتقل إليه ملكيته، ويستولي على ريعه تعويضا عن الضرر الذي أصابه<sup>2</sup>.

إلا أن هذا الإتجاه إنتقد وعلى عدة أوجه، أولاها؛ أن هذه الأمثلة المشار إليها لا تخرج عن كونها تعويض نقدي أو عيني، فالسهم ينظر إليه بقيمته النقدية، والحصول على الربح لا يعدو أن يكون حصولا على تعويض نقدي، وثانيها؛ أن طلب الفسخ في حالة عدم التنفيذ ليس تعويضا، لأن حكم القاضي بالفسخ بناء على طلب الطرف الآخر، هو إعفاء لطالب الفسخ من تنفيذ التزامه، وليس إجبارا للممتنع عن التنفيذ، أو على التعويض عن عدم القيام بأي شيء، وأنه حتى ولو ترتب على الفسخ ضرر بالمتعاقد الآخر واستطاع هذا الأخير إضافة طلب التعويض إلى طلب الفسخ سنكون أمام تعويض يختار القاضي طريقته المناسبة، والغالب أن يكون هذا الأخير مبلغ نقدي، مما ينفي عن الفسخ صفة التعويض غير النقدي في كل الأحوال<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، س 2009-2010، ص 262.

<sup>2</sup> مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 186.

<sup>3</sup> عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 157.

هناك جانب من الفقه عمد إلى حصر نطاق التعويض غير النقدي في بعض الأضرار دون سواها، حيث ذهب إلى أن التعويض غير النقدي عن الضرر المعنوي، الذي يلحق المضرور بالإرتداد لا يكون ممكنا في العديد من الحالات، وأن أحسن طريقة لتعويض الضرر المرتد بكل أنواعه هي النقود لكن الواقع يفرض غير ذلك تماما<sup>1</sup>. وقد يكون أحسن تعويض للضرر المرتد، التنويه في الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر إفتراء أو سببا لتعويض المقذوف عن الضرر المعنوي الذي أصابه، وهذا ما ذهب إليه الفقيه مازو وتوك، فقالا " أن الغالب بصدد التعويض عن الضرر المعنوي أن يتم عن طريق التعويض غير النقدي وذلك بمنح المضرور ترضية تعادل ما فقده"<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: أنواع التعويض في الفقه الإسلامي

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية بأن أعلى مراتب جبر الضرر عن المضرور، إنما يكمن في رد الحق له بعينه، فإذا تعذر ذلك فبمثله إن كان مثليا، فإن لم يكن مثليا فبقيمته، فهذه مراتب ثلاث متتالية أخذ بها الفقه الإسلامي في جبر الضرر، وهذا ما نتناوله بالبحث في الفروع الثلاثة التالية:

#### الفرع الأول: رد الحقوق بأعيانها

لا بد من الإشارة في البداية إلى مسألة منهجية تفرض نفسها ضمن موضوع البحث؛ وهي: هل رد الحقوق بأعيانها يعتبر من قبيل التعويض؟

إن كلمة " التعويض " - كما تدل بمادتها اللغوية - تعني بذل العوض؛ والعوض هو بذل شيء مكان آخر، وبهذه الحالة كيف، يكون ردّ الحقوق بأعيانها نوعا من أنواع التعويض؟ وفي الجواب من حيث الأصل وفي نطاق البحث النظري البحث؛ لا يعد رد الحقوق بأعيانها نوعا من أنواع التعويض؛ وإن كان في حقيقته جبرا للضرر، وشكلا فهو من أشكال إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوعه؛ وهذا أمر واضح.

وبناء على ذلك يمكن القول؛ إن كل تعويض هو جبر للضرر، ولكن ليس كل جبر للضرر يعتبر تعويضا؛ فبين جبر الضرر والتعويض عموم وخصوص، على أن المسألة

<sup>1</sup> عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 158 و159.  
<sup>2</sup> مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 186 و187.

ليست بهذه البساطة، فالتعويض بمعناه الحقيقي، الذي هو بذل شيء مكان شيء آخر، يدخل كما هو في الغالب في الأحكام المنظمة لمسألة رد الحقوق بأمثالها في الفقه الإسلامي، وسوف نرى من خلال هذا الفرع عددا كبيرا من الفروع الفقهية العملية التي يتداخل فيها التعويض مع رد الحقوق بأعيانها لأصحابها تداخلا تقتضيه طبائع الأشياء من جهة، والقواعد الفقهية الكلية من جهة أخرى.

هذا فضلا على أن الدخول في البحث عن مسألة رد الحقوق بأمثالها وبقيمها، يستلزم بداية التعرف التام على أحكام مسألة - رد الحقوق بأعيانها؛ لأن معرفة الفرع والبحث فيه، تتوقف بداية على معرفة الأصل والبحث فيه؛ ولا يخفى أن رد الحقوق بأعيانها هو الأصل في الفقه الإسلامي، وأن رد هذه الحقوق بأمثالها أو بقيمها، إنما هو بدل عن الأصل، ولا يصح اللجوء إليه إلا إذا استحال الأصل أو تعذر، وهذا هو معنى القاعدة الفقهية القائلة: "إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل".

هذا وإذا كان الأصل في جبر الضرر عن الضرر في الفقه الإسلامي هو رد الحقوق بأعيانها، فإن ذلك لا يكون إلا إذا كانت هذه الأعيان قائمة، وسليمة، وخالية عما يمكن أن يلحق بها من ضرر، أو يحدث فيها من عيب، تفوت معه منافعها، كلياً أو جزئياً. والواقع أن هذا الأمر لا يتصور إلا في الغضب؛ سواء أسبقه تسليم من المغضوب للغاصب، كالأمانة والوديعة إذا أنكرها الأمين أو المودع لديه؛ أو لم يسبقه شيء من ذلك كاللقطة التي لا يعرف عنها الملتقط، والسرقعة، يقول رسول الله: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"، وفي رواية أخرى: "حتى تؤدي"<sup>1</sup>.

وهذا مما أجمع عليه المسلمون قديماً وحديثاً: ففي المذهب الحنفي أن: "من غضب شيئاً فعليه رده في مكان غضبه، لقوله عليه الصلاة والسلام: على اليد ما أخذت حتى تؤديه، ولأنه يجب عليه رفع الظلم، وذلك بما ذكرنا، ويرده في مكان غضبه، لأن القيمة تتفاوت بتفاوت الأماكن، والأعدل ما ذكرنا"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الإمام أبو عبد الله أحمد ابن حنبل الشيباني، مسند الإمام أحمد، مطبعة دار المعارف، ج6، د.ط، ص 126.

<sup>2</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار، تعليق الشيخ محمود أبو دقيفة، ج3، دار المعرفة، بيروت، ط3، 1975م، ص 59.

وفي المذهب المالكي: " لو كان المثلي المغصوب موجودا ببلد الغصب، وأراد ربه أخذه، وأراد الغاصب إعطاء مثله، فلربه أخذه لأنه أحق بعين شئيه، وإن كانت المثليات لا ترد لأعيانها، لكن اتفقوا على أن المثليات تتعين بالنسبة لمن كان ماله حراما، أو كان في ماله شبهة، فرب المغصوب له غرض في أخذ عين شئيه لأنه حلال، ومال الغاصب حرام"<sup>1</sup>.

وفي المذهب الشافعي: " ... فإن كان المغصوب باقيا لزمه رده"<sup>2</sup>، وفيه أيضا: " فإن كان المغصوب باقيا بحاله، ارتجعه المالك من الغاصب، فإن ضعف عن ارتجاعه فعلى ولي الأمر استرجاعه وتأديب الغاصب، وإن كان مما لا أجره لمثله كالطعام والدرهم والدنانير، فقد برئ بعد رده من حكم الغصب، وإن كان ممن لمثله أجره كالدواب والآلات، فعليه رد العين مع أجره المثل إن كان لمثل زمان الغصب أجره عرفا، وعليه مؤنة الرد إن كان له مؤنة"<sup>3</sup>.

وفي المذهب الحنبلي أن: " من غصب شيئا لزمه رده ما كان باقيا، بغير خلاف نعلمه، لقول النبي: على اليد ما أخذت حتى تؤديه، ولأن حق المغصوب منه متعلق بعين ماله وماليتها، ولا يتحقق ذلك إلا برده"<sup>4</sup>.

وقد شدد بعض الفقهاء في الإلزام برد الحقوق بأعيانها، ولو أدى ذلك إلى خسارة كبيرة تلحق بالغاصب أو المعتدي، ومن ذلك ما نص عليه الحنفية: "من بنى في أرض غيره أو غرس قلعاً... وردت"<sup>5</sup>. وفي المذهب المالكي أن: "من غصب سارية أو خشبة، فبنى عليها، فلربها أخذها وإن هدم البنيان"<sup>6</sup>. ونُقل عن الإمام الشافعي قوله: " إن الغاصب لو حفر الأرض فنقصت بحفره، لزمه أن يرد التراب إلى حفره ليسوي الأرض كما كانت"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريز، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996م، ص163.  
<sup>2</sup> أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيرازي، المهذب، تحقيق الدكتور محمد الزحيلي، ج3، دار القلم، دمشق، ط1، 1996م، ص412.

<sup>3</sup> محمد نجيب المطيعي، تكملة مجموع النووي، ج14، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1995م، ص341 و343.  
<sup>4</sup> موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الطلو، ج7، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997م، ص361.  
<sup>5</sup> محمد بن فرموز الشهير بمنلا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج2، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص266.  
<sup>6</sup> ابن جزى، الفوائن الفقهية، المكتبة الثقافية، بيروت، بدون تاريخ، ص359.  
<sup>7</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، مؤسسة الريان، بيروت، ط2، 1998م، ص170 و171.

وقال البهوتي<sup>1</sup> من الحنابلة: "وإن غصب إنسان فصيلاً أو مهراً ونحوه، فأدخله داره، فكبر وتعذر خروجه بدون نقض الباب، أو غصب خشبة وأدخلها داره، ثم بنى الباب ضيقاً، بحيث لا تخرج الخشبة إلا بنقضه، وجب نقضه [ أي الباب ] لضرورة وجوب الردّ، وردّ الفصيل والخشبة لربهما، ولا شيء على ربهما، لأن المعتدي أولى بالضرر"<sup>2</sup>.

وواضح من استعراض النصوص السابقة مدى وشدة حرص كافة المذاهب على رد الحقوق بأعيانها؛ لأن المالك أحق بعين شئيه، وهو أعلى درجات جبر الضرر عن المضرور، وبخاصة إذا كان الشيء المغصوب، أو المعتدى عليه بالاستعمال، لم ينقص منه شيء، ولم يتلف منه جزء، ولا فاتت منه منفعة، فإن حدث ضرر في العين، سواء كانت مغصوبة أو غير مغصوبة، بمباشرة أو تسبب، فإن أمكن إصلاحها وإعادتها إلى حالتها قبل حدوث الضرر، لزم الجاني إصلاحها وردّها إلى ربها، ولا ضمان عليه إذا لم ينقص منها شيء بعد الإصلاح .

جاء في الشرح الكبير: " أو أعاد الغاصب مصوغاً بعد أن كسره على حاله فلا ضمان"<sup>3</sup>، وذكر " التسولي" في البهجة شرح التحفة، نقلاً عن ابن سلمون: " يلزمه مداواة الدابة وغيرها كما يلزمه رفو الثوب ... وعليه فإن برئت الدابة وغيرها على غير شين، فلا شيء عليه إلا التأديب في العمد"<sup>4</sup>.

إن حدوث الضرر في العين إما أن يكون مفوّتاً لها، أو لا يكون؛ وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

**أولاً:** يكون الضرر مفوّتاً للعين إذا استهلكت، أو تلفت إلى حد تخرج به عن أن تكون منتفعا بها الانتفاع المطلوب عادة، ولا يكون ذلك إلا بإحداث عيب فيها يفضي إلى زوال جميع منافعها، أو معظمها، مع زوال الاسم أو تغييره؛ ويكون ذلك بزوال ما يطلب منها من منفعة أساسية؛ كأن يلحق بالمال انتقاص يفقد بعضه، أو تغيير يؤدي إلى ذلك، كقطع عضو دابة، أو خلط المال بمال مالك آخر.

<sup>1</sup> محمد جميل بن عمر الشطي، مختصر طبقات الحنابلة، تحقيق الأستاذ أحمد فؤاد زمرلي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1406هـ، ص114.

<sup>2</sup> البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ، ص83 و84.

<sup>3</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج5، المرجع السابق، ص174.

<sup>4</sup> أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ص354.

وفيما يلي نذكر آراء الفقهاء في الحد الذي يفوت المال؛ بحيث ينقطع حق المالك في عينه، ويصير إلى البديل؛ أو يكون مخيراً في أخذ شئيه مع ما نقص من العين؛ ولكنه لا يجبر على أخذه ما دام الضرر قد وصل إلى درجة من الجسامة تجعل المنفعة منه لا يمكن تحصيلها في العرف والعادة.

ففي المذهب الحنفي: إذا استهلكت العين، أو تلفت، أو تغيرت، حتى زال اسمها وأعظم منافعها، فقد انقطع حق المالك فيها، وصارت ملكاً لمن فوتها، ولصاحبها البديل؛ وذلك كشويه الشاة بعد ذبحها، أو طبخها، أو طحن بر، أو اتخاذ سيف أو آنية من حديد أو صفر، أو عَصَرَ عنباً، أو سمسما، أو زيتونا، أو زرع براء، أو حضنت البيض دجاجة فأفرخت، أو غزل قطنا ونسجه، أو قطع ثوبا وخاطه، أو لبد صوفاً، أو خبز دقيقاً، أو لبن تراباً، أو بني اللين حائطاً، أو قطع طرف غير مأكول اللحم؛ لأنه في هذه الأمور كلها قد استهلكها من وجه لفوات معظم المنافع المقصودة، وتبدل الاسم، أو لقيام حق المعتدي في الصنعة.

ويترك الحنفية الخيار لرب الشيء إذا بقيت بعض المنافع في الشيء المتلف؛ كما في حالة ذبح الشاة من غير شيء، أو تقطيعاً فاحشاً للثوب؛ فللمالك أن يأخذ الشاة والثوب ويضمن الجاني ما نقص منهما، أو يتركهما ويأخذ البديل؛ لأن ذبح الشاة إتلاف لها من وجه، لتفويت بعض المنافع من اللين والنسل وغيرهما، وبقاء البعض كالأكل، فثبت له الخيار، وكذلك في الثوب؛ لأن القطع الفاحش يفوت بعض المنافع المطلوبة من الثوب؛ لأنه لا يصلح لما كان يصلح له من قبل، فكان استهلاكاً من وجه، فثبت له الخيار، ويبقى حق المالك في عين شئيه قائماً فيما شابه ذلك؛ كمن كسر قلب فضة فسبكها، أو صبغ ثوباً، أو نسج غزلاً، أو بنى أو زرع أو غرس في أرض، أو كسر دراهم أو دنانير، ففي هذه الوجوه لا ينقطع حق المالك<sup>1</sup>؛ خلافاً لقول أبي يوسف<sup>2</sup> ومحمد، فقد قالوا: إن الصنعة استهلاك، وليس للمالك إلا المثل أو القيمة<sup>3</sup>.

ويتوجه السؤال هنا عن ضابط الجسامة في العيب، أو العيب الفاحش، الذي يعتبر مفوّتا

للمنفعة؟

<sup>1</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية، المرجع السابق، ج3، ص59 و62 .  
<sup>2</sup> محمد بن خلف بن حبان، المعروف بوكيع ، أخبار القضاة ، ج3، طبعة دار عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ، ص 259.  
<sup>3</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية، المرجع نفسه، ص 62.

اختلف فقهاء المذهب الحنفي في ذلك على أقوال، وأردوها الموصلية في الاختيار قائلًا: " اختلفوا في العيب الفاحش، قيل: هو أن يوجب نقصان ربع القيمة فما زاد؛ وقيل: ما ينقص به نصف القيمة، والصحيح ما يفوت به بعض المنافع"<sup>1</sup>.

أما المالكية فيعتبرون الضرر اليسير إذا كان مفوتًا للمنفعة المقصودة عادة، كالعيب الفاحش الذي يأتي على العين جميعها. قال في البهجة شرح التحفة: " أو قطع ذنب دابة ذي هيئة ومروءة، كقاض وأمير، كاتب وشهيد، أو قطع طيلسان من ذكر أو عمامة ونحو ذلك، مما له كيفية معهودة عند ربه لا يستعمله إلا على تلك الكيفية؛ وإنما كان قطع الذنب وما بعده مفوتًا وإن كان عيبًا يسيرًا؛ مراعاة لمالكها؛ لأن ذا الهيئة لا يلبسها ولا يركبها على تلك الحال، فصار قطعها كإتلافها عليه؛ ولذا وجب له الخيار"<sup>2</sup>.

وذكر المالكية أمثلة كثيرة لفوات العين، من ذلك: إذهاب لبن شاة، أو أكثره إذا كان اللبن هو المقصود، وقلع عيني العبد أو يديه، أو يد واحدة لعبد صانع، أو قطع رجل واحدة من أي حيوان كان، أو إتلاف فرد خف. كما يرى المالكية: أن حدوث التعيب من الغاصب خاصة، يجعل رب الشيء مخيرًا؛ سواء كان العيب قليلاً أو كثيرًا، وذكروا أيضًا: أن فوات الشيء يكون بزوال عينه، أو ما يقوم مقام زوال العين<sup>3</sup>.

وقد أجمل ابن جزى أسباب الفوات في قوله: " الفوات الذي يرد إلى المثل أو القيمة، هو هلاك المغصوب، أو نقصانه، أو حدوث عيب مفسد فيه، أو صنع شيء منه حتى باسم آخر؛ كالفضة تصاغ حليًا"<sup>4</sup>.

والملاحظ أن المالكية يراعون في كل الأحوال مصلحة المالك، كما أنهم لا ينظرون إلى تحديد ضابط التفويت وعدمه نظرة موضوعية خالصة، يكون فيها الشيء المعيب هو أساس تحديد مقدار الضرر، فالمعيار عندهم شخصي؛ يراعى فيه رغبة الشخص وقصده؛ ولذلك فعندما يعدون الشيء قد فات، فلا يقطعون حق المالك في أخذ عين شتيه، إلا ما ذكره الخطاب<sup>5</sup>، ونسبه إلى بعض العلماء قائلًا: " ويسقط خيار ربها في أخذها عند بعض العلماء، كالفضة يصوغها حليًا، والصرير يفعل منه قدحًا، والخشب يصنع منه توابيت

<sup>1</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية، المرجع السابق، ص 63 .

<sup>2</sup> أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص 353 و354 .

<sup>3</sup> أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع نفسه، ص 351 و353 و354.

<sup>4</sup> ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 359 .

<sup>5</sup> أحمد بابا التبنكتي، كفاية المحتاج، تحقيق محمد مطيع، ج2، ط1، وزارة الأوقاف بالمغرب، 2000م، ص227.

وأبوابا، والصوف والكتان والحريير يعمل من ذلك ثيابا، وما أشبه ذلك " <sup>1</sup>. ولكنه تابع قائلا: " بخلاف من يقول: إن لرب هذه الأشياء أن يأخذها مصنوعة، دون أن يكون عليه شيء لمن أحدث فيها الصنعة، لقوله: "ليس لعرق ظالم حق" <sup>2</sup> .

وذهب الشافعية والحنابلة وابن حزم إلى أن الجاني يرد الباقي، ويلزم بجبر النقصان مطلقا؛ لا فرق في ذلك بين أن يكون الأرش قدر القيمة أو دونها، فجاء في فتح العزيز: "فعلى الغاصب أرشه ورد الباقي، لا فرق في ذلك بين أن يكون الأرش قدر القيمة - كما في قطع يدي العبد - أو دونها، ولا بين أن يفوت معظم منافعه أو لا يفوت، ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأول أو لا يبطل" <sup>3</sup> .

غير أن بعض الشافعية فرقوا بين التلف الذي لا سراية له وحكمه كما سبق، وبين ما له سراية لا تزال تزداد حتى الهلاك الكلي؛ كما لو بلّ الحنطة وتمكن منها العفن الساري، فقد ذكروا في حكم ذلك قولين: أولهما أن ذلك العيب مفوّت، ويلزم المتسبب البذل، والثاني أن المتسبب يغرم أرش النقص، ويرد العين لربها، وهو الأرجح عندهم <sup>4</sup> .

وجاء في المغني أن: " من غصب حنطة فطحنها، أو شاة فذبحها وشواها، أو حديدا فعمله سكاكين وأواني، أو خشبة فنجرها بابا أو تابوتا، أو ثوبا فقطعه وخاطه، لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وأرش النقص" <sup>5</sup> .

وأكد ذلك ابن حزم فقال: " وكل من جنى على بعير، أو فرس، أو بغل، أو حمار، أو كلب يحل تملكه، أو سنور، أو شاة، أو بقرة، أو إبل، أو ظبي، أو كل حيوان ممتلك ... في سائر ما ذكرنا، خطأ وعمدا، ما نقص من قيمته بالغا ما بلغت" <sup>6</sup> .

**ثانيا:** وبناء على ما سبق يكون الضرر غير مفوّت للمنفعة، ويخرج عن الأحكام السابقة، إذا كان العيب يسيرا، وهذا ما تؤكدُه نصوص المذاهب جميعا.

<sup>1</sup> محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5، دار عالم الكتب، السعودية، 2002، ص279 .

<sup>2</sup> المعجم الأوسط للطبراني، تحقيق الأستاذ طارق بن عوض الله بن محمد، والأستاذ عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، ج1، ص190، وج7 ص200، برقم 601 و7267، دار الحرمين، القاهرة، 1995م.

<sup>3</sup> الرافعي، فتح العزيز في شرح الوجيز، ج11، مطبوع مع المجموع شرح المهذب، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، بدون تاريخ، ص294

<sup>4</sup> الرافعي، فتح العزيز في شرح الوجيز، ج11، المصدر نفسه، الموضوع نفسه .

<sup>5</sup> موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج5، ص196 .

<sup>6</sup> ابن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار في شرح المجلى بالاختصار، تحقيق خالد الرباط، ج8، دار ابن حزم، لبنان، 2016، ص149 .



وقد عرّف الحنفية العيب اليسير: بأنه " ما لا يفوت به شيء من منفعة، مع دخول نقصان العيب فيه"<sup>1</sup>، وعليه فإن كان النقصان لا تفوت به منفعة الذات، فليس لرب الشيء إلا أخذه وما به من نقص مع أرش العيب، جاء في بدائع الصنائع، ومثله في الاختيار ودرر الحكام: " إذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه، أن للمغصوب منه أن يضمه النقصان، فإن كان النقصان يسيرا، فلا خيار لربه في أخذه، وليس له إلا ضمان النقصان؛ لأن ذلك نقص وتعيب، فيوجب ضمان نقصان العيب"<sup>2</sup>، ويجري حكم جبر النقصان عند الحنفية أيضا في كل مكيل وموزون إذا كان النقص في الكيل والوزن؛ وكذا المعدودات غير المتقاربة، والمزروعات، إذا كان الضرر الذي لحقها لم يورثها عيبا فاحشا؛ وينقطع حق ربها في الترك؛ ولكنه يأخذها ويضمن الجاني نقصان القيمة.

أما المالكية فيذهبون إلى أن العيب إذا لم يفت به المقصود من العين، كمن تعدى على شيء تعديا يسيرا، بحيث لم تذهب به المنفعة المقصودة من ذلك الشيء، فليس لصاحبه تركه وتضمين المعتدي القيمة؛ بل يلزمه أخذ شئيه مضافا إليه أرش العيب، وقد ذكروا أمثلة كثيرة للعيب الذي لا يفوت المنفعة المقصودة من الشيء، ومن ذلك: إذهاب لبن بقرة أو ناقة؛ لأن فيهما منافع غير اللبن، ومثل ذلك قطع لبن حمارة، أو قلع عين واحدة لعبد غير أعور، لأن العين<sup>3</sup> الباقية يتصرف معها كما يتصرف بالاثنتين، أو قطع يد واحدة لعبد غير صانع، أو كسر قصعة كسرا لا يفوت المقصود منها، أو ضرب بطن دابة ألفت جنينا، ونقصت بسبب ذلك، ففي كل هذه الأمثلة لم تفت المنفعة المقصودة، وعليه فليس لرب الشيء إلا أخذه مع ما نقص منه، ولا خيار له في تركه<sup>4</sup>.

غير أن هذا الضابط لم يطرد في تقطيع الثياب؛ لأنهم يلزمون ربه بأخذه مع ما نقصه، ولو فوتت الجناية المقصودة منه، فقد جاء في شرح الخرشي: " من تعدى على ثوب شخص، فأفسده فسادا كثيرا أو يسيرا، فإنه يلزمه أن يرفوه، ولو زاد على قيمته، ثم يأخذه صاحبه

<sup>1</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، المرجع السابق، ج3، ص 63.

<sup>2</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 2، 1419 هـ / 1998م، ج7، ص 158.

<sup>3</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص 160.

<sup>4</sup> الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص 278 و279 و287.

بعد الرفو وما نقص إن كان فيه نقص؛ وبعبارة مطلقاً؛ سواء كانت الجناية لا تفوت المقصود أو تفوته<sup>1</sup> .

ومن ذلك أيضاً ما ذكره بعضهم فيمن استهلك أحد المزدوجين، أو أحد الأشياء التي لا يستغنى ببعضها عن بعض؛ حيث قالوا: يلزم ربها أخذ ما تبقى مع قيمة المستهلك وأرش نقص الباقي، وقيل: بوجود القيمة؛ لكن القول الأول أرجح عندهم<sup>2</sup>.

أما الشافعية والحنابلة والظاهرية: فضمن النقصان لازم عندهم، ولو كان العيب فاحشاً، أو مفوّتاً للمقصود؛ فيكون ضمان نقصان العيب القليل، أو الفساد غير المفوّت للمقصود من الشيء لازم على أصلهم من باب أولى، وعليه؛ فرب الشيء المتلف لا خيار له في ترك شيئه؛ بل يأخذه ويأخذ معه ما نقصه، سواء كان العيب جسيماً أو يسيراً، ولا يصير إلى البديل إلا فيما لا يمكن رد عينه، لتلفه جميعاً؛ كإحراق العين، أو كانت المتلفات مما لا يمكن رد أعيانها، كالصفات والمنافع، وعليه؛ فرد العين - عندهم - لازم ولو بلغ الأرش مقدار قيمة العين، جاء في شروح روض الطالب: " ويضمن بعضه بما نقص منها - أي من قيمته - كأن قطع يد حيوان ؛ فيلزم أرش ما نقص بالقطع"<sup>3</sup> ..

وجاء أيضاً في الشرح الكبير، ومثله في كشف القناع: " وإن تلف بعض المغصوب، فنقصت قيمة باقيه [ أي ما تبقى منه ]؛ كزوجي خفّ تلف أحدهما، فعليه رد الباقي، وقيمة التالف، وأرش النقص"<sup>4</sup>.

وأضاف صاحب مطالب أولي النهى: " أن من تعدى على رطلي زيت، فغلاهما حتى نقص الزيت إلى النصف مثلاً، فلربه أخذ الباقي، ومثل حدوث الضرور، فليس لربه إلا ما بقي من شيئه، ولا يلزم الجاني ضمان النقص؛ وذلك كما لو أخذ أحد رطلي عصير لآخر فغلاهما، فذهب رطل وزادت قيمة الرطل الباقي، فصارت تساوي قيمة رطلين قبل الغلي، فيأخذ صاحب العصير الرطل الباقي من عصيره، ولا شيء غيره؛ لأن الذاهب بالنار لا قيمة له؛ لأن النار تذهب مائيته وتجمع حالوته"<sup>5</sup> .

<sup>1</sup> الشيخ علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، ج6، دار الفكر، بيروت، ص 150 .

<sup>2</sup> الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، ج5، ص293 .

<sup>3</sup> زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج2، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ ، ص 347 .

<sup>4</sup> ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، تحقيق سيد ابراهيم صادق و السيد محمد السيد، ج15، دار الحديث للنشر والتوزيع، ط1، القاهرة، 2004، ص 269 و 270 .

<sup>5</sup> مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج4، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1994م، ص 58 .

ويثور السؤال هنا عن كيفية جبر النقصان؟

يرى جمهور الفقهاء أن الطريق لمعرفة النقصان، هو تقويم المال الذي أصابه ضرر قبل حدوث ذلك الضرر، وتقويمه بعد حدوثه، وما يوجد من فرق بين القيمتين يلزم به من أحدث الضرر، جاء في بدائع الصنائع: "وأما طريقة معرفة النقصان فهو أن يقوم صحيحاً، ويقوم وبه العيب، فيجب قدر ما بينهما؛ لأنه لا يمكن معرفة النقصان إلا بهذا الطريق"<sup>1</sup>.

وجاء في البهجة شرح التحفة: "فإن الشيء يقوم في ذلك كله سالماً لعشرة مثلاً، ومعيباً بثمانية، ويأخذه مع نقصه"<sup>2</sup>.

وقال العزّ بن عبد السلام<sup>3</sup>: "تقوم العين الفاتئة على أوصاف كمالها، ثم تقوم على أوصاف نقصانها، فيجبر التفاوت بين الصفتين بما بين القيمتين .. وكذلك لو عيب شيئاً من الأموال، فإنه يجبره بما بين قيمته سليماً ومعيباً"<sup>4</sup>.

وللمالكية في جبر نقص الثوب المقطوع، والدابة المجروحة، وما في معناهما طريقة خاصة؛ حيث يرى بعضهم أن تقدير النقص في هاتين الحالتين يكون بعد رفو الثوب، ومداواة الدابة، فيتحمل المتسبب في الضرر نفقات الدواء وأجرة الطبيب، ثم تقوم الدابة بعد البرء كما يقوم الثوب بعد الرفو، فما نقص بعد ذلك، لزم المتسبب دفعه إلى رب الثوب أو الدابة"<sup>5</sup>.

أما طريقة تقدير ذلك في الثوب الممزق، فينظر أولاً إلى أرش النقص قبل الرفو، وليكن على سبيل المثال أربعة دراهم، ثم يقدر النقص بعد الرفو؛ وليكن مثلاً درهمين، ثم يقدر أجر الرفو، وليكن درهماً، وعليه فيلزم المتسبب ثلاثة دراهم، وقد سلك المالكية هذا الطريق في تقدير أرش النقص في الثوب، مراعاةً لجانب الضامن حتى لا يظلم؛ لأنه إذا لزم بغرم أرش النقص في الثوب قبل الرفو، لزمه مقدار أكبر مما لو قدر بعد الرفو. وفي المثال السابق، نجد أن أرش النقص قبل الرفو أربعة دراهم، وبعده ثلاثة دراهم، وقال بعضهم:

<sup>1</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص 160 .

<sup>2</sup> أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ص 354 .

<sup>3</sup> محمد شاكر الكنتي، فوات الوفيات، تحقيق محمد عبد الحميد، ج1، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 594.

<sup>4</sup> أبي محمد عزّ الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج1، مؤسسة الريان، بيروت، ط2، 1998م، ص 170.

<sup>5</sup> أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ج2، ص 354.

تقدير النقص بعد الرفو خاص بالشق المفوّت للثوب إذا اختار صاحبه أخذه وما نقص؛ لكن المشهور عندهم لزوم رفو الثوب في المفوّت وغيره<sup>1</sup>.

وقد فصل الشافعية في حالة جبر النقصان، كما جاء في نهاية المحتاج: "إذا حدث ضرر في شيء، فنقصت قيمته فقط دون العين، لزم الأرش جبراً له، ولو نقصنا أي العين والقيمة جميعاً، فيغرم الذهاب، ويرد الباقي مطلقاً مع أرشه إن كان نقص القيمة من نقص العين؛ كرطلين قيمتهما درهمان صاراً بالإغلاء رطلاً قيمته نصف درهم، فيرد الباقي ويرد معه رطلاً ونصف درهم، أما إذا لم يكن نقص القيمة أكثر، بأن لم يحصل في الباقي نقص؛ كما لو صار رطلاً قيمته درهم أو أكثر، فيغرم الذهاب فقط، ويرد الباقي ولو غصب عسيراً فأغلاه، فنقصت عينه دون قيمته لم يغرم مثل الذهاب؛ لأنه مائيه لا قيمة له"<sup>2</sup>.

ومما سبق نجد أن الحنابلة والشافعية يجمعون أحياناً في جبر النقصان بين رد مثل التالف وقيمة الناقص، كما أنهم لا يلزمون الجاني بشيء إذا كان التالف لا قيمة له، ولو كان جزءاً من العين، ما دام لا يؤثر في نقصان قيمة العين .

وقد اختلف الفقهاء في كيفية تقدير نقصان أحد المزدوجين، أو أحد الأشياء التي لا يستغنى ببعضها عن بعض؛ كتلف فرد خف، أو إحراق جزء من كتاب في جزئين، فعند الحنابلة والراجح عند المالكية: أن الجاني يغرم قيمة التالف، وأرش عيب الباقي، والراجح عند الشافعية: أنه يغرم نصف قيمة التالف، ونصف قيمة الباقي، وقيل: يلزمه نصف قيمتها جميعاً قبل الإتلاف<sup>3</sup>.

وقد شذ عن هذه الطريقة في تقدير النقصان، كل من أبي حنيفة، ومالك، في بعض المسائل المتصلة بالنقص الحادث في الحيوان، أما أبو حنيفة، فقد أوجب في قلع عين الدابة ربع القيمة، وهو خلاف القياس في المذاهب، جاء في الاختيار: " عن أبي حنيفة : لو فقأ عين برذون أو بغل أو حمار، عليه ربع قيمته، وكذا كل ما يعمل عليه من البقر والإبل"<sup>4</sup>، واستدل أبو حنيفة على ما ذهب إليه بالنقل والعقل:

<sup>1</sup> أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ج2، ص 354 .  
<sup>2</sup> محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، دار الفكر، دمشق، بدون تاريخ ، ص 177 .  
<sup>3</sup> الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص 259 .  
<sup>4</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية ، المرجع السابق، ج3، ص 63 .

فأما النقل فيما روي من أنه صلى الله عليه وسلم: " قضى في عين الدابة بربع القيمة"<sup>1</sup>،  
وبما روى أيضا عن عمر وعلي -رضى الله عنهما- أنهما قضيا بربع القيمة في عين  
الدابة<sup>2</sup>.

وأما العقل فقد قيل: " لأنها تصلح للحمل والركوب والعمل، ولا تقوم هذه المصالح إلا  
بأربعة أعين: عينيها وعيني المستعمل، فصارت كذات أربع أعين، فيجب في أحدها ربع  
القيمة، كما قلنا في أحد الأهداب ربع الدية، لما كانت أربع"<sup>3</sup>.

وخالف أبو يوسف في ذلك وقال: على الجاني ما نقص من القيمة في جميع البهائم،  
وقيل: إن أحمد يرى ربع القيمة في عين الفرس خاصة، وقد رد ابن حزم على ما استدل به  
أبو حنيفة: بأن هذه الرواية عن النبي لا تصح؛ لأنها من طريق إسماعيل بن يعلى الثقفي،  
وهو ضعيف، عن عمرو عن أبيه، وهما مجهولان، وأما ما جاء عن عمر، فروايتان ذكر  
فيهما أنه قضى في عين الجمل بنصف ثمنه، ثم عاد فنظر إليه وقال: " ما أراه نقص من  
قوته، ولا هدايته، فقضى فيه بربع ثمنه"<sup>4</sup>، فدل ذلك على أنه تقدير، ثم ما الذي دعاهم إلى  
تفضيل إحدى أقضيتي عمر عن الأخرى<sup>5</sup>.

وأما قولهم: إنها تعمل أربع أعين، فلزم في ذهاب إحداها ربع القيمة، فلا معنى له؛ لأنه  
لو صح ذلك للزم ذلك في أطرافها أيضا، وهو ما لم يقل به أحد.

والجمهور على خلاف أبي حنيفة، قال الرافعي<sup>6</sup>: " أما غير الأدمي من الحيوانات  
فالواجب فيما يتلف من أجزائها ما ينقص من القيمة، ولا فرق في ذلك بين نوع ونوع"<sup>7</sup>.  
وعليه فلا طريق لتقدير النقص إلا ما قرره الفقهاء، وهو ما نقص من قيمته.

وأما ما تفرد به مالك، فهو قوله: " إن من ضرب بطن بهيمة، فألقت جنينا ميتا، فعليه  
عشر قيمة أمه "، قال الحطاب معلقا: " وهو خلاف الذي يقوله أهل المذهب "<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> الطبراني، المعجم الكبير، ج5، تحقيق حمدي ابن عبد المجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، ط2، 1983م ص 138.

<sup>2</sup> أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، السنن الكبرى، ج6، تحقيق الأستاذ محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1999م، ص 98.

<sup>3</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، المرجع نفسه، ج3، ص 63.

<sup>4</sup> المتقي الهندي، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، ج15، بيت الأفكار، الهند، 2005، ص 118 و 119.

<sup>5</sup> ابن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار في شرح المجلى باختصار، ج8، ص 150.

<sup>6</sup> تاج الدين ابو نصر عبد الوهاب ابن تقي الدين السبكي، الطبقات الشافعية الكبرى، تحقيق محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح الطو، فيصل عيسى البابي الحلبي، 1964، ج8، ص 281.

<sup>7</sup> الرافعي، فتح العزيز في شرح الوجيز، ج11، المرجع السابق، ص 258.

<sup>8</sup> الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص 259.

والصحيح أن الحكم في هذه المسألة ما ذكره الخرشي في شرحه: " أن البهيمة إذا ضرب بطنها - مثلا - فألقت جنينا فنقصت بسببه، فإنها تقوم سليمة ... سواء ألقت الجنين حيا أو ميتا؛ لكن إن نزل ميتا، فلا شيء فيه، وإن نزل حيا، فعليه قيمته مع نقص الأم"<sup>1</sup>.  
على أن أسعار الأعيان قد تختلف بعد تلفها، أو بعد غضبها ولو لم يلحقها تلف، وهذا ما يستلزم بحث أثر انخفاض الأسعار على التعويض، سواء في حالة التلف، أو في حالة عدم التلف:

**الحالة الأولى:** بعد تلف العين؛ سواء أكانت العين مغمسوبة قبل التلف أو غير مغمسوبة، وفي هذه الحالة لاشك في وجود تأثير كبير لتغير الأسعار في تقدير قيمة الشيء المتلف، وبخاصة إذا أُلِّف أو تلف بعد غضبه، ولهذا نجد الفقهاء قد اختلفوا في تحديد وقت تقدير قيمة الشيء المتلف، وهذه الاختلافات قد وضعت في حسابها تغير الأسعار؛ لأن تقويم الأشياء يؤخذ من أسعارها في السوق، وسيأتي الحديث مفصلا عن وقت تقدير القيمة لاحقا.  
**الحالة الثانية:** في حالة سلامة العين المغمسوبة، أو المعتدى عليها باستعمال أو كراء أو غير ذلك، فهل يعد تغير الأسعار في هذه الحالة مؤثرا، فيجب على المعتدي جبر نقصان السعر، أو لا أثر له أصلا، ما دام النقص لم يحدث في عين الشيء بزوال صفة فيه، أو نقص شيء من ذاته، أو بحدوث عيب فيه؟

يرى الجمهور أن نقصان الأسعار لا يوجب ضمان نقصان القيمة؛ لأن تغير الأسعار مبنى على رغبات الناس، ورغبات الناس غير متقومة في السعر.

جاء في قواعد الأحكام لابن عبد السلام: " وإن ردها ناقصة القيمة موفرة الأوصاف، لم يضمن ما نقص من قيمتها بانخفاض الأسواق... ؛ لأنه لم يفت شيء من أجزائها، ولا من أوصافها"<sup>2</sup>.

وجاء عن الحنفية مثله، قال في الاختيار- بعد ذكر الأحوال التي تؤثر في تغير قيمة الشيء - : " بخلاف تغير السعر في بلد الغضب؛ لأنه لا يصنعه؛ بل بقلة الرغبات"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الشيخ علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، ج8، المرجع السابق، ص 34 .  
<sup>2</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج1، المرجع السابق، ص 168 .  
<sup>3</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، المرجع السابق، ج3، ص 61 .

وهو قول جمهور الحنابلة أيضا، دل على ذلك ما جاء في المغني: " وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار، نص عليه أحمد، وهو قول جمهور العلماء"<sup>1</sup>.

وجاء عن المالكية في الغصب خاصة: " إن من غصب دابة مثلا، ثم وجدها ربها وقد نقصت أسواقها، فإنه يأخذها ولا شيء له على الغاصب"<sup>2</sup>.

وخالف هذا الإجماع من فقهاء المذاهب ابن حزم الظاهري، والفقهاء أبو ثور<sup>3</sup>، وبعض شيوخ الحنابلة، فقالوا: بلزوم الضمان إذا نقص الشيء بانخفاض الأسعار<sup>4</sup>.

جاء في المحلى: " وأما الزيادة في الثمن، فإنه حيث زاد ثمنه كان فرضا عليه رده إلى صاحبه بجميع صفاته، فكان لازما أن يرده إليه وهو يساوى تلك القيمة، فإذا لزمه ذلك ثم نقصت قيمته، فإنه لا يسقط رد ما لزمه رده " <sup>5</sup>.

وقد رد الجمهور على هذا القول بما يلي:

1- إن نقص القيمة مع بقاء العين ليس نقصانا ثابتا؛ لتوقع زيادتها من وقت لآخر، بخلاف ما لو تلفت، فضلا على أنه لا نظر مع وجود العين للقيمة أصلا.

2- إنه إذا رد العين بحالها ولم ينقص منها جزء، ولا صفة، فلم يلزمه شيء، والغاصب يضمن ما غصب، والقيمة لا تدخل في الغصب.

3- إن تغير الأسعار، سواء بالزيادة أو النقصان، مبني على زيادة رغبات الناس في الشيء، أو قلة رغباتهم فيه، والرغبات غير متقومة في الشرع؛ فلا مجال للقول بجبر هذا النقصان في الأسعار<sup>6</sup>.

وللمالكية موقف آخر في حالة التعدي؛ كما لو تعدى المودع لديه أو المستعير على الإبل المودعة أو المستعارة، فأكراها أو استعملها في سفر بعيد حتى نقصت أسواقها، فإن لتغير السعر عندهم - في هذه الحالة وما شابهها - تأثيرا كبيرا، لدرجة أنهم جعلوه مفوتا للغرض

<sup>1</sup> موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج5، ص 194.

<sup>2</sup> الشيخ علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، ج6، المرجع السابق، ص 141.

<sup>3</sup> تاج الدين ابو نصر عبد الوهاب ابن تقي الدين السبكي، الطبقات الشافعية الكبرى، ج1، المرجع السابق، ص 25 و 26.

<sup>4</sup> موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع نفسه، ص 194.

<sup>5</sup> ابن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار في شرح المجلى بالاختصار، المرجع السابق، ج8، ص 139.

<sup>6</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي، المرجع السابق، ج3، ص 61.

المقصود منها؛ ولذلك جعلوا لربها الخيار في أخذها مع كرائها، أو أخذ قيمتها يوم التعدي؛ لكنهم يشترطون أن تكون هذه الدواب معدة للتجارة لا لمجرد الاقتناء.

جاء في شرح الخرشي: " من استودع إبلا مثلاً، فتعدى عليها وأكراها لمكة مثلاً، ورجعت بحالها مثل ما كانت عليه يوم الإيداع؛ إلا أنه حبسها عن أسواقها، بان كانت زمن غيبتها غالية، فلربها أن يأخذ قيمتها يوم كرائها؛ لأنه يوم التعدي، ولا كراء له، وله أن يأخذ الكراء والدابة ... وكذلك الحكم في المستعارة ... وقوله حبسها عن أسواقها، يعني أنها للتجارة، وأما لو كانت للقنية، فليس له إلا كراؤها إن لم تتلف"<sup>1</sup>.

وقد ذكر الخطاب نحوه، ولكنه لم يذكر القيد السابق - وهو بأن تكون معدة للتجارة - وهذا ما قد يفهم منه أن هناك اتجاهها في الفقه المالكي، يرى تأثير تغير السعر في باب التعدي مطلقاً<sup>2</sup>.

ومن كل ما سبق يغدو واضحاً أن المال يرد بذاته إلى صاحبه، ما دام على حاله، أو إذا حدث فيه تغير أو نقص تافه، لا يؤثر في منفعته أو قيمته؛ أما إذا حدث فيه نقص أو تعيب مؤثر في المنفعة أو القيمة، واختار صاحبه استرداده، فيجب ردّه مع جبر النقصان أو القيمة.

أما إذا اختار صاحبه عدم استرداده، أو كان النقص أو التلف مفوّتاً للمنفعة أو القيمة، فلا بدّ في هذه الحالة من الانتقال إلى التعويض بالمثل، وهذا ما سنتناوله بالبحث في الفرع التالي إن شاء الله تعالى .

### الفرع الثاني: ردّ الحقوق بأمثالها

انتهينا فيما سبق إلى أنه في حالة فوات العين، بما يقطع من إمكانية ردها بذاتها إلى صاحبها، أو كان الفوات قد أتى على بعض المنافع في العين، واختار صاحبها تركها وأخذ بدلها، فإن الواجب حينئذ المثل أو القيمة؛ تعويضاً وجبراً للضرر، ولاشك أن التعويض يتنوع حسب تنوع المال؛ والمال - كما هو معلوم - ينقسم إلى مثلي وقيمي، والواجب في

<sup>1</sup> الشيخ علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، ج6، المرجع السابق، ص 114 و115 .  
<sup>2</sup> الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص 439 .



المثلي جبره بمثله؛ لأن الجبر بالمثل أعدل وأتم، وقد أجمع الفقهاء على وجوب ضمان المثلي بمثله. يقول الحنفية: " فإن هلك وهو مثلي، فعليه مثله "1.

وقد أكد ذلك المالكية بقولهم: "... فإن كان قد فات يعني الشيء التالف- ردّ المثل"2، وقد نقلوا عن الإمام مالك أنه قال: " من غصب لرجل طعاما، أو إداما فاستهلكه، فعليه مثله بموضع غصبه "3.

ويقول الشافعية: " تجبر نوات الأمثال بما يماثلها في المالية وجميع الأوصاف الخلقية؛ كضمان البر بالبر، والزيت بالزيت، والسسم بالسمسم، والشيرج بالشيرج؛ وإنما يجب جبرها لقيامها مقامها من جميع الوجوه، وجميع الأعراض"4.

وقد أكد الحنابلة ذلك بقولهم: " ويضمن مكيلا أو موزونا تلف أو أتلفه بمثله "5، ومن شدة تأكيدهم على وجوب المثل في المثلي قولهم: " إن لم يقدر على ردّ جميع المثل، ردّ القسط الذي قدر عليه، ويدفع القيمة في الباقي "6.

وقد استدللّ الفقهاء على وجوب المثل في المثلي بأدلة نقلية وعقلية، نذكر أهمها فيما يلي:  
1- قوله تعالى: [فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ]7، فقد أوجب الله سبحانه وتعالى رد المثل في ضمان العدوان، ولا يُعدل عما أوجبه الله تعالى إلى غيره، ما دام ما أوجبه ممكنا، ولا يخفى أن تسمية الضمان بالمثل في الآية اعتداء، إنما هو مجاز للمقابلة؛ ونظيره قوله تعالى: [وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا]8، والجزاء ليس سيئة؛ وإنما سمي بها مجازا .

2- ولأن حق المالك ثابت في الصورة والمعنى، وقد أمكن اعتبارهما بإيجاب المثل، فكان أعدل وأتم في جبر الفائت، فكان أولى من القيمة، واسمه ينبئ عن ذلك، فإن المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل وجه، فكان إيجابه أعدل .

1 عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، المرجع السابق، ج3، ص 59 .

2 ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 358 .

3 الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص 278 .

4 أبي محمد عزّ الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، المرجع السابق 168 و169 .

5 مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المرجع السابق، ج4، ص 53 .

6 مصطفى السيوطي الرحيباني، المرجع السابق، ص 54 .

7 سورة البقرة، الآية 194 .

8 سورة الشورى، الآية 40 .

3- ولأن المثل أقرب إلى الانضباط من القيمة؛ فالمماثلة ثابتة من طريق الصورة والمشاهدة، ويمكن تشبيه المماثلة بالنص الشرعي، أما القيمة فليست مماثلة من طريق الصورة والمشاهدة، وإنما تقدّر مساواتها بالفكر والرأي، ويمكن تشبيهها بالاجتهاد؛ وعلى هذا فإن ما كان طريقه الإدراك بالصورة والمشاهدة، أولى مما كان طريقه الإدراك بالفكر والرأي، تماما كما يقال: إن النص أولى من الاجتهاد، أو لا اجتهاد في مورد النص.

ويتضح مما سبق أن إيجاب المثل في المثلي ثابت باتفاق لا شك فيه، ويبقى أن نعرف ما هو المال المثلي عند المذاهب الأربعة وهذا ما سنتناوله لدى كل مذهب من هذه المذاهب على التوالي:

عرف الحنفية المال المثلي بأنه: " المكيل، والموزون، والعددي المتقارب " <sup>1</sup> . وأضاف بعضهم إلى التعريف " ما ليس في تبعيظه مضرة " <sup>2</sup>، والحقيقة أن في هذه الإضافة إشكالاً إشكالاً لا يخفى، فالمفهوم من قولهم: إن ما لا يضره التبويض هو من المال المثلي، وأن ما يضره التبويض ليس من المال المثلي؛ وهذا محلّ نظر، فالكتاب متعدد الأجزاء مثلا مما يضره التبويض، ومع ذلك فهو من المال المثلي؛ خصوصاً في زمن المطابع ودور النشر، التي تطبع آلاف النسخ دفعة واحدة، فلو أتلّف غاصب لكتاب "المغني" لابن قدامة المقدسي الجزء الخامس منه، ثم رده له، ورد معه الجزء الخامس من نسخة أخرى لـ "المغني"، من الطبعة نفسها ودار النشر ذاتها، فهذا جائز ووارد وصحيح ولا إشكال فيه، وليس لصاحب الكتاب مطالبة الغاصب بنسخة جديدة كاملة.

ومما ليس في تبعيظه مضرة - على ما كان في زمانهم - كل ما لا تدخله الصنعة، كغير المصوغ من الحلي مثلا، فغير المصوغ من الذهب والفضة يعدّ مثليا؛ ويعوّض بمثله وزنا وقيارا، أما لو كان مصوغا فهو ليس مثليا عندهم، لتعذر العثور على مصوغ يماثله من كل وجه، والذي يبدو أن هذا الأمر أيضا قد تغيّر الآن، لأن المصنوعات والمصوغات - بعد أن كانت يدوية، ويتعذر مطابقتها بعضها لبعض من كل وجه - أصبحت آلية، ومن الممكن أن يتطابق بعضها مع بعض تطابقا كاملا وتاما من كل وجه، وهو ما يصح معه القول: إن المصنوعات الآلية كلها تعدّ من الأموال المثلية اليوم، إلا ما ثبت أنه لا مثيل له

<sup>1</sup> عثمان بن علي الزبيعي، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، بدون تاريخ ج5، ص223 و224.  
<sup>2</sup> ابن قاضي سماوة، جامع الفصولين، المطبعة الأزهرية، الطبعة الأولى 1300هـ، ج2، ص136 .

قطعا، كما لو ثبت أن أحد مصانع السيارات، قام بتفصيل سيارة خاصة لأحد الأشخاص، بمواصفات فريدة اتفق معه عليها، ولم ينتج منها إلا سيارة هذا الشخص وحده فقط .

أما العددي المتقارب، فمثاله الجوز، والبيض، والفلوس، ونحوها، وعليه يخرج من المثلي - حسب هذا التعريف - ما ليس مكيلا ولا موزونا، وما فيه صنعة، وكذا العددي المتفاوت.

يرى الإمام زفر<sup>1</sup> أن العددي كله قيمى؛ سواء كان متقاربا أو متفاوتا، واستدل لرأيه بأن المماثلة في المعدود لم تثبت بالنص، بل تثبت بالاجتهاد، ولهذا لا يجري فيه الربا، فلا يقطع بكون المضمون مثلا للمتلف، فيصار إلى قيمته؛ لتعذر معرفة مثله قطعا، بخلاف المكيل والموزون، فالمماثلة ثابتة فيه بالنص، وهو قوله: "الحنطة بالحنطة مثلا بمثل .."<sup>2</sup>. ومثل ذلك قال في الذهب والفضة، وهما من الموزونات، والحنطة مكيلة، فأمكن اعتبار المماثلة فيهما للعمل بها قطعا<sup>3</sup>.

وردّ عليه أصحابه بأن العبرة في المماثلة بالمالية، ومالية هذه الأشياء متساوية، وأجيب عن قوله: إن المماثلة تثبت في العددي بالاجتهاد، بأنه لا بد من الاجتهاد في المكيلات والموزونات أيضا؛ لأن مطلق المماثلة في الجنس لا تكفي، بل لا بد من اعتبار المماثلة في الصفة كالحجم، والجودة، والرداءة، وغيرها، وذلك كله لا يعرف إلا بالاجتهاد<sup>4</sup>.

ويبدو أن الحنفية لا يعدون كل مكيل أو موزون مثليا على الإطلاق، فقد ذكر الطحاوي<sup>5</sup> أن العبرة بالتقارب، فقال: " ليس كل مكيل مثليا، ولا كل موزون؛ إنما المثلي من الكيلي والوزني ما هو متقارب، وأما المتفاوت، فليس بمثلي"<sup>6</sup>، وحسب هذا القيد، يكون الكيلي والوزني والعددي سواء؛ لأن ضابط الجميع التقارب في الأعيان والصفات المالية، كما أن الصنعة عندهم إذا دخلت على مثلي صيرته قيميا، واستثنوا من ذلك ما لا تخرجه الصنعة عن المثلية؛ لبقاء كثرته، و عدم تفاوته كالدرهم المضروبة<sup>7</sup>. وقال أبو حنيفة: إن

<sup>1</sup> هو ابو الهذيل زفر بن الهذيل العنبري البصري الإمام صاحب أبي حنيفة، أنظر: شمس الدين أبو عبد الله الذهبي، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق علي محمد البجاوي، ط1، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1963م، ج2، 476 - 478.

<sup>2</sup> الإمام مالك، الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، مصر، دون تاريخ، ج2، ص 141 و142 .

<sup>3</sup> عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق في شرح كنز الدقائق، ج5، المرجع السابق، ص 223 و224 .

<sup>4</sup> المرجع السابق، الموضوع نفسه .

<sup>5</sup> عبد الكريم بن محمد السمعاني، الأنساب، تحقيق عبد الله البارودي، ط1، دار الفكر، بيروت، 1408هـ، ج8، ص 218.

<sup>6</sup> ابن قاضي سماوة، جامع الفصولين، ج2، المرجع السابق، ص 136 و137 .

<sup>7</sup> محمد بن فرموز الشهير بمنلا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج2، المرجع السابق، ص 262 .

كون الشيء كيليا أو وزنيا، يرجع فيه إلى العادة إذا لم يكن فيه نص شرعي، وعليه فكل ما لم يتعود الناس كيله أو وزنه، فليس بمثلي.<sup>1</sup>

وعرف المالكية المال المثلي بتعريفات شبيهة بتلك التي ذكرها الحنفية، ومن ذلك قولهم: "المثلي ما حصره كيل، أو وزن، أو عدد، ولم تتفاوت أفراده"<sup>2</sup>. ويشترط المالكية في المكيل أن يكون كيله منضبطاً، أي أن يكون مما يكال بمعيار ثابت متعارف عليه، بخلاف ما يكال بالتقريب، كالكفة وما شابهها، وكما أن المثلي عندهم إذا دخلته الصنعة انتقل إلى المتقومات، جاء عن الخرشي: "القاعدة أن المثلي إذا دخلته صنعة، فإنه يقضى فيه بالقيمة، ويلحق بالمقومات"<sup>3</sup>. وهم مثل الجمهور يعدون الدراهم والدنانير مثلية.

والملاحظ أنه رغم تطابق تعاريف المال المثلي عند المالكية والحنفية؛ إلا أن هناك نزعة عند الحنفية لاعتبار كل متقارب مثليا.

وعرف الشافعية المال المثلي بقولهم: "المثلي ما حصره كيل أو وزن، وجاز السلم فيه"<sup>4</sup>، والظاهر من هذا التعريف، أنهم يشترطون لاعتبار المال مثليا شرطين: الأول: أن يكون مكيلا أو موزونا، فما لم يكن مكيلا ولا موزونا، فليس بمثلي، وذلك من العددي والمذروع، كالحیوان والكتان.

الثاني: جواز السلم فيه؛ لأنه بعد تلفه يشبه المسلم فيه من جهة ثبوته في الذمة. وأضافوا للشرط الأول قيماً حتى لا يفهم على إطلاقه، فقالوا: المراد بما حصره كيل أو وزن؛ ما قدر شرعا بكيل أو وزن، وليس المراد ما أمكن فيه ذلك؛ لأن كل مال يمكن وزنه<sup>5</sup>.

وعليه، فلا يكون المال مثليا إلا إذا توفر فيه هذان الشرطان معا، أما ما كان مكيلا ولم يجز السلم فيه، كالبر المبلول الذي يجوز بيعه دون السلم فيه، وكذا المختلط بالشعير، وما كان موزونا ولم يجز السلم فيه، كمعجون، ومركب، وترياق مخلوط، وكذا لو كان المكيل ردينا؛ لأنه لا يجوز السلم فيه، وكذلك إذا لم يكن المال مكيلا أو موزونا، وإن جاز السلم فيه، كالمعدود، والمذروع، من الثياب، والحيوان، فكل ذلك ليس بمثلي.

<sup>1</sup> ابن قاضي سماوة، جامع الفصولين، ج2، المرجع السابق، ج2، ص137 و138 .  
<sup>2</sup> الشيخ علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، ج6، المرجع السابق، ص135 .  
<sup>3</sup> الشيخ علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، ج6، المرجع نفسه، ص135 ..  
<sup>4</sup> زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج2، المرجع السابق، ص345 .  
<sup>5</sup> أبي زكريا الانصاري، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب، دار الفكر، بدون تاريخ، ج2، ص150 و151.

والملاحظ أن التعريف لم يذكر الاحتراز الذي يخرج ما دخلته الصناعة من المثليات؛ ولكن فقهاء الشافعية أشاروا إليه بقولهم: "... وهو أن صناعة الحلي متقومة، وفي ذاته الوجهان في التبر؛ فإن قلنا متقوم ضمن الكل بنقد البلد، أو مثلي [ وهو الأصح ] فوجهان، أحدهما: يضمن الجميع بغير جنسه، وأصحهما: يضمن الوزن بالمثل، والصناعة بنقد البلد"<sup>1</sup>. ولا خلاف عند الشافعية في مثلية الدنانير والدرهم؛ سواء كانت خالصة أو مغشوشة أو مكسرة، ذلك أنهم يقولون: " كل ما دخلته النار ليس مثليا"<sup>2</sup>.

وقد ذكر بعض الفقهاء المرجحين في المذهب شروطا أخرى، كاشتراط جواز بيع بعضه ببعض، وكاشتراط جواز انقسام المال بين الشريكين من غير حاجة إلى تقويم، وعدم اختلاف أجزاء النوع الواحد في القيمة، وقيل وفي الجرم أيضا<sup>3</sup>.

وعرّف الحنابلة المال المثلي بأنه: " هو كل مكيل، أو موزون، لا صناعة فيه مباحة، يصح السلم فيه"<sup>4</sup>، وبأنه: " ما كان مكيفا، أو موزونا، لا صناعة فيه مباحة، يصح السلم فيه، تماثلت أجزاءه أو تباينت، أو سبيكة، وكالحبوب من بر، وشعير، وأرز، وذرة، وعدس، ونحوها، وكالأدهان من سمن، وشيرج، وزيت، وكذا سائر المائعات، والثمار التي تجب فيها الزكاة، كتمر، وزبيب، وبنديق، ولوز، ونحوها. والدرهم، والدنانير"<sup>5</sup>، وأضاف بعضهم أنه يشترط في المكيلات وغيرها، لكي تكون مثلية، أن تكون منضبطة بالصفة، والصحيح في المذهب أنها كلها مثلية من غير قيد، لاعتماد عموم نص أحمد في ذلك، كما قال آخرون أن التشابه في غير الميكل والموزون ممكن، فلا مانع منه؛ وكذا ما انقسم بين الشريكين من غير تقويم؛ فكل ذلك مثلي لوجود التماثل وانتفاء التخالف، ولكن التعريف المذكور لا يشمل هذه الأشياء<sup>6</sup>.

وقد انفرد الحنابلة بوضع الاحتراز التالي، وهو كون المكيل والموزون لا صناعة فيه مباحة؛ لأن الصناعة المحرمة لا تخرج المثلي عن مثليته؛ لأنه لا قيمة لها، وعليه فمن

<sup>1</sup> زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، الفرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية، بدون تاريخ، ج3، ص245.

<sup>2</sup> زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج2، المرجع السابق، ص345.

<sup>3</sup> الرافعي، فتح العزيز في شرح الوجيز، ج11، المرجع السابق، ص266 و267.

<sup>4</sup> ابن النجار تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح، منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التتقيح وزيادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار الرسالة العالمية، ط1، 2000، ج3، ص195 و196.

<sup>5</sup> البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ، ج4، ص107 و108.

<sup>6</sup> أبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، تحقيق الدكتور عبد الله بن المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، ط1، 1995م، ج5، ص192 و193.

كسر لآخر إناء ذهب أو فضة، فليس له إلا مثل وزن التالف، أما الصناعة المباحة، فهي بدون شك تصير المثلي متقوماً.

والخلاصة أن دائرة المثلي عند الحنفية والمالكية أوسع مما هي عليه عند الشافعية والحنابلة. لأن الشافعية والحنابلة يضيفون إلى ما حصره كيل أو وزن، ما حصره عدُّ، وما تقاربت أجزاءه، وإن كانت هناك آراء في هذين المذهبين تنزع إلى توسيع دائرة المثلي أكثر.

### الفرع الثالث: رد الحقوق بقيمتها

وستتناول البحث في هذا الفرع من خلال نقطتين:

#### أولاً: في تعريف المال القيمي

يعرف جمهور الفقهاء المال القيمي بأنه: المال الذي لا مثيل له، أو هو عكس المال المثلي، أي ما كان غير مكيل، أو موزون؛ والعدي المتفاوت، كالنبات، والحيوان؛ والمثلي المخلوط بخلاف جنسه، كالحنطة المخلوطة بالشعير، والخل المخلوط بالزيت؛ والموزون الذي دخلته صنعة، أو كان في تبعيضه مضرّة، كالأواني المصوغة، والققمم، والطشت؛ وكل ما حصره ذرع، كالكتان، وغيره<sup>1</sup>.

وقد أجمعت كتب الفقهاء في مختلف المذاهب، على وجوب تعويض المال القيمي بالقيمة.

فقد نص الحنفية على ذلك بقولهم: " القيمي، كالحیوان، والعدي المتفاوت، والمذروع، فعليه قيمته"<sup>2</sup>، بل إنهم ينقلون الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة؛ من ذلك قولهم: " وما لا مثل له، فقيمه ... وعلى هذا الإجماع؛ لأنه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى، وهو الكامل، فيجب اعتبار المثل معنى، وهو القيمة؛ لأنها تقوم مقامه، ويحصل بها مثله، واسمها ينبئ عن ذلك"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، ج3، المرجع السابق، ص 59.

<sup>2</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ج7، المرجع السابق، ص 150.

<sup>3</sup> عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج5، ص 223.

وفي تعويض المال القيمي بالقيمة نص فقهاء المالكية على ذلك بقولهم: " ويرد القيمة فيما لا مثل له، كالعروض، والحيوان، والعقار" <sup>1</sup>، وجاء في شرح الخرشي: " إن الغاصب يضمن قيمة المقوم ... سواء كان متقوماً أصالة، أو مثلياً دخلته صنعة" <sup>2</sup>، وقال الدسوقي: <sup>3</sup> " من ذبح دابة لزمته قيمتها" <sup>4</sup>.

وأكد الشافعية ما سبق ذكره في نصوص كثيرة، منها قولهم: " وإن أتلّف متقوماً ضمنه بقيمته" <sup>5</sup>، ومنها قولهم: " ... فيضمن التالف غير المثلي بأكثر قيمته من حين الغصب إلى حين التالف" <sup>6</sup>، وكذلك قولهم: " إن من أحرق داراً ليست في يده، أو قتل عبداً في يد سيده، أو أتلّف دابة في يد ركبها، فإنه يجبر ذلك بقيمته" <sup>7</sup>.

ومن النصوص التي تدل على ذلك عند الحنابلة قولهم: " وإن لم يكن المغصوب مثلياً، كالثوب والعبد والدابة، وتلف أو أتلّفه الغاصب أو غيره، ضمنه بقيمته" <sup>8</sup>، وكذلك قولهم: " وإن لم يكن مثلياً، ضمنه بقيمته... هذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب" <sup>9</sup>، وفضل بعض الحنابلة استثناء الثوب، والقصعة، والعصا، ونحوها، من التعويض بالقيمة، وقالوا: يجب فيها المثل <sup>10</sup>.

ورغم هذا الاتفاق الذي رأيناه في كتب الفروع على وجوب ضمان القيمي بالقيمة، فقد وجدت آراء متضاربة، تقول بلزوم ضمان القيمي بالمثل، وتنسب هذه الأقوال تارة إلى مالك، وتارة إلى غيره، فمن ذلك قول بعض الحنفية: " وقال مالك - في القيمي - يضمن مثله صورة" <sup>11</sup>، ومن ذلك أيضاً قول بعض المالكية: " وقال الشافعي، وأبو حنيفة: إنما المثل، ولا يرد القيمة" <sup>12</sup>، وأورد بعضهم الخلاف في ذلك أيضاً، تعليقا على حديث القصعة التي كسرتها عائشة -رضى الله عنها-، فقال: " وبه احتج الشافعي والكوفيون على لزوم المثل في القيمي، وقال مالك: إن القيمي يضمن بقيمته مطلقاً، وفي رواية عنه كالمذهب

<sup>1</sup> ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 358.

<sup>2</sup> الشيخ علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، المرجع السابق، ج6، ص 135.

<sup>3</sup> محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ج1، ص 361 و362.

<sup>4</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريبر، المرجع السابق، ج3، ص 444.

<sup>5</sup> زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المرجع السابق، ج3، ص 248.

<sup>6</sup> زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج2، المرجع السابق، ص 347.

<sup>7</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج1، المرجع السابق، ص 169.

<sup>8</sup> البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج4، المرجع السابق، ص 108.

<sup>9</sup> أبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف، ج6، ص 193.

<sup>10</sup> أبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف، الموضع نفسه.

<sup>11</sup> عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج5، ص 223.

<sup>12</sup> ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 358.

الأول، وفي رواية عنه أخرى، ما صنعه الأدمي فالمثل، وأما الحيوان فالقيمة " <sup>1</sup>، ومن ذلك أيضا قول بعض الشافعية: " احتج الشافعي والكوفيون فيمن استهلك عروضا، أو حيوانا، فعليه مثل ما استهلك .. وذهب مالك إلى القيمة مطلقا " <sup>2</sup>، ثم ذكر أقوالا أخرى لمالك، غير أن نسبة القول بالمثل في القيمي إلى أبي حنيفة غير مؤكدة؛ والمشهور عند المالكية أن القيمي يضمن بالقيمة مطلقا.

يبقى أن نقول: إن للقول بأن القيمي يضمن بالمثل أصل عند الشافعية، والحنابلة، والظاهرية، وإن كان المشهور عند الشافعية والحنابلة ما سبق تأكيده ونقله من كتبهم، وهو وجوب القيمة في القيمي، وقد استدلت أصحاب الرأي القائل بوجوب ضمان القيمي بالمثل، بأدلة من الكتاب والسنة، نذكرها فيما يلي:

1- قوله تعالى: [فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ \* وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ] <sup>3</sup>، قالوا: وهذا نص في وجوب المثل، من غير تمييز بين مثلي وقيمي، ومثله قوله تعالى: [وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا] <sup>4</sup>.

ورد بعض الحنفية على هذا الدليل بقوله: " إن الآية لا تنافي ما قلنا؛ لأن المذكور فيها بالمثل، وهو موجود في القيمة من حيث المالية؛ لأن القيمة هي القاسم المشترك بين الأشياء، فكانت الآية شاهدة لنا " <sup>5</sup>.

2- قوله تعالى: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُنْعَمًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ] <sup>6</sup>.

ورد بعض الشافعية على هذا الدليل بقوله: " لا يجوز القياس على جبر الصيد بالمثل من النعم، فإن ذلك تعبد حائد عن قواعد الجبر " <sup>7</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، الطبعة الأخيرة، بدون تاريخ، ج5، ص 363 و364.

<sup>2</sup> أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، ج5، ص 125 و126.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 194.

<sup>4</sup> سورة الشورى، الآية 40.

<sup>5</sup> عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج5، ص 223.

<sup>6</sup> سورة المائدة، الآية 95.

<sup>7</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج1، المرجع السابق، ص 170.



3- قوله صلى الله عليه وسلم: " طعام بطعام وإناء بإناء " وفي هذا الحديث دليل على أن القيمي يضمن بمثله، ولا يضمن بالقيمة إلا عند عدم المثل؛ لأن القصة من القيميات، وقد أوجب النبي فيها قصعة مثلها.

ورد بعض الشافعية على هذا الدليل بما حكاه البيهقي، من أن هناك ثلاثة احتمالات يمكن أن ينصرف إليها معنى هذا الحديث، الذي يدل ظاهره على ضمان القيمي بالمثل. الأول: إما أن تكون القصعتان للنبي في بيتي زوجته، فعاقب الكاسرة بجعل القصعة المكسورة في بيتها، وجعل الصحيحة في بيت الأخرى، ولم يكن هناك تضمين أصلاً. الثاني: أن القصعتين لهما، وقد رأى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك سداداً بينهما، فرضيتا بذلك.

الثالث: أن يكون ذلك في الزمان الذي كانت العقوبة فيه بالمال<sup>1</sup>. ولكن قيل: إن هذا الرد يعترضه ما جاء في رواية ابن أبي حاتم وهي قوله صلى الله عليه وسلم: "من كسر شيئاً فهو له، وعليه مثله"<sup>2</sup>. ولعل المخرج من هذا الإشكال يكمن فيما ذكره الحنفية من أن القيمة مثلٌ أيضاً من حيث المالية.

4- وقالوا أيضاً: إن عمر وعثمان -رضي الله عنهما- قضيا بأن مكان كل عبد عبد، ومكان كل جارية جارية<sup>3</sup>.

وردّ على ذلك بأن معنى ذلك أن مكان كل عبد قيمة عبد، ومكان كل جارية قيمة جارية، فقد حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه، ويؤيد ذلك ما صح عن عمر -رضي الله عنه- من أنه قضى في ولد المغرور بالقيمة<sup>4</sup>.

5- قال ابن القيم -رحمه الله-: " إن جميع المتلفات تضمن بالجنس بحسب الإمكان ... وقصة داود وسليمان عليهما السلام من هذا الباب؛ فإن الماشية كانت قد أتلقت حرث القوم، فقضى داود بالقيمة لأصحاب الحرث ولم يكن لهم مال إلا الغنم، فأعطاهم الغنم بالقيمة؛ وأما

<sup>1</sup> أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المرجع السابق، ج5، ص124.

<sup>2</sup> محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، المرجع السابق، ج5، ص364.

<sup>3</sup> ابن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار في شرح المجلى بالاختصار، تحقيق خالد الرباط، المرجع السابق، ج10، ص38.

<sup>4</sup> المبارك بن محمد الجزري بن الأثير مجد الدين أبو السعادات، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي و محمود محمد الطناحي، المكتبة الإسلامية، القاهرة، 1963م، ج3، ص356.

سليمان فحكم بأن أصحاب الماشية يقومون على الحرث حتى يعود كما كان، فضمنهم إياه بالمثل، وأعطاهم الماشية "1، ويفهم من قول ابن القيم أن التضمين بالمثل أفضل من التضمين بالقيمة، ولو كان المال قيماً كالزراع.

ولكن من الفقهاء من خطأ القائلين بالتضمين بالمثل مطلقاً، وبخاصة إذا كانوا يقصدون بالمثل التماثل في الخلقة، فقال: " وقال بعض العلماء يجبر كل شيء بمثله من حيث الخلقة، وإن تفاوتت أوصافه، وهذا إن شرط التساوي في المالية فقريب، وإن لم يشترط ذلك فقد أبعد عن الحق، ونأى عن الصواب، فإن جبره بأكثر من قيمته ظلم لغاصبه، وجبره بدون قيمته ظلم لمالكة بما نقص من ماليته " 2 .

أما ما استدل به الجمهور لتأييد رأيهم فمن أهمه:

- 1- قوله صلى الله عليه وسلم: "من أعتق شقصا له في عبد، قوّم عليه الباقي قيمة العدل" 3 ، أي أن من أعتق نصيبه في عبد مشترك، فيجب تقويم حصة الشريك الذي لم يعتق؛ لأنها متلفة بالعتق، ويضمن المعتق قيمة نصيب شريكه إن كان موسرا، وإن كان معسرا سعى العبد في قيمة نصيب الشريك غير مشقوق عليه، وقالوا هذا نص صريح في اعتبار القيمة فيما لا مثيل له، والنص الوارد في العبد يكون وارداً في إتلاف كل ما لا مثيل له دلالة.
- 2- إن غير المثلى لا تتساوى أجزاؤه، وتختلف صفاته، فالقيمة فيه أعدل وأقرب 4 .

وقد رد ابن حزم على استدلال الجمهور بالحديث السابق من وجهتين:

**الأولى:** أن الشريك المعتق لحصته في العبد لم يستهلك شيئاً، ولا غصب شيئاً، ولا تعدى أصلاً؛ بل اعتق حصته التي أباح الله تعالى له عتقها .

**الثانية:** إذا كان المعتق لحصته مستهلكاً لحصة شريكه، وهذا هو سبب ضمانه لها؛ فإن هذا يستلزم أن يوجبوا عليه هذا الضمان معسرا كان أو موسرا، كما هو الشأن في كل مستهلك؛ وهم لا يفعلون ذلك 5 .

<sup>1</sup> شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1397هـ، ج2، ص 44 .

<sup>2</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، المرجع السابق، ج1، ص 170 .

<sup>3</sup> الإمام مالك، الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، المرجع السابق، ج2، ص 772 .

<sup>4</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ج7، المرجع السابق، ص 150 و 151 .

<sup>5</sup> ابن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار في شرح المجلى بالاختصار، المرجع السابق، ج8، ص 140 و 141 .

وهكذا يبدو أن الظاهرية هم أظهر القائلين بوجود الضمان بالمثل في كل شيء، قال في المحلى: " وقال أصحابنا المثل في كل ذلك ؛ أي الحيوان، والعروض، وغيره، ... فإن عدم المثل، فالمضمون له مخير بين أن يمهل حتى يوجد المثل، وبين أن يأخذ القيمة، وقال أبو محمد: وهذا هو الحق الذي لا يجوز خلافه، ولا نعلم لمن قضى بالقيمة حجة أصلا " <sup>1</sup> .

ويجاب على اعتراض ابن حزم هذا بأن الحكم الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الحكم المنصوص عليه في الحديث النبوي الصحيح، أما الرد الذي أورده ابن حزم فهو حكم القياس العقلي المجرد، وهو من أبعد أنواع الاجتهاد عن النص، ولا يخفى أنه لا اجتهاد في مورد النص، والمستغرب أن يأتي ابن حزم بهذا الرد وهو الذي ينكر القياس الشرعي، فكيف بالقياس العقلي المجرد ؟

هذا ولا خلاف في أن المنافع من ذوات القيم، وهي تضمن بأجور الأمثال، ولكن الخلاف وقع في الأبنية والدور والجدران، هل هي من المثليات فيجب على من هدمها إعادتها كما كانت، أم هي من القيميات، فتجب قيمة إعادة بنائها ؟

جاء في فتح الباري في باب من هدم حائطا، فليبن مثله، عند ما ذكر قصة جريح - أحد عبّاد بني إسرائيل - أن بني إسرائيل هدموا صومعته، وبعد ما ظهر لهم شناعة فعلهم ندموا، وعرضوا عليه أن يعيدوا بناءها من ذهب، فقال : جريح لا إلا من طين <sup>2</sup> . وقد استدل بهذه القصة بعض المالكية وغيرهم، ممن يقولون بلزوم إعادة البناء إلى حاله، على كل من هدمه، ففي مواهب الجليل: " قال القرطبي في شرح حديث جريح: قوله أعيدوها من طين كما كانت، يدل على أن من تعدى على جدار أو دار، وجب عليه أن يعيده إلى حالته، إذا انضبطت صفته وتمكنت مماثلته " <sup>3</sup> ، وفي قواعد الأحكام: " لو نقض قصرا مبنيا بالأحجار من غير طين ولا حيار، وأمكن أن يرد كل حجر إلى مكانه من غير تفاوت، لم يلزم سوى ذلك " <sup>4</sup> .

يلاحظ فيما سبق أن هناك شروطا دقيقة لجواز هذا الأمر عند بعض المالكية، وبعض الشافعية؛ كانضباط الصفة وإمكانية المماثلة.

<sup>1</sup> ابن حزم الاندلسي، المرجع نفسه، الموضع نفسه .  
<sup>2</sup> أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المرجع السابق، ج5، ص 126 و 127 .  
<sup>3</sup> الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص 303 .  
<sup>4</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، المرجع السابق، ج1، ص 171 .

غير أن ابن حزم يرى وجوب إعادة البناء المتهم مطلقاً، جاء في المحلى: " من غصب داراً فتهدمت، كلف رد بناءها كما كانت " <sup>1</sup>.

لكن المشهور عند مالك وأصحابه، وكثير من العلماء، أن في الدور والجدران إذا هُدمت القيمة، كسائر القيميات؛ وهو مذهب الحنفية في جميع الدور والجدران عدا حائط المسجد بخاصة. ويقول الحنفية: " من هدم حائط غيره، فإنه يضمن نقصانها، ولا يؤمر بعمارتها، إلا في حائط المسجد " <sup>2</sup>.

وقد رد هؤلاء على من استدل بحديث جريح بما يلي:

1- لا حجة في حديث جريح، لأنه في شرع من قبلنا، وليس فيه ما يدل أن نبينا صلى الله عليه وسلم أمر بذلك .

2- إن الحكم في قصة جريح مبني على التراضي؛ لأنهم عرضوا عليه أولاً ما لا يلزمهم اتفاقاً، وهو بناؤها من ذهب؛ وما أجابهم جريح إلا بقوله: من طين، فدل ذلك على تراضيها على إعادتها، فأعادوها عن طيب نفس منهم <sup>3</sup>.

### ثانياً: في رد قيمة المال المثلي

الأصل أن ضمان المثلي بمثله؛ لأن المثل أعدل وأتم في جبر الفانت، لأنه يقوم مقامه من كل وجه، فلا يصار إلى القيمة مع القدرة على المثل، لقصورها، ولكن هناك حالات يجوز فيها التعويض بالقيمة عن المثل.

وفيما يلي نذكر الأسباب التي تجيز الخروج على الأصل في تعويض المثلي بمثله، ويصار إلى التعويض بالقيمة في المثلي، وهو استثناء اقتضته الضرورة، أو اقتضته مراعاة أحد طرفي الضمان؛ حتى لا يلحقه حيف أو ظلم، وهذه الأسباب هي:

أ- إذا تعذر وجود المثلي، جاء في درر الحكام: " إذا انقطع المثلي فقيمه " <sup>4</sup>، وجاء في نهاية المحتاج: " فإن تعذر المثل ... فالقيمة هي الواجبة؛ إذ هو الآن لا مثل له " <sup>5</sup>، وجاء في الإنصاف أيضاً: " وإن أعوز المثل، فعليه قيمته " <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ابن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار في شرح المحلى باختصار، المرجع السابق، ج8، ص 580 .

<sup>2</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1993م، ص 283 .

<sup>3</sup> الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص 303 .

<sup>4</sup> محمد بن فرموز الشهير بمنلا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، المرجع السابق، ج2، ص 262 .

<sup>5</sup> محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق، ج5، ص 162 .

<sup>6</sup> أبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج6، ص 191 .

وعلى هذا إذا تأكد لنا أن المثلي تعذر وجوده، فإنه يصار إلى القيمة؛ لأن القيمة هي البديل المباشر للمثلي، عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقول: "إذا تعذر الأصل، يصار إلى البديل".  
وخالف المالكية رأي الجمهور في ذلك، وقالوا: يلزم المتلف أن يأتي بالمثل، ولو لم يوجد في بلد التلف، أو يصبر صاحب المال لحين وجوده، جاء في مواهب الجليل في حالة استهلاك أحد طعاماً لآخر: " فعليه مثله بموضع غضبه، فإن لم يجده هناك مثلاً، لزم أن يأتي بمثله "1، وقال في الخرشي: " إذا تعذر وجود المثل، فإنه يجب عليه أن يصبر لوجود الشيء المغصوب، بأن كان للمثلي أو انقطع "2، وقال أشهب<sup>3</sup>: " يخير الطالب في الصبر أو القيمة "4، والتعذر نوعان: إما حقيقي حسي، أو شرعي.

1- التعذر الحقيقي: وقد حاول بعض الفقهاء تفسير التعذر الحقيقي، جاء في تبين الحقائق نقلاً عن النهاية: " إن حد الانقطاع ألا يوجد في السوق الذي يباع فيه، وإن كان يوجد في البيوت "5، وقال الرملي: " التعذر حساً كأن لم يوجد بمحل الإلتلاف، أو الغضب، ولا حوالياً "6، وجاء مثله في الإنصاف<sup>7</sup>.

2- التعذر الشرعي: أما التعذر الشرعي، فقد روعي فيه رفع الضرر عن المتلف أو المستهلك، ليس لعدم وجود المثل، فالمثل موجود، ولكنه موجود بأكثر من ثمن المثل.  
فيرى الحنفية والحنابلة؛ أن الغلاء ينقل ضمان المثلي من ضمن الضمان بالمثل إلى الضمان بالقيمة؛ لأنها أحد البدلين، فتجب عند التعذر، ولأن الموجود بأكثر من قيمة مثله في حكم المعدوم؛ دفعا للضرر، فإن الظالم وإن ظلم لا يظلم، فجاء في كشف القناع: " إن كانت قيمة المغصوب المثلي ببلد الطلب أكثر من قيمته ببلد الغضب، فليس له المثل؛ لما فيه من ضرر على الغاصب، وله المطالبة بقيمته في بلد الغضب؛ لأنه لا ضرر فيها على الغاصب "8.

1 الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص 278 .  
2 الشيخ علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، المرجع السابق، ج6، ص 133 .  
3 محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المرجع السابق، ص59 .  
4 الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص 278 .  
5 عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج5، ص 113 .  
6 محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق، ج5، ص 162 .  
7 أبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج6، ص 191 .  
8 البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج4، ص 111 .

فالتعذر الشرعي إذا هو أن يجد المثلي بزيادة عن ثمن المثل؛ إما لغلاء أو لمؤونة الحمل، كأن يجد صاحب المال المتلف في غير بلد الإلتلاف.

وقد حكى السيوطي<sup>1</sup> الخلاف في المذهب الشافعي في حالة التعذر الشرعي، لارتفاع ثمن المثل، فقال: " إذا تلف المغصوب المثلي، ولم يوجد مثله إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب تحصيله وجهان: رجح كل منهما مرجحون، وصح النووي عدم الوجوب؛ لأن الموجود بأكثر من ثمنه كالمعدوم"<sup>2</sup>.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أن الظالم أحق بالحمل عليه؛ لذلك فهم يلزمون المتلف بالمثل ولو بغلاء؛ جاء في شرح الخرشي: " المثلي ولو بغلاء بمثله"<sup>3</sup>، وعليه فيفهم من هذا النص عند المالكية أنه ما دام المثلي موجودا، فلا يصار إلى القيمة، ولا شك أن مذهب الجمهور أرفق بالناس وأقرب إلى روح التسامح.

ب- أن تكون للمثلي قيمة في مكان أو زمان معين، ثم يزهد الناس فيه في زمان أو مكان آخر؛ إما لكثرتة حينئذ، أو لانعدام نفعه.

ومن أمثلة ذلك: الماء في المفازة، والتلج في الصيف، جاء في مطالب أولي النهي: "يستثنى من ضمان المثلي بمثله الماء في المفازة، فإنه يضمن بقيمته في البرية"<sup>4</sup>، وسبب ذلك أن قيمته في المفازة أكثر ارتفاعا لندرته، أو لاضطرار الناس إليه، وكذلك الثلج في الصيف؛ لأنه ينفع في تبريد الماء، أما في العمران، فالماء لا قيمة له لكثرتة، فإن ردّ مثله عندئذ عبث، وكذلك الثلج في الشتاء، فلا نفع له؛ لأن الماء يكون باردا في الشتاء عادة.

وقد أكد الشافعية ذلك، مشترطين ألا تكون للماء أو للثلج قيمة أصلا ولو زهيدة، أما لو كانت له قيمة، ولو قليلة، رد مثله، جاء في نهاية المحتاج: " إذا خرج المثلي عن القيمة، كما لو أتلّف ماء بمفازة، ثم اجتمعا بمحل لا قيمة للماء فيه، لزمه قيمته بمحل الإلتلاف، بخلاف ما إذا بقيت له قيمة ولو تافهة"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد السخاوي، الضوء اللامع، دار مكتبة الحياة، بيروت، بدون تاريخ، ج1، ص 65.

<sup>2</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 350.

<sup>3</sup> الشيخ علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، المرجع السابق، ج6، ص 133.

<sup>4</sup> مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى، المرجع السابق، ج4، ص 54/.

<sup>5</sup> محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق، ج5، ص 160 و 161.

وقد ذكر بعض المالكية نحو ذلك، فقالوا: " من استهلك طعاما في شدة، ضمنه في حالة الرخاء بقيمته في الشدة " <sup>1</sup>.

وقال أبو حنيفة: إن الماء ليس بمثلي؛ لأنه ليس مكيفا، ولا موزونا عادة، والمثلي هو ما كان مكيفا أو موزونا في العادة <sup>2</sup>.

غير أن هذا القول لا يؤثر على هذا الاستثناء، ولو سلمنا بأن الماء من القيميات؛ لأنه ليس خاصا بالماء، فهذا الحكم يجري على كل مثلي تشتد الحاجة إليه في حال، ثم يهمل ويزهد فيه في غيرها.

ج- يضمن بالقيمة أيضا المثلي المخلوط بغير جنسه، كالحنطة المخلوطة بالشعير، والخل المخلوط بالزيت، قال في تبين الحقائق: " المراد بما لا مثل له غير المكيل، والموزون، والعددي المتقارب ... والمثلي المخلوط بخلاف جنسه؛ كالحنطة المخلوطة بالشعير، والخل المخلوط بالزيت، ونحو ذلك " <sup>3</sup>.

والذي يبدو أن هناك فرقا بين أن يغصبه مخلوطا بغير جنسه، أو يغصبه غير مخلوط، ثم يخلطه؛ فالأول لاشك في قيمته، أما الثاني فيمتنع رده بذاته إذا لم يستطع تمييزه، أما رد مثله، فلا مانع منه.

د- إذا كان المضمون خمرا لذمي على مسلم، كما يرى الحنفية والمالكية، فعلى المسلم دفع قيمتها لصاحبها، وإن كانت الخمر من المثليات؛ لأنه لا يجوز للمسلم تملكها، فلا يلزم برد مثلها، يقول الحنفية: " قوله بخلاف ما للذمي، فيضمن بإتلاف خنزيره القيمة مطلقا، والخمر المثل لو المتلف ذميا، وقيمته لو مسلما " <sup>4</sup>.

ويقول المالكية: " وإن خللت الخمر وكان لذمي، خير في أخذ الخل، أو قيمة الخمر يوم الغصب، ويقومها من يعرف قيمتها من المسلمين أو من أهل الذمة " <sup>5</sup>.

وخلاصة القول أنه من الممكن وضع قاعدة في هذا المقام، تصلح للمذاهب الأربعة على السواء، مفادها أن كل ما لا يمكن اعتباره مثليا، يعد قيميا، ويضمن بالقيمة، بصرف النظر عن بعض الاختلافات الفقهية في تطبيق هذه القاعدة، بين هذا المذهب أو ذاك .

<sup>1</sup> الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص 278 .

<sup>2</sup> ابن قاضي سماوة، جامع الفصولين، المرجع السابق، ج، ص 137 و 138 .

<sup>3</sup> عثمان بن علي الزليعي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج5، ص 224 .

<sup>4</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج7، ص 147 .

<sup>5</sup> الشيخ علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، المرجع السابق، ج6، ص 135 .

وأخيرا أن نشير هنا إلى أن كل هذه الأحكام التفصيلية التي أتينا على ذكرها في هذا المبحث يمكن أن تكون مرتبطة بالاضرار التي تسببها المباني للغير سواء على نفسه أو أملاكه، فقد يتسبب سقوط مبنى أو نشوب حريق به إلى أضرار جسمانية للغير أو لعائلته أو إتلاف لأملكه سواء الحية كالحيوانات أو الأشياء الجامدة كالمباني المجاورة أو الأملاك المنقولة وبالتالي نكون أمام حالة نحتاج فيها إلى ذلك التفصيل في صور التعويض الذي ساقه فقهاء القانون ومن قبلهم فقهاء الشريعة الاسلامية الذين أبدعوا في الاجتهاد بتفاصيل لا تترك الحيرة أمام من يؤسس حكمه على آرائهم الاجتهادية.

### المبحث الثالث

#### طرق تقدير التعويض عن الضرر

على الرغم من الأهمية الخاصة التي يحظى بها التقدير القضائي للتعويض، إلا أن المشرع الجزائري كغيره في غالبية الأنظمة القانونية، لم يوله القدر الذي يستحقه من الاهتمام والتنظيم، حيث اكتفى بالنص عليه في القليل من النصوص التشريعية، التي كثيرا ما تقرره بصفة عامة، فقد إكتفى المشرع في المادة 131 من القانون المدني الجزائري، بالنص على أن القاضي يقدر مدى التعويض مراعيًا في ذلك الظروف والملابسة، إلى جانب الإشارة إلى فكرة التعويض الكامل.

حيث يتضح من خلال نص المادة 182<sup>1</sup>، والمادة 182 مكرر، المشار إليهما في المادة 131 من القانون المدني الجزائري، أن التعويض يحدد بقدر الضرر الذي لحق المضرور نتيجة الخطأ الذي أتاه المسؤول، فهذا التعويض لا يجوز أن يتجاوز قدر الضرر الواقع<sup>2</sup>، كما يتعين ألا يقل عنه<sup>3</sup>.

كما يجب أن يشمل الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ، ماديا كان أم جسمانيا أم أدبيا، متوقع أم غير متوقع، سواء كان حالا أو مستقبلا ما دام محققا، وهذا الضرر المباشر يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب. بالإضافة إلى ذلك يجب على القاضي أن

<sup>1</sup> عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 51.

<sup>2</sup> أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 129.

<sup>3</sup> علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 374-376.



يراعي في تقدير التعويض الظروف الملازمة. ومن خلال هذه النصوص تتضح لنا رغبة المشرع الجزائري في تبني ما يعرف بالتعويض الكامل للأضرار التي لحقت بالمضروب. تقتضي دراسة كيفية تقدير القاضي للتعويض البحث أولاً في المبدأ الذي يحكم مدى هذا التعويض، ثم بيان الوقت الذي يجب فيه هذا التقدير، وسوف يتم ذلك ضمن ثلاث مطالب، الأول يتناول فيه مضمون مبدأ التعويض الكامل الذي يتقيد به القاضي عند قيامه بتقدير التعويض، أما المطلب الثاني فيخصص للوقت الذي يعتد به القاضي عند التقدير، بينما شمل المطلب الثالث تقدير التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي

### المطلب الأول: مبدأ التعويض الكامل

بما أن المسؤولية المدنية، تهدف إلى إعادة التوازن الذي أُخل به سواء كان مصدر هذا الإخلال العقد أم القانون<sup>1</sup>، فإن هذا الهدف يدعمه مبدأ يسيطر على تقدير التعويض في جميع القوانين تقريباً وهو مبدأ التعويض الكامل للضرر<sup>2</sup>، الذي يعني ببساطة أن التعويض يجب أن يغطي كل الضرر الذي أصاب المضروب<sup>3</sup>، أي أن يكون شاملاً لجميع الأضرار التي أصابته<sup>4</sup>، مهما كانت بسيطة ويسيرة<sup>5</sup>، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري.

### الفرع الأول: عناصر التقدير القضائي للتعويض<sup>6</sup>

من خلال نص المادة 182 ق.م.ج سابقة الذكر، يتضح أن المشرع الجزائري قد حصر التعويض في الخسارة التي تلحق المضروب، والكسب الذي فاتته، وهذا ينطبق على المسؤولية العقدية والتقصيرية<sup>7</sup>، ومن هنا يجب على القاضي أن يأخذ في حسابه عند الحكم بالتعويض، هذان العنصران فيقدر بالدرجة الأولى ما أصاب المضروب من ضرر، ثم يقدر بعد ذلك ما فاتته من ربح، ليكون التعويض مجموع هذين العنصرين<sup>8</sup>.

أثارت مسألة إختلاف العناصر التي يعتد بها القاضي عند قيامه بتقدير التعويض إذا كان بصدد ضرر مادي، أو كان بصدد ضرر معنوي، كما أثارت مسألة مدى الحكم

<sup>1</sup> حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 156.

<sup>2</sup> أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 128-130.

<sup>3</sup> حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2011، ص 124.

<sup>4</sup> Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op.cit, P 185.

<sup>5</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 47 و48.

<sup>6</sup> مهدي عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص 218.

<sup>7</sup> عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 161.

<sup>8</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 83.

بتعويض إجمالي عن جميع عناصر الضرر إشكالا فقهيًا واسعًا، سيتم التطرق إلى هذه المسائل كالتالي:

### أولاً: عناصر الضرر المادي

تتخصر عناصر الضرر المادي كما سبق الذكر، في الخسارة اللاحقة بالمضرور، والكسب الذي فاتته.

#### أ- الخسارة اللاحقة

يختلف عنصر الخسارة اللاحقة إذا كنا بصدد أضرار جسمانية، أو كنا أمام أضرار مادية، حيث تتمثل الخسارة اللاحقة في الأضرار الجسمانية<sup>1</sup>، عموماً في المصروفات ونفقات العلاج<sup>2</sup>، التي يتكبدها المضرور بسبب الإصابة التي تعرض لها، فمثلاً إذا أصاب سقوط مبنى ممثلاً أو مغني بأضرار جسمانية، أثناء ذهابه إلى الحفل الذي التزم بإحيائه، فإن هذا الفنان يستحق تعويضاً عن نفقات علاجه وعن ما قاساه من آلام باعتبار ذلك خسارة لاحقة به<sup>3</sup>.

يثبت الحق في التعويض للمضرور عن الخسارة اللاحقة به بمجرد إنفاقها أو تحملها<sup>4</sup>، فالقضاء لا يتردد في الحكم بها طالما كانت هذه المصروفات في حدود المعقول، وهذا راجع إلى كون المسؤول عن الإصابة ملزم حسب الأصل بهذه المصروفات، مادام إنفاقها مرتبطاً بطريقة مباشرة بالإصابة<sup>5</sup>، كما تعتبر من قبيل هذه النفقات، المصروفات الضرورية لتسهيل عملية تنقل المصاب<sup>6</sup>، كالاستعانة بوسائل النقل - دراجة أو سيارة - إذا أدت الإصابة مثلاً إلى عجز أو شلل، كما تشمل هذه النفقات، الأجور التي يضطر المصاب إلى دفعها للمرافقين أو المرضى، أو الأشخاص الذي هو في حاجة إلى مساعدتهم في حياته اليومية<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ج3، ص 137.

<sup>2</sup> محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 177.

<sup>3</sup> سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ج3، ص 537.

<sup>4</sup> محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 192-197.

<sup>5</sup> إبراهيم النسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 78 و79.

<sup>6</sup> François TERRE et Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit, N° 710, P 699.

<sup>7</sup> بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، المرجع السابق، ص 17.

بالإضافة إلى ذلك ينظر القاضي إلى ما سوف ينفقه المصاب من مصروفات، نتيجة ما قد يلحقه من أضرار مستقبلية أثبت الكشف الطبي أنها محققة الوقوع في المستقبل كعاهة أو نحو ذلك<sup>1</sup>.

إعتبر بعض الفقهاء إصابة المضرور في جسده ضرراً مستقلاً يستلزم التعويض عنه، فهذه الإصابة وحدها قد تؤدي إلى حرمانه من ميزة السلامة الجسدية التي كان يتمتع بها أو انتقاصها، بصرف النظر عما إذا كان هذا الحرمان أو الانتقاص قد ترتب عليه خسارة لاحقة أو كسب فائت<sup>2</sup>، أما إذا ترتب على الإصابة وفاة المصاب، فإن القضاء أضاف إلى التعويض عن الخسارة اللاحقة<sup>3</sup>، التعويض عن نفقات تجهيز المتوفى، ودفنه ومصروفات جنازته ومأتمه.

أما إذا كنا بصدد ضرر مادي<sup>4</sup>، فنكون أمام خسارة لاحقة، إذا لحق الدائن ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ<sup>5</sup>، حيث يلزم مالك المبنى الذي لا يقوم بتنفيذ إلتزامه المتمثل في تسليم المبنى للمشتري في الوقت المتفق عليه، بدفع تعويض عما أصاب المشتري من خسارة بسبب دفعه لمبلغ الإيجار في الفترة التي كان يفترض فيها أنه إستلم المبنى حسب الاتفاق، كما يلزم المغني الذي لم يقم بتنفيذ إلتزامه المتمثل في إحياء حفل غنائي، بدفع تعويض للدائن عما أصابه من خسارة بسبب ما أنفقه لتنظيم هذه الحفلة<sup>6</sup>، وللمغني الرجوع بالتعويض على مالك المبنى الذي سقط وسبب له الضرر الذي منعه من إقامة الحفل المتفق عليه، ومطالبته بالتعويض عن حرمانه من الانتفاع بتنفيذ إلتزامه<sup>7</sup>.

لا يثير تقدير الضرر الذي أصاب المضرور، إذا كنا بصدد ضرر مادي أي صعوبة، حيث يكون على أساس ما لحق المضرور من خسارة، فإذا قام شخص بإتلاف شيء لآخر أو غصبه وهلك هذا الشيء أو أُلُف، فإن التعويض هنا يجب أن يسمح للمضرور باستعادة ذات قيمة الشيء والفائدة الاقتصادية التي فقدها، وهنا يجب علينا التمييز بين ما إذا كان الضرر قد تمثل في فقد الشيء أو تلفه وهلاكه كلياً، أو مجرد هلاكه وتلفه جزئياً، فإذا تمثل

<sup>1</sup> طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 155.

<sup>2</sup> مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 29 و30.

<sup>3</sup> محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 185، ف 19.

<sup>4</sup> إبراهيم النسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 99.

<sup>5</sup> سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 37.

<sup>6</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 2، ص 844.

<sup>7</sup> براحلية زوبير، المرجع السابق، ص 25.

الضرر في فقد الشيء أو هلاكه هلاكاً كلياً، هنا يكون التعويض باستبدال شيء آخر بهذا الشيء يكون مماثلاً له<sup>1</sup>، أو بدفع قيمته<sup>2</sup>.

أما إذا اقتصر الضرر على تلف جزئي، فالتعويض هنا قد يكون بالقيمة الإستبدالية للشيء، كما قد يكون بقيمته الإصلاحية<sup>3</sup>، وللمضروب الحق في الاختيار بين القيمتين فله أن يطالب مثلاً بإصلاح السيارة التي أتلقت بسبب سقوط حجر من مبنى بدلاً من استبدالها، وله أن يطالب بقيمة الإصلاح سواء أجراه، أو سيجريه بعد حصوله على التعويض<sup>4</sup>، وفي الحالتين يبقى للمضروب الحق في المطالبة بمقابل ما نقص من قيمة الذاتية للشيء بعد إتمام إصلاحه<sup>5</sup>.

### ب- الكسب الفائت

يتمثل الكسب الفائت إذا كنا بصدد ضرر جسماني، في إصابة المصاب بعجز كلي أو جزئي، يؤدي إلى نقص في مدخوله، فهو ما كان سيحصل عليه المصاب لقاء نشاطه المهني<sup>6</sup>، حيث يتمثل الكسب الفائت في ذلك الأثر الذي يؤثر سلباً على نشاط المضروب في مجال عمله، وبعبارة أكثر إيجازاً؛ هو ما فات المضروب من كسب كان يمكن أن يجنيه لو أنه لم يصب بما أصيب به<sup>7</sup>، ويتحدد التعويض عن الكسب الفائت بما يقابل الدخل الذي يفوت على المصاب، طيلة مدة إصابته وعجزه عن العمل<sup>8</sup>، إضافة إلى ما يقابل ذلك من فوات الفرص المالية المختلفة على المصاب بسبب الإصابة التي تعرض لها<sup>9</sup>.

المعيار الأساسي لتقدير التعويض عن هذا العنصر هو مدى العجز عن العمل والكسب<sup>10</sup>، الذي قد يكون مؤقتاً<sup>11</sup>، أو دائماً<sup>12</sup>، ويسترشد القاضي عند تقديره للتعويض عن

<sup>1</sup>Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 185.

<sup>2</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 100.

<sup>3</sup> عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 53.

<sup>4</sup> فؤاد وصفي أبو الذهب، تعليقات على أحكام أجنبية، المرجع السابق، العدد الثالث، ص 121.

<sup>5</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 101-104.

<sup>6</sup> محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 180-181.

<sup>7</sup> سعد واصف، المرجع السابق، ص 67.

<sup>8</sup>Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 186.

<sup>9</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 79.

<sup>10</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 81.

<sup>11</sup> محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 225.

<sup>12</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 87-89.

الضرر، وخصوصا الجسماني، بأهل الخبرة في تقدير نوع هذا الضرر ودرجته، وهنا لا تكون الخبرة ملزمة للقاضي<sup>1</sup>.

أما إذا كنا بصدد ضرر مادي، فيتمثل الكسب الفائت فيما ضاع على الدائن من ربح بسبب عدم تسليم المدين العين التي تعهد بتسليمها، مما ترتب عليه فوات صفقة رابحة تبث أنه كان سيعقدها لو قام المدين بتنفيذ إلتزامه، وتسليم العين في الميعاد المحدد<sup>2</sup>.

كما يعتبر من قبيل الكسب الفائت، الحرمان من منافع الأعيان، فمن قام بهدم بيت ضمن قيمته وبدل منفعته التي فوتها الهادم بالهدم<sup>3</sup>.

يستنتج مما سبق أن عناصر تعويض الضرر المادي، سواء كان الإخلال عقدي أو قانوني، هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت<sup>4</sup>، ويقع إثبات هذين العنصرين على عاتق المدعي<sup>5</sup>.

### ثانيا: عناصر الضرر المعنوي

عندما يقع ضرر مادي يمكن تحديد مقداره بمقدار الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته، فلا تثير عملية تحديد مقدار الضرر في هذه الحالة أي إشكال، لكن الضرر المعنوي المتمثل في الألم والحزن وتشويه السمعة... لا يمكن تقديره لعدم وجود نقص مادي معين يقدر على أساسه التعويض، الأمر الذي أدى إلى وجود صعوبات ليس لها حصر في مجال تقدير الضرر المعنوي والتعويض عنه.

يتميز الضرر المعنوي<sup>6</sup>، عن الضرر المادي بأنه لا يصيب المضرور في أمواله وإنما في معنوياته وقيمه غير المالية، لهذا يصعب تقدير التعويض المقابل له، وذلك لصعوبة تقويم نتائجه وآثاره بالنقود، فلا يوجد معيار أو مقياس نقدي مباشر لتقدير القيمة المالية للشرف والسمعة والمعاناة وغيرها من صور الضرر المعنوي<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> سعد واصف، المرجع نفسه، ص 67.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج2، ص 844.

<sup>3</sup> سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 32.

<sup>4</sup> زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 304.

<sup>5</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج2، ص 845.

<sup>6</sup> سامي عبد الله الدريعي، المرجع السابق، ص 74 و75.

<sup>7</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 129.

وفي القانون الجزائري لم يضع المشرع فروقا تميز بين الضرر المادي والمعنوي، من حيث تحديد العناصر التي يجب التعويض عنها وكيفية تقدير هذا التعويض، حيث تعاملت مع الضرر بشكل عام دون تفریق بين ما هو مادي وما هو معنوي.

هذا التعميم وعدم التفریق يثير صعوبات من حيث تقدير هذا الضرر<sup>1</sup>، فعنصر الخسارة اللاحقة بالمضرور أو عنصر الكسب الفائت، لا يساعدان على تقدير التعويض في مجال الضرر المعنوي، لأن عناصر هذا الأخير لا تتمثل في خسارة لحقت المدين أو كسب فات عليه<sup>2</sup>. فالشرف والكرامة وعاطفة المحبة ليست أشياء مادية<sup>3</sup>، نجد لها مثيلا أو ثمنا في السوق، يمكن بموجبه تحديد التعويض عند المساس به<sup>4</sup>.

ولقد نص المشرع الجزائري، على تعويض الضرر المعنوي وذكر بعض صور هذا الضرر في المادة 182 مكرر مدني، جاء نصها كالتالي: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة". وبهذا قام المشرع بحصر التعويض عن الضرر المعنوي في مجال المساس بحرية الأشخاص وشرفهم<sup>5</sup>.

ولقد أقرت المحكمة العليا، بأن تعويض الضرر المعنوي يخضع لتقدير قاضي الموضوع أصلا، مستهديا في ذلك بالأضرار اللاحقة بالمضرور<sup>6</sup>.

كما قضت المحكمة العليا بأن: " الضرر المعنوي هو الشعور بالألم، وهو لا يقدر بمال، وإنما يعوض من قبل القضاء بما بدا لهم جبرا للخواطر"<sup>7</sup>، وأنه لا يستوجب للتعويض عن الضرر المعنوي ذكر عناصر التقدير<sup>8</sup>، فالضرر المعنوي هو مسألة موضوعية، موكل تقديرها لقاضي الموضوع، دون رقابة من المحكمة العليا، فالتعويض عن هذا الضرر لا يخضع إلى عناصر تقدير مادية، بل يرجع إلى اجتهاد قاضي الموضوع<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 131-133.

<sup>2</sup> أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 274 و275.

<sup>3</sup> François TERRE et Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit, N° 712, P 710.

<sup>4</sup> عنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 10.

<sup>5</sup> عبد الله علي الزبيدي، المرجع السابق، ص 265.

<sup>6</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 153.

<sup>7</sup> فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 215.

<sup>8</sup> جمال سايس، الإجتهدات الجزائرية في القضاء المدني، المرجع السابق، ج4، ص 1573.

<sup>9</sup> بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 217.

## الفرع الثاني: حدود التقدير القضائي للتعويض

يرد على مبدأ التعويض الكامل قيود عديدة، فالتعويض في نطاق المسؤولية المدنية يقتصر وفقاً للمادة 182 ق.م.ج، على ما يعتبر نتيجة مباشرة لعدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه إذا كنا بصدد مسؤولية عقدية، أو يكون نتيجة مباشرة للإخلال بالإلتزام القانوني إذا كنا بصدد مسؤولية تقصيرية، وهو ما يعبر عنه الفقه بالضرر المباشر<sup>1</sup>.

كما ينحصر التعويض في نطاق المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع سببه ومقداره عند التعاقد، أما الضرر غير المتوقع فلا يعرض عنه المدين إلا إذا نشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، بينما يشمل الضرر المباشر كله المتوقع وغير المتوقع إذا كنا بصدد مسؤولية تقصيرية، هذا ما سيتم توضيحه كالتالي:

## أولاً: الضرر المباشر

لا يلزم المدين في نوعي المسؤولية إلا بالتعويض عن الضرر المباشر<sup>2</sup>، دون الضرر غير المباشر<sup>3</sup>، فليس من المعقول ولا المقبول عدلاً ومنطقياً تحميل المسؤول جميع نتائج أفعاله، حتى البعيدة وغير المباشرة<sup>4</sup>، مهما كانت جسامة الخطأ الذي إرتكبه<sup>5</sup>. فالتعويض في أية صورة كان سواء كان عينياً أو بمقابل، وسواء كان دفعة واحدة أو مقسطاً أو إيراداً مرتباً، يقاس بالضرر المباشر<sup>6</sup>.

هذا ما قرره المادة 1/182 ق.م.ج التي تنص: " ... يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

<sup>1</sup> محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ج1، ص 67.

<sup>2</sup> محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 68، ف 12.

<sup>3</sup> محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 68، ف 12.

<sup>4</sup> عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 38، ف 48.

<sup>5</sup> زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 301.

<sup>6</sup> حساني علي، المرجع السابق، ص 339.

وضع المشرع من خلال هذه المادة معيارا يسترشد به القاضي في تحديد الضرر المباشر، هو الضرر الذي يكون " نتيجة طبيعية " لعدم الوفاء بالإلتزام، سواء كان عقديا أو قانونيا<sup>1</sup>، ويعتبر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن توقيه ببذل جهد معقول<sup>2</sup>.

ونصت المادة 1/32 من المرسوم التنفيذي رقم 186/93، على وجوب أن يكون مبلغ التعويض كامل يغطي الضرر الناشئ عن نزع الملكية، أي وجوب أن يكون الضرر المطالب التعويض عنه مترتب على إجراءات نزع الملكية، بمعنى وجوب توافر علاقة سببية بين نزع الملكية والضرر<sup>3</sup>، كما نصت المادة 21 من قانون نزع الملكية لسنة 1991، على أن شروط الضرر القابل للتعويض، تتمثل في الخسارة التي تلحق بالمالك والفائدة الضائعة عليه بسبب نزع الملكية، وهذا ما يعني الأضرار الحاصلة فعلا وتربطها علاقة سببية بعملية نزع الملكية.

وبالتالي لا يجوز للدائن المطالبة سوى بالضرر الفعلي المباشر<sup>4</sup>، لأن التعويض يقدر بقدر هذا الضرر ولا يشمل الضرر غير المباشر<sup>5</sup>، أما المعيار المعتمد فهو معيار الرجل المعتاد، الذي يوجد في نفس ظروف الدائن<sup>6</sup>.

### ثانيا: الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع

إذا كان عدم شمول التعويض للضرر غير المباشر قاعدة عامة في المسؤولية المدنية، إلا أنه يقوم مع ذلك فرق مهم بين نوعيها، وهذا الفرق يوجد في المسؤولية العقدية، ولا يكون له أثر في التقصيرية، ويتمحور الفرق بين المسؤوليتين حول مدى التعويض عن الضرر المباشر، حيث يشمل التعويض في التقصيرية الضرر المتوقع والغير متوقع<sup>7</sup>، فهو يقدر تبعا للضرر المباشر كله الذي أصاب المضرور، والذي نتج عن الفعل الضار<sup>8</sup>،

<sup>1</sup> عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 39، ف 48.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، ج 1، ص 2، ص 1033، ف 610، هـ 2.

<sup>3</sup> براحلية زوبير، المرجع السابق، ص 27.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 209.

<sup>5</sup> سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ج 3، ص 420.

<sup>6</sup> مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 205.

<sup>7</sup> أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 160.

<sup>8</sup> منير قزمان، المرجع السابق، ص 103.



ويرجع ذلك إلى أن القانون هو الذي أوجد الإلتزام الذي ترتب على الإخلال به تحقق هذه المسؤولية، وحدد مداه دون أن تتدخل إرادة الطرفين في ذلك<sup>1</sup>.

أما في المسؤولية العقدية فيقتصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع منه فقط<sup>2</sup>، وأساس ذلك يرجع إلى كون الإلتزامات العقدية وليدة الإرادة وهذه الأخيرة هي التي تحدد مداها<sup>3</sup>، فإذا لم تقم هذه الأخيرة بالإفصاح عن مدى إلتزاماتها، وجب البحث عن الإرادة المحتملة لها<sup>4</sup>.

أخذ بهذه القاعدة المشرع الجزائري في المادة 182 ق.م.ج، فبعد أن وضح في الفقرة الأولى منها شمول التعويض للضرر المباشر، عاد ونص في الفقرة الثانية على إقتصار هذا التعويض على الضرر المتوقع فقط إذا في مجال المسؤولية عقدية، وذلك في حالة عدم إرتكاب المدين غشا أو خطأ جسيم.

لكن حتى يمكن الربط بين الضرر المباشر، وبين المزايا التي كان الدائن يأمل الحصول عليها، وجب التمييز بين نوعين من الأضرار، أولها أضرار باطنه أو داخلية، وهي ما يطلق عليها بالضرر المتوقع وهو ما يجب تعويضه فقط في إطار المسؤولية العقدية<sup>5</sup>، وثانيها أضرار ظاهرة أو خارجية، وهي ما يطلق عليها بالضرر غير المتوقع وهو ما يتعين استبعاده من نطاق التعويض في هذه المسؤولية<sup>6</sup>.

كمثال لتوضيح هذه التفرقة، الدعوى التي رفعها شخص إشتري قطعة خشبية لبناء منزله، وبعد البناء تهدم هذا المنزل بسبب عيوب خفية في مواد البناء، وهنا تبث الحق للدائن في المطالبة بالتعويض عن الإخلال بعقد البيع بسبب العيوب التي ظهرت في القطع الخشبية، لأن الخسارة التي لحقت به تعد ضرار متوقعا، أما غير ذلك من أضرار والمتمثلة في خسارة المنزل والمنقولات التي كانت موجودة فيه، فلا يسأل عنها البائع، لأنها أضرار بعيدة عن الشيء محل الإلتزام وغير متوقعة<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 302 و303.

<sup>2</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1، مج 2، ص 768.

<sup>3</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 56.

<sup>4</sup> محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ج 1، ص 84 و85.

<sup>5</sup> محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 66 و67.

<sup>6</sup> محمد عبد الظاهر حسين، المرجع نفسه، ص 67.

<sup>7</sup> منير قزمان، المرجع السابق، ص 104.

أما فيما يتعلق بالوقت الخاص بتقدير توقع الضرر، هو وقت إبرام العقد، حيث تتحدد الإلتزامات العقدية في هذا الوقت، فإذا لم يتوقع المدين الضرر وقت إبرام العقد ثم توقعه بعد ذلك فلا يكون مسؤولاً عنه<sup>1</sup>.

إلا أن القاعدة التي تقضي بقصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع الذي لحق بالدائن فعلاً، يرد عليها إستثناء نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 182 ق.م.ج، حيث يكون المدين مسؤولاً عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، في حالة ارتكابه غشاً أو خطأً جسيماً، وهذا ما أقره القضاء<sup>2</sup>، فيكون المدين ملزماً بتعويض كامل الضرر، متوقع أو غير متوقع<sup>3</sup>، وتأسيس ذلك عند البعض من الفقهاء راجع إلى كون المدين الذي يأتي غشاً، يخرج عن دائرة العلاقات العقدية، ويكون مرتكباً فعل ضار يقيم عليه المسؤولية التقصيرية، فيتحدد بالتالي إلتزامه بالتعويض حسب قواعد هذه الأخيرة<sup>4</sup>.

ويقع عبء إثبات غش المدين أو خطئه الجسيم على عاتق الدائن، لأن حسن النية مفترض حتى يثبت العكس<sup>5</sup>.

### الفرع الثالث: الظروف المؤثرة في تقدير التعويض

قضت المادة 131 ق.م.ج<sup>6</sup>، بأن القاضي لا يعتد بالضرر فقط عند تقديره التعويض، بل يأخذ في الاعتبار الظرف الملازمة<sup>7</sup>، وقد أثار هذا الإعتبار خلاف فقهي، فهناك من رأى بأن الظروف الخاصة بالمضروب وحدها دون تلك الخاصة بالمسؤول - مالك المباني - هي الواجبة الإعتداد، وهناك من رأى خلاف ذلك وأجاز للقاضي عند تقدير التعويض إقامة وزن لجسامة الخطأ وبالتالي الأخذ بالإعتبار الظروف الخاصة بمالك المبنى<sup>8</sup>.

بناءً على هذا الاختلاف تتم دراسة الظروف الملازمة الخاصة بكل من المضروب والمسؤول - مالك المبنى -، وتبيان مدى تأثير كل منها على تقدير التعويض، مع توضيح موقف الفقه منها.

<sup>1</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1، ص2، ص772.

<sup>2</sup> سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص38.

<sup>3</sup> سبيد واصف، المرجع السابق، ص66.

<sup>4</sup> محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ج1، ص85.

<sup>5</sup> زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص302.

<sup>6</sup> جليل حسن الساعدي، المرجع السابق، ص244.

<sup>7</sup> بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، المرجع السابق، ص81.

<sup>8</sup> بحماوي الشريف، المرجع نفسه، ص92.

## أولاً: الإعتداد بالظروف الخاصة بالمضرور

ذهب معظم الفقه إلى وجوب الإعتداد عند تقدير التعويض بالظروف الخاصة بالمضرور لا المسؤول<sup>1</sup>، فتقدير التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور ولا يجوز أن يتأثر بخطأ المسؤول أو ظروف هذا الأخير<sup>2</sup>، فيقدر التعويض على أساس ذاتي<sup>3</sup>، لا على أساس موضوعي<sup>4</sup>.

كما يجب على القاضي أن يأخذ في الاعتبار حالة المضرور العائلية. فالعجز عن العمل، ولو كان مؤقتاً أو جزئياً، يصيب رب الأسرة بضرر يفوق في جسامته ما يلحق الذي لا يعول إلا نفسه<sup>5</sup>.

أما عمر المضرور فيكون محل إعتبار عند تقدير التعويض. فوفاة الأب مثلاً بسبب تهدم مبنى، يسبب لأطفاله صغار السن أضراراً أشد من تلك التي تصيب أبناءه الكبار، فالصغار بحاجة ماسة إلى أبيهم مادياً ومعنوياً، عكس الكبار الذين يكونون أقل حاجة إليه<sup>6</sup>. ويأخذ بعين الاعتبار كذلك جنس المضرور. فوفاة الزوج رب الأسرة يعرض زوجته إلى ضرر، يبرر حقها في الحصول على تعويض أكبر، وذلك لتحملها مسؤولية تربية الأولاد ووضعها الذي لا يسمح لها بالعمل، وفي المقابل يكون الضرر المترتب على وفاة الزوجة أيسر، حيث أن الزوج أكثر قدرة على تحمل وفاة زوجته على الأقل في المجال المادي<sup>7</sup>.

وعلى القاضي أيضاً الأخذ بعين الاعتبار أيضاً حالة المضرور المهنية. فأقل تشويه في الوجه، يصيب عارضة الأزياء أو الممثلة بضرر يفوق بكثير في جسامته ما يلحق منه العاملة في مصنع أو المستخدم في متجر، والضرر الذي يتمثل في إضعاف بصر طبيب أو رسام أو كاتب أو الساعاتي، أكبر بكثير من الضرر المتمثل في إضعاف بصر عامل زارعي<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ج 1، ص 247.

<sup>2</sup> مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 196.

<sup>3</sup> إبراهيم النسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 43.

<sup>4</sup> إبراهيم النسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 36.

<sup>5</sup> مهدي عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص 224.

<sup>6</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 79.

<sup>7</sup> رياض محمود أحمد عليان، المرجع السابق، ص 78.

<sup>8</sup> محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 158 و159.

كما لا تؤخذ حالة المضرور المالية بالاعتبار عند التقدير. لكن هذا لا يعني أنه إذا كان المضرور غنيا حكم له بتعويض أقل، وإذا كان فقيراً حكم له بتعويض أكبر، فالضرر هنا واحد سواء أصاب غنياً أو فقيراً<sup>1</sup>، وإنما الذي يدخل في الاعتبار مدى الكسب الذي فوت على المضرور من جراء الإصابة أو الضرر الذي لحقه أو لحق ماله، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يلحق به أشد<sup>2</sup>.

وكذلك يؤخذ بالاعتبار مقدار مساهمة المضرور في إحداث الضرر، وإيقاع الأذى على نفسه، وهذا ما يعرف بخطأ المضرور، والعدالة توجب الوقوف عليه<sup>3</sup>، لكن يجب التفريق بين الحالة التي يكون فيها للضرر سبب واحد، وحالة اشتراك فعل المضرور مع خطأ المدعى عليه في حدوث الضرر<sup>4</sup>.

إذا كان خطأ المضرور هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، فإنه يندرج في نظرية السبب الأجنبي<sup>5</sup>، ويترتب عليه رفع المسؤولية بالكامل<sup>6</sup>، وعدم تحمل المسؤول للتعويض<sup>7</sup>، حيث يقطع علاقة السببية<sup>8</sup>، أما إذا كان خطأ المضرور قد شارك في حصول الضرر، دون أن يكون هو وحده المنتج له، فإن المسؤولية تتوزع، ويتتبع توزيعها تخفيض التعويض<sup>9</sup>، فمساهمة المضرور في إحداث الضرر تترتب عليها مسؤولية جزئية<sup>10</sup>، تتناسب ومدى مساهمة خطأ المضرور في إحداث الضرر<sup>11</sup>.

أجاز المشرع الجزائري في المادة 177 ق.م.ج، للقاضي إنقاص مقدار التعويض أو عدم الحكم به، متى ثبت اشتراك المدين في إحداث الضرر أو الزيادة فيه، فالمضرور طبقاً لهذا النص لا يحصل على تعويض كامل، بل يتحمل نصيبه في المسؤولية<sup>12</sup>، ولم يعتد المشرع بأي فعل صادر من المضرور، بل أوجب أن يتصف هذا الفعل بوصف الخطأ حتى

<sup>1</sup> عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 60 و62 و63.

<sup>2</sup> سعد واصف، المرجع السابق، ص 68.

<sup>3</sup> يحيى أحمد موافى، المرجع السابق، ص 194 و195.

<sup>4</sup> طلبية وهبة خطاب، نحو دور جديد لخطأ المضرور في نطاق مسؤولية حارس الأشياء غير الحية، بدون الناشر، بدون بلد النشر، س 1986، ص 5.

<sup>5</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1، مج 2، ص 1002 و1008.

<sup>6</sup> سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ج 3، ص 492.

<sup>7</sup> محسن عبد الحميد إبراهيم البينة، المرجع السابق، ص 58 و59.

<sup>8</sup> سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 117.

<sup>9</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1، مج 2، ص 1008 و1009.

<sup>10</sup> محمد عبد الغفور العمراوي، مدى مساهمة المضرور في إحداث الضرر وأثره على تقدير التعويض، مجلة علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد الأربعون، العدد الثاني، س 2013، ص 554 وما يليها.

<sup>11</sup> عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 195 وما يليها.

<sup>12</sup> طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 52.

يمكن تخفيف المسؤولية<sup>1</sup>، وهذا ما يتضح من عبارة المادة 177 ق.م.ج، "إذا كان الدائن بخطئه اشترك" ولم يقل أن الدائن "بفعله"، وذلك لعدم إمكان تحميل المضرور جزء من المسؤولية لمجرد أنه أتى فعل عادي.

بمقتضى هذه المادة يعتبر خطأ المضرور سببا من أسباب الإعفاء الكلي<sup>2</sup>، أو الجزئي من المسؤولية، فيترتب على خطأ المضرور تخفيف مسؤولية محدث الضرر، أو استبعادها، باعتبار أنه من غير العدل قانونا منح تعويض كلي وكامل، لمن تدخل خطؤه في ترتيب الضرر<sup>3</sup>.

من خلال نص المادة 155 ق.م.ج، سابقة الذكر يتضح أن المشرع الجزائري، أجاز للقاضي إنقاص التعويض في حالة الخطأ المشترك دون أن يلزمه بذلك وهذا ما يفهم من عبارة "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض...". بينما نجد تشريعات أخرى كالقانون اللبناني، ألزمت القاضي بإنقاص التعويض في حالة الخطأ المشترك<sup>4</sup>.

### ثانيا: عدم الإعتداد بالظروف الخاصة بالمسؤول (مالك المباني)

يرى جمهور الفقهاء، أن الظروف الشخصية المحيطة بمالك المباني المسؤول عن الضرر، سواء المالية أو العائلية<sup>5</sup>، لا تؤثر في تقدير التعويض، وأن القاضي لا يأخذ في الإعتبار المركز المالي للمسؤول<sup>6</sup>، حيث يستوي أن يكون غنيا أو فقيرا<sup>7</sup>، فلا يحكم القاضي بتعويض أكثر أو أقل من الضرر الواقع فعلا<sup>8</sup>، كما يستوي ما إذا كان المسؤول لا يعول إلا نفسه أو كان رب أسرة<sup>9</sup>.

أما بالنسبة لجسامة الخطأ فالأصل أنه لا ينظر إليها عند تقدير التعويض، لأن القاضي ملزم بمنح المضرور تعويضا كاملا مهما بلغت درجة الخطأ، فإذا تحققت مسؤولية مالك المباني سواء كانت عقدية أو تقصيرية، ألزم القاضي بتقدير التعويض بقدر جسامة الضرر

<sup>1</sup> كيجل كمال، الإتجاه الموضوعي في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ودور التأمين، رسالة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س 2006-2007، ص 147.

<sup>2</sup> طلال عجاج، المرجع السابق، ص 403.

<sup>3</sup> المر سهام، المرجع السابق، ص 154.

<sup>4</sup> حسن حنتوش الحسنواوي، المرجع السابق، ص 169.

<sup>5</sup> حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 195.

<sup>6</sup> محمود صبري الجندي، المرجع السابق، ص 212 و 213.

<sup>7</sup> نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 268.

<sup>8</sup> عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 60 و 62 و 63.

<sup>9</sup> عليان عدة، المرجع السابق، ص 157.

لا بقدر جسامه الخطأ<sup>1</sup>، فيمكن أن يترتب ضرراً يسيراً على خطأ جسيم، كما يمكن أن يترتب ضرر جسيم على خطأ يسير<sup>2</sup>.

كما لا يجوز أن يتأثر التعويض بالحالة العقلية والذهنية لمالك المباني المسؤول عن الضرر، ولا بسنه<sup>3</sup>، لأن منطق التعويض الكامل يقضي بعدم السماح للقاضي بالنظر إلى جسامه التعدي أو إلى تقصير محدث الضرر، والتي تعتبر ظروف خارجة عن الضرر، فههدف المسؤولية المدنية هو إصلاح الضرر لا عقاب محدثه وهذا الأخير هو جزاء المسؤولية الجزائية<sup>4</sup>، التي هدفها هو عقاب الإعتداء الواقع على النظام الاجتماعي<sup>5</sup>.

من خلال ما سبق طرحه يتضح أنه متى تحققت المسؤولية المدنية يقوم القاضي بتقدير التعويض بقدر جسامه الضرر، لا بقدر جسامه الخطأ، آخذاً بعين الإعتبار الظروف المحيطة بالمضروب<sup>6</sup>، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر في 1999/05/17، قضت فيه:

"... كان يجب على قضاة الموضوع... أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويضات بدقة وتفصيلها مثل سن الضحية ومهنتها ودخلها..."<sup>7</sup>. فلا يجوز الخروج عن ذلك والإعتداد بالظروف الخاصة بالمسؤول، إلا إذا ورد نص قانوني يسمح بذلك.

بناءً عليه نص المشرع الجزائري إستثناءً عن مبدأ الإعتداد بظروف المضروب في المادة 2/125 ق.م.ج قبل التعديل، أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز فلا يمكن مطالبة هذا الأخير بتعويض كامل إذا لم يوجد من يتولى رقابته، أو وجد ولكن يتعذر الحصول على تعويض منه، حيث يجوز للقاضي أن يلزم غير المميز بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم، فالحالة المالية لكل من المسؤول والمضروب، تكون محل اعتبار في تقدير التعويض في هذه الحالة<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ج3، ص 549.

<sup>2</sup> عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 218.

<sup>3</sup> إبراهيم النسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 183.

<sup>4</sup> عدنان إبراهيم السرحان، المرجع نفسه، ص 61 و63.

<sup>5</sup> أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 117.

<sup>6</sup> طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 51.

<sup>7</sup> بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، المرجع السابق، ص 94.

<sup>8</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1، مج2، ص 1100.

إلا أن المشرع الجزائري عدل عن موقفه في التعديل الأخير للقانون المدني، وذلك بنص المادة 125 ق.م.ج، وبالتالي يكون قد ألغى المسؤولية الشخصية لعديمي التمييز.

### المطلب الثاني: وقت تقدير التعويض

تم توضيح فيما سبق العناصر المختلفة التي يعتد بها القاضي عند تقدير التعويض، ومع ذلك لا ينهي هذا التحديد جميع المشاكل التي تثار بصدد التقدير القضائي للتعويض، ففي الكثير من الحالات يكون الضرر الذي لحق المتضرر والذي على أساسه يتم تقدير التعويض متغيراً، سواء من حيث حجمه زيادة أو نقصاً، أو من حيث قيمته إرتفاعاً أو إنخفاضاً، وقد يحصل كل ذلك إما قبل صدور الحكم بالتعويض أو بعده<sup>1</sup>.

أثيرت تساؤلات تتعلق بكيفية تحديد مقدار التعويض الجابر لهذا الضرر المتغير، فما الوقت الذي ينبغي مراعاته من قبل القاضي عند قيامه بتقدير التعويض؟ هل هو وقت حدوث الضرر أم وقت صدور الحكم؟ وهل يمكن إعادة النظر في هذا التقدير في ضوء التغير الحاصل على الضرر؟.

سنحاول الاجابة عن هذه التساؤلات من خلال فرعين، الأول يحدد فيه الوقت التي يعتد به القاضي عند تقدير التعويض، والثاني يوضح من خلاله أثر تغير قدر وقيمة الضرر على هذا التعويض سواء قبل صدور الحكم أو بعد صدوره.

### الفرع الأول: تقدير التعويض وقت الحكم به

تعتبر مسألة الوقت من المسائل المهمة التي يجب على القاضي مراعاتها وأخذها بعين الإعتبار عند قيامه بتقدير التعويض، ويعود سبب أهميتها إلى عدم بث المحاكم في الدعاوى المعروضة عليها بالسرعة المطلوبة، وذلك عائد إما لزحمة العمل القضائي اليومي، وأما لسبب يرجع إلى الخصوم أنفسهم كعدم المراجعة، أو عدم الحضور في اليوم المحدد للمراجعة، وغيرها من الأسباب<sup>2</sup>.

لهذه الأسباب وجب البحث عن الوقت الذي يجب على القاضي مراعاته عند تقدير التعويض، لكن قبل تحديد هذا الوقت يتحتم التمييز أولاً بين الوقت الذي ينشأ فيه حق المضرور في التعويض، والوقت الذي يتعين فيه تقدير التعويض.

<sup>1</sup> منير قزمان، المرجع السابق، ص 82.

<sup>2</sup> حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 171.

ثار خلاف فقي حول وقت تقدير التعويض، وسبب هذا الخلاف خلافاً آخر حول طبيعة الحكم القاضي بالتعويض، حيث ذهب البعض إلى أن الحكم بالتعويض كاشف لحق المضرور، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن حكم القاضي منشأ لهذا الحق، فالقول بأن الحكم كاشف، يعني أن حق المضرور ينشأ وقت وقوع الضرر<sup>1</sup>، وعليه يجب أن يقدر التعويض في هذا الوقت بالذات<sup>2</sup>، أما القول بأن الحكم منشأ، يعني أن حق المضرور ينشأ وقت الحكم<sup>3</sup>، ويجب أن يقدر التعويض في هذا التاريخ<sup>4</sup>.

حاول جانب ثالث من الفقه، الجمع بين الرأيين والقول بأن حكم القاضي كاشف بالنسبة لحق المضرور<sup>5</sup>، ومنشأ بالنسبة لتحديد مقدار التعويض وهذا هو الرأي الأصح<sup>6</sup>.

### أولاً: الفقه المؤيد لقاعدة تقدير التعويض وقت الحكم به

اتجهت أغلب القوانين إلى جعل وقت إصدار الحكم هو وقت تقدير التعويض، فالتعويض يجب أن يتم تقديره وفقاً للحالة التي وصل إليها الضرر يوم الحكم، سواء اشتد الضرر أو خف<sup>7</sup>.

نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في المادة 131 ق.م.ج، التي جاءت كالتالي: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب... فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"<sup>8</sup>.

هذا هو الحل المؤيد من قبل غالبية الفقهاء<sup>9</sup>، وهذا يرجع إلى أن التعويض لن يؤدي وظيفته المتمثلة في جبر الضرر الذي لحق بالمصاب إلا إذا رفع الضرر الذي لحقه، وبما أن هذا لن يتم إلا بالحكم بالتعويض فيجب أن يكون التعويض بقدر قيمة الضرر في ذلك التاريخ وهو تاريخ الحكم، بالإضافة إلى ما يحققه هذا الحل من عدالة، فهو يضمن للمضرور تعويض عن كل الضرر الذي لحقه وذلك بتجنيبه الخسارة التي قد تلحق به،

<sup>1</sup> محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 217 و218.

<sup>2</sup> مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 209 و210.

<sup>3</sup> محمد صبري الجندي، المرجع نفسه، ص 218.

<sup>4</sup> مقدم سعيد، المرجع نفسه، ص 209.

<sup>5</sup> حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 172.

<sup>6</sup> عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 69.

<sup>7</sup> زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 236.

<sup>8</sup> محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 221 و141.

<sup>9</sup> حسام الدين الأحمد المرجع نفسه، ص 140.



وحالات تفاقم الضرر تبعا لتقلبات الأسعار وحالات التضخم النقدي ومشاكله، كما يحصر إلتزام مالك المباني المسؤول بتعويض الأضرار التي لحقت المضرور دون غيرها<sup>1</sup>.

### ثانياً: الفقه المخالف لقاعدة تقدير التعويض وقت الحكم به

تعرضت قاعدة تقدير التعويض وفقاً لقيمة الضرر وقت صدور الحكم لعدة إنتقادات، بعضها يشمل المسؤولينين والبعض الآخر يقتصر على المسؤولية العقدية، يتم عرض هذه الإنتقادات والرد عليها كالتالي:

أ- قيل أن التغير اللاحق بالضرر لا يرتبط مع فعل المسؤول بعلاقة سببية، وأن سببه أمر بعيد عن المسؤول وهو التغير في الأسعار، وبالتالي لا يجب إلتزام هذا الأخير بتعويض ضرر لاحق يرجع إلى سبب أجنبي عنه<sup>2</sup>.

لم يقبل هذا الاعتراض كونه يخلط بين الضرر وقيمه، لأن الضرر رغم تغير الأسعار يبقى ثابتاً لأن التغير يلحق قيمته فقط، وأنه لا يوجد ضرر يرجع إلى المسؤول وآخر يرجع إلى الظروف الاقتصادية بل هو ضرر واحد تغيرت قيمته، كما أن إرتفاع الأسعار ليس هو السبب الذي يؤدي بالمضرور إلى حالة من البؤس الاقتصادي، وإنما هو العجز الجسماني الناتج عن الحادث، فلو كان الشخص في كامل قدراته لما وصل به الحال إلى البؤس، ولو كان قادراً على الصمود والتأقلم مع الظروف عن طريق العمل وزيادة الدخل<sup>3</sup>.

ب- يقع على المضرور نفسه إصلاح الضرر الذي أصابه بمجرد حدوثه حتى يبتعد عن خطورة تفاقمه وزيادته لاحقاً، وأن تقصيره في ذلك يجعله يتحمل تبعته، فلا يمكن وفقاً لهذا الرأي الإعتداد بقيمة الضرر وقت الحكم إلا إذا إستحال على المضرور إصلاح هذا الضرر فور إصابته به<sup>4</sup>.

إلا أن هذا الإتجاه يبدو منتقداً، إذ لا يوجد أي إلتزام على عاتق المضرور يفرض عليه عبء إصلاح الضرر الذي تعرض له، فهذا القول يفرض على المضرور إصلاح الضرر الذي ألحقه به المسؤول على الرغم من أن المتحمل لهذا الإلتزام هو المسؤول<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 193.

<sup>2</sup> حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 204.

<sup>3</sup> حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 204.

<sup>4</sup> بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، المرجع السابق، ص 79 و80.

<sup>5</sup> بحماوي الشريف، المرجع نفسه، ص 79-80.

ج- إستند الاعتراض على فكرة العدالة، فلا يجب أن يكون من شأن ببطء إجراءات التقاضي تشديد إلتزام المسؤول، لأن الحكم لو صدر قبل ازدياد الأسعار لما زاد مبلغ التعويض.

إلا أن هذا الاعتراض يعتبر في الحقيقة حجة للإعتداد بقيمة الضرر وقت الحكم، فمن باب العدالة عدم تحميل المضرور دون المسؤول نتائج بطء الإجراءات، بالإضافة إلى أن التسرع في القضاء يمكن أن يتسبب في افتقاد العدالة وذلك بصدور أحكام مستعجلة<sup>1</sup>.

د- قيل بأنه في مجال المسؤولية العقدية لا يمكن إلتزام المسؤول بالتعويض عن الزيادة في قيمة الضرر الناتجة عن الظروف الاقتصادية، لكونها أضرار غير متوقعة<sup>2</sup>، إستناداً إلى المادة 2/182 ق.م.ج، التي تقرر أن المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً لا يلزم إلا بتعويض الأضرار المتوقعة، ويعفى من تعويض الأضرار غير المتوقعة.

رفض هذا الاعتراض بدوره، فالضرر كما سبق توضيحه لا يتغير بل يظل ثابتاً والذي يتغير هو قيمته فقط، بالإضافة إلى أن تغير الأسعار لا يعتبر في الوقت الحالي من الأمور غير المتوقعة<sup>3</sup>، لأن العبرة في تحديد الأضرار المتوقعة بعناصر الضرر وليس بقيمتها<sup>4</sup>.

رغم هذه الإنتقادات تبقى القاعدة المطبقة في هذا المجال، تقضي بأن القاضي يقدر التعويض المستحق للمضرور يوم صدور الحكم، سواء اشدت الضرر أو خف، زاد سعر النقد أو إنخفض، زادت أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو إنخفضت<sup>5</sup>.

### الفرع الثاني: أثر تغير قدر وقيمة الضرر على التعويض

إن أعمال قاعدة تقدير الضرر وقت صدور الحكم تترتب عنها نتائج مهمة، وهي أن القاضي يأخذ في الحسبان كل ما يطرأ على الضرر من تغير، من يوم وقوعه إلى وقت صدور الحكم بالتعويض<sup>6</sup>، أو ربما يتعدى الأمر ذلك ليصل إلى مدة الطعن في الحكم أو فترة تنفيذه.

<sup>1</sup> حسام الدين كامل الأهواني، المرجع نفسه، ص 206 و207.

<sup>2</sup> فؤاد وصفي أبو الذهب، تعليقات على الأحكام الأجنبية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الأولى، العدد الثالث، يوليو- سبتمبر، ص 1957، ص 122 و123.

<sup>3</sup> إبراهيم النسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 194 و197.

<sup>4</sup> أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر، المرجع السابق، ص 40.

<sup>5</sup> وسيم حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 39.

<sup>6</sup> Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 184.

كثيرا ما يكون الضرر الذي يلحق بالمضرور متغيرا زيادة أو نقصانا<sup>1</sup>، بسبب عامل الزمن وما يلحق به من تطورات متوقعة وغير متوقعة تؤثر في قدره، كما قد يتغير الضرر اللاحق بالمضرور ليس في قدره، وإنما في قيمته، وبهذا يظل الضرر ثابتا وتبقى عناصره كما هي ولكن قيمة هذا الضرر هي التي تتغير نتيجة ظروف إقتصادية ومالية<sup>2</sup>.  
يتم توضيح أثر تغير كل من قدر وقيمة الضرر على تقدير التعويض في نقطتين:

### أولاً: أثر تغير قدر الضرر على التعويض

لا يعقل أن ينتظر القاضي ولا يصدر حكمه في حالة ما إذا كان الضرر متغيرا إلى غاية ثباته واستقراره نهائيا، بل عليه تقدير التعويض وفقا للقدر المتحقق من الضرر وقت النطق بالحكم دون إنتظار التطورات اللاحقة، كما أن هذا الحكم نفسه الصادر من محكمة أول درجة، قد يتم الطعن فيه بالإستئناف، بالإضافة إلى ذلك قد ينقضي وقت قبل تنفيذ هذا الحكم ووفاء المسؤول بالتعويض للمضرور.

إذا طرأ تغير على الضرر زيادة أو نقصان بعد صدور الحكم بالتعويض، أو إذا تغير هذا الضرر من وقت صدور الحكم الابتدائي إلى حين صدور الحكم بالإستئناف، أو تغير خلال الفترة الواقعة بين النطق بالحكم وتنفيذ المسؤول، هل يملك المضرور في حالة تفاقم الضرر أو المسؤول في حالة تقلص الضرر الحق في إعادة النظر في التعويض السابق تقديره؟ للإجابة على هذا التساؤل وجب التمييز بين أثر تغير الضرر السابق على الحكم بالتعويض، وأثر هذا التغير اللاحق على الحكم النهائي للتعويض.

### أ- تغير قدر الضرر قبل الحكم بالتعويض

يقع على القاضي الإعتداد بكل تقلص وتحسن يطرأ على حالة المضرور بعد وقوع الضرر إلى غاية النطق بالحكم أيا كان سبب هذا التحسن<sup>3</sup>، غير أن القاضي لا يعتد بتشدد وتفاقم الضرر اللاحق إلا إذا إرتبط بالمسؤول<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 326.

<sup>2</sup> أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 555.

<sup>3</sup> إبراهيم النسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 205 و206.

<sup>4</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1، ص 2، مج 2، ص 1103.

## 1- تفاقم قدر الضرر قبل الحكم بالتعويض

إذا تشدد وتفاقم الضرر وقت الحكم، عما كان عليه وقت تحققه، فلا يعتد القاضي كما سبق شرحه بكل تفاقم أيا كان سببه<sup>1</sup>، بل يعتد فقط بالتفاقم الذي يعود سببه إلى المسؤول<sup>2</sup>. ويكون القاضي هنا أمام ضرر متعاقب أو متتابع، فتدخل كل زيادة فيه في حساب التعويض المستحق للمضرور، ويبدأ وقت الإعتداد بتفاقم الضرر، من الوقت الذي تحقق فيه التفاقم وليس قبل ذلك ولا بعده<sup>3</sup>.

ومثال ذلك إذا حدث تهدم لمبنى سنة 2000 وأصاب شخص ما بأضرار جسمانية وسبب له عجز عن العمل وتلف في السيارة، فرفع هذا الشخص دعوى قضائية سنة 2002، وصدر الحكم بالتعويض سنة 2005، وكان العجز وقت حدوثه سنة 2000 يمثل نسبة 50%، ولكنه تفاقم سنة 2003 ليصل إلى نسبة 100%، فإن التعويض هنا يقدر على أساس 50% من سنة 2000-2003، ويمثل 100% ابتداء من سنة 2003 إلى غاية صدور الحكم سنة 2005<sup>4</sup>.

نفس الحكم إذا تغير الضرر بين حكم أول درجة وحكم الاستئناف، حيث يتقيد قاضي الاستئناف شأنه شأن قاضي أول درجة بتقدير الضرر وقت إصدار الحكم بالتعويض<sup>5</sup>، لذلك لا يحتاج تعويض ما زاد من ضرر إلى دعوى جديدة، بل يحق للمضرور أن يطالب بزيادة التعويض أمام محكمة الاستئناف عن المبلغ الذي ادعى به أمام محكمة أول درجة طالما تفاقم هذا الضرر<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، المرجع السابق، ص 86.

<sup>2</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع نفسه، ص 1102.

<sup>3</sup> جمال سايس، الاجتهادات الجزائرية في القضاء الجزائري، المرجع السابق، ج 4، ص 1472.

<sup>4</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 208 و209.

<sup>5</sup> أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 562.

<sup>6</sup> أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 317.

**2- تقلص قدر الضرر قبل الحكم بالتعويض:**

وجب على القاضي إذا قل قدر الضرر وقت الحكم بالتعويض عن قدره وقت وقوعه، الإعتداد بهذا التحسن طالما تم ذلك قبل النطق بالحكم، غير أن هذا الإعتداد يقتصر على الفترة اللاحقة لتقلص الضرر وتحسنه<sup>1</sup>.

فإذا كان العجز الذي لحق المضرور في المثال السابق، سنة 2000 بنسبة 100%، ثم تحسنت حالة المضرور لتصبح 50% سنة 2003، فعلى القاضي الاعتداد بهذا التحسن من يوم حدوثه أي من سنة 2003، لا قبل هذا التاريخ ولا بعده، فلو اعتد القاضي بهذا التحسن قبل حدوثه يكون قد أغفل حق المضرور في التعويض عن الضرر الذي لحقه في الفترة من وقوعه إلى غاية تحسنه أي من سنة 2000-2003، وإذا لم يعتد به أو اعتد به وقت الحكم فقط، فيكون قد عوض المضرور عن ضرر غير واجب التعويض عنه<sup>2</sup>.

**ب- تغيير قدر الضرر بعد الحكم بالتعويض**

يعتد القاضي عند تقدير التعويض بكل تغيير يطرأ على الضرر الذي لحق المضرور، وقد يصير حكم التعويض نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به، وأصبح غير قابل لإعادة النظر فيه، ولكن قد يتغير قدر الضرر الذي تم على أساسه تحديد هذا التعويض النهائي، وفي هذه الحالة هل يمكن للقاضي تعديل قدر التعويض الذي صدر به حكم نهائي ليتلاءم مع التغيرات التي لحقت بالضرر، فيزيد من قدر هذا التعويض أو ينقص منه؟. للإجابة على هذا التساؤل يجب التمييز بين الحالة التي يزيد ويتفاقم فيها الضرر، والحالة التي يتقلص فيها.

**1- تفاقم قدر الضرر بعد الحكم بالتعويض:**

في الواقع العملي إذا لم يتأكد القاضي من تحقق الضرر المستقبلي قصر تقدير التعويض على أساس الضرر الحال الذي تحقق بالفعل، أما بالنسبة للضرر المستقبلي المحتمل الوقوع فله العديد من الوسائل والطول تمكنه من معالجته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 557 و558.

<sup>2</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1، مج2، ص 1102.

<sup>3</sup> عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1، مج2، ص 1102.

فللقاضي أن يجعل التعويض في صورة إيراد أو مرتب دوري يحدد قدره بصفة مؤقتة، مع تقرير إمكانية إعادة النظر فيه مستقبلاً، وله كذلك أن يقرر التعويض عن فترة زمنية محددة، سواء كانت سنة أو أكثر أو أقل يعاد بعدها تقدير التعويض من جديد<sup>1</sup>، أو أن يحتفظ في حكمه للمضور بالحق في اللجوء مستقبلاً إلى القضاء للنظر فيما إنتهى عليه قدر الضرر، وهذه الحلول تتخذ إذا لم يستطع القاضي تبين مدى الضرر المستقبل قبل تحققه، واضطر بسبب ذلك إلى تقدير تعويض مؤقت عما إستطاع تبينه، ونتيجة لذلك يكون للمضور الحق في إستكمال التعويض بمجرد تحقق زيادة الضرر<sup>2</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 131 ق.م.ج سابقة الذكر.

يستنتج من نص هذه المادة أن التعويض التكميلي شرع لمواجهة الحالة التي يصعب ولا يتيسر فيها تعيين مدى تفاقم الضرر وقت النطق بالحكم<sup>3</sup>، ويجب على المضور في هذه الحالة إقامة الدليل على تفاقم وزيادة قدر الضرر، حتى يحق له المطالبة بتعويض تكميلي في حالة الحكم له بتعويض مؤقت<sup>4</sup>، كما يجب أن يكون الحكم الصادر بالتعويض المؤقت، قد إحتفظ للمضور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة من الحكم بإعادة النظر في التقدير، والمطالبة بتعويض تكميلي<sup>5</sup>.

إعترض بعض الفقه على نص المادة 131 ق.م.ج، وقال بأن في تطبيقه خروجاً على قاعدة حجية الأحكام، بما أنه يحفظ للمضور الحق في المطالبة بإعادة النظر في التقدير. أوجب على هذا الاعتراض بأن ذلك لا يعتبر خروجاً عن هذه القاعدة ولا إستثناء عنها، مادام الحكم الصادر بالتعويض المؤقت لم يفصل في كل الطلبات بل أبقى الفصل في بعضها إلى أن تتحقق وتتحدد عناصر تقدير الضرر، ومن ثم يجوز للمضور بدعوى مستقلة خلال مدة محددة يعينها الحكم، أن يطلب تعويضاً تكميلياً، فيكون بالتالي موضوع الدعوى مختلف في هذه الأخيرة عن موضوع الدعوى في التعويض المؤقت<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرازق السنهوري، المرجع نفسه، ص 1103 و 1104.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، المرجع السابق، ص 421.

<sup>3</sup> عبد الجليل بدوي، التعويض المؤقت والتعويض التكميلي وحجية الشيء المقضي فيه، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الخامسة، العدد الثالث والرابع، سبتمبر 1961، ص 179.

<sup>4</sup> أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 564.

<sup>5</sup> عبد الجليل بدوي، المرجع السابق، ص 177 و 178.

<sup>6</sup> عبد الجليل بدوي، المرجع السابق، ص 179.

لكن يثور الإشكال حول المادة 131 ق.م.ج، التي واجهة هذا الفرض صراحة، والتي لم تجز للمضرور المطالبة بتعويض تكميلي إذا لم يتم القاضي بحفظ هذا الحق له، وتقييده بمدة محددة، لكن ورغم صراحة هذه المادة لا يتأثر حق المضرور في رفع دعوى التعويض التكميلي رغم عدم شمول حكم القاضي ما يحفظ هذا الحق، كما أن المهلة المقررة في نص المادة سابقة الذكر لا يقيد حق المضرور في رفع دعوى جديدة عن الضرر المتفقم والمستحدث، أيا كان وقت وقوعه.

حيث لا يمكن أن يستمد حق المضرور في رفع دعوى جديدة من حكم قضائي، وإنما حق المضرور في رفع دعوى جديدة للمطالبة بتعويض عن أضرار جديدة لم يعوض عنها، يثبت له بناء على حق التقاضي المقرر له قانونا وفقا للمادة 3 ق.إ.م. سابق الذكر، طالما أن ذلك لا يتعارض مع حجية الحكم السابق صدوره.

## 2- تقلص قدر الضرر بعد الحكم بالتعويض:

أجمع الفقه أنه لا يمكن للمسؤول الإستناد إلى تحسن حالة المضرور لإعادة النظر في الحكم النهائي<sup>1</sup>، فلا يمكن للمالك في أضرار المباني الإدعاء أن القاضي قد وقع في غلط في القانون بتعويضه ضررا مستقبلي لن يتحقق، أو أنه وقع في غلط في الواقع بتعويضه ضررا مستقبلا باعتباره ضررا محتملا<sup>2</sup>، أو أن القاضي أدخل في تقديره للتعويض ضررا وهميا، ففي كل الحالات تحول قوة الأمر المقضي فيه دون المساس بالحكم النهائي<sup>3</sup>.

إنقذ بعض الفقهاء، رفض طلب المالك المسؤول إعادة النظر في التعويض الذي تقرر بحكم نهائي في حالة تحسن حالة المضرور، ورأى أن ذلك يشكل اعتداء على مبدأ التعويض الكامل ووجوب المساواة بين التعويض والضرر، وعدم التكرم على المضرور على حساب المالك المسؤول عن الضرر<sup>4</sup>، حيث ذهبوا إلى أن قاعدة حجية الأمر المحكوم فيه تحول بين المسؤول وبين حقه في المطالبة بتخفيض التعويض، بينما يكون للمضرور

<sup>1</sup>Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 184.

<sup>2</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 219.

<sup>3</sup> عبد الجليل بدوي، المرجع السابق، ص 189 و190.

<sup>4</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 219.

دائماً الحق في أن يطالب بتعويض إضافي إذا زاد وتفاقم الضرر دون أن يتعارض ذلك مع حجية الأمر الشيء فيه<sup>1</sup>.

لتخفيف التناقض السابق، ذهب بعض الفقهاء إلى إقتراح رفع المالك المسؤول عن الضرر دعوى جديدة على أساس واقعة جديدة هي شفاء المصاب أو زوال الضرر. ذلك أن تقلص الإصابة بعد الحكم، لا يكفي لإلغاء الحكم، فالقانون حدد الأحوال التي تلغى فيها الأحكام على سبيل الحصر، وحاول جانب آخر من الفقه، إيجاد حل عن طريق رفع المسؤول دعوى تفسير الحكم الصادر بالتعويض، ولكن لم تجد هذه المحاولة وهذا الحل تأييداً من الفقه، لأن هذا الإجراء يقتضي أن يشوب الحكم غموض أو إبهام.

يمكن القول في هذا الشأن أن قاعدة قوة الشيء المقضي به تقف بين المالك المسؤول عن الضرر وبين حقه في المطالبة بتخفيض التعويض، ولا يوجد حل قانوني يمكن للمسؤول الإستناد إليه لإسترداد كل أو بعض التعويض الذي دفعه للمصاب.

### ثانياً: أثر تغير قيمة الضرر على التعويض

قد يتغير الضرر الذي لحق المصاب ليس في قدره بل في قيمته فقط، وذلك نتيجة تغير الظروف الاقتصادية والمالية، وما يتبعه من تغير في القيمة الشرائية للنقود، وفي هذه الحالة يكون تغير الضرر خارجياً يرجع إلى أسباب بعيدة وخارجية عن الضرر ذاته.

السؤال الذي يطرح في هذا الشأن هو إلى أي مدى تؤثر هذه التغيرات الاقتصادية وما يلحقها من تغير في قيمة الضرر والمواد اللازمة لإصلاحه، على التعويض المستحق للمضرور؟. للإجابة على هذه الإشكالية يتم التطرق إلى مدى أثر هذه التغيرات على التعويض، قبل صدور الحكم بالتعويض وبعده.

### أ- تغير قيمة الضرر قبل الحكم بالتعويض

تقضي القاعدة العامة، بأنه إذا طرأ على الضرر الذي لحق المصاب تغير في قيمته وكان هذا التغير سابق على صدور الحكم بالتعويض، فإن مبدأ التعويض الكامل للمضرور

<sup>1</sup> عبد الجليل بدوي، المرجع نفسه، ص 190.



يستوجب أن يكون التعويض مساويا لقيمة الضرر وقت الحكم وليس وقت وقوع الضرر، بالتالي الإعتداد بما طرأ على قيمة الضرر من تغير سواء بالزيادة أو بالنقصان<sup>1</sup>.

فتقدير التعويض وفقا لقيمة الضرر وقت الحكم به مبدأ عام، يعمل به سواء أمام محاكم أول درجة، أو أمام محاكم الاستئناف، لأن العبرة في التقدير تكون بأخر حكم، وهذه القاعدة تطبق سواء بالنسبة للمسائل التقصيرية أو العقدية<sup>2</sup>، كما تطبق على جميع الأضرار، سواء التي أصابت الأشخاص أو لحقت بالأشياء والأموال<sup>3</sup>.

### ب- تغير قيمة الضرر بعد الحكم النهائي بالتعويض

يواجه المضرور المحكوم له بالتعويض خطر حقيقي يتمثل في تضخم الضرر الذي يؤدي إلى عدم كفاية مبلغ التعويض، فلا يعادل من جهة قيمة الضرر، ولا يصلح من جهة أخرى كمورد لمعاشه، وسنحاول من خلال هذه النقطة توضيح أثر تغير قيمة الضرر على التعويض بعد صدور حكم نهائي به.

وفي القانون الجزائري جاءت صياغة المادة 131 ق.م.ج، المنظمة لتقدير القاضي للتعويض، عامة ومرنة فيما يتعلق بسلطة القاضي في الإحتفاظ للمضرور بالحق في إعادة النظر في التقدير، وذلك يشمل التعويض في جميع صورته سواء كان في صورة مبلغ إجمالي يدفع مرة واحدة أو مقسما، أو كان في صورة إيراد أو دخل دوري.

لكن رغم إطلاق عبارات نص المادة 131 ق.م.ج، وعدم تقييدها للقاضي، إلا أن هذه السلطة التي منحها المشرع الجزائري للقاضي لا تكون مطلقة إلا في حالة تغير قدر الضرر، حيث يستند تقدير التعويض في هذه الحالة إلى ضرر جديد لا يمكن معه الإحتجاج والتمسك بقاعدة قوة الشيء المحكوم فيه، فهذا النص لم يواجه حالة تغير قيمة الضرر، كما أنه حصر سلطة القاضي على الحالة التي يحتفظ فيه هذا الأخير للمضرور في حكمه بالحق في أن يطالب بإعادة النظر في التعويض خلال فترة محددة في هذا الحكم.

<sup>1</sup> إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 88.

<sup>2</sup> أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 560.

<sup>3</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 228 و229.

وبالتالي لا يمكن إسناد سلطة القاضي في تعديل وإعادة تقدير التعويض إذا تغيرت قيمة الضرر، إلى نص المادة سابقة الذكر، بل تكون إستناداً إلى مبدأ التعويض الكامل الواجب منحه للمضرور.

### ج- تغير قيمة الضرر بعد الحكم وقبل التنفيذ

قد يتأخر المالك المسؤول عن الضرر في سداد التعويض للمضرور فترة تتغير فيها قيمة الضرر، فيصبح التعويض المحكوم به غير جابر للضرر، وهنا يجب التمييز بين فرضين، الأول يتمثل في ارتفاع قيمة الضرر نتيجة ارتفاع الأسعار، أما الثاني فيتمثل في انخفاض قيمة الضرر نتيجة انخفاض الأسعار.

#### 1- ارتفاع قيمة الضرر:

إذا كان التأخير في الوفاء بمبلغ التعويض يرجع إلى خطأ المالك المسؤول عن الضرر، فإن عدم كفاية التعويض الذي تقرر يرتبط بخطأ المسؤول برابطة سببية مباشرة، وهذا يكفي لثبوت حق المضرور في تعويض تكميلي عن هذا الضرر الجديد، وهكذا يمكن للقاضي الإعتداد بالتغيير في قيمة الضرر بطريق غير مباشر أي عن طريق اللجوء إلى تعويض تكميلي<sup>1</sup>.

أما إذا لم ينسب التأخر إلى المالك المسؤول عن الضرر بل نسب إلى المضرور نفسه، فلا يمكن في هذه الحالة إلزام المدين بتعويض تكميلي.

#### 2- انخفاض قيمة الضرر:

قد تنخفض قيمة الضرر نتيجة انخفاض الأسعار، وهنا لا يكون لهذا الانخفاض أي تأثير على التعويض، حيث يحول مبدأ قوة الشيء المقضي فيه دون إعادة النظر من جديد في قدر التعويض<sup>2</sup>.

هذا إذا كان تغير الأسعار ناتج عن مرور الزمن، لكن قد يحدث ويكون تغير الأسعار ناتج عن إختلاف المكان، أو بالمعنى الأصح يختلف من بلد إلى آخر، فيكون المالك مسؤولاً

<sup>1</sup> حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 188 و192.

<sup>2</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 245-247.

عن هذا الهلاك أو الفقد في حالة البضاعة المعدة للبيع مثلاً، وذلك بمقدار الثمن الذي ينتج من بيعها في بلد البيع التي تخضع لقواعد العرض والطلب، لأن هذا الثمن هو الذي يمثل الخسارة التي لحقت صاحبها والكسب الذي فاتته، إذا كان ثمن البيع في مكان البيع يزيد عن ثمن شرائها<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: تقدير التعويض في الفقه الاسلامي

لا يخفى أن تقدير التعويض الواجب للمضرور على المالك المسؤول عن الضرر، من أهم الأمور التي يجب على القاضي العناية بها، لضمان أن يكون حكمه بالتعويض جابراً للمضرر، دون زيادة أو نقصان، فالزيادة أو النقص في التعويض خلل في الحكم، ومحابة لأحد الطرفين على حساب الآخر، لهذا فإن لتقدير التعويض عند فقهاء الشريعة الاسلامية قواعد وتوقيت وعوامل قد تؤدي إلى التخفيف من قيمته، وهو ما سنتناوله من خلال ثلاث فروع.

### الفرع الاول: قواعد تقدير التعويض في الفقه الاسلامي

لا يخلو الواقع العملي من أن يكون الضرر واضح المعالم، بين المقدار، سهل التقدير، أو أن يكتنفه غموض يسير أو شديد، فإذا كان الضرر واضحاً فلا إشكال في أن يعتمد القاضي على نفسه في تقدير هذا التعويض المكافئ له، وكذلك إذا كان الغموض يسيراً بحيث يتغلب عليه القاضي بعلمه وخبرته، وهو في ذلك غير مقيد سوى بمبادئ العدل من جهة، وبالعرف السائد في مجتمعه وزمانه، لتعلق نظرة المضرور إلى ما يجبر ضرره في العرف والعادة، أما إذا كان الضرر شديد الغموض، بحيث يصعب على القاضي الاستقلال بتقديره، وتقدير التعويض اللازم لجبره، فهنا لا بد له من الاستعانة بالخبراء.

وأياً ما كان الأمر، وسواء استقل القاضي بتقدير التعويض، أو شاركه في ذلك الخبراء، فهناك جملة من القواعد التي تجب مراعاتها أثناء تقدير التعويض، وهذا ما سنتناوله في النقاط التالية:

<sup>1</sup> منير قزمان، المرجع السابق، ص 92.

## أولاً: الاستعانة بالخبراء في تقدير التعويض

كثيراً ما نجد الفقهاء، يحيلون - في كتبهم الفقهية - بيان العديد من المسائل الدقيقة والخاصة، لأهل الخبرة؛ إما لتقدير قيمة شيء، أو لمعرفة مقدار العيب فيه، أو غير ذلك، وهم يسمونهم تارة بأهل المعرفة، وأخرى بأهل البصر أو المقومين؛ وقد ينسبون كل صنف إلى ما هو خبير فيه، فيقولون مثلاً: يرجع إلى الأطباء في تقدير العيب، أو إلى عرفاء البنیان لمعرفة عيوب الدار، أو للقسّام الذين يعرفون قيمة الدور، وما إلى ذلك.

جاء في تبصرة الحكام: " ويرجع إلى أهل الطب والمعرفة بالجراح في معرفة طول الجرح وعمقه وعرضه، وكذلك يرجع إلى أهل المعرفة من النساء في قياس الجرح وقدره إذا كان مما يجوز فيه شهادة النساء ... ويرجع إلى أهل المعرفة من الأكرياء في معرفة عيوب الدواب، وكذلك أهل المعرفة في عيوب الدور، وما فيها من الصدوع والشقوق وسائر العيوب، ويرجع إلى أهل المعرفة بالجوائح وما ينقص من الثمار، وكذلك إلى أهل المعرفة بمسائل الضرر، مما يحدثه الإنسان على جاره، أو في الطرقات، وأنواع ذلك"<sup>1</sup>.

وعليه فلا يمكن للقاضي أن يستغني عن مساعدة الخبراء، وهو أمر معروف وبيّن، لأن كثرة القضايا وتشابكها، وتنوع الأموال التي يقع فيها النزاع، تجعل من المحال أن يحيط القاضي ولا غيره بها جميعاً؛ وعليه فللقاضي أن يستعين بالمتخصصين في كل أمر يحتاج إلى صاحب خبرة، بل يجب عليه ذلك في كثير من الأحيان.

ولوضوح هذا الأمر نجد " الدسوقي " من المالكية يقول وهو يشرح قول الشيخ خليل<sup>2</sup>، في تقدير قيمة العبد المجروح: " قوله: باجتهاد الحاكم فيه نظر، لأنه يقوم عبداً ناقصاً وكاملاً، وينظر ما بين القيمتين، بقول أهل المعرفة، لا باجتهاد الإمام، وأجيب: بأن مراد الشّارح باجتهاد الحاكم مع أهل المعرفة في التّقييم"<sup>3</sup>. وقال ابن فرحون<sup>4</sup> : " يرجع إلى أهل المعرفة من التجار في تقويم المتلفات"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ابن فرحون، تبصرة الأحكام، على هامش، فتح العلي المالك، لمحمد أحمد عليش المالكي، مطبعة عيسى الحلبي بمصر، ط1331، 1هـ، ج 2، ص 78، 79.

<sup>2</sup> محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ج1، المرجع السابق، ص 223.

<sup>3</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج4، المرجع السابق، ص 271.

<sup>4</sup> خير الدين بن محمود الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، ط5، 1986م، بيروت، ج1، ص 52.

<sup>5</sup> ابن فرحون، تبصرة الأحكام، ج2، المرجع نفسه، ص 79.

ولما كان أهل الخبرة يقومون بالشهادة أمام القاضي، بما وصل إليه اجتهادهم في الأمر الذي لهم فيه خبرة ومعرفة، لهذا فيمكن اعتبارهم في منزلة ما بين الشهود العاديين والقضاة، وعليه فيلزم أن تتوفر فيهم الشروط المطلوبة في الشهود<sup>1</sup>، بالإضافة إلى المهارة أو الخبرة التي يجب أن يتميزوا بها، حتى يكونوا أهلاً لإعطاء رأيهم في المسألة التي يستفتون فيها، قال الزيعلي فيمن ادعى ذهاب بصره: "وقيل: ذهاب البصر يعرفه الأطباء، فيكون قول رجلين منهم عدلين حجة فيه"<sup>2</sup>.

ولعل الحاجة إلى الخبرة تجعل الفقهاء أحياناً يجيزون شهادة من لا تتوفر فيه الشروط كاملة، قياساً على قبولهم شهادة المرأة في عيوب النساء، جاء في روضة القضاة: "شهادة النساء مقبولة في عيوب النساء... وقبل أبو حنيفة شهادة القابلة وحدها"<sup>3</sup>.

وعليه فلكي يصل القاضي إلى تقدير عادل لقيمة الضرر، فلا بد من اللجوء إلى خبير يكون صاحب تخصص وخبرة في الصنف المراد تقدير قيمته، والخبرات تختلف، فهناك الخبير في الصرف، الذي يعرف الزيوف من الجياد، كما يعرف القيم المختلفة للعملات، أو خبير في قيمة السلع لطول ممارسة أو لمعرفة بأمور التجارة، أو خبير في الحساب، أو تقدير قيمة الحيوان، وفي موضوع دراستنا إلى عرفاء البنين لمعرفة عيوب الدار أو أهل المعرفة في عيوب الدور، وما فيها من الصدوع والشقوق وسائر العيوب.

ويجدر التنبيه إلى أن أهل الخبرة ليس لهم الفتوى، وشهادتهم أو تقديرهم غير ملزم للقاضي، ولقد أنكر ابن فرحون ما يقع فيه كثير من القضاة، وأورد العديد من الأمثلة على ذلك، لأنهم جعلوا قول أهل المعرفة فاصلاً في القضية<sup>4</sup>.

هذا وإذا اختلف أهل الخبرة في تقدير العوض، فعلى القاضي أن ينظر إلى أقرب تقويم إلى السداد؛ وللوصول إلى ذلك يجب عليه أن يسأل غيرهم ممن لهم بصر أكثر في الأمر حتى يتبين له السداد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> علي بن محمد بن أحمد الرحبي أبي القاسم السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ودار الفرقان، عمان، ط2، 1984م، ص 201، 203.

<sup>2</sup> عثمان بن علي الزيعلي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، ج 5، المرجع السابق، ص 130.

<sup>3</sup> علي بن محمد بن أحمد الرحبي أبي القاسم السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة، المرجع السابق، ص 209.

<sup>4</sup> ابن فرحون، تبصرة الأحكام، ج2، المرجع السابق، ص 74، 75.

<sup>5</sup> ابن فرحون، تبصرة الأحكام، ج2، المرجع السابق، ص 77.

ثانياً: ما يجب مراعاته عند تقدير التعويض

### أ- تأثير الأضرار المحتملة

للأضرار المحتملة تأثير في تقدير التعويض، إذا كانت مؤكدة الوقوع، لأنها عندئذ تكون في حكم الواقعة فعلاً، ولذلك قرر الفقهاء: أن من قتل عجلاً أو ما في حكمه، فنقص لبن أمه، فعند تقدير التعويض لابد من مراعاة قيمة العجل، ومراعاة ما نقصته الأم من حلابها<sup>1</sup>.

وللأضرار المحتملة تأثير أيضاً في تأخير وقت تقدير التعويض، أو دفعه للمتضرر، وذلك في حالة عدم التأكد من وقوع الأضرار، أو عدم معرفة قدرها، إلى حين يستقر أمرها نهائياً<sup>2</sup>، أما ما كان من الأضرار متوقفاً حدوثه مستقبلاً، دون أن يكون عن سراية لجناية سابقة، أو الأضرار الأدبية والمعنوية، أو الأضرار المتوقعة نتيجة تفويت فرصة، وغير ذلك من الأضرار غير المؤكدة الوقوع، فلا تعويض فيها في الفقه الإسلامي، ولا تؤثر في عملية تقدير التعويض.

### ب- المماثلة

لكي يكون التعويض محققاً للغرض من إيجابه، لا بد من مراعاة مبدأ المماثلة فيه، وذلك في كل ضرر نشأ تعدياً أو عن تقصير وإهمال، وعليه فالواجب على القاضي والخبراء، مراعاة هذا المبدأ عند تقدير التعويض، وذلك بالمساواة بين التعويض والضرر، فيلزم تعويض جميع الأضرار، حتى لا يبقى جانب المتضرر موتوراً غير مجبور، ولتحقيق ذلك، فلا بد من ضمان المثلي بمثله صورة ومعنى، أو جنساً ونوعاً، وصفة وكمية، لأن ذوات الأمثال تجبر بما يماثلها في المالية، وفي جميع الأوصاف الأخرى، فالمثل يقوم بمثله من جميع الوجوه وجميع الأعراض، فحصول التساوي في المالية والأوصاف الأخرى، يوصل إلى جبر الضرر جبراً يطمئن إليه المتضرر ويستريح، لأن وجود المثل كبقاء الشيء بعينه، فيكون التعويض به عدل وأتم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، ص 354.

<sup>2</sup> الشيخ علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، ج 8، المرجع السابق، ص 37.

<sup>3</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1، المرجع السابق، ص 168، 169.

أما إذا لم يكن للمال مثل، سواء كان المال قيمياً، أو مثلياً تعذر وجود مثله، فإيجاب قيمة المال عند ذلك أعدل، وأقرب إلى المساواة بين التعويض والضرر؛ لأن المماثلة هنا تكون من حيث المالية، بعدما كانت في الأوصاف والمالية معاً؛ أي لما تعذر التعويض صورة ومعنى، فيصار إلى التعويض معنى، وذلك لأن المال القيمي تختلف أجزاؤه وصفاته، فالقيمة فيه أعدل وأقرب إلى المساواة بين التعويض والضرر<sup>1</sup>.

وفي هذه الحالة يقدر التعويض بقدر قيمة المال النقدية، التي يجتهد أهل الخبرة في تحديدها، مع مراعاة السعر العادي عند أهل الصلاح، ولا عبرة في التقدير بالرغبات الشاذة التي قد تضي على الشيء قيمة أزيد، لصفة يرغب فيها بعض الناس، وخاصة إذا قصد بها الفساد، من ذلك، ما ذكره العز بن عبد السلام: " لو زادت قيمة المتلف بصفة ترغب بمثلها العصاة، وتزيدها في القيمة عندهم، كالكبش النطّاح، والديك المهراش، والغلام الفاتن بحسن صورته وحركته، فإن لهؤلاء قيمة زائدة عند أهل الفساد على القيمة المعتمدة عند أهل الصلاح. قلنا: لا نظر إلى ذلك، لفساد الغرض المتعلق به، كما لا نظر إلى قيمة الزمر والكوبة، والصور المحرمة، وإنما العبرة بقيمة ذلك عند أهل الرشد والصلاح"<sup>2</sup>.

وقد حرص الفقهاء على تأكيد مبدأ المماثلة في التعويض؛ ولذلك أجازوا لصاحب الشيء التالف إن - كان مثلياً - أن ينتظر مثل شبيهه إذا انقطع من السوق، بل أوجب بعضهم إحضار المثل من دون مسافة القصر<sup>3</sup>.

وتشدد المالكية، فقالوا: لا بد من المثل ولو بغلاء، وقالوا أيضاً: يلزم انتظار المثل لأوان وجوده<sup>4</sup>.

ولتأكيد هذا المبدأ وعدم جواز الخروج عليه، قال صاحب الإنصاف: " لو حكم حاكم بغير المثل في المثلي، وبغير القيمة في المنقوم، لم ينفذ حكمه، ولم يلزمه قبوله"<sup>5</sup>.

وقد ذكر بعض الفقهاء أموراً لا تقيّد فيها بمبدأ المماثلة: من ذلك ما ذكره صاحب قواعد الأحكام: " وأما جبر الأروش في المعاملات، فحكمه حكم جبر الصفات، يقوم العرض

<sup>1</sup> مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج4، المرجع السابق، ص 54، 55.

<sup>2</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، المرجع السابق، ص 171.

<sup>3</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 351، 352.

<sup>4</sup> الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5، المرجع السابق، ص 278.

<sup>5</sup> أبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، ج 6، المرجع السابق، ص 194.

صحيحاً ومعيباً، ويحسب ما بين القيمتين منسوباً إلى الثمن"<sup>1</sup>. وقال الشرقاوي<sup>2</sup>: "المثل بالمتلي.. إلا في مسائل، إحداها العارية، فإنها تضمن بالقيمة، وإن كان المستعار مثلياً"<sup>3</sup>. ومن الأمور التي خالفت مبدأ المماثلة في التعويض "جبر لبن المصرة بالتمر"<sup>4</sup>، فرغم كون اللبن مثلياً إلا أن الآثار، وردت بجبره بالتمر، وقد علل الفقهاء هذا الحكم بقولهم: لأننا لا نعلم ما اختلط من لبن البائع بلبن المشتري، فتولى الشرع تقديره، إذ لا سبيل لنا إلى تقديره، وجعله بالتمر، لموافقته اللبن في الاقتيات، ولعزة التقدير عند العرب<sup>5</sup>. وقد عارض الحنفية هذا الحكم، وتأولوا الأحاديث الواردة في ذلك<sup>6</sup>.

### ج- كون التعويض في مال المتسبب

من المبادئ التي أبرزتها شريعة الإسلام الخالدة بما لا يدع لبساً أو غموضاً: مبدأ المسؤولية الشخصية عن الأفعال الصادرة عن كل شخص، فلا يسأل امرؤ عن عمل غيره، ولا يحتمل أحد جناية آخر، وقد تقرر ذلك بآيات محكمات من القرآن الكريم، قال الله تعالى: [وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى] <sup>7</sup>، وقال الله تعالى أيضاً: [كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِيْنٌ] <sup>8</sup>، وقال جلت عظمتة: [لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ] <sup>9</sup>.

ومن أصرح ما يدل على شخصية المسؤولية في السنة النبوية الشريفة، قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ألا لا تجني نفس على الأخرى"<sup>10</sup>، فهذه النصوص جميعاً تدل على شخصية المسؤولية.

والملاحظ أن مبدأ المسؤولية الفردية، مبدأ عام لا يتقيد بزمان ولا مكان، فهو بالنسبة للآخرين يحمل كل فرد مسؤولية أفعاله وأقواله ومعاملاته، وظاهره وباطنه، إن خيراً فخير، وإن شراً فشر، وبهذا يساعد هذا الاعتقاد على إصلاح الحياة الدنيا بما يحدث من الخشية من

<sup>1</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج1، المرجع السابق، ص 171.  
<sup>2</sup> عبد الرحمن بن حسن الجبرتي، عجائب الآثار في التراجم والأخبار، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1998م، ج4، ص 159.  
<sup>3</sup> عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشرقاوي، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب، ج2، المرجع السابق، ص 150.  
<sup>4</sup> أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، دار إحياء التراث، بيروت، بدون تاريخ، ج3، ص 1158، ح1524، أخرجه بلفظ: "من اشترى شاة مصراً..".  
<sup>5</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج1، المرجع السابق، ص 168، 169.  
<sup>6</sup> السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1993م، ج 13، ص 40.  
<sup>7</sup> سورة الأنعام، الآية 164.  
<sup>8</sup> سورة الطور، الآية 21.  
<sup>9</sup> سورة البقرة، الآية 286.  
<sup>10</sup> الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، ص 89.



تبعات يوم القيامة، وأما في الحياة الدنيا، فكذاك، لأن كل فرد يتحمل تبعه أعماله أمام القضاء، ولا يتحملها عنه غيره.

وبناء على ذلك، فإن من تعدى على مال غيره فأتلفه، أو عطل بعض صفاته، أو أحدث فيه نقصاً أو خلا حتى خرج عن أن يكون منتفعاً به جزئياً أو كلياً، وجب عليه تعويض الضرر الذي لحق بغيره وجبره، ويكون التعويض في مال المتسبب، لا فرق في ذلك بين أن يكون المتسبب صغيراً أو كبيراً، أو عاقلاً أو مجنوناً، جاء في الأشباه والنظائر: " كل من جنى جناية، فهو المطالب بها، ولا يطالب بها غيره، إلا في صورتين: العاقلة تحمل دية الخطأ أو شبه العمد، والصبي المحرم إذا قتل صيدا ... فالجزاء على الولي في ماله"<sup>1</sup>.

وعليه، فلا يلزم الأب بتعويض ما أتلف ولده، ولو كان صغيراً أو مجنوناً، ومثل الأب في ذلك الوصي، فالصغير والمجنون تنتفي في حقهما أهلية الأداء، فيما هما غير مكلفين به شرعاً؛ لأنهما ليسا أهلاً للخطاب، لكن أهلية الوجوب باقية في حقهما وفي حق من كان في حكمهما كالمعتوه.

جاء في أصول البزدوي: " إن الجنون والصغر لا ينافي أهلية الوجوب، لأنها تثبت في الذمة ... ولعدم منافاته أهلية الوجوب، قلنا: إن المجنون مؤاخذ بضمان الأفعال في الأموال على الكمال، حتى لو أتلف مال إنسان، يجب عليه الضمان، كما يجب على العاقل، لأن المجنون أهل لحكم وجوب المال"<sup>2</sup>، وهذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

فقد ذكر الحنفية: أنه لا نظر في حالة الإتلاف إلى سن المتلف أو عقله، ولكن العبرة بالفعل الصادر عن الجوارح؛ جاء في درر الحكام: " بخلاف التصرف الفعلي الصادر عن الجوارح، فإنه لما كان موجوداً خارجياً، لم يجز اعتبار عدمه، كالقتل وإتلاف المال، وإلا كان سفسطة"<sup>3</sup>.

وجاء في قواعد الأحكام: " الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر أثماً، وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والنسيان، وعلى المجانين والصبيان"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1983م، ص 487.  
<sup>2</sup> عبد العزيز بن أحمد بن علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، طبعة الأستانة، بدون تاريخ، ج3، ص 1379.  
<sup>3</sup> محمد بن فرموز الشهير بمنلا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج2، المرجع السابق، ص 273.  
<sup>4</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، المرجع السابق، ص 166.

وقال الحطاب - في تقرير هذا المبدأ : " ولا يشترط فيه التكليف والعلم، فلا فرق في الإلتلاف بين الصغير والكبير والجاهل والعامد"<sup>1</sup>.

وعليه فإذا أتلّف المجنون أو الصغير - ولو غير مميز - شيئاً لغيره، لزمه التعويض في ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال، انتظر إلى حال يساره، ولا يجوز الرجوع على وليه، إلا في حالة صدور ما يوجب الضمان من الأولياء أو الأوصياء، كالأغراء على الإلتلاف، أو التسليط على الضرر، أو الأمر بإحداثه.

وفي هذه الحالة تكون مسؤولية الأولياء والأوصياء على أساس التعدي مع التسبب، لا على أساس الخطأ المفترض كما في القانون الوضعي<sup>2</sup>، الذي يقرر مسؤولية الأولياء والأوصياء عن عمل الصبيان والمجانين ومن في حكمهم، كالمغفل والمعتوه وغيرهم، ممن يقعون تحت رقابتهم، إذا كانوا في حاجة إلى رقابة، ويسمون ذلك بالمسؤولية عن فعل الغير.

ومن الاستثناءات الخطيرة التي عصفت بمبدأ المسؤولية الشخصية في القانون الوضعي، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع؛ فإن أصحاب القانون الوضعي يجعلون المسؤولية على المتبوع في حالة وجود رابطة التبعية، وهي تعني : وجود سلطة فعلية للمتبوع على التابع، تعطيه الحق في رقابته وتوجيهه، مثل : العامل، والخادم، والسائق، والموظف، ومن في معناهم من التابعين إلى غيرهم، بحكم العقد وغيره<sup>3</sup>.

وقد عرفت شريعة الإسلام استثناءات من الأصل العام الذي قرره - وهو مبدأ - المسؤولية الشخصية - اقتضتها روح العدالة والإنصاف، لكن هذه الاستثناءات ليست من قبيل استثناءات القانون الوضعي، لأن القانون الوضعي يبني ما استثناءه على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وهذا ما لا يتفق ومبدأ الشريعة الإسلامية في المسؤولية الفردية، ومن هذه الاستثناءات ما يلي:

1- يرى الحنفية أن السيد مسؤول عن تعويض جناية عبده أو دفعه مقابل الهالك، إذا كان المجني عليه عبداً أو أمة، ولو كان العبد أو الأمة وديعة قبضها عبده بغير إذنه، جاء في

<sup>1</sup> الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5، المرجع السابق، ص 278.  
<sup>2</sup> الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1، ص 1122، وما بعدها.  
<sup>3</sup> الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع نفسه، ج1، ص 1145 و 1176.

بدائع الصنائع: " العبد المحجور، لا يصح منه القبول - أي قبول الوديعة - لأنه لا يحفظ المال، ولو قبلها فاستهلكها، فإن كانت عبداً أو أمة، يؤمر المولى بالدفع أو الفداء"<sup>1</sup>.  
ورأى المالكية أن تكون الوديعة بغير إذن في رقبة العبد، وليس على سيده شيء من باب أولى، ويكون ضمانها هنا في ذمة العبد، جاء في القوانين الفقهية: " وأما ما أؤتمن عليه بعارية أو كراء أو وديعة أو إجازة، فذلك في ذمة العبد، لا في رقبته"<sup>2</sup>، أما في جناية العبد على مثله خطأ، فقد قال ابن جزى: " فإن كانت خطأ، فسيد العبد الجاني مخير بين أن يسلمه بجنايته لسيد العبد المجني عليه، أو بفكه بقيمة العبد المجني عليه في القتل، أو بما نقص الجرح منه في الجرح"<sup>3</sup>.

ويرى الشافعية: أن الناتج بسبب العبد، سواء أكان بإذن السيد أم بغير إذنه، يتعلق برقبته ابتداءً، سواء كان محل الجناية مالا أو غيره. جاء في الأشباه والنظائر: " ما يتعلق برقبته أي العبد فيباع فيه، وذلك أرش الجناية وبديل المتلفات، سواء كان بإذن السيد أم لا، لوجوبه بغير رضا المستحق"<sup>4</sup>.

أما الحنابلة، فيقولون: يتعلق الضمان برقبة العبد، إذا كان بغير إذن سيده، أما إذا كان بإذن سيده، فهو كفعله عندهم، جاء في كشف القناع: " وفعل عبده ... من الحفر والبناء بالفناء والطريق الواسع أو الضيق بأمره أي السيد كفعل نفسه، لأن العبد كالألة... فيختص الضمان بالسيد، وإن فعله العبد بغير إذنه، أي السيد يتعلق ضمان جناياته التي لم يأذن فيها سيده برقبته "<sup>5</sup>.

ووافق المالكية على أن ما أتلفه العبد من أموال، يتعلق ضمانها برقابهم، سواء كانت لحر أو لعبد، جاء في القوانين الفقهية: " وأما جنايتهم على الأموال، فسواء كانت لحر أو لعبد، فكذلك في رقبة العبد الجاني، يخير سيده بين أن يسلمه بما استهلك من الأموال، أو يفتكّه بذلك "<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص 207.

<sup>2</sup> ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 382.

<sup>3</sup> ابن جزى، المرجع نفسه، نفس الموضوع.

<sup>4</sup> جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 230.

<sup>5</sup> البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج4، المرجع السابق، ص 122.

<sup>6</sup> ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 382.

ومما سبق نجد أن السيد هو الملزم بالتعويض في الحالتين، سواء تعلق الضمان برقبة العبد ابتداءً، أو طلب من سيده الدفع عنه أو تسليمه؛ لأن تسليم العبد إلى المتضرر يعد من مال السيد، غير أن السيد في حالة زيادة مقدار العوض على قيمة العبد، فلا ضمان عليه إذا كان الضمان قد تعلق برقبة عبده، أما إذا تعلق الضمان بالسيد، فإنه ملزم بتعويض جميع الضرر آنذاك.

2- من الأمور المتفق على استثنائها من مبدأ المسؤولية الشخصية: أن دية الخطأ وشبه العمد تكون على عاقلة الجاني، وذلك في الضرر الجسمي.

3- ومنها أيضاً ما قاله الحنفية من أن تعويض ما يحدثه الحاكم وعماله، يكون في بيت المال، جاء في المبسوط: " ولا شهادة للمكاتب، فإذا كان ظهور هذا بعد الرجم، فدية المرجوم في بيت المال، لأن هذا خطأ من الإمام في عمله، فيكون ضمانه في مال الله، وهو مال بيت المال، والإمام في هذا عامل للمسلمين"<sup>1</sup>.

وقد اختلف الحنابلة في خطأ السلطان، هل يكون في ماله أو يكون في بيت مال المسلمين؟ وسبب الخلاف بينهم هو في تكيف تصرفات السلطان، فمن رأى أن تصرف السلطان يكون بطريق الوكالة لعامة المسلمين، قال: إن خطؤه في بيت مالهم، ومن رأى أن تصرفه يكون بطريق الولاية، قال: إن مسؤوليته عن التعويض تكون في ماله أو على عاقلته، جاء في القواعد ما يشير إلى أن بعض الحنابلة قد خرّج روايتين في مسألة خطأ الحاكم، حيث قال: " بناء على أن خطؤه، هل هو على عاقلته؟ أو في بيت المال؟ لأنه إن جعلناه على عاقلته، فهو متصرف بنفسه، وإن جعلناه في بيت المال، فهو متصرف بوكالته، لهم وعليهم، فلا يضمن لهم ولا يهدر خطؤه، فيجب في بيت المال، واختيار القاضي<sup>2</sup>؛ أنه متصرف بالوكالة لعمومهم"<sup>3</sup>.

4- ذكر الحنفية والمالكية: سقوط الضمان عن أجير الصانع إذا لم يحدث منه تعد ولا تفريط، وقد تسبب في إتلاف شيء من أموال العملاء، ومن ذلك ما ذكره الحنفية، كما جاء في المبسوط: " فإن كان أجير القصار المشترك فعل ذلك غير متعمد له، فالضمان على القصار

<sup>1</sup> السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ-1993م، ج9، ص50.

<sup>2</sup> محمد ابن أبي يعلى، طبقات الحنابلة، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، دون تاريخ، ص377.

<sup>3</sup> أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد، دار الجبل، بيروت، ط2، 1988م، ص116.

دون الأجير، لأن الأجير له أجير خاص فلا يضمن إلا بالخلاف ولم يخالف، ثم عمله كعميل الأستاذ<sup>1</sup>، وجاء في مواهب الجليل: " إن الأجير الذي يعمل عند الصانع لا ضمان عليه، والضمنان على الصانع"<sup>2</sup>.

وقد اشروطوا لكي تلقى التبعة على الأستاذ، أو الصانع ما يلي:

- ألا يكون أجير الصانع متعديا، ولا مفرطاً، ويعد متعديا إذا خالف أستاذه، أو فعل شيئاً بغير إذنه فيما يلزم الاستئذان فيه.

- أن يكون المتلف من أموال الصناعة، فإن أتلف وديعة لإنسان عند الصانع، أو ما في معناها، فالضمنان على المتسبب.

وقد ذكر الحنفية أمثلة لهذه المسألة، نذكر بعضها منها في هذا المقام:

- لو حمل الأجير حملاً في بيت القصار من ثياب القصار، فعثر وسقط فتخرق بعضها، كان ضمان ذلك على القصار دون الأجير، لأنه مأذون في هذا العمل من جهة الأستاذ.

- لو دخل الأجير بنار السراج بأمر القصار، فوقعت شرارة على ثوب من القصار، فالضمنان على الأستاذ دون الغلام، لأنه مأذون من جهته.

- لو أن غلام القصار انفلتت منه المدقة، فيما يدق من الثياب، فوقعت على ثوب من القصار فخرقته، فالضمنان على القصار دون الغلام، لأنه مأذون من جهة الأستاذ في دق الثياب جميعاً<sup>3</sup>.

وقد يبدو هذا الاستثناء شبيهاً بما قرره القوانين الوضعية في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، إلا أن هناك فروقا جوهرية بين الاتجاهين، فهذا الاستثناء عند الحنفية والمالكية مشروط بعدم وجود تقصير أو تعدد من الأجير، على أن يكون محل الضرر الأشياء التي هي موضع العمل، فكأن الأجير هنا يعفى مما لا يمكن التحرز منه، بخلاف القانون الوضعي، فإنه يرى أن المتبوع مسؤول عن أعمال التابع، ولو كان التقصير منه، ثم إن محل الضرر عند أصحاب القانون غير مقيد بشيء.

<sup>1</sup> السرخسي، المبسوط، المرجع نفسه، ج16، ص10.

<sup>2</sup> الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص429.

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج16، ص10، 11.

## الفرع الثاني: وقت تقدير التعويض في الفقه الاسلامي

من أجل الوصول إلى تقدير عادل لقيمة المتلف، لا بد من مراعاة وقت تقدير القيمة، لأن قيم الأشياء غير ثابتة، والأسعار دائما تتقلب من يوم لآخر ارتفاعا وانخفاضا. وإذا كان لا تأثير للسعر في حالة رد الشيء بذاته، لإمكانية نموه، واحتمال ارتفاع الأسعار من جديد، فإنه في حالة فواته يقطع عن مالكة الاستفادة من نموه إن أبقاه، أو فرصة بيعه عند ارتفاع سعره، لذلك فإن لاختلاف الأسعار في حالة فوات الشيء تأثيرا بالغ الأهمية، وبالتالي فإن معرفة وقت وجوب القيمة تكتسي أهمية كبيرة، لأنه أحد العناصر التي تساعد على تحقيق تعويض عادل لصاحب الشيء الفائت، جبرا للضرر الذي لحق به، ولا يتحقق الجبر العادل إلا بالمساواة بين الضرر والتعويض، حسما لكل نزاع متوقع بين المتضرر والضامن.

فالشيء بعد تلفه تنعدم ذاته وصورته، فإن لم يكن له مثل أو كان له مثل وتعذر وجوده، فلا يبقى من سبيل لتعويض صاحبه صورة ومعنى، وعليه، فليس أمام مالكة إلا أخذ قيمته، فالقيمة في هذه الحالة هي التي يمكن أن تقوم مقام ملكة التالف، والقيمة غير ثابتة، لأنها مرتبطة بالزمان والمكان، وعليه فلا بد من تحديد زمن تقدير القيمة ومكانه.

## أولا: وقت تقدير قيم المتلف القيمي

وينقسم هذا العنصر إلى مسألتين:

## أ- إذا كان المتلف في غير يد الجاني :

إذا أتلّف شخص لآخر حيوانا أو عروضا، سواء حصل الإلتلاف بطريق المباشرة أو بطريق التسبب، فالواجب على المتلف تعويض المال التالف بقيمته، وتحدد القيمة بمعرفة الخبراء، وزمان تحديد القيمة هو يوم التلف، لأنه يوم ثبوت قيمته في الذمة، ولأنه قد فوت على صاحبه قيمة ماله في ذلك اليوم، فلزم تقدير قيمته في اليوم نفسه الذي تلف فيه.

هذا وقد أجمع الفقهاء من غير مخالف على وجوب تقدير قيمة المتلف الذي لم يتقدم وضع اليد عليه بيوم التلف، ونورد فيما يلي بعض النصوص التي تؤكد ذلك في المذاهب الفقهية.

جاء في الأشباه والنظائر من كتب الحنفية: " المتلف بلا غضب تعتبر قيمته يوم التلف، ولا خلاف فيه <sup>1</sup>، ويفهم من أقوال المالكية المعنى السابق نفسه، جاء في حاشية الخرشي: "ومن غضب شيئاً من المقومات، فتعدى عليه شخص أجنبي فأتلفه، فإن المالك يخير بين أن يأخذ قيمته من الغاصب يوم الغصب، أو يأخذها من الجاني يوم الجناية" <sup>2</sup>، لأن الجاني لم يسبق له غضب التالف، فكأنه أتلفه في يد مالكة، وذكر الخرشي هذا المعنى بوضوح في موضع آخر، فقال: " بخلاف باب التعدي، فإن ربها إذا وجدها وقد نقصت ... فله أن يضمن المعتدي قيمتها يوم تعدى عليها" <sup>3</sup>.

وجاء في قواعد الأحكام: " فإن أتلفه متلف، ليس في يده، بأن أحرق داراً ليست في يده، أو قتل عبداً في يد سيده، أو أتلف دابة في يد ركبها، فإنه يجبر ذلك بقيمته وقت إتلافه، لأنها هي [ القيمة ] التي أتلفها" <sup>4</sup>، وجزم السيوطي بعدم وجود خلاف في ذلك، فقال: "والمعتبر قيمته يوم التلف، لا أعلم فيه خلافاً" <sup>5</sup>.

وفي كتب الحنابلة ما يشير إلى وجوب التقدير بوقت التلف أيضاً، قال صاحب كشف القناع: "وتعتبر القيمة يوم تلفه ... وكذا متلف بلا غضب" <sup>6</sup>.

وللشافعية قول آخر فيما إذا تلف الشيء نتيجة سرية جناية سابقة، قالوا: الواجب في هذه الحالة التقدير بأقصى قيمة للشيء بين وقت بداية الجناية إلى وقت الهلاك التام للشيء، جاء في شرح البهجة، وفي الأشباه والنظائر: " فإذا حصل التلف بتدريج وسرابة، فأقصى قيمة تلك المدة، فإن الإلتلاف أبلغ من اليد العادية" <sup>7</sup>.

ويجري حكم إلتلاف العين على إلتلاف المنافع، فتضمن بأجرة المثل وقت فواتها أو تقويتها <sup>8</sup>.

<sup>1</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 363.

<sup>2</sup> الشيخ علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، ج 6، المرجع السابق، ص 136.

<sup>3</sup> الشيخ علي العدوي، المرجع نفسه، ص 141.

<sup>4</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1، المرجع السابق، ص 169.

<sup>5</sup> جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 346.

<sup>6</sup> البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 4، المرجع السابق، ص 108.

<sup>7</sup> جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع نفسه، ص 345.

<sup>8</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج 3، المرجع السابق، ص 443.

## ب- إذا كان المتلف تحت يد الجاني:

يختلف وقت تقدير القيمة باختلاف وضع الشيء التالف، وقد سبق أن عرضنا لوقت تقدير الشيء المتلف في غير يد المتلف، وعرفنا أن هناك اتفاقاً على اعتبار وقت التلف هو الوقت الذي يجب تقدير قيمة العوض فيه، أما في حالة كون الشيء المتلف قد حيزَ قبل تلفه من قبل الضامن، ثم تلفَ أو أتلف، فإن وقت تقدير القيمة هنا يجرى فيه خلاف كبير بين المذاهب من ناحية، وفي كل مذهب على حدة من ناحية أخرى.

من أبرز المضمونات التي عالج الفقهاء وقت تحديد قيمتها بتوسع هي تلف الأشياء المغصوبة، وعليه فسناخذها كمثال لمعرفة وقت تحديد قيمة العوض في الضمانات القيمية<sup>1</sup>، ونستعرض فيما يلي آراء الفقهاء في هذا الأمر:

يرى الحنفية والمالكية أن المغصوب إذا تلف أو أتلف تحت يد الغاصب، فالمعتبر يوم قيمته يوم غصبه، جاء في مواهب الجليل: "إن المغصوب المقوم وما في حكمه، مما تجب فيه القيمة، إنما تعتبر فيه يوم الغصب، هذا هو المذهب"<sup>2</sup>، وأكد ذلك صاحب البهجة بقوله: "أما إن تلف الشيء المغصوب بسماوي، أو بسبب عدا الغاصب عليه، قوم على الغاصب وغرم قيمته يوم غصبهن لا عدائهن ولا يوم التلف بسماوي"<sup>3</sup>.

ودلت نصوص الحنفية على ذلك، منها ما جاء في درر الحكام: "القيمة في القيمي ... يوم غصبه، لأنه مطالب بالقيمة حين غصبه، فتعتبر قيمته عند ذلك"<sup>4</sup>، وحكى ابن نجيم اتفاق أهل المذهب على ذلك، فقال: "المغصوب القيمي إذا هلك، فالمعتبر قيمته يوم غصبه اتفاقاً"<sup>5</sup>.

وقد استدلت المالكية والحنفية لتأييد رأيهم بما يلي:

1- لأن الغاصب مطالب بالقيمة من وقت وجود السبب<sup>6</sup>، وهو الغصب، فتعتبر قيمته عند السبب، وهذا ما عبر عنه المالكية بقولهم: "بل مجرد الاستيلاء على المغصوب، يوجب

<sup>1</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 363، 365. السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 552، 562. الشيخ علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، ج 6، المرجع السابق، ص 114. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للردديري، ج 3، المرجع السابق، ص 436، 466، 467 و ج 4، ص 28. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 4، المرجع السابق، ص 108.

<sup>2</sup> الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 5، ص 281. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للردديري، ج 3، المرجع السابق، ص 445.

<sup>3</sup> أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 2، المرجع السابق، ص 345.

<sup>4</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج 3، المرجع السابق، ص 59، 60.

<sup>5</sup> ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 363.

<sup>6</sup> محمد بن فرموز الشهير بمنلا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج 2، المرجع السابق، ص 263.



ضمانه قطعاً، عقارا كان أو غيره ... أي أن فائدة تعلق الضمان به بمجرد الاستيلاء، اعتبار القيمة يومه إذا حصل مفوت، لا يوم الفوات<sup>1</sup>.

ورد على هذا الاستدلال بأن القيمة لم تثبت في الذمة عند الغاصب، إنما الذي ثبت في الذمة عند ذلك، وهو رد عين الشيء، كما أن إمساك المغصوب غصب، فإنه يجب تركه في كل حال<sup>2</sup>.

2- يلزم الغاصب بقيمة يوم الغصب، لأن الغاصب أحق بالحمل عليه، وهذا الدليل يصلح لهم إذا كانت قيمة المغصوب يوم الغصب أعلى من أي وقت آخر<sup>3</sup>.

وقيل: إن أحمد قال بضمان المغصوب بقيمته يوم غصبه، ولكن أصحابه قالوا: إنه قد رجع عنه، قال ابن قدامة المقدسي: "إن ما روى عن أحمد من اعتبار القيمة يوم الغصب، فالظاهر أنه قد رجع عنه لقول الخلال<sup>4</sup>: "جبن أحمد عنه، كأنه رجع إلى قوله الأول"<sup>5</sup>. يعني؛ القول: إنه المعتبر في التقدير يوم التلف.

أما الشافعية، وأشهب من المالكية<sup>6</sup>؛ يرون أن المغصوب القيمي إذا تلف أو أتلف في يد الغاصب، فالمعتبر أقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف، وعليه فيكون وقت تقدير القيمة، هو الوقت الذي ترتفع فيه قيمة الشيء المتلف إلى أقصى ما يمكن في حدود الفترة المحصورة بين الغصب والإتلاف؛ أما بعد الإتلاف، فلا نظر في الزيادة الحاصلة بعد ذلك، وجاء في قواعد الأحكام: "... وإن فات شيء ... تحت يده الضامنة بتقويته، أو بتقويت غيره، أو بأفة سماوية، فإنه مخير عند الشافعي - رحمه الله - بقيمته أكبر ما كانت، من حين وضع يده إلى حين الفوات تحت يده"<sup>7</sup>، وأكد السيوطي إجماع أهل المذهب على ذلك، فقال: "المغصوب إذا تلف، وهو متقوم، فالمعتبر أقصى قيمة من الغصب إلى التلف، بنقد البلد الذي تلف فيه، لا أعلم فيه خلافاً"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص 443.

<sup>2</sup> موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج5، ص 208.

<sup>3</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص 445.

<sup>4</sup> عبد الرحمن العليمي، المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد، مطبعة المدني، بدون تاريخ، ص 5.

<sup>5</sup> موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج5، ص 207، 208.

<sup>6</sup> الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص 281.

<sup>7</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، المرجع السابق، ص 169، 170.

<sup>8</sup> جلال الدين السيوطي، الإشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 344.

وقد استدلت الشافعية على وجوب أعلى القيم بقولهم: إن الغاصب كان مطالباً بالرد في كل زمان إلى حين التلف، لذلك وجب عليه أعلى القيم<sup>1</sup>.

ورد عليهم: بأن الزيادة في الأسعار كما أنها لا تضمن مع رد العين، فلا تضمن عند تلفها<sup>2</sup>.

أما الحنابلة فيرون أن المغصوب القيمي إذا هلك عند الغاصب، فالواجب قيمته يوم التلف على المشهور عندهم، ما لم يكن اختلاف قيمه ما بين الغصب والتلف لمعنى فيه. جاء في كشف القناع: " وإن لم يكن المغصوب مثلياً وتلف، أو أتلفه الغاصب، ضمنه بقيمته ... وتعتبر القيمة يوم تلفه في بلد غصبه، لأن ذلك زمن الضمان وموضعه"<sup>3</sup>.

وذكر ابن قدامة أن القول باعتبار قيمة يوم التلف رواية الجماعة عن أحمد، ولا عبرة بما روي عنه من أن التقدير يكون باعتبار قيمة يوم الغصب، لأنه رجع عنه، وذكر ابن مفلح<sup>4</sup> صاحب الفروع رواية أخرى تقول باعتبار أكثر القيمتين يوم الغصب أو يوم التلف، ولكن القاضي من الحنابلة أنكر أن يكون أحمد قال بذلك، جاء في المغني: " قال القاضي: ولم أجد عن أحمد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين"<sup>5</sup>.

واستدل الحنابلة لتأييد رأيهم بما يلي:

إن القيمة إنما تثبت في الذمة يوم التلف لأن الواجب قبل ذلك كان رد العين دون قيمتها، فاعتبرت تلك الحالة، كما لو لم تختلف قيمته، وقد أيد سحنون<sup>6</sup> من المالكية في أحد قوليهِ ما ذهب إليه الحنابلة، لكنه قصر هذا الحكم على حالة هلاك المغصوب بتعد من الغاصب<sup>7</sup>.

وللحنابلة رأي آخر في حالة اختلاف قيم المغصوب بسبب معنى فيه، من كبر وصغر وسمن وهزال، وتعلم ونسيان، ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص؛ فهم في هذه الحالة لا يتقيدون بقيمة يوم التلف في تعويض التالف القيمي، وإنما يوجبون فيه أعلى القيم من وقت الغصب إلى وقت التلف؛ وعللوا موقفهم هذا بأن التالف مغصوب في الحال

<sup>1</sup> محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، المرجع السابق، ص 164.

<sup>2</sup> موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج5، ص 207.

<sup>3</sup> البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج4، المرجع السابق، ص 108.

<sup>4</sup> محمد جميل بن عمر الشطي، مختصر طبقات الحنابلة، المرجع السابق، ص 62، 63.

<sup>5</sup> موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع نفسه، ج5، ص 208.

<sup>6</sup> محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ج1، المرجع السابق، ص 69.

<sup>7</sup> أبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، ج 6، المرجع السابق، ص 155، 194.

التي زادت فيها، والزيادة مضمونة لمالكها على الغاصب، بخلاف ما لو كان اختلاف القيم نتيجة لتغير الأسعار، لأن نقصان القيمة هنا لا يضمن مع رد العين، فلا يضمن عند تلفها. وهذا القول عند الحنابلة خلاف مذهب الشافعي، الذي يوجب أعلى القيم لتغير الأسعار، لأن الغاصب يضمن ذلك عند التلف، ولا يضمنها مع الرد، لأنها تسقط برد العين، وردّ الحنابلة عليهم: بأن قولكم بسقوطها عند الرد لا يصح؛ لأنها لو وجبت لما سقطت بالرد.

### ثانياً: وقت تقدير قيمة المثلي إذا أعوز

لقد سبق القول: إن المثلي يضمن بمثله، غير أنه إذا تعذر وجود المثل حساً أو شرعاً، فإنه يصار إلى القيمة، وقد أشرنا إلى ذلك سلفاً، أما الآن، فالمطلوب معرفة وقت تقدير قيمة المالي المثلي إذا أُلّف في يد مالكة، أو تلف أو أُلّف في يد غاصبه، وتعذر التعويض بالمثل لإعوازه، وقد وقع خلاف كبير في هذه المسألة، سواء بين فقهاء المذهب الواحد أو فيما بين المذاهب؛ وفيما يلي نذكر رأي كل مذهب على حدة:

#### أ- رأي الحنفية في وقت تقدير قيمة المثلي:

اختلف فقهاء الحنفية في وقت تقدير المثلي إذا أعوز على ثلاثة أقوال<sup>1</sup>:

1- قال أبو حنيفة - رحمه الله -: إن الواجب قيمة يوم الخصومة، أي يوم القضاء به، وأيد رأيه بما يلي:

إن الواجب في الذمة هو المثل، ولا ينتقل من المثل إلى القيمة إلا بقضاء القاضي، ولذلك فوجوب المثل باق في الذمة ما لم يقض القاضي بالقيمة، ولهذا لو صبر إلى أن يعود المثل كان له ذلك، إنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء لا بالانقطاع أو غيره، حتى لا يعود إلى المثل بعد وجوده.

2- وقال أبو يوسف: إن العبرة بقيمة يوم الغصب، ويلزم من هذا القول: إنه إذا لم يكن مغصوباً، فالمعتبر قيمته يوم الإتلاف، وهذا القول جار على أصل الحنفية في وقت تقرير قيمة القيمي.

3- يرى محمد: أن العبرة بقيمة يوم الانقطاع، واستدل لرأيه بما يلي:

<sup>1</sup> شمس الدين السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج11، ص 50 وما بعدها

إن المثل هو الواجب بغضب ذات المثل أو الإلتلاف، فلا ينتقل إلى القيمة إلا بالعجز عنه، والعجز عنه يحصل بالانقطاع، فتعتبر قيمته يومئذ<sup>1</sup>.

### ب- رأي المالكية :

لم نجد للمالكية رأياً صريحاً في وقت تقدير قيمة المثلي، ذلك لأن غالبيتهم يقولون بوجوب الصبر إلى حين وجود المثل، وقد وردت عبارات في بعض كتبهم، يمكن أن يفهم منها أن المثلي المغصوب إذا تعذر رد مثله، فحكمه حكم القيمي المغصوب؛ أي تعتبر قيمته يوم الغضب، جاء في مواهب الجليل: " إن المغصوب المقوم، أو ما في حكمه مما تجب فيه القيمة، إنما تعتبر فيه القيمة يوم الغضب، هذا هو المذهب"<sup>2</sup>. وقد نسب ابن قدامة المقدسي لمالك القول بوجوب قيمته يوم المحاكمة مثل أبي حنيفة<sup>3</sup>.

كما ذكر الحطاب مثله فيمن سلف طعاماً لأسير في بلاد الحرب، أو في بلاد الإسلام، ثم أخذها العدو، أو تعذر الوصول إليها، جاء في مواهب الجليل: " فقيل: يقضي بقيمتها في ذلك البلد يوم الحكم ... وقيل: لا يقضي إلا بمثله في ذلك البلد"<sup>4</sup>.

### ج- رأي الشافعية في تحديد قيمة المثلي إذا تلف أو أتلّف :

قبل أن نتناول رأي فقهاء المذهب الشافعي في هذه المسألة، يجدر بنا أن ننبه إلى الأوجه التي تنفرع عن هذه المسألة، وهي:

الوجه الأول: إذا غصب مثلياً وتلف في يده، والمثل موجود ولم يسلمه حتى فقد.

الوجه الثاني: إذا غصب مثلياً وتلف، والمثل مفقود.

الوجه الثالث: إذا أتلّف مثلياً على إنسان من غير غصب أو إثبات يد عليه، وكان المثل موجوداً، فلم يسلمه حتى انقطع.

الوجه الرابع: إذا وقع إلتلاف المثلي في يد مالكه، وكان المثل مفقوداً.

### 1- الوجه الأول: ذكر الرافعي وغيره<sup>5</sup> في وقت تقدير قيمة المثلي الذي أتلّف تحت يد

غاصبه حيث لم يسلم المثل رغم وجوده حتى انقطع عشرة أقوال، وهي أنها:

<sup>1</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، المرجع السابق، ص 59،60.

<sup>2</sup> الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5، المرجع السابق، ص 281.

<sup>3</sup> موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع نفسه، ج5، ص 208.

<sup>4</sup> الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5، المرجع السابق، ص 283، 284.

<sup>5</sup> الرافعي، فتح العزيز في شرح الوجيز، ج11، المرجع السابق، ص 271، 273.

- 1-1: أقصى قيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف.
- 2-1: أقصى قيمة من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز.
- 3-1: أقصى قيمة من يوم الغصب إلى يوم الإعواز.
- 4-1: أقصى قيمة من الغصب إلى وقت تغريم القيمة والمطالبة بها.
- 5-1: أقصى قيمة من وقت المثل وإعوازه إلى وقت المطالبة بها.
- 6-1: أقصى قيمة من وقت تلف المغصوب إلى وقت المطالبة.
- 7-1: قيمة اليوم الذي تلف فيه المغصوب.
- 8-1: قيمة يوم الإعواز.
- 9-1: قيمة يوم المطالبة.
- 10-1: إن كان منقطعاً في جميع البلاد، فقيمة يوم الإعواز، وإن فقد في تلك البقعة، فقيمه يوم الحكم.

وقد استدلل الرافعي بعد ذكر الخلاف بين أهل المذهب، على الرأي المختار؛ وهو الأقصى من يوم الغصب إلى يوم الإعواز، قائلاً: "لأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب، من أنه كان مأموراً بتسليم المثل، كما كان مأموراً برد العين، فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمة بين الغصب والإعواز"، وأيده الرملي، وصاحب شرح روض الطالب، وغيرهما<sup>1</sup>.

جاء في نهاية المحتاج: "إذا كان المثل موجوداً عند التلف، فلم يسلمه حتى فقده، كما صرح به... أن المعتبر أقصى قيمة، وهو ظاهر كلام الأصحاب، وجزم به في التنبيه، وجرى عليه جماعة، ويؤيده تصحيحهم أقصى القيم من الغصب إلى الإعواز"<sup>2</sup>، واستشهد بنحو ما سبق قائلاً: لأنه ما من حالة إلا وهو مطالب بردها فيها، وفضل بعضهم الرأي الرابع، مستدلاً عليه بقوله: لأن الواجب في الذمة هو المثل إلى وقت التغريم والمطالبة، كما أن الواجب في المغصوب رد العين إلى وقت التلف، ثم يغرم القيمة أكثر ما كانت من حين

<sup>1</sup> الرافعي، المرجع نفسه، ص272. محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، المرجع السابق، ص162. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج3، المرجع السابق، ص345.

<sup>2</sup> محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، المرجع السابق، ص162.

الغضب إلى حين التلف، فيجب أن يعتبر في المثل كذلك"<sup>1</sup>، لكن يظهر أن المشهور في المذهب هو ما ذهب إليه الرافعي وغيره.

**2- الوجه الثاني:** وهو حالة ما إذا غضب مثليا، فتلف أو أتلف والمثل مفقود، هنا ذكر الشافعية قياسا على الأقوال السابقة في الوجه الأول ستة أقوال، نذكرها فيما يلي:

2-1: يجب أقصى القيم من يوم الغضب إلى يوم التلف.

2-2: تجب قيمة يوم التلف.

2-3: الواجب أقصى القيم من الغضب إلى وقت تغريم القيمة.

2-4: أقصى القيم من وقت التلف إلى وقت المطالبة.

2-5: تعتبر قيمة يوم المطالبة.

2-6: إن كان مفقودا في جميع البلاد، تجب قيمة يوم التلف، وإلا فقيمة يوم التغريم أو يوم الحكم<sup>2</sup>.

والظاهر أن المختار في المذهب هو القول الأول، الذي ذكره الرملي وغيره<sup>3</sup>.

**3- الوجه الثالث:** وهو حالة ما إذا أتلف أجنبي مثليا على مالكة من غير إثبات اليد عليه، وكان المثل موجودا، فلم يسلم العوض حتى فقد، هنا ذكر فقهاء الشافعية سبعة أقوال وهي:

3-1: تجب قيمته يوم الإتلاف.

3-2: أقصى القيم من يوم الإتلاف إلى يوم الإعواز.

3-3: الأقصى من الإتلاف إلى التغريم.

3-4: الأقصى من وقت الإعواز إلى وقت المطالبة والحكم.

3-5: الاعتبار بقيمة يوم فقد والإعواز.

3-6: الاعتبار بقيمة يوم الحكم.

<sup>1</sup> أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيرازي، المهذب، تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت، ط1، 1996م، ج1، ص368.

<sup>2</sup> الرافعي، فتح العزيز في شرح الوجيز، ج11، المرجع السابق، ص274. جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص344، 345.

<sup>3</sup> محمد بن شهاب الدين الرملي، المرجع نفسه، نفس ص162. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج3، المرجع السابق، ص244، 245.

3-7: إن كان المثل منقطعاً في كل مكان، فالعبرة بقيمة يوم الإعواز، وإن كان منقطعاً في بقعة التلف فحسب، فقيمه يوم الحكم<sup>1</sup>.

والمعتمد في المذهب اعتبار أقصى القيم من يوم الإلتلاف إلى يوم الإعواز والفقْد<sup>2</sup>.

4- الوجه الرابع: إذا كان المثل مفقوداً حين أُلّفه الأجنبي، ففي هذه الحالة ذكر الرافعي في وقت تقدير قيمته أربعة أقوال، نذكرها فيما يلي:

1-4: تعتبر قيمة يوم الإلتلاف.

2-4: المعتبر أقصى قيمة من يوم الإلتلاف إلى يوم الحكم.

3-4: تجب قيمة يوم الحكم.

4-4: إن كان منقطعاً في جميع البلاد، فأقصى القيم من الإلتلاف إلى الحكم، وإن فقد في البلد الذي حصل فيه الإلتلاف خاصة، فقيمه يوم التّغريم<sup>3</sup>.

والمختار عندهم في هذا الوجه هو اعتبار قيمة يوم الإلتلاف<sup>4</sup>.

د- رأي الحنابلة :

ذكر فقهاء المذهب الحنبلي في وقت تقدير قيمة المثلي المفقود سبعة أقوال، وهي:

1- يلزم المتلف قيمته يوم انقطاعه.

2- تعتبر قيمته يوم الغصب.

3- وقال بعضهم المعتبر أكثر القيمتين، قيمة يوم الانقطاع، أو قيمة يوم الغصب.

4- تعتبر قيمته يوم التلف.

5- وقيل بالقيمة يوم القبض.

6- واعتبر آخرون أكثر القيمتين، قيمة يوم التلف، أو قيمة يوم القبض.

7- وأخيراً قيل تعتبر قيمة يوم المحاكمة.

وقد أجمل صاحب الفروع هذه الأقوال فيما يلي:

<sup>1</sup> الرافعي، فتح العزيز في شرح الوجيز، ج11، المرجع السابق، ص 274، 275.  
<sup>2</sup> زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج3، المرجع السابق، ص 344، 345.  
<sup>3</sup> الرافعي، المرجع نفسه، نفس الموضوع.  
<sup>4</sup> زكريا الأنصاري، المرجع نفسه، نفس الموضوع.

"ويضمن مكيلا أو موزونا إذا تلف أو أُتلف بمثله ... فإن تعذر، فقيمة مثله يوم تعذر، وعنه يوم غصبه، وقيل: أكثرهما إليه، وعنه يوم تلفه، وعنه يوم قبض بدله، وقيل: أكثرهما إليه، وعنه يوم المحاكمة"<sup>1</sup>.

وقد اختار القاضي: وقت البديل لتقدير قيمة التالف، واستدل لاختياره هذا بقوله: إن الواجب هو المثل إلى حين قبض البديل، ولهذا فلو وجد المثل بعد فقده، لكان هو الواجب دون القيمة<sup>2</sup>.

ولكن المعتمد والمشهور عند الحنابلة، والذي عليه جمهورهم<sup>3</sup>، هو اعتبار قيمته يوم الانقطاع والإعواز، جاء في الإنصاف: "إن أعوز المثل، فعليه قيمته يوم إعوازه، هذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب"<sup>4</sup>.

وقد استدل ابن قدامة المقدسي لهذا الرأي بما يلي:

إن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل، فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم، واستدل على وجوب القيمة عند انقطاع المثل بقوله: "إنه لا يجب على الضامن أداء المثل بعد الانقطاع، فيتعين وجوب القيمة عندئذ، لأنه ملزم بالتعويض في كل حال، فلما سقط عنه وجوب المثل، لأنه لا يكلف بما لا يطاق، شغلت ذمته برد القيمة عندئذ"<sup>5</sup>.

### الفرع الثالث: عوامل التخفيف في تقدير التعويض

بالرغم من السمة المادية الواضحة في أحكام التعويض في الفقه الإسلامي، وبالرغم مما يلاحظ في التشدد في أحكام المسؤولية عن الضرر، تقصيريةً كانت أو عقديّةً، حتى وصل الأمر إلى حد تضمين غير المميزين من الأطفال والمجانين، حرصاً على جبر الضرر عن المضرور، فإن المنتبِع المدقق لهذه الأحكام، يلاحظ في الوقت نفسه؛ أن في الفقه الإسلامي جملة من العوامل، التي تجعل مسؤولية مرتكب الضرر مخففة في بعض الأحيان، من ذلك على سبيل المثال لا الحصر:

<sup>1</sup> ابن مفلح المقدسي، الفروع، طبعة عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ، ج 4، ص 507.

<sup>2</sup> موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 208.

<sup>3</sup> البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج 4، ص 108، و موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المرجع نفسه، ص 208. أبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 6، ص 191، 192.

<sup>4</sup> المرادوي، الإنصاف، المرجع نفسه، ص 191.

<sup>5</sup> موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع نفسه، ج 5، ص 208، 209.



## أولاً: عدم شمول الضمان للأضرار المتوقعة

إن ما يكون متوقعا حدوثه في المستقبل من الأضرار، دون أن يكون عن سرية لجناية سابقة، أو الأضرار المتوقعة نتيجة تفويت فرصة، وغير ذلك من الأضرار غير المؤكدة الوقوع، لا تعويض عليها في الفقه الإسلامي، وليس لها أي تأثير في عملية تقدير التعويض، ولو كان من المتصور التعويض عليها، لأدى ذلك إلى عنت شديد في حق المسؤول، ولشقت عليه أحكام الضمان، بمفاجأته بما لا يخطر له على بال من أضرار محتملة.

وإن عدم شمول الضمان لهذه الأضرار باب من أبواب التخفيف، بل هو سد لباب من الفساد والشر، ألا وهو تمادي المضرور في طلب التعويض عن كل ضرر واقع أو غير واقع، محقق أو محتمل، قريب أو بعيد.

## ثانياً: ضمان المثلي بالقيمة عند تعذر المثلي

سبق أن رأينا أنه لكي يكون التعويض محققاً للغرض من إيجابه، لا بد من مراعاة مبدأ المماثلة فيه، وذلك في كل ضرر نشأ عن إخلال بالتزام عقدي، أو عن تعد، أو عن إهمال، لأنه من الواجب على القاضي والخبراء، مراعاة هذا المبدأ عند تقدير التعويض، حتى لا يبقى جانب المتضرر مواتورا غير مجبور، وأنه لا بد من ضمان المثلي بمثله صورة ومعنى، أو جنسا ونوعا، وصفة وكمية، لأن نوات الأمثال تجبر بما يماثلها في المالية، وفي جميع الأوصاف الأخرى، لأن المثلي يقوم بمثله من جميع الوجوه وجميع الأعراض، فحصول التساوي في المالية والأوصاف الأخرى، يوصل إلى جبر الضرر جبرا يطمئن إليه المضرور ويستريح، لأن وجود المثل كبقاء الشيء بعينه، فيكون التعويض به عدل وأتم<sup>1</sup>.

ولكن المثلي في الأموال المثلية لا يتوفر دائما، وإن في الإصرار على تعويض المثلي بالمثل، مع فقدان أو تعذر الحصول على هذا المثل، فيه عنت ومشقة، وتشديد على المسؤول من غير مبرر أو داع، حتى ليكاد ينقلب المسؤول عن جبر الضرر مضرورا به، بل إن هذا يدخل في باب التعسف في استعمال الحق، وهو أمر ممنوع شرعا كما سنرى لاحقا.

<sup>1</sup> أبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 6، ص 192.

ولذلك، ومن باب التخفيف، وأخذا بقوله تعالى: " فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا "؛<sup>1</sup> قرر الفقهاء الانتقال من التعويض بالمثل إلى التعويض بالقيمة، وهذا الحكم من أهم وأشهر الأمثلة التطبيقية التي يسوقها الفقهاء، في معرض بيانهم وشرحهم للقاعدة الفقهية الكلية " إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل " <sup>2</sup>.

وعلى هذا بات من الثابت عند الفقهاء أنه إذا كان المال المتلف مثليا، وتعذر وجود مثله، فيجاء بقيمة المال عند ذلك أعدل، وأقرب إلى المساواة بين التعويض والضرر؛ لأن المماثلة هنا تكون من حيث المالية، بعدما كانت في الأوصاف والمالية معا؛ أي لما تعذر التعويض صورة ومعنى، فيصار إلى التعويض معنى، وذلك لأن المال القيمي تختلف أجزاؤه وصفاته، فالقيمة فيه أعدل وأقرب إلى المساواة بين التعويض والضرر <sup>3</sup>.

وفي هذه الحالة يقدر التعويض بقدر قيمة المال النقدية، التي يجتهد أهل الخبرة في تحديدها، مع مراعاة السعر العادي عند أهل الصلاح، كما رأينا آنفا، بل لقد ذكر بعض الفقهاء أمورا قالوا إنه لا تقيد فيها بمبدأ المماثلة؛ من ذلك ما نقلناه آنفا عن صاحب قواعد الأحكام: " وأما جبر الأروش في المعاملات، فحكمه حكم جبر الصفات، يقوم العرض صحيحا ومعيبا، ويحسب ما بين القيمتين منسوباً إلى الثمن " <sup>4</sup>، وقال الشرقاوي: " المثل بالمثلي.. إلا في مسائل، إحداها العارية، فإنها تضمن بالقيمة، وإن كان المستعار مثليا " <sup>5</sup>.

### ثالثا: ضمان التعويض في مال عاقلة المسؤول في بعض الحالات

رأينا سابقا أن من أهم المبادئ التي قررتها شريعة الإسلام الخالدة، مبدأ المسؤولية الشخصية عن الأفعال، وأنه في الأصل لا يسأل امرؤ عن عمل غيره، ولا يحتمل أحد جناية آخر، وهذا المبدأ يسري على المتسبب بالضرر صغيرا كان أو كبيرا، عاقلا أو مجنونا<sup>6</sup>، إلا أن لهذا المبدأ في مجال التعويض عددا من الاستثناءات تم ذكرها سابقا.

وهكذا يمكن القول بشكل عام إن عوامل التخفيف في تقدير التعويض، أو صورته، التي نجدتها في أحكام المسؤولية بالضمان، والتي يستفيد منها المسؤول عن التعويض، تسري

<sup>1</sup> سورة الشرح، الآية " 5 " .

<sup>2</sup> المادة 53 من مجلة الأحكام العدلية. انظر علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط4، 1998م، ص 387.

<sup>3</sup> مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج4، المرجع السابق، ص 54 و 55.

<sup>4</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، المرجع السابق، ص 171.

<sup>5</sup> عبد الله بن حجازي بن ابراهيم الشارقاوي، حاشية الشارقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب، ج2، المرجع السابق، ص 150.

<sup>6</sup> أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، المرجع السابق، ص 166.

كلها إذا كان المسؤول شخصا طبيعيا، وتقتصر على عاملين، أو صورتين فقط، إذا كان المسؤول شخصا معنويا عاما، وهاتان الصورتان هما: عدم شمول التعويض للأضرار المحتملة، وضمن المثلي بالقيمة إذا تعذر المثلي.

ولعل مما يفسر ذلك أن الأشخاص المعنوية العامة هي الدولة نفسها، وهي الطرف الأقوى في أي علاقة التزامية تنشأ بينها وبين أي شخص طبيعي، ومن البدهي أنها في غنى عن أن نتلمس لها التخفيف من هنا وهناك، كما أن التخفيف عنها سيؤدي إلى الإجحاف بحقوق المضرور، وهو أمر مازال الفقهاء يمعنون في الابتعاد عنه بكل الوسائل المتاحة، هذا فضلا عن أن طبيعة بعض عوامل أو صور التخفيف التي أتينا على ذكر أهمها سابقا، مما لا تأتلف مع طبيعة الشخص المعنوي العام أصلا، كإندماج احتمال أن يكون عبدا رقيقا، وانعدام العاقلة لديه، وما شابه ذلك.

### المبحث الرابع

#### التأمين على المسؤولية المدنية عن أضرار المباني في القانون الجزائري

سنتناول في هذا المبحث نطاق تطبيق قانون التأمين في مطلب الأول ثم إلى أحكام التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية في مجال البناء في المطلب الثاني، وفي المطلب الرابع نتناول التأمين في منظور الفقه الإسلامي.

#### المطلب الأول: نطاق تطبيق قانون التأمين الإجباري

سننظر في هذا المطلب إلى نطاق تطبيق قانون التأمين من حيث الأشخاص في الفرع الأول ومن حيث الأضرار التي تلحق بالمباني في الفرع الثاني وكذا من حيث المسؤولية المغطاة و مداها في الفرع الثالث

#### الفرع الأول: نطاق تطبيق قانون التأمين الإجباري من حيث الأشخاص

دراسة نطاق تطبيق قانون التأمين الإجباري من المسؤولية من حيث الأشخاص تقتضي معرفة الأشخاص الذين يلتزمون بالتأمين، والأشخاص الذين يغطي التأمين مسؤوليتهم، ثم الأشخاص الذين يستفيدون من التأمين المؤمن لصالحهم.

**أولاً: الأشخاص الملتمزمون بالتأمين في مجال البناء.**

إن المشرع الجزائري قد استلزم اكتتاب عقود تأمين لتغطية نوعين من المسؤولية المدنية، فبالنسبة للنوع الأول وهي المسؤولية المدنية المهنية فلقد وسع المشرع من إلزامية التأمين منها ليشم المهندس المعماري والمقاول والمراقب التقني بل وأي متدخل شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً في أعمال البناء<sup>1</sup>.

أما النوع الثاني وهي المسؤولية العشرية فلقد قصر المشرع إلزامية التأمين منها على المهندسين المعماريين والمقاولين والمراقبين التقنيين دون غيرهم من المتدخلين في عملية البناء<sup>2</sup>.

هذا وبالرغم من أن النص المشرع كان عاماً فيما يخص إلزامية التأمين على المسؤولية، إلا أنه أورد بعض الحالات التي تكون مستثناة من إلزامية التأمين.

فبالعودة إلى نص المادة 182 من الأمر 07-95 المعدل و المتمم، نجد أن لإلزامية التأمين المنصوص عليها في المادتين 175 و 178 لا تسري على:

**أ- الدولة والجماعات المحلية:** وذلك نظراً لطبيعة المشاريع التي تقوم بإنجازها، فهي جُلها مخصصة للمنفعة العامة وتابعة للقطاع العام، كما يمكن للمباني أن تتعلق بالسرية كمباني الدفاع الوطني وما تتطلبه من سرية تامة.

**ب- الأشخاص الطبيعيون عندما يبنون مساكن خاصة للاستعمال العائلي:** وهذا نظراً لصغر حجم المشروع وقلّة تكاليفه بالمقارنة مع المشاريع ذات الطابع الصناعي و التجاري.

**ثانياً: المؤمن عليهم في مجال البناء.**

إن الأشخاص الذين يغطي التأمين مسؤوليتهم في القانون الجزائري هم أنفسهم الملتمزمون بهذا القانون ، فيجب على كل مهندس معماري ومقاول ومراقب تقني وأي متدخل في عملية البناء أن يكتب تأميناً لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء يمتد من فتح الورشة إلى غاية الاستلام النهائي للمشروع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 175 من الأمر 07-95 المعدل والمتمم المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات الجريدة الرسمية عدد 13 المنشورة بتاريخ 8 مارس 1995.

<sup>2</sup> أنظر المادة 178 من الأمر 07-95، المعدل و المتمم، سابق الذكر.

<sup>3</sup> أنظر المادة 177 من الأمر 07-95 المعدل و المتمم، سابق الذكر.

كما يلتزم أيضا المهندس المعماري والمقاول والمراقب التقني دون غيرهم باكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية يبدأ سريانهم في الاستسلام النهائي للمشروع.

وخلافا للقانون الجزائري فإن الملتزم بالتأمين في القانون المصري هو صاحب البنك، بينما المؤمن عليهم هم المهندسون والمقاول والمالك، إذ يغطي التأمين مسؤولية هؤلاء أثناء فترة التنفيذ، وأثناء فترة الضمان المنصوص عليها في المادة 651 من القانون المدني المصري.

لقد استتنت المادة 46 من قانون البناء المصري عمال المهندسين أو المقاولين أو التابعين أثناء فترة التنفيذ، باعتبار أن المهندس أو المقاول يسأل عنهم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، فضلا عن استفادتهم من نظام التأمينات الاجتماعية.

ويستبعد كذلك المتعاقدون من الباطن مع المقاول أو المهندس لأنهم لا يخضعون لنظام المسؤولين المعمارية، ولا يرتبطون بعلاقة تعاقدية مع رب العمل، لذلك فإن المسؤول عنهم هو المهندس أو المقاول الأصلي<sup>1</sup>.

### ثالثا: المؤمن لصالحهم في مجال البناء.

تنص المادة 56 من الأمر 07-95، المعدل والمتمم، المتعلق بالتأمينات على أنه " يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير" واستنادا لذلك يستفيد من التأمين على المسؤولية المدنية الغير أثناء تنفيذ المشروع<sup>2</sup>.

ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع أو ملاكيه المتتاليين إلى غاية انقضاء أجل الضمان. فيكون الأشخاص المستفيدين من التأمين الإجباري من المسؤولية العشرية في القانون الجزائري رب العمل وكذا من آلت إليه ملكيته أيا كان سبب انتقال الملكية إلى غاية انقضاء أجل الضمان<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، النظام القانوني للمباني والمنشآت، دار الجامعة الجديدة، دط، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 271.  
<sup>2</sup> عرفت شركات التأمين الغير ضمن الشروط العامة لعقد التأمين من المسؤولية المدنية المهنية أنه كل شخص غير المؤمن عليه.  
<sup>3</sup> أنظر المادة 178 من الأمر 07-95 المعدل و المتمم، سابق الذكر.

**الفرع الثاني: نطاق تطبيق القانون الإلزامي من حيث الأضرار التي تلحق بالمباني.**

في هذا الفرع نبحث نطاق تطبيق القانون من حيث نوع البناء الذي يغطيه التأمين من المسؤولية ومن حيث الخطر المغطى.

**أولاً: نطاق التأمين الإلزامي من حيث نوع المباني**

تعرضنا من قبل لمفهوم البناء وما أثير بصده من خلافات، ورأينا وجوب الأخذ بالمفهوم الواسع<sup>1</sup>، لأن ذلك يتماشى مع الحكمة من تقرير المسؤولية، ولقد وردت استثناءات أو قيود فيما يخص خضوع بعض المباني لإلزامية التأمين.

حدد القانون الجزائري قائمة المباني العمومية التي يعفى أصحابها الطبيعيون أو المعنيون من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية، والمسؤولية العشرية، والمتمثلة في المباني التالية: الجسور، الأنفاق، السدود، القنوتات، الطرق، الطرق السريعة، الحواجز المائية التلية، المكاسر، الموانئ، المرافئ، ومباني الحماية، قنوتات نقل المياه، خطوط السكك الحديدية، مدرجات هبوط الطائرة<sup>2</sup>.

إلا أنه مقارنة بالقانون الجزائري؛ فإن القانون المصري إشتراط لخضوع المبنى للتأمين الإلزامي أن يكون مكوناً من أربعة طوابق فأكثر، أو أن تصل قيمة الأعمال به إلى مليون جنيه مصري فأكثر.

أما التعليقات فهي تخضع كقاعدة عامة للتأمين أياً كانت قيمتها، ويستثنى من ذلك التعليق التي لا تجوز قيمتها مائتي ألف جنيه لمرّة واحدة ولطابق واحد، وفي حدود الاشتراطات التخطيطية والبنائية المعتمدة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.437.  
<sup>2</sup> انظر المادة 02 من القانون رقم 90-30 مؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية الجريدة الرسمية عدد 52 المنشورة بتاريخ 02 ديسمبر 1990 المعدل والمتمم.  
<sup>3</sup> راجع في ذلك المادة 46 من قانون البناء المصري لسنة 2008، سابق الذكر.

ومعنى ذلك يخضع للتأمين الإجباري إقامة بناء جديد متى كانت قيمته بلغت مليون جنيه فأكثر أو كان مبنى مكون من أربعة طوابق فأكثر، في حين أن التعليقات تخضع للتأمين الإجباري أيا كانت قيمتها واستثنى من ذلك أعمال التعليية التي لا تزيد على مائتي ألف جنيه لمرة واحدة و لطابق واحد.

لقد برر بعض الفقه بتحديد قيمة المبنى الخاضع للتأمين بمبلغ معين، برغبة في التسيير على أصحاب الأموال الصغيرة<sup>1</sup>، بإعفاء المباني المخصصة للسكن الخاص من الخضوع للتأمين نظرا لكون أصحابها يتولون بأنفسهم الإشراف على عمليات البناء والتشييد فيها باعتبار أن الأمر يخصهم من الدرجة الأولى، وأن إلزامية التأمين الغرض منها مواجهة المباني التي تنشأ بهدف الاستغلال أي العمارات والمنشآت التي تخصص للتأجير أو البيع، وذلك حتى يوفر للساكن قدرا من الأمان و يضمن الجدية في التنفيذ، غير أن اقتصار التأمين على المباني، الكبيرة لا يستبعد وجود الأخطار والأضرار بالنسبة للأعمال المتعلقة بالأنواع الأخرى من المباني، لا شك أن هذا يتنافى مع الغاية التي يسعى إليها المشرع المصري من تقرير التأمين الإجباري من المسؤولية وهو ضمان حصول المضرورين على التعويض، فضلا عن حماية و مساعدة المسؤولين على مواجهة عبء المسؤولية الذي قد يتقل كاهلهم بتعويض أضرار كبيرة قد يعجزون عن تعويضها .

ومن جهة أخرى فإن تحديد قيمة المبنى الخاضع للتأمين بمبلغ معين يؤدي إلى إخراج بعض أعمال البناء من الخضوع للتأمين الإجباري نظرا للتقلبات الاقتصادية في العصر الحالي، والانخفاض المستمر في قيمة العملة<sup>2</sup>، ولعل هذا هو الذي دفع المشرع المصري إلى زيادة الحد الأدنى في قانون البناء عن الحد الذي كان مقررا في قانون 106 لسنة 1976 أو القانون رقم 02 لسنة 1982<sup>3</sup>.

أما بخصوص أعمال التعليية فتخضع للتأمين الإجباري بصرف النظر عن قيمتها، نظرا لما تنطوي عليه من مخاطر كبيرة، إذ غالبا ما لا يتحمل البناء التعليقات اللاحقة، غير أن

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 275 نقلا عن عبد الناصر توفيق العطار، تشريعات تنظيم المباني و مسؤولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، 1982، ص 08.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 276.

<sup>3</sup> عشرة آلاف جنيه في ظل قانون 106 لسنة 1976، وثلاثين ألف جنيه في ظل القانون رقم 02 لسنة 1982.

المشرع المصري أخرج نطاق التأمين الإجباري أعمال التعلية التي لا تتجاوز قيمتها مأتي ألف جنيه لمرة واحدة و لطابق واحد على الرغم من أن احتمال الخطورة بشأنها قائم، فضلا عن ذلك فإن المشرع قصر التأمين على أعمال التعلية دون أعمال التجديد أو الترميم رغم أن القيام بهذه الأعمال ينطوي على قدر من الخطورة قد تفوق تلك المخاطر التي تترتب على أعمال التعلية<sup>1</sup>.

ولعل ذلك ما دعي جانب من الفقه المصري في معرض انتقاده للقانون 02 لسنة 1982 إلى ضرورة اعتبار أعمال التجديد و الترميم من قبيل التعليات التي يجب التأمين عليها أيا كانت قيمتها نظرا لاحتمال الخطورة الناشئة عنها<sup>2</sup>.

### ثانيا: نطاق التأمين الإجباري من حيث الخطر المغطى .

سنبحث في هذا العنصر المخاطر التي يغطيها التأمين الإجباري، و تلك المستبعد في نطاقه.

#### أ- الخطر الذي يغطيه التأمين الإجباري.

لقد ألزم المشرع الجزائري المعماري باكتتاب عقود تأمين لتغطية مسؤولية المدنية المهنية، نصت على ذلك المادة 175 من الأمر 07-95 المعدل و المتمم، وكذا مسؤولية العشرية حسب نص المادة 178 من ذات الأمر.

فبالنسبة للتأمين على المسؤولية المدنية المهنية فيتضمن الأضرار الجسدية والمادية التي قد تصيب الغير أثناء تنفيذ المشروع، وفي ذلك تنص المادة 56 من الأمر ذاته على أن " يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير"، ويستوي أن تكون هذه مسؤولية عقدية أو تقصيرية بفعل المؤمن له الشخصي غير العمدي أو بفعل تابعيه، وأيا كانت نوعية الخطأ المرتكب و خطورته.

<sup>1</sup> إن إقامة التفرقة بين أعمال التعلية وأعمال التجديد أو الترميم، لا مبرر لها، فالعمليات المعمارية أصبحت متداخلة، و على درجة كبيرة من التعقيد و التداخل، ومعيار الخطورة فيها نسبي ومتفاوت، إذ يمكن أن تكون أعمال التجديد أو الترميم أكثر خطورة من التعلية، ويمكن أن تكون أكثر من عملية في وقت واحد. أنظر: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص277.

<sup>2</sup> نزيه محمد الصادق المهدي، دراسة انتقادية لنطاق التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول بمقتضى القانون رقم 02 لسنة 1982 مع المقارنة بالقانون الفرنسي رقم 12 لسنة 1978 الخاص بالمسؤولية والتأمين الإجباري في مجال أعمال البناء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 21، أنظر عكس ذلك سميح كامل، التأمين من المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، دون دار النشر، الطبعة الأولى، 1990، ص 277.



أما التأمين على المسؤولية العشرية فيغطي الأضرار التي تثير المسؤولية العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من ق.م.ج فضلا عن الأضرار المخلة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما، عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة، ووضع الأساس و الهيكل والإحاطة و التغطية<sup>1</sup>.

### ب- المخاطر غير مغطاة بالتأمين الإجباري.

لقد سكت المشرع الجزائري بصدد الأخطار المستبعدة من نطاق التأمين الإجباري في مجال البناء، و نحيل في ذلك للقواعد العامة للتأمين، فهناك مخاطر تكون غير قابلة للتأمين سواء بحكم درجة جسامة ضررها أو التكفل بها من جهات أخرى غير شركات التأمين أو أن يكون محل هذه المخاطر غير مشروع و من أمثلة ذلك مخاطر الحروب بمختلف أشكالها سواء كانت دولية أو كانت حروب داخلية، و كذلك عدم قابلية التأمين لبعض المخاطر التي تحدث بفعل الطبيعة<sup>2</sup>، وتوجد كذلك مخاطر غير قابلة للتأمين لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة<sup>3</sup>، لذلك لجأت شركات التأمين إلى تحديد المخاطر المستثناة من التأمين ضمن دفاتر الشروط العامة لها.

وعلى عكس القانون الجزائري فإن القانون المصري من خلال نص المادة السابعة من القرار الوزاري رقم 351 لسنة 2007<sup>4</sup>، فإنه أشار إلى أن وثيقة التأمين لا تغطي المسؤولية المدنية الناشئة عن الأضرار في الحالات التالية:

- 1 راجع من ذلك المادة 181 من الأمر 07-95 المعدل و المتمم، سابق الذكر.
- 2 أنظر أحكام المواد 39،40،41 من الأمر 07-95، المعدل و المتمم، سابق الذكر.
- 3 لا يجوز التأمين ضد مخاطر التهريب و الانجاز بالأشياء المحضرة و المخالفة للنظام ؛ أنظر: جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2007، ص 41.
- 4 " يخرج من نطاق الضمان المسؤولية المدنية الناشئة بطريق مباشر أو غير مباشر في الحالات الآتية:
  - 1- الأضرار التي تلحق العهد والمهمات المملوكة للمهندسين و المقاولين أو المسلمة لأي منهم لاستخدامها في تنفيذ أعمال البناء.
  - 2- رجوع الغير على المالك البناء أو المهندس أو المقاول وفقا لقواعد المسؤولية العقدية.
  - 3- الأضرار المادية الناشئة عن الخسائر غير المباشرة أو الخسائر التبعية.
  - 4- الخسائر أو الأضرار التي قد تحدث أو تنشأ أو تتفاقم بسبب:
    - أ- حرب أو غزو أو أي عمل من عدو أجنبي أو عدوان أو عمليات حربية سواء أعلنت أو لم تعلن أو حرب أهلية أو ثوره أو تأمر أو أعمال قوى عسكرية أو سلطة غاضبة أو أعمال الإرهاب أو التخريب.
    - ب- الإشعاعات النووية أو التلوث من النشاط الإشعاعي من أي وقود نووي أو نفايات نووية أو الانفجارات النووية أو أي أجزاء منها.
    - ج- المصادرة و/أو الاستلاء أو تدمير الممتلكات بأمر الحكومة الشرعية أو الحكومة القائمة أو أي سلطة محلية.
    - د- الظواهر الطبيعية من الفيضانات أو زوابع أو عواصف أو ثورة البراكين أو الزلازل أو السيول و غيرها من الظواهر الطبيعية غير العادية و غير المألوفة"

## 1- الأضرار التي تلحق العهد والمهمات المملوكة للمهندسين أو المقاولين أو المسلمة إلى أي منهم لاستخدامها في تنفيذ أعمال البناء

هذا النوع من الأضرار يخرج من نطاق الضمان على اعتبار أن وثيقة التأمين تضمن الأضرار التي تقع نتيجة تدهم المباني والمنشآت، فضلا عن إمكانية انعقاد المسؤولية العقدية للمهندس والمقاول إذا كانت هذه العهد أو المهمات مملوكة للغير، فيكون تعويض هذا الغير وفقا لقواعد المسؤولية العقدية، وليس له حق الاستفادة من التأمين من المسؤولية، كما هو الحال بالنسبة للمؤجر إذا ما أتلّف العهد أو المهمات التي أجرها للمهندس أو المقاول لتنفيذ أعمال البناء بسبب تدهم البناء كليا أو جزئيا، فيكون له الرجوع على المهندس أو المقاول وفقا لقواعد المسؤولية العقدية.

ونفس الأمر لو كانت هذه العهد والمهمات مملوكة للمهندس أو المقاول<sup>1</sup>، فلا تغطيها وثيقة التأمين على اعتبار أن المهندس و المقاول ليسوا من الغير.

## 2- رجوع الغير على المؤمن له وفقا لأحكام المسؤولية العقدية:

إذا رجع الغير على المؤمن له للمطالبة بتعويض الأضرار الناتجة عن إخلاله بأحد التزاماته المفروضة في العقد المبرم بينهما، وذلك طبقا لأحكام المسؤولية العقدية، امتنع عليه الرجوع على أساس التأمين الإجباري للمسؤولية، وهذا يعد تطبيقا لقاعدة عدم جواز الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض، والقول بغير ذلك يعني حصول المضرور على حقه في التعويض على ما لحقه من ضرر مرتين، أحدهما من المؤمن، والأخرى من المؤمن له<sup>2</sup>، ومن ثم فلا يغطي التأمين الإجباري من المسؤولية مسؤولية المقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن العقدية، كما لا يغطي مسؤولية المهندس أو المقاول العقدية تجاه المستأجر.

<sup>1</sup> جمال عبد الرحمان محمد علي، إلزام المؤمن بالضمان في التأمين الإجباري في المسؤولية المعمارية- دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري، كلية الحقوق جامعة بني سويف، دن، دط، ص 80 و 81.

<sup>2</sup> سمير كامل، المرجع السابق، ص 71، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3، د.س، ص 1622.

**3- الأضرار المادية الناشئة عن الخسائر الغير مباشرة أو الخسائر التبعية.**

لاعتبار أن القواعد العامة في المسؤولية المدنية لا تجيز إلا التعويض عن الأضرار المباشرة، أما الأضرار الغير مباشرة فتخرج عن نطاق مسؤولية المؤمن له لانتفاء رابطة السببية، فكان يمكن الاكتفاء بما تقضي به القواعد العامة في هذا الشأن دون الحاجة إلى النص على ذلك صراحة<sup>1</sup>.

**4- الخسائر أو الأضرار التي قد تنشأ و تتفاقم بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ:**

لقد عدد المشرع المصري جملة من الأخطار تتصف بالطبيعة الاستثنائية و يمكن أن يطلق عليها وصف القوة القاهرة، فهي إما خطر عام يهدد الدولة من الخارج أو الداخل حرب أو غزو أو أي عمل من عدو أجنبي ... وإما فعل السلطة العامة نفسه المصادرة أو الاستيلاء أو التدمير للممتلكات بأمر الحكومة... وإما خطر طبيعي مما لا يدخل في التوقعات العادية للمؤمن ولا يؤخذ في الحسبان عن تحديد الأقساط الظواهر الطبيعية من فيضانات أو زوابع أو عواصف...

هذه الأخطار تعتبر سببا أجنبيا تنتفي معه المسؤولية المدنية للمهندس أو المقاول عن التهدم الكلي أو الجزئي للبناء، والتأمين الإجباري من المسؤولية المعمارية هو تأمين من المسؤولية عن تهدم البناء كليا أو جزئيا، و من تم ينتفي المؤمن بالالتزام بالضمان، وبالتالي فإن هذا التعداد لم تكن ثم حاجة إليه.

وطبقا للمادة 46 من قانون البناء لسنة 2008 فإنه يخرج من نطاق التأمين الإجباري من المسؤولية، مسؤولية المهندس أو المقاول أثناء فترة التنفيذ عن الأضرار التي تلحق عمال المهندس أو المقاول، باعتبار أن هؤلاء يخضعون لقوانين التأمينات الاجتماعية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سمير كامل، المرجع السابق، ص71.

<sup>2</sup> لقد كان القرار الوزاري رقم 282 لسنة 1982 بنص على أن وثيقة التأمين لا تغطي "...ج- الإصابات أو الأضرار المادية التي يسببها المؤمن له أو لأحد تابعيه للغير عمدا..." إلا أن هذا النص حذف في القرار الوزاري رقم 351 لسنة 2007، وكذلك القرار الوزاري رقم 352 لسنة 2007، على أساس أن المؤمن يستطيع الرجوع بقيمة ما سدده من تعويض للغير على المؤمن له في حالة الإصابات أو الأضرار المادية التي يسببها المؤمن له أو أحد تابعيه للغير عمدا، جمال عبد الرحمن علي، المرجع السابق، ص85.

الفرع الثالث: نطاق التأمين الإجباري من حيث المسؤولية المغطاة ومداهـا.

سننتظر في هذا الفرع لنطاق التأمين الاجباري في مجال البناء من حيث المسؤولية المغطاة في العنصر الاول ومن حيث مداها في العنصر الثاني.

**أولاً: نطاق التأمين الإجباري من حيث المسؤولية المغطاة**

لقد ألزم المشرع الجزائري المعماري باكتتاب عقد تأمين لتغطية المسؤولية المدنية المهنية التي قد يتعرض لها أثناء تنفيذ المشروع<sup>1</sup>، على أن يغطي هذا التأمين المسؤولية الناشئة عن الدراسات والتصاميم في الهندسة المعمارية، وعلى الدراسات والتصورات الهندسية، وكذا المسؤولية الناشئة عن تنفيذ أشغال البناء بمختلف أنواعها من حيث صلابتها ورسوخها، أو من حيث أي شيء آخر من شأنه أن يعرض أمن المنشآت للخطر، و يغطي التأمين أيضا المسؤولية الناشئة عن المراقبة المستمرة لنوعية مواد البناء، وعن الرقابة التقنية لتصميم المنشآت وعن متابعة ورشات البناء و ترميم المباني<sup>2</sup>.

كما ألزمه أيضا باكتتاب عقد لتأمين المسؤولية العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني جزائري على أن يبدأ سريان هذا التأمين من تاريخ الاستلام النهائي للمشروع.

فإذا ما وقع الحادث المؤمن منه يجب على المؤمن، قبل البحث في المسؤولية أن يعرض صاحب المشروع المؤمن عليه، أو من يكتسبه في حدود تكلفة إنجاز أشغال الإصلاح التي خلفتها الأضرار المحددة و المقدرة من قبل الخبير<sup>3</sup>.

**ثانياً: نطاق التأمين الإجباري من حيث مدى المسؤولية.**

نتناول بالدراسة هنا حدود مسؤولية الشركة المؤمنة، إذا كانت مسؤولية محددة بمبلغ معين أم أنها غير محددة بمبلغ معين.

<sup>1</sup> بن خروف عبد الرزاق، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، ج 1، ط3، مطبعة ريدكول، الجزائر، 2002، ص 231-233.  
<sup>2</sup> المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 95-414 في 9 ديسمبر 1995، يتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية، ج.ر.ع، 76 لسنة 1995.  
<sup>3</sup> أنظر أحكام المادة 183 من الأمر 95-07 المعدل و المتمم، سابق الذكر

فالقانون الجزائري في هذه النقطة أخذ بمبدأ التامين غير المحدود، فلم يضح حد أقصى لمبلغ التامين الذي يلتزم بدفعه المؤمن للمالك في حالة انعقاد مسؤولية المعماري، حيث يلتزم المؤمن وفقا للمادة 183 من الأمر 07-95 المعدل والمتمم المتعلق بالتأمينات الجزائرية بتعويض صاحب المشروع المؤمن عليه أو من يكتسبه في حدود تكلفة إنجاز أشغال الإصلاح التي خلفتها الأضرار المحددة والمقدرة من قبل الخبير<sup>1</sup>.

وعلى خلاف القانون الجزائري نجد أن المشرع المصري وضع حدا أقصى لما يمكن أن يدفعه المؤمن من تعويض جبرا للأضرار المادية والجسمانية التي تصيب الغير وهو مبلغ مليوني جنيه عن الحادث الواحد، على أن لا تتعدى مسؤولية المؤمن قبل الشخص الواحد عن الأضرار مبلغ مائة ألف جنيه<sup>2</sup>.

إن تدخل المشرع المصري لوضع حد أقصى لمسؤولية الشركة المؤمنة يبدو مفهوما على أساس أن هذا التدخل قد تم أيضا في الجانب الآخر أي بتحديد قيمة القسط الواجب أدائه عند التأمين، حيث ينبغي أن لا يتجاوز 0.2 % من قيمة المبنى، فليس لشركة التأمين أن ترفع هاته القيمة أو تطالب بمبالغ أخرى.

لقد حاول المشرع المصري إقامة قدر من التوازن الاقتصادي بين مصلحة المؤمن له بتحديد قيمة القسط وبين مصلحة المؤمن بوضوح حد أقصى لما يلزم أن يدفعه للغير المضرور، فأخذ بمبدأ التأمين محدد القيمة، إلا أن هذا التوازن القائم على حسابات مادية لها معايير ساعة وضع التشريع قد يتعرض على ضوء المتغيرات الاقتصادية للاختلال على المدى البعيد، فمعيار النسبة المؤوية المتبع في تحديد القسط يسمح بتفادي مشكل ارتفاع الأسعار، إذ أن النسبة 0.2 % تقطع دائما من قيمة المبنى، في الوقت الذي يكون فيه الحد الأقصى جامدا لأنه محدد برقم معين، فبينما الشركة تتقاضى دائما القسط الذي يتناسب مع

<sup>1</sup> إن شركات التأمين تضع حدا أقصى لمبلغ التأمين الملزمة بدفعه بالتكلفة النهائية بالأعمال المصرح بها من قبل رب العمل.

<sup>2</sup> نصت المادة 46 من قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008 في فقرتها الخامسة على أنه: " ويكون الحد الأقصى لما يدفعه المؤمن بالنسبة للأضرار التي تلحق بالغير مبلغ مليوني جنيه عن الحادث الواحد، على أن لا تتعدى مسؤولية المؤمن قبل الشخص الواحد عن الأضرار مبلغ مائة جنيه".

قيمة البناء، فإن المضرور لا يمكن أن يحصل على تعويض يتناسب مع الأضرار التي لحقت به<sup>1</sup>.

فالمشرع المصري وضع حدين لمسؤولية الشركة، الأول خاص بالأضرار التي تصيب الغير حيث لا يحق للشخص الواحد أن يتقاضى أكثر من مائة ألف جنيه كتعويض عن هذه الأضرار، الثاني خاص بجملة الأضرار المادية والجسمانية التي تصيب الغير بصفة عامة أي كل الأفراد المصابين فهنا لا تتجاوز مسؤولية الشركة مليوني جنيه عن الحادث الواحد.

فالتعويض الذي تدفعه الشركة لكل مضرور يتوقف إذن على جسامته الأضرار وعلى عدد الأشخاص المضرورين، فيمكن للمصاب أن يحصل على أكثر من مائة ألف جنيه إذا ما أصيب بأضرار مادية و جسمانية ولم يكن هناك عدد آخر كبير من المصابين ينافسه في حدود الحد الأقصى المسموح به<sup>2</sup>.

ويتعلق هذا الحد وهو مبلغ مليوني جنيه أضرار التي تصيب الغير دون تلك التي تصيب المالك بوصفه مالكا للبناء، غير أن ذلك لا يحول دون إمكانية استفادة المالك من هذا التأمين بصفته من الغير كالأضرار التي تصيب في أمواله الأخرى مثال إصابة سيارته الخاصة الموجودة بجوار البناء المتهدم، أو إصابة مبناه المجاور للبناء المتهدم، وكذا الأضرار الجسمانية التي تصيبه بصفته من الغير، في حين لا يعتبر غيرا بالنسبة للأضرار التي تلحق البناء، بل هو متعاقد.

وغني عن البيان أن وضع حد أقصى لمبلغ التأمين الذي يلتزم بدفعه المؤمن لا يعد ملزما للقاضي في حكمه بالتعويض، بل يمكن للقاضي الحكم بالتعويض الذي يراه مناسباً لجبر الضرر حتى ولو تجاوز هذا الحد الأقصى الذي وضعه المشرع لمسؤولية المؤمن، كل ما هناك أن الشركة المؤمنة تقوم بدفع الحد الأقصى المنصوص عليه في القانون،

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 287.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 288.

ويكون للمضرور الرجوع على المسؤول بباقي التعويض<sup>1</sup>، أي بما يجاوز قيمة مبلغ التأمين الذي دفعته له الشركة في حدود المبلغ الأقصى لمبلغ التأمين.

وتجد الإشارة أن العبرة في دفع مبلغ التأمين هي بالأسباب لا بالحوادث، فإذا وقعت عدة حوادث لأسباب متعددة أمكن إلزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين عدة مرات، أما إذا تعددت الحوادث وكان السبب واحدا فلا التزام على المؤمن إلا بالحد الأقصى لتعويض الغير المضرور مهما كثر عدده.

### المطلب الثاني: أحكام التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية في مجال البناء.

سندرس في هذا المطلب إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية في مجال البناء واعتباره من النظام العام في الفرع الأول، والتزامات المؤمن له في الفرع الثاني، وكذا كيفية أعمال الضمان عند وقوع الخطر المؤمن منه في الفرع الثالث.

### الفرع الأول: التأمين من المسؤولية المدنية في مجال البناء في النظام العام.

لقد أكد المشرع الجزائري على الصفة الإلزامية للتأمين من المسؤولية المدنية في مجال البناء، واعتبره من النظام العام، وجعل منه مبدءا قانونيا لا يمكن تجاوزه أو التشكيك فيه بدليل أن المادة 185 من الأمر 07-95 المعدل والمتمم المتعلقة بالتأمينات تعاقب على عدم الامتثال لهذه الإلزامية بغرامة مالية يتراوح مبلغها من 5000 دج إلى 100000 دج وذلك دون الإخلال بالعقوبات الأخرى التي يمكن أن تطبق من شأنه وفقا للتشريع المعمول به.

إن الطبيعة الملزمة للتأمين توضح تعلقه بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على استبعاده أو الحد من أحكامه، بل أكثر من ذلك يتعين على صاحب المشروع أن يشترط عند إبرام العقد على المتدخلين في نفس المشروع اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم لدى نفس المؤمن، وأن يتحقق من تنفيذ هذا الشرط<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سمير كامل، المرجع السابق، ص 103.

<sup>2</sup> أنظر المادة 179 من الأمر 07-95 المعدل و المتمم، السابق الذكر.

غير أنه إذا ما أتيح لأي من الأطراف عقب إجراء التأمين إمكانية فسخ العقد أو تعديل فترة الضمان، فإن الطبيعة الإلزامية للتأمين يمكن أن تفقد قيمتها، وتصبح الحقوق المرجو حمايتها بهذا التأمين معرضة لخطر عدم التعويض، لذلك نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة 175 من الأمر 07-95 على أنه "يعد كل عقد تأمين اكتتب بموجب هذه المادة متضمنا لشرط يضمن سريان العقد لمدة المسؤولية الملقاة على عاتق الأشخاص الخاضعين لإلزامية التأمين، ولو اتفق على خلاف ذلك".

### الفرع الثاني: التزامات المؤمن له.

نظرا للأهمية الخاصة التي تحتلها التزامات المؤمن له، حيث كثيرا ما يترتب على عدم تنفيذها ضياع حقوق المؤمن له، يتعين علينا تناولها، وهي التزامات عديدة يمكن حصرها فيما يلي: الالتزام بدفع قسط التأمين، الالتزام باتخاذ الاحتياطات اللازمة، الالتزام بالأداء بالبيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه، والالتزام بالإخطار.

### أولا: التزام المؤمن له بدفع قسط التأمين.

القسط هو ذلك المبلغ من المال الذي يدفعه المؤمن له مقابل تعهد شركة التأمين بتغطية المخاطر المؤمن منها، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين كيفية تحديد قيمة القسط في التأمين الإجباري في مجال البناء وإنما ترك ذلك وفقا للقواعد العامة حيث يخضع تحديد القسط إلى عوامل مختلفة، ولكن يتوقف بالدرجة الأولى على ما يسمى بالقاعدة النسبية، وبالدرجة الثانية على عناصره المختلفة<sup>1</sup>.

تتلخص قاعدة النسبية في تناسب القسط مع الخطر حيث يتم، تقدير القسط على أساس درجة احتمال وقوع الخطر من جهة ودرجة جسامته من جهة أخرى، هذا ما جعل شركات التأمين تعتمد على التكلفة النهائية للأعمال في تحديدها لقسط التأمين.

<sup>1</sup> يشمل القسط بالإضافة إلى القسط التجاري، و الذي يسمى بالقسط الخالص أو الصافي، أعباء تتحكم في تحديد القسط، من بينها علاوة لتغطية مصاريف ونفقات شركة التأمين التي تحملها في الواقع للمؤمن لهم، ومن بين هذه العلاوات نفقات اكتتاب العقود، و نفقات تحصيل الأقساط والضرائب والرسوم التي تعود للدولة، بالإضافة إلى الأرباح التي تسعى الشركة لتحقيقها، انظر: جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، المرجع السابق، ص49.



إن تحديد القسط في الجزائر سيعرف تطورا في المستقبل، إذ سيتم تحديده على أساس تعريفه يشارك في إعدادها الاتحادات المهنية الخاصة بمجال التأمين، تحت رقابة الدولة والمجلس الوطني للتأمينات<sup>1</sup>.

### ثانيا: التزام المؤمن له باتخاذ الاحتياطات اللازمة.

يلتزم المؤمن له بصفة عامة باتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع أي خطأ أو مسؤولية أو حادث ويجب عليه أيضا تنفيذ البناء والأعمال طبقا للأصول الفنية التي يفرضها القانون، وقد جعل المشرع للمؤمن دورا ايجابيا في مراقبة أعمال المؤمن له وهي خاصة بالرقابة والتفتيش الهندسي، أي يقوم المؤمن عن طريق أجهزته أو معاونيه، أو من يعهد إليه بذلك بمتابعة التنفيذ من حيث الاطلاع على البيانات والمستندات والرسومات الخاصة بتنفيذ هذه الأعمال، ومن هنا ألزم المشرع المؤمن له بتنفيذ ما يقرره المؤمن من تعديلات على الرسوم أو أثناء التنفيذ تحقيقا لسلامة هذه الأعمال وفقا للأصول الهندسية اللازمة.

تنص المادة 46 من قانون البناء المصري لسنة 2008 على أن "يتولى المؤمن مراجعة الرسومات، ومتابعة التنفيذ وذلك عن طريق أجهزته أو من يعهد إليه بذلك، وتحدد مسؤولية المدنية وفقا لأحكام هذا القانون " أي أن قيام الشركة بالمراجعة والمتابعة يعتبر التزاما عليها تسأل عنه، وهنا يرى الفقه أن المشرع قد أراد بذلك إضافة نوع من التحمل في التغطية وذلك لإضفاء بعض الإلزام والاهتمام من المؤمن للقيام بالتزامه من ناحية والحد قدر الإمكان من مخاطر البناء من ناحية أخرى، ولذلك قام بإشراك المؤمن بأجهزته في المراجعة الفنية والهندسية، وبصفة عامة متابعة أعمال التنفيذ لضمان الدقة المطلوبة كصمام أمان يحد من أخطار أعمال البناء<sup>2</sup>.

ولم تكف وثيقة التأمين بالنص على التزام المؤمن له باتخاذ الاحتياطات اللازمة، بل تذهب إلى حد أفراد تعهد مستقل يلحق بطلب التأمين، ويوقعه المهندس المسؤول بنفسه،

<sup>1</sup> جديدي معراج، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.2، الجزائر، 2007، ص 53.  
<sup>2</sup> قانون البناء المصري (قانون رقم 119 لسنة 2008، الجريدة الرسمية، العدد 19 مكرر (أ) في 11 مايو سنة 2008).

وتنفيذ هذا الالتزام يتم طبقاً للقواعد العامة، أي وفقاً لمعيار الرجل العادي، والإخلال به يخول الشركة حق الرجوع على المهندس أو المقاول المسؤول بما تكون قد دفعته من تعويض عن أي حادث يدخل نطاق وثيقة التأمين<sup>1</sup>، ولا يمكن للشركة أن تدفع عن نفسها مسؤولية تغطية الأضرار التي تشملها وثيقة التأمين بحجة عدم قيام المؤمن له بالتعديلات المشار إليها<sup>2</sup>، لأن ذلك يعتبر إهداراً للصفة الإلزامية للتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تلحق الغير بسبب ما يحدث في المباني والمنشآت من تدهم كلي أو جزئي، وقد قضى في فرنسا في هذا الخصوص بأن وجود مثل هذا الشرط في وثائق التأمين يعتبر نوعاً من عدم التأمين واستبعاداً له، ومن ثم لا يرتب أي آثار، ولا يجوز للمؤمن التمسك بعدم التأمين<sup>3</sup>.

### ثالثاً: الالتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه.

يقع على عاتق المؤمن له التزام بأن يدلي بالبيانات المتعلقة بالخطر وقت إبرام عقد التأمين الإجباري من المسؤولية المعمارية، كما يلتزم بإعلام المؤمن بكافة البيانات على تفاقم الخطر أثناء سريان العقد.

### أ- الالتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر أثناء إبرام العقد.

يعتبر هذا الالتزام من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المؤمن له، وذلك حتى يتمكن المؤمن من تقدير الخطر والقسط الذي يتناسب معه، ويعتبر هذا الالتزام في القانون الجزائري تطبيقاً للقواعد العامة في التأمين، باعتباره من الالتزامات البديهية التي تربط بعقد تأمين<sup>4</sup>.

كما نصت المادة 1066 من المشروع التمهيدي للقانون المدني مصري على أنه "يلتزم طالب التأمين بما يأتي:.... - أن يقرر في دقة وقت إبرام العقد كل الظروف المعلومة له

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 295.

<sup>2</sup> يمكن اعتبار تحلل المؤمن من التزامه الأساسي و هو تغطية الأضرار التي تغطيها الوثيقة، بمثابة فسخ لعقد التأمين، لعدم قيام المؤمن له بتنفيذ التزامه بإجراء التعديلات المطلوبة، غير أنه ينبغي استبعاد القواعد العامة في فسخ العقد و ذلك لتعلق قواعد التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث البناء بالنظام العام سميير كامل، المرجع السابق، ص 118.

<sup>3</sup> حكم لمحكمة النقض الفرنسية في 3 نوفمبر 1981، أشار له جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 131.

<sup>4</sup> نصت المادة 15 من الأمر 95-07 المعدل والمتمم المتعلقة بالتأمينات الجزائري، "يلزم المؤمن له:

- بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها ..."

والتي يهتم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه ويعتبر مهما في هذا الشأن الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة محددة ومكتوبة...<sup>1</sup>.

وعلى ذلك يلتزم المؤمن له بالإدلاء بكافة البيانات والظروف المتعلقة بالخطر المؤمن منه، وينبغي أن تكون هذه البيانات كاملة وصادقة وتستوفي الشروط التالية:

### 1- أن تكون بيانات مؤثرة في الخطر المؤمن منه:

يلتزم المؤمن له بإعلام المؤمن بكافة البيانات المؤثرة على فكرة المؤمن من الخطر، حتى يتمكن المؤمن من تقدير المخاطر المضمونة، والمقصود بتقدير الخطر هو تقديره كميًا أي قياسه حسابيًا ومعرفة درجة احتمال تحققه، وبالتالي الثمن العادل الذي يجب أن يحصل عليه المؤمن له كمقابل تبعة المخاطر، ودرجة الخطر تحددها الوقائع والظروف والملايسات المحيطة بموضوع التأمين، فالمؤمن يهتم بمعرفة الوقائع والملايسات المؤثرة في الخطر، إما لأنها قد تسبب أو تساهم أو تزيد من احتمال وقوعه، وإما لأنها قد تؤدي إلى تفاقم آثاره أو كليهما معًا، بإبراز هذه الظروف والملايسات، تمكن المؤمن من قياس الخطر من زواياه المختلفة، وبالتالي تكون له صورة حقيقية وواقعية عن أهمية الخطر وجسامة العبء الذي يراد نقله على عاتقه، وهو الخطر الذي يهدف التأمين إلى ضمان آثاره.

وعلى ذلك يمكن القول أنه يعتبر بيان مؤثر في الخطر، ذلك البيان الذي لو علم به المؤمن لأثر على قراره بشأن القيد، بحيث لو علم به قبل إبرام العقد لما أقدم على إبرام العقد، أو لن يبرمه إلا نظير قسط أعلى، والمعيار في هذه الحالة معيار شخصي باعتبار أن تقدير أهمية البيان أو الظرف يرتبط بالموقف الذي كان هذا المؤمن بالذات سيتخذه تجاه مسألة إبرام العقد، أي أنه يستند على وجهة النظر الخاصة بالمؤمن، والتي قد تختلف من مؤمن إلى آخر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية، ج5، ص 239 في الهامش، نقلا عن جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 133.

<sup>2</sup> سمير كامل، المرجع السابق، ص 121.

## 2- أن تكون البيانات معلومة للمؤمن له:

يجب أن تكون البيانات بالإضافة إلى كونها مؤثرة في الخطر المؤمن منه، معلومة من المؤمن له، وهذا الشرط بديهي إذ كيف يتسنى التزام المؤمن له بالإدلاء بأمر يجهله، لذلك ينبغي على المؤمن له إعلان المؤمن بكل ما يعلم به من بيانات من الخطر المؤمن منه ولو كان ذلك مجرد شائعة لم تتأكد له صحتها بعد، ولو كان لا يعلم تأثير هذا البيان على الخطر.

ويجب التمييز في هذا الصدد بين جهل المؤمن له ببيان عن الخطر، وبين حسن نيته، فالمؤمن له يكون جاهلاً إذا لم يعرف بالبيان أبداً، و يكون حسن النية إذا كان عالماً به، ولكن لم يعلنه أو أعلنه إعلاناً غير صحيح دون غش، بل عن إهمال وعدم اكتراث.

وإذا كان المؤمن له لا يسأل عن جهله، فإن حسن نيته لا يعفيه من المسؤولية، وبالتالي من التعرض للجزاء القانوني، إلا أن هذا الجزاء يكون أخف من جزاء المؤمن له سيء النية.<sup>1</sup>

والمعيار في تقدير مدى علم المؤمن له بالبيان من عدم علمه هو معيار شخصي، ولذلك فلا التزام على المؤمن له بإعلان ما كان يجب أن يعلمه حتماً من بيانات، لأن العبرة هي بما يعلم به المؤمن له حقيقة من بيانات<sup>2</sup>.

والأصل أن يقوم المؤمن له من تلقاء نفسه بالإدلاء بالبيانات المؤثرة في خطر المؤمن، دون حاجة إلى أن يوجه له المؤمن أي أسئلة في هذا الصدد، إلا أنه نظراً للمسائل المعقدة التي أدى إليها تطور التأمين وبحكم أن المؤمن بفضل خبرته المهنية يكون في وضع أفضل من حيث معرفة تلك البيانات المؤثرة في الخطر، فلقد جرى العمل على أنه يوجه المؤمن إلى المؤمن له أسئلة مطبوعة يطلب منه الإجابة عليها بدقة وأمانة، حتى يتبين من خلالها

<sup>1</sup> سمير كامل، المرجع السابق، ص 123.

<sup>2</sup> جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 142.

طبيعة الخطر المطلوب التأمين منه وكافة الظروف المحيطة به، وذلك حتى يتمكن المؤمن من إثبات سوء نية المؤمن له إذا تعمد الكتمان أو تقديم بيانات غير صحيحة<sup>1</sup>.

قد يثور التساؤل حول ما إذا كان يكفي لوفاء المؤمن له بالتزامه بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر قيامه بالإجابة على أسئلة المؤمن، أم أنه يلزم بالإضافة إلى ذلك الإقرار تلقائيا بكل ظرف يعلمه من شأنه أن يؤثر على فكرة الخطر لدى المؤمن.

ذهب البعض إلى أن المؤمن له لا يعتبر أنه قد وفى بالتزامه بمجرد الإجابة على الأسئلة المحددة المطبوعة من قبل المؤمن، بل يجب عليه الإقرار تلقائيا بأي بيان آخر مؤثر لم يرد في نموذج الأسئلة، باعتبار أن عقد التأمين من العقود التي تستند إلى مبدأ حسن النية في إبرامها<sup>2</sup>.

إلا أن جانبا آخر من الفقه يعتبر أن المؤمن له إذا ما قام بالإجابة بوضوح ودقة على الأسئلة المحددة المطبوعة من قبل المؤمن يكون قد أوفى بالتزامه بالإدلاء ببيانات الخطر المؤمن منه، مادام أن المؤمن لم يطلب منه أن يقدم بجانب الإجابة على الأسئلة المطبوعة تقريرا تلقائيا، فوجود مثل هذا النموذج من الأسئلة المحددة المطبوعة يفترض معها أنها تمثل البيانات المؤثرة التي يرغب المؤمن في معرفتها، وأنه ليس بوسع المؤمن له العلم بأهمية ما عداها من بيانات طالما أنه قد قدم إجابات كاملة وواضحة وصحيحة عن الأسئلة المطبوعة وقد تبني المشرع الجزائري هذا المسلك في المادة 15 من قانون التأمينات<sup>3</sup>.

وإذا ما أخل المؤمن له بالتزامه بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر أثناء إبرام العقد، تقضي القواعد العامة في التأمين أن الجزاء يتمثل إما في بطلان العقد في حالة غش أو عمد المؤمن له، وإما الفسخ أو سقوط الحق في التعويض أو زيادة القسط أو إنقاص التعويض في حالة حسن النية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cass.3<sup>e</sup> civ., 08 Juillet 2015, N° 13-25-223,R.D.I.N°12 décembre 2015, p.602, obs. DESSUET Pascal.

<sup>2</sup> نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 247؛ أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون و القضاء، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1983، ص 308، أشار لها جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 138.

<sup>3</sup> سمير كامل، المرجع السابق، ص 126؛ جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 138.

<sup>4</sup> أنظر المواد 19 و 21 من قانون التأمينات الجزائري.

لقد نادى بعض الفقه<sup>1</sup> بضرورة عدم إعمال القواعد العامة خصوصا بعد وقوع الخطر المؤمن منه قبل اكتشاف الحقيقة، فبدلا من إبطال عقد التأمين ينبغي الالتزام بدفع التعويض للمضرور ويبقى للمؤمن الرجوع بما دفعه على المؤمن له، فهذا ما يتفق مع الأخذ بالصفة الإلزامية للتأمين من المسؤولية المعمارية .

### ب- الالتزام بإعلان تفاقم الخطر أثناء سريان العقد.

هذا الالتزام في القانون الجزائري يعد تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بأنه إذا استجدت في أثناء سريان العقد ظروف من شأنها أن تؤدي إلى تفاقم الخطر المؤمن منه، فإن المؤمن له يلتزم بأن يبلغ المؤمن بها سواء ترتب على تلك الظروف زيادة فرص وقوع الخطر أو زيادة جسامة ما قد ينتج عنه من أضرار عند تحققها، حتى يتسنى للمؤمن إعادة حساباته في ضوء المتغيرات الجديدة<sup>2</sup>.

من خلال ما سبق يمكن الإشارة الى شروط تطبيق هذا الالتزام فيما يلي:

#### 1- أن يطرأ التعديل الجوهرى بعد إبرام عقد التأمين وأثناء سريانه:

ويكون التعديل جوهريا إذا كان من شأنه أن يزيد في الخطر زيادة لو كانت قائمة وقت إبرام العقد لا تمنع المؤمن عن التعاقد، أو لما تعاقد إلا في نظير مقابل أكبر، أما التعديلات السابقة على التعاقد، والتي تؤثر على فكرة الخطر والتي أغفل المؤمن له ذكرها سواء كان ذلك بحسن نية أو سوء نية، فإنها تخرج عن نطاق هذا الالتزام.

#### 2- يجب أن تؤدي هذه التعديلات الجوهرية في تفاقم الخطر:

إذا لم يكن من شأن هذه التعديلات أن تؤثر على الخطر، سواء من حيث زيادة احتمالات وقوعه ومن حيث زيادة جسامته إذا وقع، فإنه لا يعتد بها، ولا يلتزم المؤمن له بالإخطار عنها.

<sup>1</sup> سمير كامل، المرجع السابق، ص 130؛ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 297.

<sup>2</sup> نصت المادة 15 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات الجزائري "يلزم المؤمن له :

- بالتصريح الدقيق بتغيير الخطر أو تفاقمه إذا كان خارجا عن إرادة المؤمن له خلال سبعة 7 أيام ابتداء من تاريخ اطلاعه عليه، إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة.

- بالتصريح المسبق للمؤمن بتغيير الخطر أو تفاقمه بفعل المؤمن له.

- في كلتا الحالتين يقدم التصريح للمؤمن بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالاستلام

ويقع على عاتق المؤمن عبء إثبات تأثير هذه التعديلات على الخطر، علما أن ذلك يعد من المسائل القانونية التي يخضع فيها القاضي للرقابة.

### 3- يجب أن تكون هذه التعديلات الجوهرية معلومة للمؤمن له:

التعديلات الجوهرية التي تطرأ على موضوع التأمين، إما أن تكون من عمل المؤمن له نفسه، وفي هذه الحالة لا يوجد شك في أنه يعلمها، وإما أن لا تكون من عمله وفي هذه الحالة لا يلتزم بالإخطار عنها إلا إذا علمها، ويكفي لتوفر هذا الشرط مجرد علم المؤمن له بهذه التعديلات الجوهرية ولو لم يكن عالما بآثارها على الخطر<sup>1</sup>.

إذا توافرت هذه الشروط وجب على المؤمن له إخطار المؤمن بالتعديلات الجوهرية التي طرأت على المباني والمنشآت موضوع التأمين، وفي هذه الحالة يجب التمييز بين فرضين:

### 3-1- أن تكون هذه التعديلات الجوهرية قد تمت بفعل المؤمن له:

كتعلية البناء دون الحصول على ترخيص، أو التعديل في طريقة تنفيذ الأعمال<sup>2</sup>، في هذه الحالة يجب على المؤمن له قبل أن يقوم بإجراء هذه التعديلات أن يخطر المؤمن بها ويحصل على موافقته على القيام بها<sup>3</sup>، وإلا سقط حقه في مبلغ التأمين<sup>4</sup>.

### 3-2- أن تكون التعديلات الجوهرية ترجع إلى سبب خارج عن إرادة المؤمن له:

بمعنى أن لا يكون له يد في إحداثها، كأعمال الحفر أو البناء التي يقوم بها الجار بما يهدد المبنى موضوع التأمين، في هذه الحالة يجب على المؤمن له إخطار المؤمن بمجرد علمه بها، دون انتظار التنفيذ الفعلي لها.

من الملاحظ أن المشرع الجزائري أوجب أن يتم هذا الإخطار خلال سبعة أيام ابتداء من تاريخ اطلاع المؤمن له على هذه التعديلات، والمشرع الفرنسي نص على مدة أطول وهي خمسة عشر يوم من تاريخ العلم بها، أما المشرع المصري فلم ينص على مدة يجب

<sup>1</sup> سمير كامل، المرجع السابق، ص 130 و131.

<sup>2</sup> 3° civ. ,22 octobre 2014, n° 13-25.430, FS-B+B : Juris .Data. N°2014-

025085,const.Urb.,A.J.F.I. ,N°12 Décembre 2014, p. 28, Note Marie-Laure PAGES-De VARENNE

<sup>3</sup> جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 70.

<sup>4</sup> جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، المرجع السابق، ص 70.

أن يتم خلالها الإخطار، لذلك يجب أن يتم هذا الخطر خلال مدة معقولة يخضع تقديرها لقاضي الموضوع<sup>1</sup>.

وإذا ما أخل المؤمن له بالتزامه بإخطار المؤمن بما يطرأ من تعديلات جوهرية على المباني والمنشآت موضوع التأمين خلال مدة سريان وثيقة التأمين، تقضي القواعد العامة في هذا الشأن ببطلان عقد التأمين إذا كان الإخلال بالالتزام بالإخطار قد تم عن غش أو عمد، وفسخ العقد أو سقوط الحق في التعويض أو زيادة قسط التأمين أو إنقاص التعويض إذا كان الإخلال بالالتزام بالإخطار قد تم بحسن نية.

#### رابعاً: التزام المؤمن له بالإخطار.

يلتزم المؤمن له بإخطار المؤمن بأي توقف عن أعمال التنفيذ، وبأي حوالة أو تنازل للغير عن الحقوق المخولة بوثيقة التأمين، كما يلزم بإخطار المؤمن الحادث، وذلك على النحو التالي:

#### أ- الالتزام بالأخطار عن أي توقف في تنفيذ الأعمال.

لقد ألزم القرار الوزاري رقم 351 لسنة 2007 في المادة العاشرة منه " المؤمن له بإخطار المؤمن عن أي توقف عن تنفيذ الأعمال موضوع التأمين إذا تجاوزت مدة ثلاثة شهور"، وقد رتب على ذلك عدم جواز استئناف المؤمن له للأعمال إلا بعد إخطار المؤمن له بذلك"، والحصول منه على إفادة، بناء على تقرير فني من المهندس المراجع للمشروع أو من ينوب عنه، تتضمن أن فترة التوقف لم تؤثر على إمكانية إتمام الأعمال موضوع التأمين".

وترجع الحكمة من التزام المؤمن له بالإخطار في هذه الحالة إلى رغبة المشرع في وقوف المؤمن على حالة الأعمال أثناء فترة التوقف، ومدى إمكان إتمامها بعد هذا التوقف. وباعتبار أن الإخلال بالالتزام بالإخطار عن أي توقف عن تنفيذ الأعمال، أو الحصول على موافقة المؤمن قبل استئنافها، من قبيل الإخلال بالالتزامات الواردة في وثيقة التأمين،

<sup>1</sup> جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 158 .



فيكون للمؤمن حق الرجوع على المؤمن له بما سدده للغير من تعويض عن أي حادث يدخل في نطاق التأمين في حالة إخلال المؤمن له بالتزاماته الواردة في وثيقة التأمين<sup>1</sup>.

### ب- الالتزام بالإخطار بحوالة الحقوق الناتجة عن وثيقة التأمين، أو التنازل للغير عنها:

نصت المادة 24 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات الجزائري في فقرتها الأولى على أنه "إذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه اثر وفاة أو تصرف، يستمر أثر التأمين لفائدة الوارث أو المشتري شريطة أن يستوفي جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد ويتعين على المتصرف أو الوارث أو المشتري أن يصرح للمؤمن بنقل الملكية".

وطبقا لنص المادة 17 من القرار الوزاري رقم 351 لسنة 2007 والبند 14 من القرار الوزاري رقم 352 لسنة 2007، فإن المؤمن له يلتزم بإخطار المؤمن كتابة بكل حوالة أو تنازل للغير عن الحقوق المخولة له بمقتضى وثيقة التأمين من المسؤولية".

يتعين على المؤمن له إخطار المؤمن بكل حوالة أو تنازل للغير عن الحقوق المخولة بوثيقة التأمين، ويجوز صدور هذا الإخطار عن المحال له أو المتنازل إليه، باعتبار أن كليهما له مصلحة في إخطار المؤمن بذلك حتى يضمن انتقال التأمين إليه.

المشرع الجزائري اشترط على المؤمن له التصريح للمؤمن بنقل الملكية، بمعنى إعلامه بها دون أن يشترط موافقته عليها، في حين أن المشرع المصري اشترط لكي تسري الحوالة أو التنازل في مواجهة المؤمن صدور موافقة كتابية منه، ومعنى ذلك أنه إذا لم يتم المؤمن له بإخطار كتابة بالحوالة أو التنازل والحصول على موافقته الكتابية بقبولها، فلن تكون هذه الحوالة أو التنازل سارية في حقه<sup>2</sup>.

### ج- الالتزام بالإخطار عن وقوع الحادث المؤمن منه.

إذا تحقق الخطر المؤمن منه، وعلم المؤمن له بتحقيقه على وجه يستوجب مسؤولية المؤمن عن ضمانه، فإن المؤمن له يلتزم عندئذ بإخطار المؤمن بوقوع الحادث الذي نجم عنه تحقق الخطر.

طبقا للمادة 15 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات، ألزم المشرع الجزائري المؤمن له "5...- بتبليغ المؤمن عن كل حادث ينجر عنه الضمان بمجرد اطلاعه عليه، وفي أجل

<sup>1</sup> جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 162.  
<sup>2</sup> جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع نفسه، ص 163.

لا يتعدى 7 أيام، إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة، وأن يزوده بجميع الإيضاحات الصحيحة التي تتعلق بهذا الحادث وبمدها، كما يزوده بكل الوثائق الضرورية التي يتطلبها منه المؤمن".

كما أن المادة 12 من القرار الوزاري رقم 351 لسنة 2007 والبند الثامن من القرار الوزاري رقم 352 لسنة 2007 توجب على المؤمن له أو من ينوب عنه في حالة وقوع الحادث إخطار السلطات المختصة، وإخطار المؤمن فوراً بالحادث بأي وسيلة قابلة للإثبات يعقبه خطاب مسجل بعلم وصول يتضمن البيانات والمعلومات المتعلقة بالحادث والمتسبب فيه، وما ترتب عليه من أضرار للغير ورقم محضر الشرطة وأسماء وعناوين الشهود<sup>1</sup>.

إن الالتزام بالإخطار يقع على عاتق المؤمن له، أو من ينوب عنه، كما يجوز أن يصدر الإخطار من المضرور نفسه تمهيدا لاستعمال حقه في الدعوى المباشرة تجاه المؤمن، ويقع على عاتق المؤمن له عبء إثبات قيامه بالإخطار.

كما أنه إذا خالف المؤمن له التزامه بإخطار المؤمن بوقوع الحادث المؤمن منه فإن القواعد العامة تسمح بإنقاص قيمة مبلغ التأمين ما لم يثبت سوء نية المؤمن له أو غشه أو تعمده عدم إخطار المؤمن، للحيلولة بين هذا الأخير والوقوف على أسباب تحقق الخطر في الوقت المناسب، فيسقط حق المؤمن له في مبلغ التأمين.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 22 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات على أنه إذا خالف المؤمن له هذا الالتزام وترتب عن ذلك نتائج ساهمت في الأضرار أو في اتساع مداها، جاز للمؤمن تخفيض التعويض في حدود الضرر الفعلي الذي لحق به.

<sup>1</sup> سمير كامل، المرجع السابق، ص 138.

**المطلب الثالث: إعمال الضمان.**

عند وقوع الخطر موضوع التأمين من المسؤولية المعمارية، يكون للمضروب الحق في الحصول على التعويض من طرف المؤمن له أو المؤمن، مع أحقية هذا الأخير في الرجوع بعد ذلك على المسؤول بما دفعه للمضروب من تعويض في حدود مبلغ التأمين.

**الفرع الأول: تسوية الضمان.**

تسوية الضمان إما وديا أو قضائيا.

**أولا: المطالبة بالضمان وديا.**

إذا ما فضل المضروب الرجوع مباشرة على المؤمن للمطالبة بالتعويض، يتعين على هذا الأخير طبقا للمادة 183 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات أن يعين خبير لتقدير الأضرار وكذا تكلفة انجاز أشغال إصلاحها، وذلك في ظرف سبعة 7 أيام ابتداء من تاريخ التصريح بالحادث.

فإذا ما اتفق المؤمن والمضروب على مبلغ الأضرار، يجب أن يدفع التعويض المستحق خلال 3 أشهر ابتداء من تاريخ معاينة الأضرار من قبل الخبير المفوض لهذا الغرض. وفي حالة عدم الاتفاق على المبلغ المحدد من قبل الخبير، يتعين على المؤمن مهما كان الأمر أن يدفع في الأجل المحدد هذا المبلغ، على أن تفصل الجهة القضائية المختصة في التراجع وفي المبلغ النهائي للتعويض.

**ثانيا: المطالبة بالضمان قضائيا.**

في حالة عدم الاتفاق حول مبلغ التأمين، يستطيع المضروب رفع دعوى مباشرة ضد شركة التأمين للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته، هذه الدعوى سنبحث عن أساسها، شروط استعمالها وآثارها القانونية وآجال تقادمها.

**أ- أساس الدعوى المباشرة.**

بالرجوع إلى القانون الجزائري فلا يوجد نص مماثل يخول المضروب من حوادث البناء الرجوع مباشرة على المؤمن، أي تقرير دعوى مباشرة له قبل المؤمن.

جانب من الفقه<sup>1</sup>، ذهب إلى إمكان رجوع الغير المضرور مباشرة على المؤمن في التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث البناء أخذاً بالقياس على التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات نظراً للصفة الإلزامية لهذا النوع من التأمين واتصاله بالنظام العام.

غير أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به، إذ من المعروف أن إعطاء المضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن ولرد على خلاف الأصل الذي يجعل الدائنين متساوين في الضمان العام لمدينهم، ومادام الأمر كذلك فإن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، هذا بالإضافة إلى عدم إمكان تقرير الدعوى المباشرة دون نص تشريعي<sup>2</sup>.

وذهب جانب آخر من الفقه إلى تقرير دعوى مباشرة للمضرور ضد المؤمن للحصول منه على مبلغ التعويض على أساس الاشتراط لمصلحة الغير، حيث قيل بأن المؤمن له، ورغبة منه في تجنب مخاطر مسؤوليته، له أن يشترط لحظة التعاقد مع المؤمن أن يدفع هذا الأخير مبلغ التأمين للمضرور المستقبل، وهو اشتراط ضمني تضمنه عقد التأمين لمصلحة المضرور المحتمل<sup>3</sup>.

غير أن هذا الأساس غير صحيح، لأن المؤمن له لم يعقد التأمين من المسؤولية الا لمصلحته هو لا لمصلحة المضرور، وأن المؤمن لم يعقد التأمين إلا لكي يعوض المؤمن له عند تحقق مسؤوليته، وليس تعويض المضرور عما لحقه من ضرر، لذلك لم تقر محكمة النقض المصرية الدعوى المباشرة، إلا إذا تبين أن وثيقة التأمين قصد بها الاشتراط لمصلحة الغير، وفي هذه الحالة تنطبق القواعد الخاصة بالاشتراط<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 299.

<sup>2</sup> سمير كامل، المرجع السابق، ص 168.

<sup>3</sup> جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 206.

<sup>4</sup> قضت محكمة النقض المصرية بأن المشرع المصري لم يورد على خلاف التشريعات الأخرى نصاً خاصاً يقرر بان للمصاب حقاً مباشراً في مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، و الذي يسأل عنه المستأمن، فوجب الرجوع إلى القواعد العامة لتعرف ما إذا كانت الوثيقة التأمين من مسؤولية المستأمن قصد بها اشتراط لمصلحة الغير، أم قصد بها اتفاقاً خاصاً بين الطرفين المتعاقدين، فإذا كان الحق الذي اشترطه المستأمن إنما اشترط لنفسه، فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منها منفعة على الغير، أما من مشارطه التأمين أن العقدين قصداً تخويل المصاب الحق المباشر في منافع العقد، فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هي التي تطبق، نقض مدني في 05 ماي 1955، أشار له جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، هامش 14، ص 206-207.

## ب- شروط استعمال الدعوى المباشرة.

يشترط بأن يكون المضرور هو من باشر هذه الدعوى، وهو كل من أصابه الضرر نتيجة لخطأ المسؤول المؤمن له، وإذا مات المضرور سواء أكان هو المالك أو الغير خلفه وورثته، وقد ينزل المضرور عن حقه للغير، فيكون للمحال له إقامة الدعوى المباشرة. وإذا تعدد المضرورين وكان مبلغ التأمين لا يكفي لتعويضهم جميعاً، قسم مبلغ التأمين بينهم قسمة غرماً.

كما يشترط لاستعمال الدعوى المباشرة أن لا يكون المضرور قد سبق تعويضه عن الضرر الذي لحق به، فإذا كان المضرور قد استوفى حقه كاملاً من المسؤول المؤمن له، فلن يكون له حق الرجوع على المؤمن بالدعوى المباشرة، مع بقاء حق المؤمن له في الرجوع على المؤمن بمبلغ التأمين، أما إذا لم يستوف المضرور حقه من المؤمن له، فله حق الرجوع بالدعوى المباشرة على المؤمن في حدود مبلغ التأمين، والحكمة في ذلك ترجع إلى أن المضرور بتحويله حق الرجوع بالدعوى المباشرة على المؤمن يكون قد أصبح له مدينين بالتعويض المستحق له، أولهما المؤمن له المسؤول وهو مدين طبقاً لقواعد المسؤولية وثانيهما المؤمن طبقاً لأحكام الدعوى المباشرة، وهما مسؤولان تجاه المضرور بالتضام، دون أن يكون بينهما تضام.

ويثور التساؤل حول مدى اشتراط اختصاص المؤمن له في الدعوى المباشرة، إذا لم يكن المضرور قد حصل على حكم نهائي بالتعويض المستحق، للإجابة على هذا التساؤل لابد من التفرقة بين فرضين:

**1- حصول المضرور على حكم نهائي يقرر مسؤولية المؤمن له ومقدار التعويض المستحق له، حيث يستطيع في هذه الحالة رفع دعواه المباشرة ضد المؤمن دون حاجة إلى اختصاص المؤمن له فيها<sup>1</sup>.**

**2- عدم حصول المضرور على حكم نهائي بالتعويض المستحق، حيث ذهب رأي في القضاء الفرنسي إلى أنه يجب على المضرور اختصاص المؤمن له في الدعوى المباشرة حتى**

<sup>1</sup> هنالك من الفقه إلى وجوب حصول المضرور على حكم نهائي بالتعويض على رفع الدعوى المباشرة على المؤمن إلا أنه يعاب على هذا الرأي أنه يطيل الفترة التي يمكن أن يحصل فيها المضرور على التعويض، ثم يرفع بعد ذلك الدعوى المباشرة على المؤمن، وهذا يستغرق وقتاً طويلاً فضلاً عن ذلك فإن هذا الرأي أفقد الدعوى المباشرة استقلاليتها، إذ اعتبرها تابعة لدعوى المسؤولية، سميير كامل، المرجع السابق، ص172.

يمكن تحديد الحق في التعويض ومقداره والمبلغ الذي يلتزم المؤمن بدفعه للمضرور، مالم يكن اختصاص المؤمن له عديم الفائدة أو مستحيلا ماديا أو قانونيا.

### ج- آثار الدعوى المباشرة.

إن الدعوى المباشرة تخول المضرور حصوله على التعويض من خلال التأمين، ويكون في مأمن من مزاحمة دائني المؤمن له في هذا التعويض، طالما كان في حدود مبلغ التأمين، وإذا تعدد المضرورون الذين يحق لهم إقامة الدعوى المباشرة تجاه المؤمن، كان لكل منهم حق مباشر في مبلغ التأمين، فإذا تعددت الدعاوى المباشرة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق كل صاحب دعوى، كان له الحق في تعويض ضرره في حدود مبلغ التأمين، إذا كانت التعويضات تزيد على مبلغ التأمين اشتركوا جميعا في هذا المبلغ قسمة غرما، كل بنسبة تعادل دينه إلى مجموع الديون، إذ أن حقوقهم جميعا مصدرها واحد واحد، ويبيها واحد المتمثل في الحادث الذي ألحق الضرر بكل منهم، أما إذا رفع بعض المضرورين الدعوى المباشرة ضد المؤمن وتراخى في رفعها البعض الآخر، فإن المؤمن عليه أن يوفي بالتعويض لمن رفع دعواه المباشرة ضده، طالما كان في حدود مبلغ التأمين، ولو استنفذ التعويض كل مبلغ التأمين، وذلك حتى لا يظل حصول المضرور النشط على حقه في التعويض مرهونا بتحريك المضرور المهمل<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى القواعد العامة في التأمين من المسؤولية، نجد أن الحق الذي ينتقل إلى المضرور ليستوفي منه حقه هو نفسه حق المؤمن له في ذمة المؤمن، وينتقل بتوابعه، وفوائده، وضمائنه، ودفوعه، من يوم وقوع الحادث، أي من وقت ثبوت حق المضرور في الدعوى المباشرة، إلا أن التساؤل يثور حول مدى حق المؤمن في التمسك في مواجهة المضرور بجميع الدفع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة المؤمن له؟

### د- تقادم الدعوى المباشرة.

يثور التساؤل حول ما إذا كانت الدعوى المباشرة التي يرفعها المضرور ضد المؤمن تخضع للتقادم القصير المنصوص عليه في المادة 27 من الأمر 95-07 المتضمن قانون التأمينات الجزائري، أم تخضع للقواعد العامة في التقادم؟

<sup>1</sup> جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 231-232.

ذهب أغلبية الفقه إلى أن الدعوى المباشرة التي يرفعها المضرور ضد المؤمن في حالة التأمين من المسؤولية لا تجد مصدرها في عقد التأمين وان كانت تتوقف على وجود عقد التأمين بين المؤمن والمؤمن له المسؤول، ويتم مباشرتها في حدود هذا العقد، إلا أنها تجد مصدرها في الحق في تعويض الضرر الذي أصاب المضرور الذي قامت مسؤولية المؤمن عنه، ونظرا إلى أن الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات في الجزائر، لم يأتي بنص صريح يحدد مدة تقادم الدعوى المباشرة، ونظرا إلى أن هذه الدعوى لا تجد مصدرها في عقد التأمين، لذلك فهي لا تخضع للتقادم القصير المنصوص عليه في المادة 27 من الأمر رقم 07-95، بل تخضع للقواعد العامة في التقادم المسقط.

### الفرع الثاني: حق الرجوع والحلول.

لما كان المؤمن ملتزما بسداد مبلغ التأمين لمن يستحقه، بصرف النظر عما إذا كان هو المؤمن له أو الغير بمجرد وقوع الحادث المؤمن منه، دون أن يكون له الحق في التحلل من التزامه بالضمان بفعل الغير ومسؤوليته عن وقوع الضرر المؤمن منه، أو بفعل المؤمن له أو خطئه، ففي التأمين الإجباري من المسؤولية المعمارية، المؤمن لا يستطيع أن يحتج في مواجهة المضرور المستفيد من التأمين بالدفع التي يستطيع التمسك بها في مواجهة المؤمن له سواء كانت سابقة أو لاحقة على الدعوى المباشرة، حيث يلتزم بسداد مبلغ التأمين للمضرور مباشرة، مع أحقيته في الرجوع بعد ذلك على المؤمن له بما دفعه للمضرور من تعويض حدود مبلغ التأمين.

كما يلتزم بأداء مبلغ التأمين للمستفيد المؤمن له أو الغير، ثم الرجوع بعد ذلك على الغير مسؤول عن الضرر بما أداه من تعويض للمضرور، بيد أنه قد يقوم المؤمن له بنفسه بأداء التعويض إلى المضرور فيكون له الرجوع على المؤمن بالضمان الناتج عن عقد التأمين المبرم بينهما<sup>1</sup>.

### أولاً: رجوع المؤمن له على المؤمن بالضمان.

إن الغير المضرور إضافة إلى حقه في الرجوع مباشرة على المؤمن بمقتضى الدعوى المباشرة، يستطيع الرجوع على المؤمن له المسؤول بالتعويض عن الأضرار التي أصابته،

<sup>1</sup> جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 239 .

فإذا ما نجح في دعواه ضد المؤمن له وحكم له بالتعويض، كان للمؤمن له الرجوع بالضمان على المؤمن استناداً إلى عقد التأمين ليطالبه بمقدار التعويض الذي دفعه للمضروب، فإذا رفض المؤمن ذلك كان للمؤمن له الحق في مطالبته قضاء عن طريق دعوى الضمان أو دعوى الرجوع.

تستمد هذه الدعوى من عقد التأمين ذاته الذي يربط المؤمن له بالمؤمن، وتتقدم طبقاً للقواعد العامة في التأمين، فتخضع في الجزائر للتقدم المنصوص عليه في المادة 27 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات حيث تنقضي بمضي ثلاث سنوات ابتداءً من اليوم الذي يرفع فيه الغير دعواه إلى المحكمة ضد المؤمن له أو يوم الحصول على التعويض منه. ويمكن للمؤمن له التخلص من التزامه بالضمان في مواجهة المؤمن إن استطاع أن يثبت أن الحكم بالتعويض قد صدر لصالح المضروب بناءً على تواطؤ تم بين المؤمن له وهذا الأخير، أو إثبات الإهمال الجسيم من قبل المؤمن له في الدفاع عن نفسه في دعوى المسؤولية<sup>1</sup>.

### ثانياً: رجوع المؤمن ضد المؤمن له.

يحق للمؤمن أن يرجع على المؤمن له بقيمة ما يكون قد أداه من تعويض عن أي حادث يدخل في نطاق هذا التأمين، في حالة إخلاله بالتزاماته، وخاصة الالتزام بالإدلاء بالبيانات، ومراعاة اللوائح والاشتراطات في تنفيذ أعمال البناء محل التأمين، ففي مثل هذه الحالات يكون المؤمن غير ملزماً أصلاً بدفع مبلغ التأمين في مواجهة المؤمن له بسبب البطلان أو الفسخ أو السقوط غير أنه حماية للمضروبين يظل عقد التأمين صحيحاً منتجاً لآثاره، فيلتزم المؤمن بتعويض المضروب في حدود مبلغ التأمين، إلا أنه لا يجب في المقابل إغفال حقوق ومصالح المؤمن حيث يجوز له بعد تعويضه للمضروب أن يرجع على المؤمن له بما أداه من تعويض، استناداً إلى سقوط حق المؤمن له في الضمان.

وعلى ذلك يشترط لرجوع المؤمن على المؤمن له أن يكون المؤمن قد قام بالفعل بتعويض المضروب في حدود مبلغ التأمين، وأن لا يكون ملتزماً أصلاً بسداد هذا التعويض

<sup>1</sup> جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع نفسه ص 249.



إلى المؤمن له لتحقق سبب من أسباب السقوط أو البطلان أو عدم التأمين، طالما لم يتنازل عن التمسك بهذا البطلان أو السقوط أو عدم التأمين صراحة أو ضمناً.

ولما كان حق الرجوع الذي يطبقه المؤمن على المؤمن له في حالة إخلال هذا الأخير بالتزاماته يعد كجزاء، فإنه ينبغي أن يؤدي إلى نتيجة هامة مؤداها أن يكون رجوع المؤمن على المؤمن له، لا بكل التعويضات التي أداها، بل بالقدر الذي يتناسب مع نوع الخطأ أو الإخلال الصادر منه، ويترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع مطبقاً في ذلك القواعد العامة في عقود الإذعان، نظراً لأن عقد التأمين يندرج تحتها، وتخضع كافة شروطه للتعديل من قبل القاضي الذي يأخذ في الاعتبار مصلحة المضرور ومصلحة المؤمن له في المقام الأول<sup>1</sup>.

### ثالثاً: رجوع المؤمن على الغير المسؤول عن الضرر.

يكون للمؤمن الذي يدفع تعويض التأمين في أن يحل بمقدار ما دفع من تعويض محل المؤمن له في كافة حقوقه قبل الغير المسؤول عن الحادث، نصت على ذلك المادة 38 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات حيث أنه: " يحل المؤمن محل المؤمن له، في الحقوق والدعاوى تجاه الغير المسؤولين، في حدود التعويض المدفوع له...". وهو نص يخص تأمين الأضرار سواء كان تأميناً على الأشياء أم تأميناً من المسؤولية.

ولما كان حق الحلول لا يمكن إلا في حدود وطبقاً لشروط دعوى المسؤولية التي للمؤمن له ضد الغير، فإن المؤمن لا يرجع إلا بما للمؤمن له من حقوق قبل هذا المسؤول، وفي حدود ما دفع من تعويضات للمضرور لذلك ينبغي توافر الشروط الآتية:

#### أ- انعقاد مسؤولية الغير عن الضرر المؤمن منه:

يشترط لرجوع المؤمن على الغير المسؤول عن الضرر، أن تتحقق مسؤولية هذا الغير عن الضرر موضوع التأمين الذي عوه المؤمن، فيكون للمؤمن الرجوع على الغير بما للمؤمن له أو المضرور من حقوق تجاه هذا الغير.

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 301.

**ب- وفاء المؤمن بمبلغ التأمين للمضرور والمؤمن له:**

يجب لرجوع المؤمن على الغير المسؤول عن الضرر أن يكون قد قام بسداد مبلغ التأمين بالفعل إلى المؤمن له، بعد أن يكون هذا الأخير قد دفعه إلى المضرور أو أن يقوم المؤمن بسداد مبلغ التأمين إلى المضرور مباشرة ويكون رجوع المؤمن على الغير المسؤول بما لا يجاوز المبلغ الذي دفعه فعلا للمؤمن له أو للمضرور.

وبناء عليه، يجب أن يكون المؤمن قد وفى بالفعل إلى المؤمن له أو المضرور، باعتبار أن شرط الوفاء هو الواقعة المنشئة للحلول، وهو من الشروط المتعلقة بالنظام العام، التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها والتي تميز الحلول عن حوالة الحق، ولذلك فلا يستطيع المؤمن الرجوع على الغير المسؤول، طالما لم يكن قد وفى للمضرور أو المؤمن له مبلغ التأمين، حتى لو اشترط ذلك الرجوع في عقد التأمين، لمخالفته للنظام العام، ويقع على عاتق المؤمن عبء إثبات وفائه بمبلغ التأمين إلى المؤمن له أو المضرور وقدّر هذا الوفاء وفقا للقواعد العامة في الإثبات<sup>1</sup>.

**ج- أن لا يكون المؤمن له قد تسبب بفعله في إستحالة رجوع المؤمن على الغير:**

ويكون ذلك بتصالحه مع الغير المسؤول أو بتنازله عن دعواه قبله، أو بإعفائه من المسؤولية، فالمشرع الجزائري رتب جزاء رادعا على المؤمن له يصل إلى درجة سقوط الحق في العلاقة بينه وبين المؤمن، إذا حال المؤمن له بفعله دون رجوع المؤمن على الغير المسؤول ويترتب على ذلك أنه يحق للمؤمن أن يتمتع عن سداد تعويض التأمين أو أن يسترده إذا قام بدفعه، حيث تنص المادة 38 من الأمر 95-07 في فقرتها الثانية: "وفي حالة ما إذا تسبب المؤمن له في استحالة قيام المؤمن برفع دعوى رجوع ضد الغير المسؤول، يمكن إعفاء المؤمن من الضمان أو جزء منه تجاه المؤمن له".

**د- أن لا يكون المسؤول عن الضرر قريبا أو تابعا للمؤمن له:**

ومعنى ذلك أن لا يكون المسؤول عن الضرر قريبا للمؤمن له أو أحد أصهاره الذين يعيشون عادة معه، أو شخص يكون المؤمن له مسؤولا عن أفعاله، في هذه الحالات لا يجوز للمؤمن الرجوع على مرتكب الحادث بما أداه هو من تعويض إلى المؤمن له أو إلى

<sup>1</sup> جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 286 و 287.

المضرور حيث تنص المادة 38 من الأمر 95-07 في فقرتها الثالثة: "ولا يجوز للمؤمن أن يمارس دعوى رجوع ضد الأقارب والأصهار المباشرين والعمال التابعين للمؤمن له، وبصفة عامة جميع الأشخاص الذين يعيشون عادة معه، إلا إذا صدر عنهم فعل قصد الأضرار"،

فطبقاً للنص المادة السالفة الذكر لا يتحقق ضد الأولاد والأصول والفروع والأصهار على عمود النسب والأتباع والمستخدمين والعمال أو الخدم وبصفة عامة ضد كل شيء يقيم عادة في منزل المؤمن له، فيما عدا حالة العمد أو سوء القصد المقترف من أحد من هؤلاء الأشخاص.

فإذا ما توافرت هذه الشروط يستطيع المؤمن أن يحل في حدود ما يلتزم به الغير المسؤول عن تعويض الأضرار التي لحقت بالمضرور، محل المؤمن له في الرجوع على المسؤول عن الضرر بمقدار ما دفعه المؤمن للمضرور، إذ يكون من حق المؤمن مقاضاة هذا الغير المسؤول بدعوى الحلول، فيحل محل المؤمن له في حقوقه ودعواه بكل خصائصها من مزايا وتبعات، فيستطيع الغير المسؤول أن يتمسك في مواجهة المؤمن بكافة الدفوع التي كان يملكها تجاه المؤمن له، متى كانت سابقة على حلول المؤمن محل المؤمن له<sup>1</sup>، دون الدفوع اللاحقة على هذا الحلول<sup>2</sup>.

ولما كانت هذه الدعوى لا تعتبر من الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين، فهي لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في القانون الجزائري، بل تخضع للقواعد العامة في التقادم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> يجوز للمسؤول عن الضرر التمسك في مواجهة المؤمن بالقضاء حق المؤمن له قبله لأي سبب من أسباب الانقضاء طالما تحقق قبل الحلول كالمقاصة، أو وفاء المسؤول بالتعويض للمضرور، أو مساهمة المضرور أو المؤمن له في وقوع الكارثة و ما يترتب عن ذلك من تحمل المضرور أو المؤمن له لجزء من المسؤولية، و من تم عدم مطالبة الغير المسؤول إلا بقدر ما أحدثه من ضرر، جمال عبد الرحمن محمد علي في المرجع السابق، ص 300.

<sup>2</sup> لا يستطيع الغير مسؤول الاحتجاج عن المؤمن بالحجز الذي يوقعه ذانوا المؤمن له على ما هو تحت يده، متى تم هذا الحجز بعد تحقيق الحلول بسداد المؤمن التعويض للمؤمن له، و لا يستطيع الغير مسؤول التمسك في مواجهة المؤمن بالمقاصة التالية للحلول، كذلك لن يستطيع الغير مسؤول التمسك في مواجهة المؤمن بالوفاء بمبلغ التعويض للمؤمن له بعد علمه بالحلول، لكون هذا الوفاء لاحقاً على الحلول، سمير كامل، المرجع السابق، ص 222؛ جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 301.

<sup>3</sup> جمال عبد الرحمن محمد علي، المرجع السابق، ص 295.

وأخيراً يجوز للمؤمن النزول عن شرط حلوله محل المؤمن له في الرجوع على الغير المسؤول عن الحادث في مقابل زيادة قيمة قسط التأمين الذي يلتزم به المؤمن له<sup>1</sup>، باعتبار أن الحق في الرجوع غير متعلق بالنظام العام في القانون الجزائري، إذ هو مجرد رخصة يستطيع المؤمن النزول عنها.

والتنازل عن حق الرجوع يجب أن يكون صريحاً، كأن تتضمن وثيقة التأمين شرطاً يبيح هذا التنازل أو أن يتنازل المؤمن صراحة على حقه في الرجوع بعد وقوع الحادث، وذلك حتى لا يكون هناك مجال للشك في حصوله، لأن تنازل المؤمن يتم بصورة استثنائية، فلا بد من التأكد في وقوعه .

### المطلب الرابع: التأمين على المباني من منظور الفقه الإسلامي

انتشر التأمين وكثرت عملياته وتنوعت وثائقه وتعددت الهيئات التي تزاوله، حيث أصبح له أهمية كبيرة في الحياة الاقتصادية خاصة عندما يتعلق الأمر بمجال المباني والمنشآت، فبشكل عام وباعتبار عقد مستحدث لم يكن معروفاً عند السلف ولم يرد فيه نص شرعي فقد أخضعه العلماء المسلمون للبحث والتدقيق الفقهي، مما نتج عنه ظهور ثلاثة آراء مختلفة في بيان حكمه، والسؤال الذي يفرض نفسه في هذا المقام هو: هل يعتبر نظام التأمين التجاري جائزاً شرعاً لاسيما على المسؤولية عن الممتلكات والتي هي المباني في موضوع بحثنا؟ هذا ما سوف نحاول الإجابة عنه في هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

### الفرع الأول: الرأي المؤيد لنظام التأمين على المباني

يرى أنصار هذا الرأي جواز عقد التأمين التجاري وعلى رأسهم الشيخ مصطفى أحمد الزرقا<sup>2</sup>، ولقد استدلت أنصار هذا الرأي في قولهم هذا على الأدلة التالية :

<sup>1</sup> إن اشتراط المشرع المصري في المادة 46 من قانون البناء رقم 119 لسنة 2008 ألا يجاوز قسط التأمين 0.2% من قيمة المبنى يقف حجر عثرة أمام مثل هذا النزول، لأنه ليس من مصلحة المؤمن النزول عن حق الرجوع على الغير المسؤول بدون مقابل، ما لم يكن المؤمن قد اتفق مع المؤمن له على الوفاء بقسط إضافي مقابل هذا النزول، فإذا امتنع المؤمن له عن سداد القسط الإضافي، لا يمكن للمؤمن إجباره على الوفاء بهذا القسط الإضافي، سمير كامل، المرجع السابق، ص 208.

<sup>2</sup> ورد في قول الشيخ مصطفى الزرقا عن حكم نظام التأمين ما يلي: " إن نظام التأمين بوجه عام تشهد لجوازه جميع الدلائل الشرعية في الشريعة الإسلامية وفقهها ، ولا ينهض في وجهه دليل شرعي على التحريم، ولا تثبت أمامه شبهة من الشبهات التي يتوهمها القائلون بتحريمه". المرجع : محمد ليبيا، التأمين التعاوني وتطبيقاته في بنك الجزيرة بالمملكة العربية السعودية وشركة الإخلاص للتكافل بماليزيا دراسة تحليلية مقارنة، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الدكتوراه في علوم الوحي والتراث (قسم الفقه وأصول الفقه )، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية، غير منشورة، ماليزيا يونيو 2007 م، ص 42 .

**أولاً: الأصل في العقود الإباحة:** يعتبر هذا الدليل من أهم الأدلة التي استدل بها المؤيدين لفكرة التأمين، وذلك استناداً على القاعدة الشرعية التي تقضي بأن الأصل في العقود الإباحة، فالعقود في الفقه الإسلامي لم يرد على سبيل الحصر فيحق للأفراد إنشاء ما يرون من العقود حسب حاجتهم إليها، شريطة أن تكون مطابقة لأحكام الشرع، كما يرون أن العقود جائزة شرعاً ولو شابتها بعض الشبهات الشرعية التي تقضي ببطان العقد إذا اقتضتها الضرورة، وذلك تطبيقاً للقواعد الشرعية التي تنص على أن الضرورات تبيح المحظورات، وبمقتضى هذه القاعدة تكون عمليات التأمين، بكل أنواعها مباحة، لأنها من معاملات الناس النافعة، ولم يرد بخصوصها نص يجرمها.<sup>1</sup>

**ثانياً: قياس<sup>2</sup> نظام التأمين التجاري على ضمان خطر الطريق:** القول بضمان خطر الطريق هو مذهب الحنفية، وحقيقته: " أن يقول شخص لآخر: أسلك هذا الطريق فهو آمن وإن أصابك شيء فأنا ضامن"، فسلكه فأصابه شيء فعوضه ما خسره لأنه ضامن.

ويرى المجيزون للتأمين أن بين نظام التأمين وضمان خطر الطريق شبهاً يبيح قياس التأمين عليه، فالتزام ضامن خطر الطريق هو عين التزام شركة التأمين بضمان المؤمن عليه عند وقوع الخطر، وبما أن ضمان خطر الطريق جائز شرعاً فكذلك التأمين جائز.<sup>3</sup>

**ثالثاً: قياس نظام التأمين التجاري على الجعالة:** يرى أنصار هذا الرأي أن عقد التأمين التجاري جائز شرعاً، قياساً على عقد الجعالة<sup>4</sup>، حيث يرون بأن وجه الشبه بين نظام التأمين التجاري والجعالة يتمثل في الأجرة التي يدفعها رب المال للعامل نظير قيامه بعمل معين في عقد الجعالة، وبين القسط الذي يدفعه المؤمن نظير قيامه بتوفير الأمان للمؤمن له.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> نعمات محمد مختار، التأمين التجاري والتأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، دط، 2005م، ص 303 و304.

<sup>2</sup> تعريف القياس: القياس لغة: مشتق من قاس الشيء يقيسه قياساً وقياساً وتعني تقدير الشيء على مثله، والقياس يعني المقدار. المرجع: ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ص 3793. القياس اصطلاحاً: يقصد به إلحاق فرع بحكم أصل لعلة جامعة. المرجع: سليمان بن إبراهيم بن ثنيان، التأمين وأحكامه، دار العواصم المتحدة، بيروت، ط 01، 1993م، ص 159.

<sup>3</sup> سليمان بن إبراهيم بن ثنيان، المرجع نفسه، ص 158-167.

<sup>4</sup> الجعالة في معناها اللغوي مشتقة من جَعَلَ، جَعَلًا وَجَعَلَهُ كمنعه، جَعَالَةً وَاجْتَعَلَهُ: صنعه، والشيء جَعَلًا: وَضَعَهُ، وَجَعَلَ يفعل كذا: أَقْبَلَ وأخذ ومنه قوله تعالى { وَجَعَلُوا اللَّغْوِيَّ مَشْتَقَّةً مِنْ جَعَلَ، جَعَلًا وَجَعَلَهُ كمنعه، جَعَالَةً وَاجْتَعَلَهُ: صنعه، والشيء جَعَلًا: وَضَعَهُ، وَجَعَلَ يفعل كذا: أَقْبَلَ وأَجَعَلَهُ لَهُ تعني أعطاه، أما المعنى الشرعي للجعالة فيقصد بها أن يجعل شيء معلوم لمن يعمل عملاً معلوماً أو مجهولاً، مدة معلومة أو مجهولة. المرجع: بالاعتماد على مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 08، 2005 م، ص 977.

سليمان بن إبراهيم بن ثنيان، المرجع السابق، ص 158-167.

<sup>5</sup> نعمات محمد مختار، المرجع السابق، ص 310، 311.

رابعاً: قياس نظام التأمين على عقد ولاء الموالاة<sup>1</sup>: ذهب القائلون بجواز نظام التأمين التجاري بأنواعه للقول بأن عقد التأمين خاصة التأمين من المسؤولية جائز شرعاً، وذلك قياساً على عقد الموالاة، ووجه الشبه بين العقدتين، هو أن عقد الموالاة ينشأ رابطة وعلاقة تعاقدية بين طرفيه، وبموجب هذه العلاقة يلتزم المولى بدفع الدية على جناية المولى له في حالة خطئه، وكذلك الأمر في التأمين من المسؤولية إذ بموجب العقد يقوم المؤمن بدفع الدية والتعويض عن المؤمن له في حالة تحقق الخطر المؤمن عليه.<sup>2</sup>

خامساً: قياس التأمين على العاقلة<sup>3</sup>: استدل القائلون بجواز نظام التأمين التجاري قياساً على نظام العواقل، في كون نظام التأمين فيه تعاون على دفع التعويض الناشئ عن المسؤولية، ونظام العواقل يتضمن تعاوناً في دفع الدية.<sup>4</sup>

سادساً: قياس عقد التأمين على قاعدة الوعد الملزم عند المالكية: يرى القائلون بجواز نظام التأمين أن جواز التأمين أساسه قاعدة الالتزام، والوعد الملزم، وهي من القواعد التي أخذ بها الفقه المالكي<sup>5</sup>، حيث يختلف الوعد عند المالكية باختلاف أهدافه وما ينتج عنه، فقد يكون الوعد مطلقاً، كأن يقول سأعطيك كذا، وقد يكون مقيداً بأسباب معينة، كأن يقول قم ببناء بيتك وأعطيك كذا، وباختلاف هذه الأحوال اختلفت المالكية حول لزوم الوعد وعدم لزومه، غير أن القول الراجح هو أنه لا يلزم الوعد إلا إذا ذكر له سبب، ودخل الموعود في هذا السبب<sup>6</sup>، ولما كان الوعد الملزم من العقود الواجب الوفاء بها وفقاً لرأي المالكية استناداً على قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } سورة المائدة، الآية 01، فالآية واضحة الدلالة على وجوب الوفاء بجميع العقود التي أحلها الله، وعلى هذا الأساس يرى

<sup>1</sup> الولاء هو ميراث يستحقه المرء بسبب عتق شخص في ملكه، أو سبب عقد الموالاة. والولاء نوعان: ولاء عتاقه ويسمى ولاء نعمة ويقصد به إذا مات المعتق ورثته معتقته، والنوع الثاني هو ولاء الموالاة وسببه العقد الذي يجري بين اثنين. المرجع: أحمد الشرباصي: المعجم الاقتصادي الإسلامي، دار الجيل، دون مكان نشر، 1981 م، ص 485.

<sup>2</sup> نعمات محمد مختار، المرجع السابق، ص 310، 311.

<sup>3</sup> العاقلة في معناها اللغوي مشتقة من عَقَلَ بمعنى ضرب ورجلٌ عَاقِلٌ وَعَقُولٌ، والعَقْلُ تعني الدية، العَقَالُ صدقة عام. عَقَلَ القَتِيلَ تعني أعطاه دية، وعَقَلَ عن فلان: غرم عنه جنايته، المرجع: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: معجم مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، 1986 م، ص 187.

<sup>4</sup> أحمد محمد لطفي أحمد، نظرية التأمين المشكلات العملية والحلول الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط، 2007، ص 211.

<sup>5</sup> نعمات محمد مختار، المرجع السابق، ص 309.

<sup>6</sup> سليمان با إبراهيم ابن ثنيان، المرجع السابق، ص 189-203.

الأستاذ مصطفى الزرقاء أنه يمكن تخريج عقد التأمين على أساس أنه التزام من الشركة المؤمنة على سبيل الوعد بأن تتحمل عنه أضرار الحادث وتعوض عليه خسائره.<sup>1</sup>

**سابعاً: قياس التأمين على نظام التقاعد:** احتج المبيحون لنظام التأمين قياسه على نظام التقاعد الذي يقوم على أساس اقتطاع جزء نسبي من المرتب الشهري للموظف حتى إذا بلغ سن الشيخوخة القانونية وأحيل على التقاعد صرف له راتب شهري بحسب مدة خدمته واستمر مادام حياً، ثم بعد مماته ينتقل إلى أسرته بشروط معينة<sup>2</sup>، ويرى المجيزين للتأمين أنه شبيه بنظام التقاعد، حيث يدفع الموظف في نظام التقاعد قدراً قليلاً من المال، ويجني من ورائه مبلغاً كبيراً كراتب شهري بعد التقاعد، كما يدفع المؤمن له مبلغاً يسيراً لشركة التأمين، وإذا وقع الخطر للمؤمن عليه أخذ مبلغاً كبيراً، وكلا العقدين احتمالياً، ونظام التقاعد يقره علماء الشريعة كافة من غير شبهة، بل يرون أنه ضروري لمصلحة الدولة، فإذا أجازته العلماء، فإن نظام التأمين جائز مثله.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني : الرأي المعارض لنظام التأمين على المباني

يعتبر ابن عابدين الحنفي أول من ذهب إلى عدم جواز التأمين حيث أبدي رأيه في كتابه "رد المحتار على المختار" في موضوع التأمين البحري، وأطلق على هذا العقد بعقد السوكرة<sup>4</sup>، كما يرى جمهور الفقهاء المعاصرين عدم مشروعية التأمين بجميع صورته، ويستند هذا الرأي إلى الحجج التالية:

**أولاً: التأمين وشبهة الربا:** استدل المحرمون لنظام التأمين على تحريمه لأنه قائم على الربا<sup>5</sup>، حيث يرون بأن عقد التأمين يتضمن الربا في عدة جوانب نورد منها ما يلي<sup>6</sup>:

1- في بعض صور التأمين على الحياة يقوم المؤمن له أو طالب التأمين بسداد الأقساط طيلة فترة حياته، وإذا توفي فإن المؤمن يدفع لورثته مبلغ التأمين كاملاً، بالإضافة إلى الفوائد المتفق عليها، وفي التأمين المؤقت لحالة الوفاة فإن المؤمن له إذا بقى على قيد

<sup>1</sup> سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 01، 2002 م، ص 213.

<sup>2</sup> عمر بن عبد العزيز المترك، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، دار العاصمة، الرياض، ط 03، 1998 م، ص 419، 420.

<sup>3</sup> سليمان بن إبراهيم ابن تبيان، المرجع السابق، ص 189-203.

<sup>4</sup> السوكرة: لفظ محدث من الإنجليزية ومعناه الأمان والأطمئنان، وهي: "عقد يضمن فيه أحد المتعاقدين ما يتلف من سلع الآخر مقابل مبلغ معين من المال يدفعه له" المرجع: نعمات محمد المختار، المرجع السابق، ص 321.

<sup>5</sup> الربا: وتعني الفضل والزيادة، والربا الشيء يربو إذا زاد، وأرْبَى الرجل إذا دخل في الربا، الربوة: المكان المرتفع، وسميت ربوة لأنها ربت ربت فعلت، المرجع: أحمد بن محمد علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، لبنان، 1987 م، ص 83.

<sup>6</sup> نعمات محمد مختار، مرجع سابق، ص 319.

الحياة حتى وقت نهاية العقد فإن المؤمن يلتزم بدفع مبلغ التأمين، أما إذا توفي فإن الورثة يسقط حقهم في مبلغ التأمين.

2- تقوم شركات التأمين باستثمار الأموال المتجمعة لديها من أقساط التأمين في أعمال ربوية.

3- الربا يتحقق في التأمين، لأن التأمين مبادلة نقود بمنفعة، إذ يتم مبادلة الأقساط التي يتم دفعها من طرف المؤمن له بالأمان الذي يضمنه المؤمن، حيث لا يتم دفع مبلغ التأمين إلا في حالة وقوع الخطر المؤمن عليه، ولو كان عوضاً عن الأقساط لوجب دفعه في كل حال. كما أنه لا يدفع إلا بمقدار الضرر من غير زيادة، مما يدل على أنه ليس بمعاوضة يراد بها الربح وتنمية المال.<sup>1</sup>

**ثانياً: التأمين وشبهة القمار:** ذهب المانعين لنظام التأمين التجاري للقول بأن التأمين عقد يتضمن شبهة القمار<sup>2</sup> وهو عقد محرم، حيث يعتبر الفقهاء القمار ميسراً، ويعرفون المسير بأنه: " كل عقد يكون أحد المتعاقدين فيه عرضة للخسارة بلا مقابل يناله من العاقد الآخر"، ويرى الفقهاء بأن المسير حرام لأن فيه مخاطرة بالمال، وهو محرم بنص القرآن الكريم ويظهر ذلك من خلال قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ . إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقَعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ . وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَاحْذَرُوا فَإِن تَوَلَّيْتُمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّمَا عَلَى رَسُولِنَا الْبَلَاغُ الْمُبِينُ } سورة المائدة: الآيات 90-92، وقد اتفق المفسرون على أن الميسر المحرم في القرآن الكريم هو القمار بجميع أنواعه<sup>3</sup>، ويرى أنصار هذا الرأي بأن عقد التأمين التجاري يقوم على وجود الخطر والاحتمال، وهما العنصران المؤثران في نظام التأمين وفي عقد القمار

<sup>1</sup> سليمان بن إبراهيم ابن تبيان ، مرجع سابق ، ص 219-225 .

<sup>2</sup> القمار لغة مشتقة من قَمَرَ ، يَقْمُرُ بمعنى راهن ولعب في القمار أي غلبه في القمار ، ويقال : قَمَرَ يَقْمُرُ : اشتد بياضه ، و القَمْرَةُ تعني لون البياض إلى الخضرة ، أما القمار اصطلاحاً فيقصد به : مصير الشيء إلى الإنسان بغير تعب ولا كد . المرجع : بالاعتماد على : جبران مسعود، الرائد، دار العلم للملايين ، لبنان، ط 07 ، 1992م، ص 646 . وعلي عبد الأحمد أبو البصل : المضاربة والمقامرة في بيع و شراء الأسهم دراسة فقهية مقارنة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 25، العدد 02، 2009 م، ص 811 و 812.

<sup>3</sup> أبو المجد حرك، من أجل تأمين إسلامي معاصر ، دار الهدى ، الإسكندرية ، ط 01 ، 1993 م ، ص 47 .



أيضاً، فالتأمين قمار محرم بالإجماع كما أن هناك شبه تطابق ما بين التعريف القانوني للقمار والتعريف القانوني للتأمين.<sup>1</sup>

**ثالثاً: التأمين وشبهة الغرر:** تعد شبهة الغرر<sup>2</sup> من أقوى الشبهات التي استدلت بها المانعين للتأمين وذلك لتعلقها بثلاث عناصر هي محل العقد وأجله ومقدار التعويض الذي يحصل عليه كل طرف من أطراف العقد، وشبهة الغرر هي الشبهة الوحيدة التي أجمع المانعين لعقد التأمين التجاري على وجودها في العقد ويظهر ذلك في الأوجه التالية للعقد<sup>3</sup>:

**1- الغرر في محل العقد:** المقصود بالغرر في محل العقد هو وجوده في الشيء محل العقد، ومحل العقد في عقد التأمين التجاري هو القسط بالنسبة للمؤمن له، ومبلغ التأمين بالنسبة للمؤمن، ووجود الغرر في عقد التأمين بالنسبة للمؤمن محتمل في حالة عدم تحقق الخطر المؤمن عليه وذلك لأن المؤمن له يلزم بدفع قسط التأمين كاملاً في هذه الحالة، ويحتمل عدم وجوده وذلك إذا ما تحقق الخطر المؤمن عليه قبل اكتمال سداد كل الأقساط، ففي هذه الحالة يسقط التزام المؤمن له بسداد بقية الأقساط رغم حصوله على مبلغ التأمين، أما المحل بالنسبة للمؤمن له فيكون محتمل الوجود إذا تحقق الخطر المؤمن عليه وذلك بحصول المؤمن له على مبلغ التعويض، وقد لا يتحقق ويكون ذلك في حالة عدم تحقق الخطر المؤمن عليه وذلك بسقوط حق المؤمن له في الحصول على التعويض رغم سداد كل الأقساط المقررة وعلى ذلك فإن الغرر في محل عقد التأمين يترتب عليه جهل أطراف العقد بما سيبدلون من تعويض، ومقدار ما سيحصل عليه كل طرف من الأطراف نظير ما قام بدفعه.

**2- الغرر في الأجل:** يقصد بالغرر في الأجل؛ الجهل بوقت حلول أجل الوفاء بالتزام، ويتحقق الغرر في الأجل في عقد التأمين بجهل المؤمن بوقت سداد مبلغ التأمين أو التعويض وجهل المؤمن له بوقت سداد قسط التأمين فتحديد الأجل مقترن بوقوع الخطر المؤمن له، وباعتبار وقوع الخطر احتمالي فإن وقت تحققه يكون مجهولاً لأطراف العقد.

<sup>1</sup> سليمان بن إبراهيم ابن تينان، مرجع سابق، ص 219-225.  
<sup>2</sup> الغرر لغة مشتقة من غرّه، غراً وغروراً وغرّة فهو مغرورٌ وغريرٌ: خدعه وأطعمه بالباطل، أما اصطلاحاً فالغرر هو: ما يكون مستور العاقبة. المرجع: بالاعتماد على ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ص 323. وعلي بن محمد السيد الشريف الجرجاني تحقيق محمد صديق المنشاوي، معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، 2000 م، ص 135.  
<sup>3</sup> نعمات محمد مختار، مرجع سابق، ص 312-315.

**3 - الغرر في مقدار العوض:** يقصد بالغرر في مقدار العوض في عقد التأمين؛ الجهل بمقدار ما سيحصل عليه كل طرف في العقد من مقابل، فالمؤمن لا يعلم مقدار ما يدفعه للمؤمن لهم عند تحقق الخطر، كما أنه يجهل مقدار ما سيحصل عليه من أقساط وكذلك الأمر بالنسبة للمؤمن له، حيث يجهل مقدار التعويض فقد يحصل على مقدار التعويض في حالة وقوع الخطر وقد لا يحصل على التعويض في حالة عدم وقوع الخطر، كما أنه يجهل مقدار ما يدفعه من أقساط فقد يدفع المؤمن له قسطا واحدا ويقع الخطر المؤمن عليه كما أنه قد يقوم بسداد كل الأقساط ولا يقع الخطر المؤمن عليه والجهالة نوع من الغرر، وينطبق عليه نفس أحكام شبهة الغرر، وتتحقق الجهالة في عقد التأمين بالجهل بمقدار القسط ومبلغ التأمين وكذلك الجهل بالأجل والجهل بوجود المحل.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: رأي القائلون بنظام التأمين التكافلي

إلى جانب الاتجاهين السالفين المعارضون والمؤيدون لفكرة التأمين ظهر فريق ثالث يأخذ بالحل الوسط ويمكن تسميته بالإتجاه المعتدل حيث أنه يجيز بعض أنواع التأمين ويحرم أنواع أخرى كما يقترحون البديل الشرعي وهو إحلال نظام التأمين التكافلي محل التأمين التجاري وفيما يلي عرض لأهم القرارات التي صدرت بشأن حكم التأمين التجاري.

**أولاً: قرار المؤتمر الثاني لمجتمع البحوث الإسلامية:** يعتبر مجتمع البحوث الإسلامية بالقاهرة من الجهات التي أولت لموضوع التأمين عناية خاصة وأهمية كبيرة من خلال المؤتمرات التي يعقدها المجلس، وقد توصل المؤتمر المنعقد بالقاهرة سنة 1965 م إلى النتائج التالية<sup>2</sup>:

**1- التأمين الذي تقوم به جمعيات تعاونية يشترك فيه جميع المؤمن لهم لمواجهة المخاطر التي يتعرضون لها فهو أمر مشروع وهو من التعاون على البر والتقوى.**

<sup>1</sup> نعمات محمد مختار، مرجع سابق، ص 312-315 .

<sup>2</sup> عيد أحمد أبو بكر و وليد إسماعيل السيفو، إدارة الخطر والتأمين، دار اليازوري للنشر والتوزيع، الأردن، 2009م، ص 298-300 .

2- نظام المعاشات الحكومي وما يشبهه من نظام التأمينات الاجتماعية والتأمينات الإجبارية بصفة عامة التي تفرضها الدولة لحماية شرائح عريضة من المجتمع، هو تأمين يتمشى مع رأي الدين ومبادئ الشريعة الإسلامية.

3- كل التأمينات الأخرى المتبقية والتي تقوم بها الشركات أياً كان وضعها، مثل التأمين الخاص بمسؤولية المؤمن له، والتأمين الخاص بما يقع على المؤمن له من غيره، والتأمين على الحياة وما في حكمه فقد قرر المؤتمر الاستمرار في دراستها بواسطة لجنة من علماء الشريعة وخبراء اقتصاديين واجتماعيين وقانونيين والوقوف على آراء المسلمين في جميع الأقطار الإسلامية.

وفي أكتوبر 1966م قرر المؤتمر استمرار المجتمع في الوقوف على آراء علماء المسلمين في الأقطار الإسلامية فيما يتعلق بمختلف أنواع التأمين لدى الشركات، أما فيما يتعلق بالتأمين التكافلي والاجتماعي وما يندرج تحتها من التأمين الصحي، التأمين ضد العجز والبطالة والشيخوخة وإصابات العمل فقد قرر المؤتمر الثاني جوازه.

**ثانياً: قرار ندوة التشريع الإسلامي المنعقدة في طرابلس سنة 1972م: العمل على إحلال التأمين التكافلي محل التأمين التجاري الذي تقوم به شركات التأمين المساهمة الخاصة بينها وبين شخص طبيعي أو معنوي مع تعميم الضمان الاجتماعي حتى تطمئن كل أسرة إلى مورد يكفل رزقها عند وفاة عائلها أو عجزه، وفيما يتعلق بالحوادث وما شابهه فيرخص فيه مؤقتاً للحاجة لحين إيجاد بديل شرعي عنه، وأخيراً فإن التأمين على الحياة وما شابهه محرم شرعاً لاشتماله على الربا، ونفس النتائج توصل إليها المجتمع الفقهي الإسلامي في دورته الأولى بالمملكة العربية السعودية.<sup>1</sup>**

**ثالثاً: قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية سنة 1977م: بعد الدراسة والمناقشة وتداول الرأي، قرر المجلس جواز التأمين التكافلي وذلك لسببين هما<sup>2</sup>:**

<sup>1</sup> عيد أحمد أبو بكر ووليد إسماعيل السيفو، مرجع سابق، ص 298-300.

<sup>2</sup> محمد ليبيا، المرجع السابق، ص 160.

**1-** أن التأمين التكافلي من عقود التبرع، الذي يقصد به التعاون على مواجهة الأخطار، والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم، وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر.

**2-** خلو التأمين التعاوني من الربا فليست عقود المساهمين ربوية، ولا يستغلون ما جمع من الأقساط من معاملات ربوية، كما أنه لا يضر جهل المساهمين في التأمين التعاوني بتحديد ما يعود عليهم من نفع، لأنهم متبرعون، فلا غرر ولا مقامرة بخلاف التأمين التجاري، فإنه عقد معاوضة مالية تجارية.

في الأخير يرى المجيزون للتأمين من المسؤولية أن الشريعة الإسلامية أقرت عدة عقوداً أو نظاماً تسمح للشخص أو الجماعة بتحمل أخطاء الغير في التعويض عما ارتكبت من ناحية المسؤولية المدنية سواء باتفاق فيما بينهما أو وفقاً لنظام متعارف عليه مثل عقد الموالاة و نظام العاقلة وبالتالي لا يكون هناك تعارض بين ما أقرته الشريعة من عقود ونظاماً مع التأمين، ورأوا أن حاجة الأفراد للأمان والاطمئنان جعلتهم يلجؤون إلى ابتكار عقود لم تكن موجودة في صدر الإسلام طالما أن الشريعة الإسلامية تقر للأفراد بالتزاماتهم وتعهداتهم مادمت لا تخالف أصول الشريعة، فالأصل في الشريعة الإباحة والاستثناء هو التحريم.

كما أن الفقه الإسلامي أقر عقد يسمى ببيع الوفاء بالرغم من أنه لا يندرج تحت واحد من العقود المسماة التي أقرتها الشريعة الإسلامية، كما قد جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال " المسلمون عند شروطهم"، أي إذا اشترط أحد على الآخر شئ فهو ملزم بالوفاء به طالما أن هذا الشئ والشرط لا يخالف الأصول الشرعية بغض النظر فيما إذا كانت تندرج تحت العقود المسماة المعروفة سابقاً في الشريعة الإسلامية.

وقد ألزم المشرع الجزائري بعض الأشخاص على ضرورة إبرام عقد التأمين الذي يغطي المسؤولية الناشئة عن أضرار المباني التي يمكن أن تسببها للغير، وبهذا يعتبر هذا

النوع من نظم الدولة الواجب الالتزام به، ولا مناص منه بهدف حماية ورعاية المضرورين بوضع حماية قانونية لهم من خلال وضع تنظيم قانوني إلزامي ينجر إلى إلزام المؤمن له بتعاقد على الأمان من أجل الحيطة والحذر ومن أجل ذلك أجاز الفقهاء قياسا على نظام التأمينات الاجتماعية والمعاشات إذ يمكن من خلاله معاملة التأمين الإجباري كنوع من أنواع الرسوم الجمركية أو الحكومية الواجب دفعها حتى يتم بناء المباني وإستغلالها بعد البناء، واستند الموجزون من فقهاء الشريعة المعاصرين إلى قياس التأمين الإجباري من المسؤولية الناشئة عن أضرار المباني بنظام العوائل المعروف في الشريعة الإسلامية باعتبار أن التأمين فيه تعاون على دفع التعويض الناشئ عن المسؤولية.

في نهاية هذا الفصل يمكننا القول أن الأضرار الناجمة عن المباني التي قد تكون سببا مباشرا أو غير مباشر للضرر، والتي تقيم مسؤولية المالك، قد نظمها المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري عبر نصوص ومواد كثيرة وجعل جبر الضرر كآلية لمعالجة هذه الأضرار عن طريق التعويض القانوني أو التعويض الإتفاقي أو التعويض القضائي، كما حدد المشرع الجزائري في القانون المدني كيفية التعويض عن هذه الأضرار، حيث يجوز أن يكون التعويض نقدي، كما يجوز أن يكون عيني أو غير نقدي، واختيار أحد هذه الطرق دون الأخرى يكون له أثر بالغا في تحقيق الغاية من التعويض، بعد أن يتم تقدير التعويض سواء كانت هذه الأضرار مادية أو معنوية، فالأولى تصيب الشخص في جسمه أو ماله والثانية تمس الجانب الاجتماعي للذمة المعنوية، وقد لاحظنا أن المشرع الجزائري لم يتجه نحو التعويض عن الضرر المعنوي إلا أننا توصلنا في النهاية إلى إمكانية الحكم به.

ومن أجل أحقية التعويض لابد من شروط للضرر وهي أن يكون شخصا، مباشرا، محققا وماسا بمصلحة مشروعة أو حق ثابت، وعلى القاضي التثبت من توفر جميع هته الشروط وذلك تحت رقابة المحكمة العليا، كما أن على القاضي أن يبين كيفية توصله لتقدير التعويض ويظهر العناصر التي استعملها في ذلك والتي حددها القانون متوخيا في كل هذا الوصول إلى تناسب بين الضرر والتعويض، وذلك لتمكين المحكمة العليا من ممارسة

رقابتها، باعتبار أن تطبيق عناصر التقدير على الواقع هو من قبيل التكييف القانوني الذي يفسح المجال لتدخل المحكمة العليا بالرقابة.

كما وجدنا في الشريعة الإسلامية من خلال أحكام الفقه الإسلامي أموراً كثيرة تختلف عن التعويض في القانون المدني الجزائري والملاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية وضعوا مصطلح الضمان مقابل التعويض في القانون المدني الجزائري هذا من ناحية المصطلحات، أما من ناحية الموضوع هناك فروق كثيرة نذكر منها، من الناحية القانونية فالمشرع الجزائري من أجل معالجة الأضرار أعطى للقاضي السلطة التقديرية لتعيين التعويض عن الضرر مع المتابعة القضائية للضرر حتى يتمكن القاضي من ضبطه وتقديره وفق ما نص عليه القانون المدني الجزائري من أجل الوصول إلى حلول نهائية وهذا بعد التقييم والتقدير للضرر سواء كان مادياً أم معنوياً وهذا بعد إخضاع الأضرار التي تسببت فيها المباني بصورة مباشرة أو غير مباشرة للنصوص والمواد القانونية في القانون المدني الجزائري.

أما من الناحية الشرعية، نجد الكثير من النصوص الموجودة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، والتي جاءت لمعالجة الأضرار، وقد استنبط منها فقهاء الشريعة الإسلامية القواعد الفقهية المتعلقة بالضرر مثل قاعدة "الضرر يزال شرعاً" وغيرها من القواعد الفقهية التي جاءت لدفع المصرة وجلب المصلحة للناس، وفي الأخير نقول أن مبادئ وأسس الشريعة الإسلامية واضحة وقوية الحجة بالنسبة لموضوع التعويض عن الأضرار التي تسببها المباني وفي كيفية تعويضها وكيفية جبر النقصان واستحقاق التعويض وهذا مما يسهل السبل إلى الحل الأنسب بين المالك المسؤول عن الضرر والمتضرر.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لجأ إلى التأمين عن المسؤولية المدنية والذي يعد بمثابة تقنية لا مثيل لها تكفل الحياة الإجتماعية، من خلال تحمل التبعات المالية التي ترتبها مسؤولية مالك المباني بسبب الأضرار اللاحقة بالغير، فيكون بذلك ضماناً حقيقياً للمضرور عن الأضرار التي تسببها تلك المباني، حيث يعد مجال البناء من أهم ميادين تطبيقات عقود التأمين في الوقت الراهن لما تتكفل به تقنية التأمين بفضل الوظيفة التوزيعية قصد توفير الملاءمة المالية لمختلف الأطراف وذلك بدلاً من تركيز عبء الأضرار على مالك المباني

المسؤول وفي ذلك تعزيز لحق المضرور في الحصول على التعويض، فقد يتخذ هذا النوع من التأمينات الطابع الاختياري ويكون شأنه شأن باقي العقود أو يأخذ طابع إلزامي يرجع أساسه في تدخل المشرع في إنشاء المراكز التعاقدية والتوفيق بين إرادة المتعاقدين ليقترن هذا النوع بجزاءات في حال عدم الامتثال له وهذا ما كرسه المشرع الجزائري.

بينما نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين أجازوا التأمين عن المسؤولية قياساً على نظام التأمينات الاجتماعية والمعاشات إذ يمكن من خلاله معاملة التأمين الإجباري كنوع من أنواع الرسوم الجمركية أو الحكومية الواجب دفعها حتى يتم بناء المباني وإستغلالها بعد البناء، واستند الموجزون من فقهاء الشريعة المعاصرين إلى قياس التأمين الإجباري عن المسؤولية الناشئة عن أضرار المباني بنظام العواقل المعروف في الشريعة الإسلامية باعتبار أن التأمين فيه تعاون على دفع التعويض الناشئ عن المسؤولية.

الخاتمة

إن المشرع الجزائري سعى جاهداً إلى حماية المتضررين من المباني، فقرر إناطة المسؤولية بمالك المبنى وتشدد في ذلك، بأن أناطها به دون سواه، وبغض النظر عن السيطرة الفعلية فيما إذا ثبتت له أو ثبتت لغيره، على أن الانتقاص من السلطات التي يملكها على مبناه، من استغلال واستعمال وتصرف، لا يحول دون انعقاد مسؤوليته عن أضرار يسببها هذا المبنى، فهو مطالب بتعويض المتضرر بمجرد أن يثبت إصابته بضرر، ثم بعد ذلك بإمكانه الرجوع بما يلتزم من تعويض على المتسبب الحقيقي في حدوث الضرر، على أن له كامل الحق في دفع المسؤولية عنه بمختلف الوسائل المقررة قانوناً.

ونظراً لأن الأضرار الناجمة عن المباني تكون بطبيعتها أضراراً بالغة الخطورة، وذلك بالموازاة مع خطورتها كحوادث ضارة، فإن مالك المبنى كمسؤول عن هذا الحادث الضارة يحتاج بدوره إلى الحماية القانونية، وبخاصة إذا كانت أضرار المبنى مردها خطأ الغير، الأمر الذي استدعى تدخل المشرع للعمل على إقرار أحكام خاصة بالضمان، وهذا من أجل التقليل من هذه الأضرار من جهة، وحماية ملاك المباني من جهة أخرى.

وبشكل عام فإنه ما جاء في نصوص القانون المدني، من أحكام مسؤولية مالك المبنى، كفيلة في رأينا بأن يوفر الحماية القانونية اللازمة للمتضررين من المباني وضامنة لحقهم في التعويض، على أن تتم المطالبة به قضاء ليتسنى تفعيل نصوص القانون المدني الجزائري في هذا المجال، وهذا يستلزم بطبيعة الحال كامل الوعي لدى المتضررين من المباني، دون أن ننسى جهود ومساعي الفقه القانوني بأراءه ونظرياته في هذا المجال مما يساعد القضاء في تفسير النصوص القانونية بمناسبة تطبيقها من أجل إحقاق الحق وتحقيق العدالة.

وبالمقابل فإن أحكام الفقه الإسلامي تسمح لنا باستخلاص نظرية للمسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني تركز على قواعد المباشرة والتسبب، وأساسها يعد مفترض قابل لإثبات



العكس في حالة المباشرة، وواجب الإثبات في حالة التسبب، وأنه لا شيء يمنع في هذا الفقه من إقامة المسؤولية عن أضرار المباني التي تتطلب عناية خاصة على أساس التعدي المفترض القابل لإثبات العكس سواء كان فعل الشيء هو من قبيل المباشرة أو من قبيل التسبب بالنسبة للمالك أو من يقع في حكمه، وذلك قياسا على ما أخذ به الفقه الإسلامي في حالات مشابهة، كحالة تضمين الصناع وهو ما عبروا عنه بقولهم "التضمين للمصلحة".

وعلى ذلك فإنه من النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراستنا هاته ما يمكن إجماله فيما يلي:

1- إن الملكية هي مناط المسؤولية المدنية عن أضرار المباني سواء في القانون المدني أو في أحكام الفقه الإسلامي، وهذا يؤكد أن صفة المالك مطلوبة التوافر في المسؤول عن أضرار المباني شخصا طبيعيا أو معنويا، فهو يتحمل المسؤولية حتى في حالة حيازة الغير لبناءه حيازة مادية لا لشيء سوى لأنه يحوز صفة المالك.

2- إن أضرار المباني التي تقيم المسؤولية العقدية للمالك تتلخص في الأضرار التي تلحق بالمضرور المتعاقد، سواء كانت أضرار مادية أو جسدية أو معنوية بشرط وقوعها أو تحقق وقوعها كنتيجة مباشرة لعدم تنفيذ مالك المبنى لالتزاماته التعاقدية التي تفرضها طبيعة العقد.

3- إن المشرع الجزائري قد تطرق لمسؤولية مالك البناء عن الأضرار الناجمة عن إنهدام في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 140 من القانون المدني، واشترط لقيامها وجود ملكية للبناء و جعل المالك مسؤولا عما يحدثه إنهدام البناء بإعتباره صاحب السلطة الفعلية، وذلك بسبب الإهمال في الصيانة أو عيب في التشييد أو قدم البناء، كما أقر المشرع بإمكانية إتخاذ بعض التدابير الوقائية قصد درء وقوع الخطر، وبالرغم من أن مالك المبنى في القانون الجزائري يعتبر مسؤولا عن الأضرار الناجمة عن تدمره إلا أن هذا القول لا يعني أنه يتحمل في نهاية المطاف كل أعباء المسؤولية وإنما له حق الرجوع على المسؤول الحقيقي المتسبب في الأضرار.

4- لقد خص المشرع الجزائري الفقرة الأولى من المادة 140 من القانون المدني للمسؤولية عن الحريق الذي ينشب بالمبنى ، فاشتراط لقيامها وجود حيازة العقار أو جزء منه من قبل شخص له سلطة فعلية عليه، وأن يكون الحريق الذي إندلع هو السبب الوحيد و المباشر في إيقاع الضرر بالغير.

5- إن المسؤولية الناشئة عن أضرار المباني التي يكون موضوعها الإخلال بعلاقات الجوار غير المألوفة هي مسؤولية مدنية تقوم عن تلك المضار بتوافر أركان المسؤولية المدنية، إضافة إلى شرط جوهرى و هو عدم مألوفية هذه الأضرار، وذلك من أجل تمييزها عن غيرها من الأضرار نظرا لخصوصيتها، ناهيك عن التطور المتسارع في مجال العمران إلى درجة أصبحت فيها مضايقات الجوار مشكلة متكررة إذ أثقلت كاهل القضاء وعجز معها على توفيرى الحماية القانونية اللازمة للجار المضروب.

6- فيما يتعلق بالأضرار الناتجة عن المباني في الفقه الاسلامي، سواء تعلق الأمر بسقوط المباني أو أضرار الجوار؛ فهي موجبة للضمان وهو ما يقابله قيام المسؤولية المدنية في القانون، وأهم ما يميز الضمان في الفقه الاسلامي أنه يقوم على مبدأ جبر الضرر المادي الذي تم إحققه بالآخرين، خلافا للضمان الأفعال الضارة بالأنفس والذي هو قائم على مبدأ الزجر والردع، والتعبير بالضمان عن جبر الضرر وإزالته، هو التعبير الشائع في الفقه الإسلامي، وعبر بعض الفقهاء من المتأخرين بالتعويض، ومن أهم قواعد الضمان التي يعتمد عليها الفقهاء هي قاعدة "الضرر يزال".

7- أقام القانون الجزائري المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني على ثلاثة أسس، الأولى على أساس الخطأ والثانية على أساس التعسف في استعمال الحق والثالثة على أساس مضار الجوار غير المألوفة، ففي حالة تهدم البناء، تؤسس مسؤولية المالك على أساس الخطأ المفترض ويجب على المضروب أن يثبت أنّ الضرر الذي أصابه ناشئ عن تهدم البناء لكي تقوم مسؤولية مالك البناء ويستطيع هذا الأخير نفي المسؤولية عنه إذا أثبت أن البناء لم يكن في

حاجة إلى الصيانة، أو إصلاح أو تجديد، وفي حالة عجزه عن الإثبات يعتبر التهديم راجع لخطئه المفترض.

8- بالنسبة للمسؤولية المدنية عن أضرار المباني في علاقات الجوار فإنها في القانون الجزائري تختلف عن المسؤولية الشخصية القائمة على أساس الخطأ باعتبار أنها لا تقتضي اثبات الخطأ من جانب المالك، وفي نفس الوقت تختلف عن المسؤولية القائمة على أساس التعسف في استعمال الحق، باعتبار أن هذه المسؤولية تستلزم توافر معايير لا يمكن إضافة لها معيار الضرر غير المألوف وإلا ناقضتها، مما يقتضي إضفاء على المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة طابعها الموضوعي المرتبط بالضرر بعيدا عن فكرة الخطأ.

9- بالنسبة لأساس مسؤولية المالك عن أضرار المباني في الفقه الإسلامي، نجد أن هناك من ضيق من حدود المسؤولية عن أضرار المباني إلى أبعد الحدود مراعيًا في ذلك مالك المبنى وحفاظًا على حقه في التصرف مطلقًا في ملكه، وهناك من وسع من حدود المسؤولية عن أضرار المباني مراعيًا في ذلك جانب الغير المضرور وذلك بمسائلة مالك المبنى المتسبب في الضرر ولو كان الضرر قليلا إذا قصد الإضرار بغيره، أما إذا لم يقصد الإضرار به فيسأل عن الضرر البين أو الفاحش ومنهم من توسط في وضع حدود المسؤولية مراعيًا في ذلك المالك محدث الضرر والغير المضرور، وذلك بمسائلة محدث الضرر إذا كان الضرر معتبرا أي فاحشا سواء قصد المالك إحداثه أو لم يقصد.

10- يبقى الراجح في آراء مذاهب الفقه الإسلامي الرأي الذي يرى بتقييد المالك في تصرفه وانتفاعه بملكه بما لا يضر غيره ضررا فاحشا وذلك بغية إقامة التوازن بين حقوق الأفراد التي تجب مباشرتها على أساس التضامن الاجتماعي، والذي لا يستقيم مع مبدأ إطلاق حق الملكية وعدم مسائلة المالك في جميع الأحوال قضاء، لأن تحقيق التوازن يتطلب مراعاة جميع الأطراف، التي يستوجب فيها أن نقيّد تصرفات المالك إذا ألحق بغيره ضررا فاحشا، وبالمقابل تحمل الغير الأضرار العادية أو المألوفة.

11- فيما يتعلق بركن الخطأ في المسؤولية المدنية فإنه في المسؤولية العقدية يكمن أساسا في عدم تنفيذ مالك المبنى لالتزامه، بغض النظر عن السبب الداعي إلى عدم التنفيذ، وبعبارة أخرى سواء أكان عدم التنفيذ عن عمد أو عن إهمال أو كان سببه مجهولا، فالأمر الذي يجب الانتباه إليه هنا هو نوع الالتزام هل هو التزام بتحقيق نتيجة، أم التزام ببذل عناية، فالواجب على المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة هو أن يحقق نتيجة معينة في العقد هي محل الالتزام، ومن ثم يكون تنفيذه لما التزم به بتحقيق هذه النتيجة، كالتزام بنقل ملكية شيء، أو بإقامة بناء، أو بتسليم عين، فمثل هذه الالتزامات لا يتم تنفيذها إلا بتحقيق الغاية المقصودة من التعاقد، وهي نقل الحق، أو إقامة البناء، أو تسليم العين، والواقع أن أكثر الالتزامات العقدية من هذا النوع، أما خطأ مالك المباني في المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالالتزام القانوني، يتمثل في إخلاله بالتزام ببذل عناية في حراسة بنائه، والمعياري في ذلك الشخص العادي المميز.

12- لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية للمالك سواء كانت عقدية أو تقصيرية وقوع الخطأ من قبل المالك فقط، بل لا بد أن يترتب على ذلك الخطأ ضرر يصيب الدائن من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بماله أو حريته أو بسلامة جسمه، أو حريته أو غير ذلك، فالضرر يعد ركنا ركينا لا تقوم المسؤولية المدنية بدونه، ولا تطبق أحكامها إلا بوجوده.

13- لقيام المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني لابد من توافر علاقة السببية بين خطأ مالك المبنى والضرر الذي أصاب المضرور، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الضرر مترتبا على الخطأ؛ بأن يكون الخطأ هو المصدر المباشر للضرر، علما بأن مسؤولية المالك تنتفي إذا انعدمت رابطة السببية بين خطئه من جهة، والضرر الذي لحق بالمضرور من جهة أخرى، ويكون ذلك بوجود السبب الأجنبي كالقوة القاهرة، أو خطأ الغير، أو خطأ المضرور نفسه.

14- لا يميز الفقه الإسلامي بين المسؤولية العقدية من جهة، والمسؤولية التقصيرية من جهة أخرى، وإنما تندمج فيه أحكام المسؤوليتين معا فيما يسمى بأحكام الضمان في الفقه الإسلامي،

لهذا فإن الفقهاء لم يميزوا بين الضرر الناجم عن الخطأ في المسؤولية العقدية، والضرر الناجم عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، وإنما تحدثوا عن الضرر من حيث هو، بصرف النظر عن سببه أو مصدره، انطلاقاً من أن أي ضرر مهما كان سببه أو مصدره، أو الشخص المتسبب فيه، يجب جبره والتعويض عنه، وكانت جل كتاباتهم وتحليلاتهم وأمثلةهم تنصب على الفعل الموجب للضمان والأضرار الناجمة عنه، مما يصيب النفس أو المال، في نطاق المسؤولية التقصيرية، أما حظ الكلام عن الضرر في نطاق المسؤولية العقدية فقد كان نادراً جداً، وكل ذلك بسبب أن الفقه الإسلامي، لم يكن وليد نظريات، وإنما رتبت أحكامه حسب الواقع في مجموعات تؤلف بينها وحدة موضوعية.

15- حاول بعض الفقهاء المعاصرين صياغة أحكام المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي بشكل نظريات، قريبة أو بعيدة عن شكل النظريات القانونية الحديثة أمر محمود ومطلوب، وقد تحدثوا عن أركان الضمان في الفقه الإسلامي واشتروا لوجوب الضمان على المتسبب توافر وصف التعدي في الفعل، وهذا وصف يقوم بإثباته المضرور، ويشترطون أيضاً عدم قيام مانع من نسبة الضرر إلى المتسبب، وإذا كان هذا محل اتفاق بينهم، إلا أنهم قد اختلفوا في تقدير وجود المانع في بعض حالات التسبب، ومنها حالة تعدد الأسباب أو تعدد النتائج، وخلصوا إلى أن صاحب السبب من الأضرار المتعددة المتسلسلة فيما بينها إلا ما كان منها متصلاً بالسبب، بأن كان غير مضاف إلى غيره من الأسباب.

16- جعل القانون المدني الجزائري مسألة جبر الضرر كآلية لمعالجة هذه الأضرار عن طريق التعويض القانوني أو التعويض الإتفاقي أو التعويض القضائي، كما حدد المشرع الجزائري في القانون المدني كيفية التعويض عن هذه الأضرار، حيث يجوز أن يكون التعويض نقدي، كما يجوز أن يكون عيني أو غير نقدي، واختيار أحد هذه الطرق دون الأخرى يكون له أثر بالغ في تحقيق الغاية من التعويض، بعد أن يتم تقدير التعويض سواء كانت هذه الأضرار مادية أو معنوية، فالأولى تصيب الشخص في جسمه أو ماله والثانية تمس

الجانب الاجتماعي للذمة المعنوية، وقد لاحظنا أن المشرع الجزائري لم يتجه نحو التعويض عن الضرر المعنوي إلا أننا توصلنا في النهاية إلى إمكانية الحكم به.

17- من أجل أحقية التعويض لابد من شروط للضرر وهي أن يكون شخصيا، مباشرا، محققا وماسا بمصلحة مشروعة أو حق ثابت، وعلى القاضي التثبت من توفر جميع هته الشروط وذلك تحت رقابة المحكمة العليا، كما أن على القاضي أن يبين كيفية توصله لتقدير التعويض ويظهر العناصر التي استعملها في ذلك والتي حددها القانون متوخيا في كل هذا الوصول إلى تناسب بين الضرر والتعويض، وذلك لتمكين المحكمة العليا من ممارسة رقابتها، باعتبار أن تطبيق عناصر التقدير على الواقع هو من قبيل التكييف القانوني الذي يفسح المجال لتدخل المحكمة العليا بالرقابة.

18- وجدنا جبر الضرر في الشريعة الإسلامية من خلال أحكام الفقه الاسلامي مختلفا عن التعويض في القانون المدني الجزائري والملاحظ أن فقهاء الشريعة الاسلامية وضعوا مصطلح الضمان مقابل التعويض في القانون المدني الجزائري هذا من ناحية المصطلحات، أما من ناحية الموضوع هناك فروق كثيرة نذكر منها:

من الناحية القانونية؛ فالمشرع الجزائري من أجل معالجة الأضرار أعطى للقاضي السلطة التقديرية لتعيين التعويض عن الضرر مع المتابعة القضائية للضرر حتى يتمكن القاضي من ضبطه وتقديره وفق ما نص عليه القانون المدني الجزائري من أجل الوصول إلى حلول نهائية وهذا بعد التقييم والتقدير للضرر سواء كان ماديا أم معنويا وهذا بعد إخضاع الأضرار التي تسببت فيها المباني بصورة مباشرة أو غير مباشرة للنصوص والمواد القانونية في القانون المدني الجزائري.

ومن الناحية الشرعية؛ نجد الكثير من النصوص الموجودة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، والتي جاءت لمعالجة الأضرار، وقد استنبط منها فقهاء الشريعة الإسلامية القواعد الفقهية المتعلقة بالضرر مثل قاعدة "الضرر يزال شرعا" وغيرها من القواعد الفقهية التي

جاءت لدفع المضرة وجلب المصلحة للناس، وفي الأخير نقول أن مبادئ وأسس الشريعة الإسلامية واضحة وقوية الحجة بالنسبة لموضوع التعويض عن الأضرار التي تسببها المباني و في كيفية تعويضها وكيفية جبر النقصان واستحقاق التعويض وهذا مما يسهل السبل إلى الحل الأنسب بين المالك المسؤول عن الضرر والمتضرر.

19- المشرع الجزائري لجأ إلى التأمين عن المسؤولية المدنية والذي يعد بمثابة تقنية لا مثيل لها تكفل الحياة الإجتماعية، من خلال تحمل التبعات المالية التي ترتبها مسؤولية مالك المباني بسبب الأضرار اللاحقة بالغير، فيكون بذلك ضمانا حقيقيا للمضروور عن الأضرار التي تسببها تلك المباني، حيث يعد مجال البناء من أهم ميادين تطبيقات عقود التأمين في الوقت الراهن لما تتكفل به تقنية التأمين بفضل الوظيفة التوزيعية قصد توفير الملاءمة المالية لمختلف الأطراف وذلك بدلا من تركيز عبء الأضرار على مالك المباني المسؤول وفي ذلك تعزيز لحق المضروور في الحصول على التعويض، فقد يتخذ هذا النوع من التأمينات الطابع الاختياري ويكون شأنه شأن باقي العقود أو يأخذ طابع إلزامي يرجع أساسه في تدخل المشرع في إنشاء المراكز التعاقدية والتوفيق بين إرادة المتعاقدين ليقترن هذا النوع بجزاءات في حال عدم الامتثال له وهذا ما كرسه المشرع الجزائري.

20- بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين أجازوا التأمين عن المسؤولية قياسا على نظام التأمينات الاجتماعية والمعاشات إذ يمكن من خلاله معاملة التأمين الإجباري كنوع من أنواع الرسوم الجمركية أو الحكومية الواجب دفعها حتى يتم بناء المباني وإستغلالها بعد البناء، واستند الموجزون من فقهاء الشريعة المعاصرين إلى قياس التأمين الإجباري عن المسؤولية الناشئة عن أضرار المباني بنظام العوائل المعروف في الشريعة الإسلامية باعتبار أن التأمين فيه تعاون على دفع التعويض الناشئ عن المسؤولية.

وبعد عرضنا لأهم نتائج البحث نقدم الاقتراحات التالية:

1- نؤكد على أن إقامة المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، يتنافى مع المبادئ التي تقوم عليها المسؤولية المدنية بوجه عام، هذه الفلسفة التي تقوم على الخطأ أو التعدي، إذ أن إقامة المسؤولية على خطأ غير قابل لإثبات العكس مؤداه تحميل الإنسان المسؤولية لغير ذنب جنته يده، وهو ما يتنافى مع فطرة الإنسان، لذا فنرى أن الحل في افتراض التعدي في حق المالك كلما كان ضرر المبنى بالنسبة إليه من قبيل المباشرة، وذلك تسهيلا على المتضرر فيما يتعلق بالإثبات، على أن يسمح لمالك المبنى أن يدفع عن نفسه المسؤولية بإثبات عدم تعديه، فإذا أثبت ذلك كان الحادث من قبيل القضاء والقدر الذي لا يسأل عنه الإنسان.

2- ضرورة الأخذ في إقامة المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني بمبادئ الفقه الإسلامي في المسؤولية المدنية أو ما يسمى عند فقهاء الشريعة بالضمان، فهو الأقرب إلى العقل وإلى الفطرة السليمة، وإلى الأساس الفلسفي للتكليف البشري الذي لا يقيم المسؤولية على الإنسان إلا إذا أخطأ أو تعدى، صحيح أن الأخذ بهاته المبادئ قد ينتج عنه أن توجد على أرض الواقع حالات من إضرار المباني بالغير دون أن يسأل عنه أحد لنجاح الحارس في إثبات عدم تعديه، لكن برأينا لا يكون العلاج بافتراض خطأ المالك افتراضا قاطعا والذي يعني في النهاية تحميله مسؤولية دون خطأ أو تعدد اقترفه، وإنما يكون العلاج بإنشاء صندوق وطني للتأمينات تساهم فيه الدولة والقطاع الخاص، لتعويض كل متضرر من فعل المبنى لا ينجح في الحصول على التعويض من مالكة لأي سبب من الأسباب، فالعلاج إذن في هكذا حالة يجب أن يكون اجتماعياً قانونياً.

3- فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية لمالك المباني عن الضرر المعنوي الذي تسببه المباني فإنه يستوجب على المشرع الجزائري توضيح معنى الحرية والشرف والسمعة وكيف يتم المساس بها.



4- كما أن المشرع الجزائري فيما يخص المسؤولية العقدية الناتجة عن فعل الأشياء التي تدخل ضمنها المباني لم يأت بنصوص صريحة خاصة بها كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء كتهدم البناء ونشوب الحريق، مما جعل شراح فقهاء القانون يستخلصون هذا النوع ضمنيا من خلال تفسير بعض المواد المتفرقة في القانون المدني، لهذا نقترح أن يتجه المشرع إلى وضع نصوص صريحة وخاصة تحكم المسؤولية العقدية الناتجة عن فعل الأشياء خاصة فيما يتعلق بالمباني.

5- على المشرع الجزائري التوجه بشكل عام إلى تكريس فكرة المسؤولية الموضوعية، إذ أن المسؤولية المدنية في نسختها الشخصية التي اقتبسها المشرع الجزائري عن المشرع الفرنسي، لم تعد قادرة في وقتنا الحالي على استيعاب كافة مظاهر الأضرار التي يتسبب فيها النشاط الإنساني، وهي بذلك لم تعد قادرة على تحقيق العدالة بسبب عجزها عن القيام بوظيفتها التعويضية، ونعتقد أن المشرع الجزائري يسير بخطى ثابتة في هذا المجال لاسيما فيما يتعلق بموضوع بحثنا المرتبط بالمسؤولية عن أضرار المباني، من خلال فرض التأمين عن المسؤولية وهي ضمان قوية وفعالة بالنسبة للمضرور من أجل القدرة على تحصيل التعويض عن الأضرار التي تلحق به.

6- ضرورة تدخل المشرع الجزائري لإقرار نظام التأمين الاجباري من الأضرار المترتبة عن المباني، حيث يلزم فيه مالك المباني بإبرام عقد تأمين عن الأضرار لمصلحته ولمصلحة المضرور، والهدف من ذلك ضمان صرف تعويض تلقائي للمضرور دون الانتظار لحين الفصل في المسؤولية.

7- ضرورة وضع آليات قانونية من أجل تطوير مشروعات وثائق التأمين التكافلي وتنويعها ومراجعة شروطها بما يحقق التطبيق الأمثل والصحيح لصيغ التأمين التكافلي في مجال البناء، وذلك من خلال بحوث متخصص ودراسات متعمقة من أهل الاختصاص والخبراء ومراكز البحث.

8- ضرورة تعديل أحكام القانون المدني الجزائري بما يتماشى والتطورات الحاصلة في مجال البناء.

ومن خلال البحث لإيجاد التوازن المطلوب بين النص التشريعي وبين حقوق المتضرر وواجبات مالك المباني، ومن خلال فهمنا لأحكام مسؤولية المالك عن أضرار المباني في القانون الجزائري مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، فإننا نقترح إجراء بعض التعديلات على أحكام المسؤولية الناشئة عن الأشياء في القانون المدني الجزائري، طبقاً لما يلي :

1- تعديل عنوان الفصل الثالث الواردة فيه المسؤولية الناشئة عن الأشياء في الأمر 58-75 حيث أن عنوان (العمل المستحق للتعويض) بعيد عن الدقة و كان ينبغي أن يكون العنوان هو (الفعل الضار) وذلك لأن الفعل المستحق للتعويض أعم من العمل الضار، فهو يشمل الإثراء بلا سبب، وتأخر المدين في تنفيذ التزاماته، لذا نرى إعادة صياغته عنوان الفصل الثالث بما يتلائم مع محتواه.

2- المشرع استعمل في نص المادة 127 لفظ (المضروور)، في حين استعمل في نص المادة 138 فقرة 2 لفظ (الضحية)، بينما استعمل في بداية نص المادة 131 لفظ (المصاب)، وكان ينبغي عليه توحيد المصطلحات والأخذ بمصطلح (المضروور) او (المتضرر) كما ورد في نص المادة 127 وفي آخر نص المادة 131 والمادة 132 فقرة 2 والمادة 140 مكرر والمادة 140 مكرر 1 من القانون المدني.

3- على المشرع الجزائري إدراج نص المادة 140 فقرة 1 كفقرة ثالثة من المادة 138 كاستثناء عن المسؤولية الناشئة عن الشيء (غير الحي) المنصوص عليها في المادة 138، وبذلك نكون أمام قاعدة عامة للمسؤولية عن الأشياء منصوص عليها في الفقرة الأولى تقوم على أساس موضوعي، ثم يأتي الإستثناء في الفقرة التي تليها والمتمثل في المسؤولية الناشئة عن الحريق، والقائمة على الخطأ الواجب الإثبات.

4- وجب على المشرع الجزائري نقل نص المادة 140 فقرة 3 إلى موضعه الصحيح، سواء إلى القسم الخاص بالإيجار أو إلى باب حق الملكية كونه ضربا من القيود الواردة على حق الملكية أي الأحكام المنصوص عليها في المادة 690 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، كون هذه الفقرة في موضعها الحالي تعد نصا غريبا و دخيال عن هذا الفصل .

5- على المشرع تغيير موقع المادة 691 من القانون المدني الجزائري، وذلك بوضعها في القسم الرابع تحت عنوان المسؤولية عن مضار الجوار من الفصل الثالث الفعل المستحق للتعويض من الباب الأول مصادر الإلتزام من الكتاب الثاني الإلتزامات والعقود، كما نقترح إعادة صياغاتها وذلك من أجل تكريس فكرة مضار الجوار غير مألوفة.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

أولاً: باللغة العربية

**1- معاجم لغوية**

1. ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبدالله الكبير ومحمد حسب الله وهشام الشاذلي، دار المعارف، طبعة محققة ومشكولة ومذيلة بفهارس مفصلة، القاهرة، مصر، 1986م.
2. أحمد الشرباصي، المعجم الاقتصادي الإسلامي، دار الجيل، دون مكان نشر، 1981 م
3. أحمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، لبنان، 1987 م.
4. جبران مسعود، الرائد، دار العلم للملايين، لبنان، ط 7، 1992 م .
5. عبد الرحمن بن محمد بن محمد، ابن خلدون أبو زيد، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، تحقيق خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، ط2، 1988م.
6. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني تحقيق محمد صديق المنشاوي، معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، 2000 م.
7. لويس معلوف، المنجد في اللغة، الطبعة الجديدة، الطبعة التاسعة عشر، المطبعة الكاثوليكية، بيروت.
8. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، طبعة فنية منقحة مفهرسة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، سنة 2005 م .
9. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، معجم مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، 1986 م .
10. محمود مصطفى، إجماع الأعلام، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1983م.

**2- مراجع قانونية عامة**

1. إبراهيم علي حمادي الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2007م.

2. أحمد سي على، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، 2010 م .
3. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام والإثبات في الفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 م.
4. آلان بينابنت، القانون المدني، الموجبات (الإلتزامات)، ترجمة: منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، بيروت، 2004 م.
5. السيد أحمد مرجان، تراخيص أعمال البناء و الهدم بين تشريعات البناء و الأوامر العسكرية والقرارات الوزارية و أحدث أطام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 م.
6. العوجي مصطفى، القانون المدني، ج2، المسؤولية المدنية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007 م .
7. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الاردن، 2009م.
8. أنور سلطان، مصادر الإلتزام، الجامعة الأردنية، ط1، عمان ، الأردن، 2002 م،
9. أنور سلطان، مصادر الإلتزام، الموجز في النظرية العامة للإلتزام (دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني)، دار النهضة العربية، بيروت، 1983 م .
10. أنور طلبة، المسؤولية المدنية، المسؤولية التقصيرية، ج3، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005 م
11. بشار ملكاوي وفيصل العمري، مصادر الإلتزام (الفعل الضار)، دار وائل، الطبعة الأولى، الأردن، 2006 م .
12. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومه، د.ط، الجزائر، 2013 م .
13. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995 م .
14. بوذياب سليمان، مبادئ القانون المدني، دراسة نظرية وتطبيقات عملية في القانون - الحق الموجب والمسؤولية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، 2003 م
15. بوسته إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية (دراسة تحليلية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، الجزائر، 2011 م.
16. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القانون المدني، منشورات كليك، ط1، الجزائر، 2013م.

17. جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية 1970 م .
18. حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والقانون المقارن، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2008 م.
19. حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011 م.
20. حسن علي الذنون و محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والمقارن)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، عمان، 2002 م.
21. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الخامس، المسؤولية عن الأشياء، دار وائل للنشر، الأردن، 2006 م.
22. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، دار وائل للنشر، الأردن، ط1، 2006 م.
23. حسن كيرة، أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف بالإسكندرية سنة 1965 م .
24. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، د.ط، مصر، 1974 م .
25. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، (أحكامها ومصادرها)، ط4، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998 م .
26. حسن كيرة، الموجز في القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، د.ط، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998 م .
27. حسنين محمد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983 م .
28. حسين عامر وعبد الرحمن عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط2، دار المعارف، 1979 م .
29. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية في ضوء أحدث أحكام محكمة النقض، دار الكتب القانونية، مصر، 2009 م .
30. دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع د.ط، عنابة، الجزائر، 2004 م .

31. رشيد شميثم، التعسف في استعمال الملكية العقارية -دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الخلدونية، د.ط، د.س .
32. رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د.س
33. رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2004 م .
34. رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2007 م .
35. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنة القوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج1، دار الثقافة، ط2، بيروت، د.س .
36. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الاحكام العامة وأركان المسؤولية، الخطأ والضرر، معهد الدراسات العربية بجامعة الدول العربية، 1972م.
37. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد2، الإلتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، ط5، لبنان، 1988 م .
38. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء 3، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتاب، الطبعة 4، 1980 م.
39. سمير سهيل الذنون، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية والتأمين الإلزامي عليها، المؤسسة الحديثة للكتاب، د.ط، لبنان، 2005 م .
40. عبد الرحمان الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي، بدون رقم الطبعة، كلية الحقوق، جامعة حلب، 1965م .
41. عبد الرحمان على حمزة، مضار الجوار غير المألوفة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، مصر، 2006 م .
42. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، المجلد الثاني، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 م .
43. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000 م.

44. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء)، المجلد الأول الجزء السادس، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1998 م.
45. عبد الرزاق حسين يسين، المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري ومقاول البناء، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 1987 م .
46. عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، دار الفكر الجامعي، د.ط، الاسكندرية، مصر، 2010 م.
47. عبد القادر العرعاعي، مصادر الإلتزام، مكتبة دار الأمان، ط3، الرباط، المغرب، 2011 م.
48. عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام ومصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2014 م.
49. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج 1، مصادر الإلتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980 م.
50. عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار الكتب والدراسات العربية، ط7، القاهرة، 2000 م.
51. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالشرائع الوضعية، منشورات معهد الدراسات العربية، القاهرة، مصر، 1966 م .
52. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، الجزائر، 2005 م.
53. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير- المسؤولية عن فعل الغير- التعويض)، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
54. علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي - الحقوق العينية الأصلية والتبعية، منشورات الجامعة الليبية 1960 م.
55. علي فيلالي، الإلتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، ط3، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2012 م .
56. عمر حمدي باشا وليلى زروقي، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الطبعة الحادي عشر، الجزائر، 2009 م.
57. فاضلي إدريس، المدخل إلى القانون - نظرية القانون ونظرية الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 2014 م .



58. فاضلي ادريس، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 2006 م
59. فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 2009 م .
60. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، ط3، بيروت، لبنان، 1984.
61. فريدة محمدي زاوي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون والطباعة، وحدة الرغبة، د.ط، الجزائر، 1988 م .
62. ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة، وفقا لأحكام التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2011 م .
63. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2006 م.
64. محمد حسن قاسم، عقد البيع (دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، د.ط، 1999 م.
65. محمد حسين منصور، النظام القانوني للمباني والمنشآت، دار الجامعة الجديدة، د.ط، الاسكندرية، مصر، 2011 م.
66. محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، دار الجامعة الجديدة، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2006 م .
67. محمد حسين منصور، مصادر الإلتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، د.ط، بيروت، لبنان، 2000 م.
68. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، د.ط، القاهرة، مصر، 2000 م .
69. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام المسؤولية التقصيرية، فعل المستحق التعويض)، دار الهدى للطباعة، د.ط، الجزائر، 2011 م .
70. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، ط 10، دار الهدى، الجزائر، 2010 م.
71. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، مصادر الإلتزام الواقعة القانونية (العمل الغير المشروع – شبه العقود – والقانون)، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004 م.

72. محمد عبد الرحمن السليفاني، عقوبة الإعدام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- دراسة مقارنة- ، مطبعة هاوار دهورك، ط1، 2003.
73. محمد عبد الله الدليمي، النظرية العامة للالتزام، الجامعة المفتوحة، د.ط، ليبيا، 1998م.
74. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، منشورات الجامعة المفتوحة، ط3، طرابلس، ليبيا، 1993م.
75. محمد كامل موسى باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2005 م .
76. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء (دراسة مقارنة)، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الثانية، الإسكندرية، مصر، 2009 م .
77. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، الجزء الأول، مصادر الالتزام (المصادر الغير الإرادية)، الطبعة الثانية عشر، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2009/2008 م.
78. محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام (دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري)، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 1985 م .
79. محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري)، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 1988 م .
80. مروان كساب، المسؤولية عن مزار الجوار، منشورات الجامعة اللبنانية، د.ط، بيروت، 2001 م .
81. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، 2004 م .
82. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، لبنان، 2009 م .
83. مصطفى العوجي، القانون المدني؛ العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2007 م .
84. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري ، مكتبة عبد الله وهبة، د.ط، القاهرة، 1965م.

85. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، لبنان، 2003 م .
86. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، د.ط، مصر، 2012 م .
87. نزيه كباره، الملك العام والملك الخاص (الاستملاك، الأشغال العامة، مسؤولية المهندس)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010 م.
88. نزيه محمد الصادق المهدي، الوسيط في الاحكام العامة لعقد التأمين، دار النهضة العربية، مصر، 2009م.
89. وائل محمد شحاته الخطيب، القيود الواردة على حق الملكية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمينا، مصر، 2003 م .
90. يوسف شكري فرحات، غرناطة في ظل بني الأحمر، المؤسسة الجامعية، د.ط، بيروت، 1982م .
91. يوسف محمد عبيدات، مصادر الإلتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر، د.ط، عمان، 2009 م

### 3- مراجع قانونية متخصصة

1. أبو المجد حرك، من أجل تأمين إسلامي معاصر، دار الهدى، الإسكندرية، ط 1، 1993م.
2. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون و القضاء، دراسة مقارنه، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1983 م .
3. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله، في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ط، 2000 م.
4. أحمد محمد لطفي أحمد، نظرية التأمين المشكلات العملية والحلول الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط، 2007م.
5. أشرف جابر سيد ، المسؤولية عن مضار الجوار غير المؤلفه الناشئة عن أعمال البناء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2010 م .
6. بن خروف عبد الرزاق، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، ج1، ط3، مطبعة ردكول، الجزائر، 2002 م .

7. بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010 م .
8. جديدي معراج، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2007 م .
9. جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2007 .
10. زرارة عواطف، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دار هومة ، الجزائر، 2009 م .
11. زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004 .
12. عبد الرحمان على حمزة، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.
13. عطا سعد محمد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2001 م .
14. عمر بن عبد العزيز المترك، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، دار العاصمة، الرياض، ط 3، 1998 م.
15. عيد أحمد أبو بكر و وليد إسماعيل السيفو، إدارة الخطر والتأمين، دار اليازوري للنشر والتوزيع، الأردن، 2009م
16. فيصل زكي عبد الواحد ، أضرار البيئة في محيط الجوار و المسؤولية المدنية عنها، مكتبة سيد عدل الله وهبة ، القاهرة، مصر، 1989 م .
17. سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط 01 ، 2002 م.
18. سليمان بن إبراهيم بن ثنيان، التأمين وأحكامه، دار العواصم المتحدة، بيروت، ط01، 1993م.
19. سمير كامل، التأمين من المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، دون دار النشر، الطبعة الاولى، 1990م.
20. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2003 م .

21. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2006 م .
22. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندس ومقاول البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، د.ط، القاهرة، مصر، 1985 م.
23. مراد محمد محمود حسن حيدر، التكييف الشرعي والقانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة، دراسة تحليلية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2009 م .
24. مروان كساب، المسؤولية عن مضار الجوار، طباعة جون كلود الطو الأشرقية، ط1، لبنان، 1998 م .
25. نعمات محمد مختار، التأمين التجاري والتأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، دط، 2005م.
26. نزيه محمد الصادق المهدي، دراسة انتقادية لنطاق التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول بمقتضى القانون رقم 02 لسنة 1982 مع المقارنة بالقانون الفرنسي رقم 12 لسنة 1978 الخاص بالمسؤولية والتأمين الإجباري في مجال أعمال البناء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982م.

#### 4- أطروحات دكتوراه، مذكرات ماجستير وماستر

1. بجماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر القايد ، تلمسان ، الجزائر، 2007 م -2008 م.
2. بطوش كهينة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2012.
3. بلمختاري سعاد، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول البناء، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009 .
4. بن تريعة مها، مسؤولية المرقى العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2014.
5. بن دود حنان، المسؤولية التقصيرية عن فعل الشيء في ظل القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2014م.

6. ثروات فتحي اسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني الصانع والموزع- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة ، مصر، 1987م.
7. حاجي وهيبية، جورادي فتيحة، دعاوي المالك في مواجهة مزار الجوار بشكل عام، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014 م .
8. حجاج مبروك، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية والنظام المستقل، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، سنة 2014 م .
9. خديجي أحمد، نطاق المسؤولية العشرية - دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، سنة 2006 م.
10. خنوف حضرية، تطور فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية والعقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1، 2010 م .
11. دغوش عبد الرحمان ،حق الملكية والقيود القانونية والاتفاقية التي ترد عليه في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة الجزائر، 1977م .
12. زكي زكي زيدان، حدود المسؤولية عن مزار الجوار في الشريعة و القانون المدني، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون، جامعة القاهرة، مصر 1995 م.
13. زليخة لحميم، المسؤولية الناجمة عن الأضرار البيئية في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، 2014 م.
14. زهوين ميسون، لاكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، 2007 م .
15. ساعيد فيشوش، السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء في ق.م.ج، بحث لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013 م .
16. سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون"فرع قانون المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014 م .
17. شعباني نوال، إلتزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير، مسؤولية مهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012 م .

18. صفية بشاتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة، رسالة دكتوراه في العلوم، قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012 م .
19. عبد الحميد حسن شرف، حق العلو والسفل وملكية الشقق، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1989 م .
20. عبد الحميد محمود البعلي، نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1977م.
21. عبد الرحمان على حمزة ، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، نشر دار النهضة العربية ، 2006 م .
22. عبد الرحمان محجوبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2007 م .
23. علي جمال، المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار التلوث الصناعي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س 2002.
24. غسان محمد مناو أبو عاشور، الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون المدني الأردني و الفقه المقارن، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2003م.
25. فاضلي إدريس، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجزائر، 1979م.
26. فاطمة الزهرة بن شاعة، حق المرور كقيد على الملكية العقارية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، 2012 م .
27. فريد عبد المعز فرج، التزامات الجوار كقيد من القيود الواردة على حق الملكية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة القاهرة، مصر، 1979 م .
28. قاسي نسيفة، بلغربي كريم، نظرية مضار الجوار غير المألوفة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص

- القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية- الجزائر، 2016-2017م.
29. كرتوس أنيسة، المسؤولية الناشئة عن تهم البناء في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2001 م .
30. كيجل كمال، الإتجاه الموضوعي في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ودور التأمين، رسالة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س 2007 م.
31. محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء -دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، رسالة دكتوراه جامعة الكويت، ط1، الكويت، 1989م.
32. محمد لبيبا، التأمين التعاوني وتطبيقاته في بنك الجزيرة بالمملكة العربية السعودية وشركة الإخلاص للتكافل بماليزيا دراسة تحليلية مقارنة، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الدكتوراه في علوم الوحي والتراث (قسم الفقه وأصول الفقه )، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية، غير منشورة، ماليزيا يونيو 2007 م.
33. محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجزائر، 1976 م .
34. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010 م.
35. أسماء مكي، المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016.
36. منصور صابر عبده خليفة، القيود الواردة على حق الملكية للمصلحة الخاصة، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2011 م .
37. موهوبي فتيحة، الضمان العشري للمهندس المعماري ومقاول البناء، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007 م.
38. ناصر متعب بنية الخرينج، الإتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة مع القانون الأردني، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الكويت، س 2010 م.



39. نصير صبار لفته، التعويض العيني، رسالة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، س 2001 م.
40. نور الدين قطيش محمد السكارنه، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، س 2012 .
41. وسيلة أحمد شريط، أساس المسؤولية التقصيرية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 2000م.
42. وليد محمد بخيت الوزان، إبراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الكويت، 2011 م.

## 5- بحوث ومقالات

1. أحمد عبد الكريم أبو شنب، « أحكام المسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني و الفقه الاسلامي»، مجلة المنارة (الدراسات القانونية)، المجلد السابع، العدد الثالث، جامعة آل البيت، الأردن، تشرين الأول 2001 م .
2. الشيخ عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة، العدد الأول، سنة 1967.
3. أيمن أبو العيال، فكرة ضمان العقد في الفقه الاسلامي، مجلة جامعة دمشق، كلية الحقوق، جامعة دمشق، المجلد 19، العدد الثاني، 2003.
4. أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال الحق، مجلة القانون والإقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، مارس 1947،
5. بوبكر مصطفى، الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني رقم 10-05 الموافق لـ 20 يونيو 2005، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد 1 سنة 2011م.
6. جابر الحجاجبة، شروط ضمان العيوب في الفقه الإسلامي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس، العدد 1، 2010.
7. جليل حسن الساعدي، ملاحظات في نصوص المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع عشر، يونيو 2002 م .
8. عبد المجيد مطلوب، التزامات الجوار- دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والقانون الوضعي-، مجله العلوم القانونية والاقتصادية ،كلية الحقوق جامعته عين شمس، العدد الثاني، السنة الثامنة عشر، يوليو 1976 م .

9. علي عبد الأحمد أبو البصل، المضاربة والمقامرة في بيع و شراء الأسهم ( دراسة فقهية مقارنة )، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 25، العدد 02، 2009 م.
10. قادري نادية،" المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الجزائري"، الملتقى الوطني - حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 17 و 18 فيفري 2013 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة
11. مالك جابر حميدي الخزاعي، إساءة استعمال الحق خطأ تقصيريا يلزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مجلد 17 ، العدد 2 ، سنة 2009 م .
12. محمد عبد الغفور العماوي، مدى مساهمة المضرور في إحداث الضرر وأثره على تقدير التعويض، مجلة علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد الأربعون، العدد الثاني، س 2013 .
13. مصطفى أبو علم، «المسؤولية عن تهدم البناء»، مجلة إدارة قضايا الحكومة، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، السنة الثانية، العدد الرابع، أكتوبر/ديسمبر 1958 م .
14. مصطفى الجمال، تقييم مواقف الفقه والقضاء من أحكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة الرابعة، العدد الأول، يناير 1992.
15. هادفي بشير، الأبعاد التنظيمية للضمانات الخاصة بعقد البيع على التصاميم، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، الواقع والأفاق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، أيام 27-28/فيفري 2012.

## 6- مراجع الفقه الاسلامي

1. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، مكتبة عبد الله الوكيل.
2. أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، السعودية، 1997م .
3. أبا بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت ، ط 2، 1403 هـ.

4. ابن النجار تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار الرسالة العالمية، ط1، 2000.
5. ابن جزري، القوانين الفقهية، المكتبة الثقافية، د.ط، بيروت، بدون تاريخ .
6. ابن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار في شرح المجلى باختصار، تحقيق خالد الرباط، ج 8، دار ابن حزم، لبنان، 2016 .
7. ابن عابدين، حاشية رد المحتار على در المختار؛ شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1386 هـ،
8. ابن فرحون، تبصرة الأحكام، على هامش، فتح العلي المالك، لمحمد أحمد عيش المالكي، مطبعة عيسى الحلبي بمصر، ط1، 1331 هـ.
9. ابن قاضي سماوة، جامع الفصولين، المطبعة الأزهرية، الطبعة الأولى 1300 هـ.
10. ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، تحقيق سيد ابراهيم صادق و السيد محمد السيد، ج15، دار الحديث للنشر والتوزيع، ط1، القاهرة، 2004 .
11. ابن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997 م .
12. ابن مفلح المقدسي، الفروع، طبعة عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ.
13. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1993 م .
14. أبو المجد حرك، من أجل تأمين إسلامي معاصر، دار الهدى، الإسكندرية، ط1، 1993 م.
15. أبو زكرياء محي الدين يحيى بن شرف بن مري النووي، صحيح مسلم بشرح النووي- ج2، المطبعة المصرية ومكنتها، بدون تاريخ النشر.
16. أبو زكرياء محي الدين يحيى بن شرف النووي، صحيح رياض الصالحين، تحقيق مصطفى أبو المعاطي، دار الرشيد للكتاب والقرآن الكريم، الجزائر، 2006 م .
17. أبو عبد الله محمد الأندلسي (ابن الأزرق)، بدائع السلك في طبائع الملك، تحقيق محمد عبد الكريم، بيروت الدار العربية للكتاب، 1977.
18. أبو محمد غانم بن محمد البغدادي، مجتمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، عالم الكتب، ط 1، بيروت، 1407 هـ/ 1987 م .

19. أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيرازي، المهذب، تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت، ط1، 1996م.
20. أبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف، تحقيق الدكتور عبد الله بن المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، ط1، 1995م.
21. أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ .
22. أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، دار إحياء التراث، ج3، بيروت، بدون تاريخ .
23. أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد، دار الجيل، بيروت، ط2، 1988م.
24. أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
25. أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، السنن الكبرى، ج6، تحقيق الأستاذ محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1999م .
26. أبي زكرياء الأنصاري، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب، ج2، دار الفكر، بدون تاريخ.
27. أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985 م .
28. أبي محمد عزّ الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، مؤسسة الريان، بيروت، ط2، 1998م .
29. أحمد بابا التنبكتي، كفاية المحتاج، تحقيق محمد مطيع، ط1، وزارة الأوقاف بالمغرب، 2000م .
30. الإمام أبو عبد الله أحمد ابن حنبل الشيباني، مسند الإمام أحمد، مطبعة دار المعارف، د.ط.
31. الإمام أبي وليد سليمان الباجي المنتقي شرح الموطأ، طبعة الكتاب العربي، د.ط، بيروت. د.س.
32. الإمام أحمد بن محمد الشيباني ابن حنبل ، المسند، تحقيق السيد أبو المعاطي النوري، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ/ 1998م.

33. الإمام الرملي (شمس الدين محمد بن أبي العباس الشهير بالشافعي الصغير) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة الحلبي، د.ط، القاهرة، د.س .
34. الإمام الكاساني، (علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت،
35. الإمام مالك، الموطأ ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، مصر، دون تاريخ.
36. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، د.ط، بيروت، بدون تاريخ.
37. الرافعي ،فتح العزيز في شرح الوجيز، مطبوع مع المجموع شرح المهذب، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، بدون تاريخ .
38. الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق الأستاذ طارق بن عوض الله بن محمد، والأستاذ عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، 1995م.
39. الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق حمدي ابن عبد المجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، ط2، 1983م .
40. الفخر الرازي، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، بدون تاريخ النشر .
41. الكساني، أبو بكر المسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق : محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، ط 2 ، 1419 هـ / 1998 م.
42. المبارك بن محمد الجزري بن الأثير مجد الدين ابو السعادات، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر احمد الزاوي و محمود محمد الطناحي، المكتبة الإسلامية، القاهرة، 1963م.
43. المتقي الهندي، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، بيت الأفكار، الهند، 2005 ..
44. برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون،(فقيه مالكي) -تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، طبعة دار المعرفة، بيروت، د.ط، س.س.
45. تاج الدين ابو نصر عبد الوهاب ابن تقي الدين السبكي، الطبقات الشافعية الكبرى، تحقيق محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح الحلو، فيصل عيسى البابي الحلبي، 1964.

46. جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1983م .
47. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996م.
48. خير الدين بن محمود الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، ط5، بيروت، 1986م.
49. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ .
50. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية، بدون تاريخ.
51. سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 2002 م .
52. سليمان بن محمد البجيرمي، التجريد لنفع العبيد المعروف بحاشية البجيرمي على منهج الطلاب، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1950م .
53. شمس الدين أبو عبد الله الذهبي، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق علي محمد البجاوي، ط1، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1963م.
54. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1397هـ.
55. شمس الدين السرخسي ، المبسوط، دار المعرفة، د.ط، بيروت، لبنان، 1993م.
56. عبد الرحمن العليمي، المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد، مطبعة المدني، بدون تاريخ.
57. عبد الرحمن بن احمد بن محمد بن نافع، أحكام الجوار في الفقه الإسلامي، دار الاندلس الخضراء للنشر والتوزيع، د.ط، جدة، 1995 م
58. عبد الرحمن بن حسن الجبرتي، عجائب الآثار في التراجم والأخبار، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1998م.
59. عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، دار ابن حزم، بيروت، 2003 م .
60. عبد العزيز بن أحمد بن علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ، الفاروق الحديثة للطباعة، القاهرة، ط 2، 1416هـ / 1995م.

61. عبد الكريم بن محمد السمعاتي، الأنساب، تحقيق عبد الله البارودي، ط1، دار الفكر، بيروت، 1408هـ.
62. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية، الاختيار لتعليل المختار، تعليق الشيخ محمود أبو دقيقة، دار المعرفة، بيروت، ط3، 1975م.
63. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1419 هـ / 1998م.
64. علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم، ط4، دمشق، 1998م.
65. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، د.ط، القاهرة، 2000 م.
66. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، د.ط، مصر، 1996م.
67. علي العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، د.ط، بيروت، د.س.
68. علي بن محمد بن أحمد الرحبي أبي القاسم السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ودار الفرقان، عمان، ط2، 1984م.
69. عمر بن عبد العزيز المترك، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، دار العاصمة، الرياض، ط3، 1998م.
70. فخر الدين عثمان بن علي الزيعلي (فقيه حنفي) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. الجزء 4 المطبعة الأميرية، القاهرة. 1315هـ.
71. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الشهير بابن الهمام، شرح الفتح القدير على الهداية، طبعة دار إحياء التراث العربي، 1389 / 1970 م
72. محمد ابن أبي يعلى، طبقات الحنابلة، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، دون تاريخ.
73. محمد السخاوي، الضوء اللامع، دار مكتبة الحياة، بيروت، بدون تاريخ.
74. محمد بن أحمد الفاسي الشهير بميارة، الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ.
75. محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1999م.

76. محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، المجلد 1، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، د.ط، الرياض، 1419 هـ .
77. محمد بن خلف بن حيان، المعروف بوكيع ، أخبار القضاة، طبعة دار عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ .
78. محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، د.ط، دمشق، بدون تاريخ .
79. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، الطبعة الأخيرة، بدون تاريخ.
80. محمد بن فرموز الشهير بمنلا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، ج2، دار إحياء الكتب العربية، د.ط، القاهرة، بدون تاريخ .
81. محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار عالم الكتب، السعودية، 2002 .
82. محمد بن يوسف الشهير بأبي حبان الاندلسي، تفسير البحر المحيط، طبعة مطابع النصر الحديثة بالرياض، بدون تاريخ النشر .
83. محمد جميل بن عمر الشطي، مختصر طبقات الحنابلة، تحقيق الأستاذ أحمد فؤاد زمرلي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1406 هـ .
84. محمد رشيد رضا، تفسير المنار، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، الجزء 5، 1979 .
85. محمد شاكر الكتبي، فوات الوفيات ، تحقيق محمد عبد الحميد، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، بدون تاريخ .
86. محمد فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، دار التراث، الكويت، ط2، 1406 هـ / 1986 م.
87. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر، د.ط، بيروت، بدون تاريخ.
88. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 2006 م
89. محمد نجيب المطيعي، تكملة مجموع النووي، دار إحياء التراث العربي، د.ط، بيروت، 1995 م .



90. مصطفى السيوطي الرحبياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1994م .
91. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مراجعة وتعليق هلال مصيلحي هلال، بيروت، دار الفك ، د. ط . 1982 م.
92. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، الموسوعة الفقهية، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفاة للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 1993 م .
93. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، ط3، 1409 هـ / 1989 م .
94. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، ط2، 1405 هـ / 1985 م .
95. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ط2، 1998م.
96. وهبة الزحيلي، نظرية ضمان التعدي أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق ، د.ط، 1402 هـ / 1982 م .

#### 7- مجلات قضائية

1. المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الرابع، سنة 1992م.
2. المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الاول، سنة 1995م .
3. المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2003م.
4. المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2006 م.
5. المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2008 م .
6. المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الخاص، سنة 2007 م .

#### 8- قوانين

- 1- الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 30 يناير 1974، المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، (المنشور في ج.ر.ج. ج.ج، العدد 15، السنة الحادية عشر، المؤرخة في 19 فبراير 1974)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-31 المؤرخ في 19 جويلية 1988، (المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 29، السنة الخامسة والعشرون، المؤرخة في 20 جويلية 1988).

- 2- الأمر 58-75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 72 مؤرخة في 1975/09/30.
- 3- قانون رقم 07-86 مؤرخ في 04 مارس 1986 يتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 10 لسنة 1986.
- 4- القانون رقم 30-90، المؤرخ في 1990/12/01، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد (52)، المؤرخة في 1990/12/02.
- 5- الأمر رقم 07-95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 13، المؤرخة في 8 مارس 1995). المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 12 مارس 2006.
- 6- المرسوم التنفيذي رقم 95-414 في 9 ديسمبر 1995، يتعلق بالزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية، الجريدة الرسمية، العدد 76 لسنة 1995.
- 7- القانون رقم 10-11، المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخ في 03 يوليو 2011.
- 8- القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية رقم 14 سنة 2011.
- 9- القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 60 سنة 2005.
- 10- قانون البناء المصري (قانون رقم 119 لسنة 2008، الجريدة الرسمية، العدد 19 مكرر (أ) في 11 مايو سنة 2008).

ثانيا: المراجع بالفرنسية

1. Alex weile, droit civil, tom2, les biens, 2<sup>eme</sup> édition, précis dollez, Paris, 1974.
2. Antoine VIALARD, Droit civil Algérien (La responsabilité civile délictuelle), 2<sup>em</sup> édition, office des publications universitaires, Alger, 1986.
3. Bersson (A), La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses, thèse, Dijon 1927. Frossard(J), La distinction de moyens et obligations de résultat, thèse, Dijio de résultat, thèse, Lyon 1965.
4. Brun (P), Responsabilité civile extracontractuelle, 3e éd, Lexis Nexis, Paris, 2014.
5. Capitant(H), Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin, Revue Critique,1900.
6. Josserand, sur Poitiers, 29 janv.1923,D.2,1923 ;P53.et, De l'esprit des droits et de leur relativité « Théorie dit de l'abus de droit », 2<sup>e</sup> éd, Paris, 1939.
7. Olivia DEPETRIS, La responsabilité civile délictuelle du fait des immeubles, Mémoire pour obtention du diplôme d'étude supérieure spécialisée de conseil juridique aux armées, université de droit, d'économie et de sciences d'Aix Marseille, Faculté de droit et des sciences politiques, 2003/2004.
8. Philip le Tourneau, droit de la responsabilité, dalloz action, édition, béta, paris,1997.
9. Terré(f), simller(ph), droit civil- les biens -5éme éd , dalloz paris, 1998.
10. Catherine (G), Juris- classeur, Responsabilité civil, Fasc, 152 ,précité, N°40.

11. Catherine(G) ,juris classeur, Responsabilité civil, Fasc, 152, précité, N°7 .
12. Colin Ambroise et Capitant Henri, Cours élémentaires de droit Civil Français, T1 ,11<sup>ème</sup>éd, par Léon de la Morandier,1974.
13. Esmein (Paule), note sous Cass .Civ 27/10/1964. J.C.P,11, n°14288. Etude présentée dans 13e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004.
14. François TERRE et Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil: Les obligations, Dalloz, 9<sup>e</sup> édition, 2005, N° 697.
15. Frédéric Rouvière, La pseudo-autonomie des troubles anormaux de voisinage Manuscrit auteur, publié dans « variations sur le thème du voisinage, PUAM 2012.
16. Geneviene VINEY, Quelque propositions de réforme du droit de la responsabilité civile, Recueil dalloz, 2009.
17. Josserand (L), Responsabilité du fait des choses inanimées ,Paris, A. Rousseau 1898.
18. Lalou (H), Traité pratique de responsabilité civil, 6<sup>ème</sup>éd.Par P.Azard, paris,Dalloz,1962 .
19. Lanbert (Piri), Marie (Claire), Construction immobilière et dommage aux voisins, Paris 1982.
20. LE Tourneau Philipe, droit de la responsabilité et des contrats, dalloz, paris ,2002 .
21. Manuscrit auteur, publié dans «Variation sur le thème du voisinage, J-Ph. Tricoire. Ed 2012 .- <http://halshs.archives->
22. Marianne ROLAIN , les limitations au droit de propriété en matière immobilière, thèse de doctorat, présentée le 30 novembre 2015. UNIVERSITE NICE SOPHIA ANTIPOLIS, FACULTE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES DE

- NICE, CERDP, Centre d'Etudes et de Recherches de Droit des Procédures, EA n°1201 .
23. Mazeaud (H.L et J) : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle, Tome2, 6ème ed, par tunc (A), Montchrestien, 1970, N°1019.S .
24. Mazeaud(H.L) et Tunc(A), par H.Capitant, Traité théorique et pratique de la responsabilité civil, Les conditions de la responsabilité, Paris, 1998.
25. Nathalie VEZINA, Préjudice matériel corporel et moral: variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité, 24 R.D.U.S, 1993.
26. Nicolas CAYROL, La notion de dommages-intérêts,1re édition, Dalloz, Paris, France,2016.
27. ouvertes.fr»
28. Philippe LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation, 11re édition, Dalloz, Paris, France, 2017.
29. Ripert (G) De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines. Thèse, Aix en provence, 1902.
30. Saleilles (R), les accidents de travail et la responsabilité civile essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, Paris, Rousseau 1897.
31. Starck (B) domaine et fondement de la responsabilité sans faute, R.T.D.C ,1958 .
32. Starck (Boris) Droit civil " Les obligations" Paris, 1972
33. Stefani (p) la nature de la responsabilité en matière de trouble de voisinage, thèse de doctorat, présentée 1941, université MONTPELLIER, FACULTE DE DROIT.

34. TERKI Nour-Eddine, Les obligations - Responsabilité civile et régime général, Paris, Editions publisud, 1982.
35. Villard Antoine, La responsabilité civile délictuelle ,office, des publications universitaires, Alger, 1980.
36. Vincent Brulhart, La responsabilité civile du locataire et les dommages causés aux immeubles par les événements naturels : questions choisies en matière de couverture d'assurance, Etude présentée dans 13e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004.
37. Yves LEQUETTE et Nicolas MOLFESSIS, Quel avenir pour la responsabilité civile, 1re édition, Dalloz, Paris, France, 2015.
38. Cassation, 3e chambre civile, 8 juillet 2015. (<https://www.doc-du-juriste.com/>), visite le 15 mai 2021.
39. Cassation, civile, Chambre civile 3, 22 octobre 2014, 13-25.430, Publié au bulletin. (<https://www.legifrance.gouv.fr/>) visite le 15 mai 2019.
40. Cassation, Chambre civile 1, du 8 mai 1979, 77-15.822, Publié au bulletin. (<https://www.legifrance.gouv.fr/>) visite le 30 mai 2020.
41. Cassation, Chambre civile 3, du 3 novembre 1977, 76-11.047, Publié au bulletin. (<https://www.legifrance.gouv.fr/>) visite le 10 aout 2019.
42. Cassation, Chambre civile 1, du 23 mars 1982, 81-10.010, Publié au bulletin. (<https://www.legifrance.gouv.fr/>) visite le 07 mars 2020.
43. Cassation, Chambre civile 2, du 31 mai 2000, 98-17.532, Publié au bulletin. (<https://www.legifrance.gouv.fr/>) visite le 25 juin 2019.

الفهرس

الصفحة	المحتويات
1	مقدمة
8	الباب الأول : ماهية المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني
8	الفصل الأول: أضرار المباني التي تقيم المسؤولية المدنية للمالك
9	المبحث الأول: الإطار القانوني للمبنى وصفة المالك
9	المطلب الأول: المقصود بالمباني وصفة مالكاها
9	الفرع الأول: مفهوم المباني
10	الفرع الثاني: مفهوم المالك في نص القانون المدني الجزائري.
13	الفرع الثالث: الأشخاص المعتبرون ملاكا في مفهوم القانون المدني الجزائري.
14	أولا: مدى مسؤولية الشخص المعنوي العام عن أضرار المباني.
13	ثانيا: موقف القضاء الجزائري من مسؤولية الشخص المعنوي العام عن المباني.
17	المطلب الثاني: المقصود بملكية المبنى في القانون الجزائري
17	الفرع الأول: الاستعمال.
18	الفرع الثاني: الاستغلال.
18	الفرع الثالث: التصرف.
19	المطلب الثالث: السيطرة الفعلية للمالك على المبنى
19	الفرع الأول: السيطرة الفعلية بيد حارس المبنى.
21	الفرع الثاني: السيطرة الفعلية بيد مالك المبنى.
22	المبحث الثاني: أضرار المباني التي تقيم المسؤولية العقدية للمالك
22	المطلب الأول: الاخلال بالتزامات عقد بيع المباني
22	الفرع الأول: إخلال البائع العادي بالتزاماته في عقد بيع المباني
23	أولا: الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم

23	ثانيا: العيوب التي تنقص من قيمة المبنى أو من الانتفاع به
24	1- أن يكون العيب خفيا
25	2- أن يكون العيب قديما
25	3- أن يكون العيب مؤثرا
25	الفرع الثاني: إخلال المرفق العقاري بالتزاماته في عقد بيع المباني
26	أولا: الالتزام بضمان العيوب الظاهرة
26	ثانيا: حسن الإنجاز وحسن عناصر التجهيز.
27	ثالثا: الضمان العشري
29	1- ضرورة وجود عقد ترقية العقارية مع المقتني
29	2- إرتباط الضمان العشري بالمباني والمنشآت
29	3- تهدم أو تعيب البناء
31	المطلب الثاني: الإخلال بالتزامات عقد إيجار المباني
31	الفرع الأول: إلتزامات مالك المباني في عقد الإيجار
33	الفرع الثاني: تحقق إخلال المالك بالتزامات عقد إيجار المباني
33	أولا: ضرر المستأجر الناشئ عن إخلال المالك المؤجر بالتزاماته.
34	ثانيا: ضرورة إعدار المالك المؤجر من طرف المستأجر للقيام بأعمال الصيانة
35	المبحث الثالث: الضرر الناتج عن تهدم المباني في القانون الجزائري
37	المطلب الأول: ملكية البناء
37	الفرع الأول: وجود البناء
39	الفرع الثاني: خطأ المالك
39	أولا: الإهمال في الصيانة
39	ثانيا: قدم البناء
40	ثالثا: وجود عيب في البناء



40	المطلب الثاني: تهدم البناء
41	الفرع الأول: خطر تهدم البناء
42	الفرع الثاني: التهدم الفعلي للبناء
44	الفرع الثالث: تهديم البناء أثناء التشييد
45	المطلب الثالث: الضرر بسبب تهدم البناء
46	الفرع الأول: تعريف الضرر
46	الفرع الثاني: شروط الضرر
47	المبحث الرابع: الضرر الناتج عن نشوب حريق بالمباني في القانون المدني الجزائري
48	المطلب الأول: شروط المسؤولية الناشئة عن الحريق
48	الفرع الأول: الخطأ الشخصي للحائز
48	أولاً: المقصود بالحائز
50	ثانياً: خطأ الحائز
51	1- العنصر المادي للخطأ
51	2- العنصر المعنوي للخطأ
51	ثالثاً: إثبات خطأ الحائز
52	الفرع الثاني: خطأ الغير الذي يتحملة الحائز
53	أولاً: خطأ الشخص الواقع تحت رقابة الحائز
53	1- حاجة الشخص للرقابة
53	2- صدور عمل غير مشروع
54	ثانياً: خطأ التابع
54	1- وجود علاقة تبعية
54	2- صدور خطأ من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها
55	ثالثاً: إثبات خطأ الغير

55	المطلب الثاني: نشوب حريق في العقار محل الحيازة
55	الفرع الأول: طبيعة الشيء الذي شب فيه الحريق
56	الفرع الثاني: حريق مال المسؤول
57	الفرع الثالث: تسرب الحريق إلى ممتلكات الغير
59	المبحث الخامس: مضار الجوار غير مألوفة المرتبطة بالمباني في القانون المدني الجزائري
59	المطلب الأول: مفهوم الجوار
60	الفرع الأول : تعريف الجوار
60	أولا: التعريف اللغوي للجوار
61	ثانيا: التعريف الإصطلاحي للجوار
61	ثالثا: التعريف القانوني للجوار
63	رابعا: التعريف الفقهي للجوار
64	المطلب الثاني: مفهوم مضار الجوار غير مألوف
64	الفرع الأول: تعريف الضرر غير المألوف
64	أولا: تعريف الضرر
65	ثانيا: التعريف القانوني لمضار الجوار غير المألوفة
66	ثالثا: التعريف الفقهي لمضار الجوار غير المألوفة
67	الفرع الثاني: خصائص الضرر غير المألوف
67	أولا: خاصية الاستمرارية
67	ثانيا: ارتباط المسؤولية بالفعل الضار
68	ثالثا: علاقة الجوار
68	المطلب الثالث: نطاق تطبيق نظرية مضار الجوار غير مألوف
69	الفرع الأول: شروط تحقيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة
69	أولا: تعسف المالك في استعمال الحق

70	ثانيا: الضرر الذي يصيب الجار
71	الفرع الثاني: القيود التي ترد على الجوار بوجه خاص
72	أولاً: القيود الواردة على المياه
72	1- حق الشرب
73	2- حق المجرى (المسيل)
74	3- حق الصرف
75	ثانيا: القيود الواردة على التلاصق في الجوار
75	1- قيد وضع الحدود للأماكن المتلاصقة
76	2- الحائط الفاصل
76	3- المطلات و المناور
78	المبحث السادس: الأضرار الناتجة عن المباني في الفقه الإسلامي
78	المطلب الأول: الضرر الناتج عن سقوط المباني في الفقه الإسلامي
79	الفرع الأول: سقوط البناء بسبب خلل أصلي فيه
80	الفرع الثاني: سقوط البناء بسبب خلل طارئ
80	أولاً: مذاهب الفقهاء في ضمان سقوط البناء بسبب خلل طارئ
80	1- مذهب الشافعية والظاهرية والراجح عند الحنابلة والحنفية بمقتضى القياس
80	2- مذهب المالكية وعند الحنفية استحساناً
81	ثانيا: الإشهاد على المطالبة بالنقض
81	1- معنى الإشهاد
82	2- عناصر الإشهاد
82	العنصر الأول: الذي يطالب بالإشهاد
82	العنصر الثاني: المشهود عليه
82	العنصر الثالث: فترة الطلب والإشهاد

82	العنصر الرابع: طلب التأجيل أو الإبراء بعد الإشهاد
83	العنصر الخامس: التصرف في البناء بعد الإشهاد
83	المطلب الثاني: مضار الجوار في الفقه الإسلامي
84	الفرع الأول: حقوق الجوار في الشريعة الإسلامية
87	الفرع الثاني: المفهوم الواسع للجوار في الفقه الإسلامي
87	أولاً: التلاصق ليس شرطاً لتحقيق الجوار
88	ثانياً: صفة الجار تشمل الجار الملاصق وغير الملاصق
88	ثالثاً: صفة الجار تشمل المالك وغير المالك
89	رابعاً: حق الملكية حق مقيد بعدم الإضرار بالجار ضرراً غير مألوفاً أو فاحشاً
91	خامساً: أخذ الفقه الإسلامي بمعيار الأنشطة الضارة
91	الفرع الثالث: ضرر الجوار الموجب للمسؤولية في الفقه الإسلامي
92	أولاً: حق الجوار
93	ثانياً: حق التعلي
95	ثالثاً: حق المرور
95	1- فإن كان الطريق عاماً
96	2- وأما إن كان الطريق خاصاً
99	<b>الفصل الثاني: أسس قيام المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني</b>
99	<b>المبحث الأول: الاتجاه الشخصي لقيام مسؤولية المالك عن أضرار المباني</b>
100	المطلب الأول: الخطأ الواجب الإثبات كأساس للمسؤولية
104	المطلب الثاني: التعسف في استعمال الحق كأساس للمسؤولية
109	المطلب الثالث: الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية
113	المطلب الرابع: رفض المالك التعويض كخطأ لقيام المسؤولية
115	المطلب الخامس: الإخلال بالتزامات الجوار كأساس للمسؤولية

116	الفرع الاول: أساس المسؤولية التزام قانوني
121	الفرع الثاني: أساس المسؤولية الإلتزام الناشئ عن شبه عقد الجوار
123	الفرع الثالث: أساس المسؤولية القواعد العرفية
126	المبحث الثاني: الاتجاه الموضوعي لقيام مسؤولية المالك عن أضرار المباني
126	المطلب الأول: أساس المسؤولية هو الاستعمال الاستثنائي أو غير العادي لحق الملكية
129	المطلب الثاني: أساس المسؤولية فكرة التوازن بين حقوق ملكية العقارات المتجاورة
132	المطلب الثالث: أساس المسؤولية قائمة على فكرة الضمان
134	المطلب الرابع: أساس المسؤولية هو فكرة المخاطر أو تحمل التبعية
140	المبحث الثالث: أساس قيام مسؤولية المالك عن أضرار المباني في القانون الجزائري
140	المطلب الأول: أساس قيام مسؤولية المالك عن تهديم البناء في القانون الجزائري
141	الفرع الأول: الخطأ المفترض
145	الفرع الثاني: نفي الخطأ المفترض
146	أولاً: القوة القاهرة أو الحادث الفجائي
147	1- شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي
149	2- آثار القوة القاهرة أو الحادث الفجائي على مسؤولية المالك
150	ثانياً: خطأ المضرور
151	ثالثاً: خطأ الغير
151	1- اثر فعل الغير على مسؤولية المالك
152	2- حق رجوع المالك على الغير
154	المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظرية مزار الجوار غير المألوفة
155	الفرع الأول: التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري
160	الفرع الثاني: معايير التعسف بين المادة 124 مكرر والمادة 2/691 من القانون المدني
160	أولاً: معايير التعسف في المادة 124 مكرر من القانون المدني

164	ثانيا: معيار التعسف في المادة 2/691 من القانون المدني
167	ثالثا: التمييز بين المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق والمسؤولية عن الضرر غير المألوف
168	المطلب الثالث: استبعاد نظرية الخطأ وترجيح نظرية تحمل التبعة
170	المبحث الرابع: أساس ضمان المالك لأضرار المباني في الفقه الإسلامي
173	المطلب الأول: أنصار إطلاق حق الملكية في الفقه الإسلامي
177	المطلب الثاني: أنصار تقييد حق الملكية في الفقه الإسلامي
181	المطلب الثالث: أنصار تقييد حق الملكية بعدم الإضرار بالغير ضررا فاحشا
184	المطلب الرابع: الموازنة والترجيح بين آراء فقهاء الشريعة الإسلامية
184	الفرع الأول: موازنة آراء فقهاء الشريعة الإسلامية
185	الفرع الثاني: الترجيح بين آراء فقهاء الشريعة الإسلامية
185	أولا: بالنسبة لأنصار إطلاق حق الملكية
187	ثانيا: بالنسبة لأنصار تقييد حق الملكية
187	ثالثا: بالنسبة لأنصار تقييد حق الملكية بعدم الإضرار بالغير ضررا فاحشا
191	الباب الثاني: الآثار القانونية للمسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني
192	الفصل الأول: أركان المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني
192	المبحث الأول: أركان المسؤولية العقدية عن أضرار المباني في القانون الجزائري
193	المطلب الأول: ركن الخطأ
193	الفرع الأول: مفهوم الخطأ العقدي
198	الفرع الثاني: نطاق الخطأ في الالتزامات الناشئة عن العقد
198	أولا: أن يوجد عقد صحيح بين المدين والدائن
199	ثانيا: أن يقع الضرر بسبب الإخلال بالالتزام عقدي
201	المطلب الثاني: ركن الضرر
201	الفرع الأول: تعريف الضرر

203	الفرع الثاني: أقسام الضرر وشروط تقدير التعويض فيه
203	أولاً: أقسام الضرر
204	ثانياً : شروط تقدير التعويض في الضرر
207	الفرع الثالث : تحمّل التبعة
208	الفرع الرابع: التعسف في استعمال الحق
209	أولاً: قصد الإضرار بالغير
210	ثانياً: عدم تناسب مصلحة صاحب الحق مع الضرر الذي يلحق بالغير
210	ثالثاً: عدم مشروعية المصلحة المقصودة بالاستعمال
211	المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر
211	الفرع الأول: إثبات علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر
213	الفرع الثاني: نفي علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر
213	أولاً: القوة القاهرة أو الحادث الفجائي
217	ثانياً: فعل الدائن
219	ثالثاً: فعل الغير
221	المبحث الثاني: أركان المسؤولية العقدية عن أضرار المباني في الفقه الاسلامي
221	المطلب الأول: ركن الخطأ
222	المطلب الثاني: ركن الضرر
223	الفرع الأول: تعريف الضرر
223	أولاً: الضرر في اللغة
224	ثانياً: الضرر في الاصطلاح
224	الفرع الثاني: أنواع الضرر وتحديد معياره
225	الفرع الثالث: تحمل التبعة
226	أولاً: وديع الوديع

227	ثانيا: المستعير من المستعير، أو من المستأجر
227	ثالثا: المستأجر من المستأجر، أو من المستعير
228	رابعا: مضارب المضارب
229	خامسا: وكيل الوكيل
229	الفرع الرابع: التعسف في استعمال الحق
229	أولا: معنى التعسف في استعمال الحق
230	ثانيا: معايير التعسف في استعمال الحق
231	المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر
231	الفرع الأول: إثبات أو ثبوت العلاقة السببية
232	الفرع الثاني: نفي العلاقة السببية
232	أولا: الآفة السماوية
233	ثانيا: خطأ المضرور
233	ثالثا: خطأ الغير
233	الفرع الثالث: السبب الأجنبي
234	المبحث الثالث: أركان المسؤولية التقصيرية عن أضرار المباني في القانون الجزائري
234	المطلب الأول: ركن الخطأ التقصيري
234	الفرع الأول: تعريف الخطأ
235	أولا: تعريف الخطأ لغة
235	ثانيا: تعريف الخطأ قانونا
236	الفرع الثاني: أركان الخطأ التقصيري في القانون الجزائري
236	أولا: العنصر المادي؛ التعدي
240	ثانيا: العنصر المعنوي؛ الإدراك
241	المطلب الثاني: ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية



241	الفرع الاول: مفهوم الضرر
241	أولاً: تعريف الضرر في الإصطلاح القانوني
242	ثانياً: شروط تحقق الضرر
248	الفرع الثاني : أنواع الضرر
249	أولاً: الضرر المادي
249	ثانياً: الضرر المعنوي أو الأدبي
251	المطلب الثالث: ركن العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر
252	الفرع الأول: إثبات علاقة السببية في القانون المدني الجزائري
252	أولاً: حالة تعدد الأسباب
255	ثانياً: حالة تعدد الأضرار وتسلسلها
256	الفرع الثاني: انعدام السببية في القانون المدني الجزائري
257	أولاً: الحادث الفجائي أو القوة القاهرة
257	ثانياً: خطأ المضرور
257	ثالثاً: خطأ الغير
258	المبحث الرابع: أركان ضمان أضرار المباني في الفقه الإسلامي
259	المطلب الأول : ركن الاعتداء أو التعدي
259	الفرع الأول: مفهوم التعدي
260	الفرع الثاني: أنواع التعدي
261	المطلب الثاني: ركن الضرر
261	الفرع الاول: شروط المتعدي والمتعدي عليه
261	أولاً- يشترط في المتعدي
261	ثانياً- يشترط في المتعدي عليه
262	الفرع الثاني: أقسام الضرر من حيثيات مختلفة

262	أولاً: الضرر القولي والضرر الفعلي
262	ثانياً: الضرر الإيجابي والضرر المعنوي
262	ثالثاً: الضرر بإتلاف المال والضرر بتفويت المنفعة
262	رابعاً: الضرر المادي والضرر المعنوي
263	المطلب الثالث: الإفضاء أو الرابطة بين التعدي الخطأ والضرر
264	الفرع الأول: شروط الإلتلاف مباشرة وتسببا
265	الفرع الثاني: تعدد الأسباب
265	أولاً: أن يكونوا جميعاً مباشرين، أو متسببين
265	ثانياً: أن يكون المعتدون مختلفين
269	<b>الفصل الثاني: التعويض كأثر للمسؤولية المدنية الناشئة عن أضرار المباني</b>
269	<b>المبحث الأول: مفهوم التعويض في القانون والفقهاء الإسلامي</b>
270	المطلب الأول: تعريف التعويض في الفقه القانوني
272	المطلب الثاني: تعريف التعويض في الفقه الإسلامي
273	<b>المبحث الثاني: أنواع التعويض في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي</b>
273	المطلب الأول: أنواع التعويض في القانون الوضعي
274	الفرع الأول: التعويض العيني
274	أولاً: تعريف التعويض العيني
275	ثانياً: موقف الفقه من التعويض العيني
277	ثالثاً: موقف القضاء من التعويض العيني
278	رابعاً: موقف القانون الجزائري من التعويض العيني
279	الفرع الثاني: التعويض بمقابل
279	أولاً: التعويض النقدي

282	ثانيا: التعويض غير النقدي
285	المطلب الثاني: أنواع التعويض في الفقه الإسلامي
285	الفرع الأول: رد الحقوق بأعيانها
299	الفرع الثاني: رد الحقوق بأمثالها
305	الفرع الثالث: رد الحقوق بقيمتها
305	أولا: في تعريف المال القيمي
311	ثانيا: في رد قيمة المال المثلي
315	المبحث الثالث: طرق تقدير التعويض عن الضرر
316	المطلب الأول: مبدأ التعويض الكامل
316	الفرع الأول: عناصر التقدير القضائي للتعويض
317	أولا: عناصر الضرر المادي
320	ثانيا: عناصر الضرر المعنوي
322	الفرع الثاني: حدود التقدير القضائي للتعويض
322	أولا: الضرر المباشر
323	ثانيا: الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع
325	الفرع الثالث: الظروف المؤثرة في تقدير التعويض
326	أولا: الاعتداد بالظروف الخاصة بالمضرور
328	ثانيا: عدم الإعتداد بالظروف الخاصة بالمسؤول (مالك المباني)
330	المطلب الثاني: وقت تقدير التعويض
330	الفرع الأول: تقدير التعويض وقت الحكم به
331	أولا: الفقه المؤيد لقاعدة تقدير التعويض وقت الحكم به
332	ثانيا: الفقه المخالف لقاعدة تقدير التعويض وقت الحكم به
333	الفرع الثاني: أثر تغير قدر وقيمة الضرر على التعويض

334	أولاً: أثر تغير قدر الضرر على التعويض
339	ثانياً: أثر تغير قيمة الضرر على التعويض
342	المطلب الثالث: تقدير التعويض في الفقه الاسلامي
342	الفرع الاول: قواعد تقدير التعويض في الفقه الاسلامي
343	أولاً: الاستعانة بالخبراء في تقدير التعويض
345	ثانياً: ما يجب مراعاته عند تقدير التعويض
353	الفرع الثاني: وقت تقدير التعويض في الفقه الاسلامي
353	أولاً: وقت تقدير قيم المتلف القيمي
358	ثانياً: وقت تقدير قيمة المثلي إذا أعوز
363	الفرع الثالث: عوامل التخفيف في تقدير التعويض
364	أولاً: عدم شمول الضمان للأضرار المتوقعة
364	ثانياً: ضمان المثلي بالقيمة عند تعذر المثلي
365	ثالثاً: ضمان التعويض في مال عاقلة المسؤول في بعض الحالات
366	<b>المبحث الرابع: التأمين على المسؤولية المدنية عن أضرار المباني في القانون الجزائري</b>
366	المطلب الأول: نطاق تطبيق قانون التأمين الإجباري
366	الفرع الأول: نطاق تطبيق قانون التأمين الإجباري من حيث الأشخاص
367	أولاً: الأشخاص الملزمون بالتأمين في مجال البناء
367	ثانياً: المؤمن عليهم في مجال البناء
368	ثالثاً: المؤمن لصالحهم في مجال البناء
369	الفرع الثاني: نطاق تطبيق القانون الإجباري من حيث الأضرار التي تلحق بالمباني
369	أولاً: نطاق التأمين الإجباري من حيث نوع المباني
371	ثانياً: نطاق التأمين الإجباري من حيث الخطر المغطى
375	الفرع الثالث: نطاق التأمين الإجباري من حيث المسؤولية المغطاة ومداهها

375	أولاً: نطاق التأمين الإجباري من حيث المسؤولية المغطاة
375	ثانياً: نطاق التأمين الإجباري من حيث مدى المسؤولية
378	المطلب الثاني: أحكام التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية في مجال البناء
378	الفرع الأول: التأمين من المسؤولية المدنية في مجال البناء في النظام العام
379	الفرع الثاني: التزامات المؤمن له
379	أولاً: التزام المؤمن له بدفع قسط التأمين
380	ثانياً: التزام المؤمن له باتخاذ الاحتياطات اللازمة
381	ثالثاً: الالتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه
387	رابعاً: التزام المؤمن له بالإخطار
390	المطلب الثالث: أعمال الضمان
390	الفرع الأول: تسوية الضمان
390	أولاً: المطالبة بالضمان ودياً
390	ثانياً: المطالبة بالضمان قضائياً
394	الفرع الثاني: حق الرجوع والحلول
394	أولاً: رجوع المؤمن له على المؤمن بالضمان
395	ثانياً: رجوع المؤمن ضد المؤمن له
396	ثالثاً: رجوع المؤمن على الغير المسؤول عن الضرر
399	المطلب الرابع: التأمين على المباني من منظور الفقه الاسلامي
399	الفرع الأول: الرأي المؤيد لنظام التأمين عن المباني
400	أولاً: الأصل في العقود الإباحة
400	ثانياً: قياس نظام التأمين التجاري على ضمان خطر الطريق
400	ثالثاً: قياس نظام التأمين التجاري على الجعالة
401	رابعاً: قياس نظام التأمين على عقد ولاء الموالاة

401	خامسا: قياس التأمين على العاقلة
401	سادسا: قياس عقد التأمين على قاعدة الوعد الملزم عند الملكية
402	سابعا: قياس التأمين على نظام التقاعد
402	الفرع الثاني : الرأي المعارض لنظام التأمين على المباني
402	أولا: التأمين وشبهة الربا
403	ثانيا: التأمين وشبهة القمار
404	ثالثا: التأمين وشبهة الغرر
405	الفرع الثالث: رأي القائلون بنظام التأمين التكافلي
405	أولا: قرار المؤتمر الثاني لمجتمع البحوث الإسلامية
406	ثانيا: قرار ندوة التشريع الإسلامي المنعقدة في طرابلس سنة 1972م
406	ثالثا: قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية سنة 1977م
411	الخاتمة
423	قائمة المراجع
450	الفهرس

## ملخص:

تقوم المسؤولية المدنية للمالك عن أضرار المباني في القانون الجزائري، عندما يقوم المالك بالإخلال بالتزاماته التي يكون محلها تلك المباني، سواء كانت تلك الإلتزامات تعاقدية فنكون بذلك أمام قيام المسؤولية العقدية، أو كانت إلتزامات قانونية موضوعها الإلتزام بحراسة المباني التي يملكها وعند الإخلال بذلك تقوم مسؤوليته التقصيرية، وهذه الأخيرة تشكل معظم حالات المسؤولية المدنية عن أضرار التي تسببها المباني، وسواء كان أساس مسؤولية المالك شخصي أو موضوعي، فإنه لا بد من توافر أركان تلك المسؤولية حتى يلتزم المالك بتعويض المضرور عن تلك الأضرار التي لحقت به بطرق التعويض الممكنة قانونا أو عن طريق التأمين على المسؤولية.

**الكلمات المفتاحية:** المسؤولية المدنية، المالك، أضرار المباني.

## Résumé :

La responsabilité civile du propriétaire pour les dommages causés par les bâtiments est réalisée en droit algérien, lorsque le propriétaire manque à ses obligations liées aux bâtiments, que ces obligations soient contractuelles, nous sommes devant la responsabilité contractuelle ou légale représentée dans l'obligation de garder les bâtiments dont il est propriétaire, et en cas de manquement à celui-ci, sa responsabilité délictuelle est engagée. Qui constitue la plupart des cas de responsabilité civile pour les dommages causés aux bâtiments, que le fondement de la responsabilité du propriétaire soit personnel ou objectif, les éléments de cette responsabilité doivent être disponibles pour que le propriétaire soit tenu d'indemniser la partie lésée des dommages subis par le biais d'une indemnisation légalement possible ou d'une assurance responsabilité civile.

**Mots-clés :** la responsabilité civile, propriétaire, dommages aux bâtiments

## **Summary:**

The civil liability of the owner for damages caused by buildings is achieved in Algerian law, when the owner violates his obligations related to those buildings, whether those obligations are contractual and thus we are in front of contractual responsibility, or legal obligations represented in guarding the buildings he owns, and in case of breach of this, his tort liability is realized. Which constitute most cases of civil liability for building damages, and whether the basis of the owner's liability is personal or objective, the pillars of this responsibility must be provided so that the owner is obligated to compensate the injured for those damages incurred through legally possible compensation methods or through liability insurance.

**Keywords:** The civil liability, the owner, damage by buildings.