ضمان ضرر العميل في التعامل المصرفي الالكتروني

د. رياض السيد حسين أبو سعيدة

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على النبي محمد الأمين وآله الطيبين الطاهرين وبعد:

يعد القانون احد مظاهر الحياة الاجتماعية الذي تطور بتطور الإنسان والمجتمع، والتطور لا يقف عند حد فما قد يعد مستحيلاً في وقتنا الحاضر قد يكون من السهل وجوده في المستقبل القريب، وما التطور التكنولوجي في مجال الاتصالات والحاسوب الذي تم خلال الستة عقود الماضية إلاخير مثال على ذلك . وتعد نظرية الالتزام من النظريات التي تطورت مع تطور القانون ولا تزال محور بحث وتطور[1] ونظرية الالتزام من اقدم نظريات القانون ، وهي الركيزه الاساسية لقانون أي بلد، لكن وعلى الرغم من قدمها ، فأن للقوانين وفقهاء القانون مذاهب في هذه النظرية : فمن يرى في النظريه الشخصية في الالتزام الحل الامثل ويدافع عنها ، فيرد عليهم انصار النظرية الموضوعية مبينين محاسن نظريتهم ، والخلاف بين الفقهاء يظهر على اشده في نظرية المسؤولية التقصيريه فتجد من يرى في الخطأ اساسا لهذه المسؤولية فيدافع عنه، ومن يرى في الضرر اساسا يدافع عنه ايضاً، حتى انعكس هذا الخلاف على القوانين المدنية فمنها ما اسس نظرية المسؤولية غير العقديه ((التقصيرية)) على الخطأ كالقانون المدني المصري ومنها ما اقامها على الضرر كالقانون المدني الأردني .

المسؤولية التقصيرية ((غير العقديه)) ، كما يسميها الفقهاء ، نصت عليها القوانين المدنية باعتبارها المصدر الثالث من مصادر الحق والالتزام الا ان كثرة وقوعها ، وكثرة القضايا التي تنشأ بسببها جعلتا الحديث عنها والعمل بها يكثر لدرجة انها قد تنافس المصدر الاكثر شهرة وهو العقد . والمتتبع لقرارات المحاكم يجد الاحكام القضائية الصادره عن المحاكم في موضوع المسؤولية التقصيرية كثيرة ومتنوعه ولعل انتشار الآله والسياره والتطور التكنولوجي المتسارع، له الاثر الكبير في هذه الشهره، فلا يكاد يمر يوم الا وتطالعنا الصحف بتقارير عن حوادث المركبات والوفيات

والاصابات الجسدية الناشئة عن هذه الحوادث ولا يكاد ويمر يوم الا وتأتينا رسائل تحذر من انتشار فيروس الحاسبة الآلي ، وكل هذا الحالات وغيرها سوف تنتج عنها او عن بعضها مسؤوليات تقصيرية تضطر المضرور إلى اللجؤ إلى المحاكم للحصول على تعويض او حتى البحث عن مسؤول يتحمل هذا الضمان . ونصيب الاعمال المصرفيه للبنوك الالكترونية [٢] له الحصه الاكبر من هذه الاهتمامات فلا يوجد بنك في دول العالم الناميه او التي في طور النمو ، الا وهو يقدم لعملائه ((خدمة بنكية على الخط)) Online Banking تتيح للعميل ان يدخل إلى حسابه ويجري ما شاء من العمليات عليه في أي مكان في العالم ، في أي وقت من اليوم ، ليلاً ونهاراً ، وفي جميع ايام السنه ، من خلال حاسبه الشخصي بمجرد استعمال رقمه الشخصي PIN الذي يوفره له البنك ، ويوفر له مكنه تغييره عبر الشبكه في أي وقت يشاء، حماية لسرية تعاملاته .

يحيط العمل المصرفي مخاطر جمه تبدأ من سرية العمل المصرفي وتنتهي بالتزامه في الوفاء بالتزاماته العقديه في موعدها دون تاخير لتعلقها بمصالح المستهلك او بمصالح تجارية تهم الاقتصاد الوطني ، أي اخلال بها يؤدي المساس بسمعة المصرف وثقة الجمهور به .وبدخول النظام الرقمي في التعامل المصرفي ، توسعت المخاطر إذ ان هذا النظام يقوم على التعامل الكترونياً بواسطه حاسوب يدار ببرامج تطبيقيه معدة بلغة رقمية تفهمها ماكنة الحاسوب الالكتروني ، وتنتقل عبر شحنات دقيقه هي الشحنات الالكترونية بفضل دوائر الكترونية مربوطه مع بعضها بخطوط تنقل الشحنات تسمى الخطوط الطوبغرافية للدوائر المتحاملة .ولا شك ان التطور الذي لحق العمل المصرفي بظهور البنوك الالكترونية وانتشارها على نحو واسع قد صاحبه عدد من المشاكل القانونية الناجمه عن التعامل عن هذا النوع من البنوك . ولما كانت هذه البنوك تقوم على آليات تختلف جوهريا عن تلك التي تقوم عليها البنوك بمفهومها التقليدي ، فقد كان من الطبيعي ان يظهر نوع من عدم التلاءم بين النصوص القانونية القائمة وبين البنوك على النحو الذي تطورت عليه . ويعود ذلك إلى ان هذه النصوص انما وضعت لتنظيم المعاملات التي تتم من خلال اوراق ومستندات وصكوك ، وهي الوسائل التي تبدو قيمتها

محدوده في مجال العمل المصرفي الالكتروني إلى حد بدا فيه العجز واضحاً عن تطويع النصوص السائدة لتستجيب لهذه التطورات المتلاحقه .

من هنا جاءت هذه الدراسة ، محاولة ، لتناول بعض المشاكل القانونيه التي اعترضت طريق البنوك الالكترونية وحماية للطرف الضعيف في المعادلة الا وهو ((العميل)) ، على نحوٍ حدّ من فاعلية هذه البنوك وانتشارها على ما كان متوقعاً لها . وستحاول هذه الدراسة تسليط الضوء على طريق تتلمس حلولاً لهذه المشاكل من خلال الانظمة القانونية السائده في هذا الصدد كلما امكن ذلك ، لا سيما الضرر الذي يتعرض له العميل نتيجة تعامله مع البنك الالكتروني .يقصد بهذا النوع من المشاكل تلك المتعلقة بصعوبة تحديد المسؤولية عن الاضرار التي يمكن ان تحدث بين هذه البنوك وعملائها . ولعل السبب في زيادة مثل هذا النوع من المشاكل هنا غير خافٍ ، فالأدوات المستخدمة لاتمام العمليات المصرفيه هنا من شأنها ان تزيد من تعقيد طبيعة المعامله، على نحوٍ يتطلب تطويع قواعد المسؤولية المستقر عليها في معظم الانظمة القانونية ؛ وذلك لاختيار الانسب منها لتحديد الافعال غير المشروعه .

وسع استعمال النظام الرقمي هذا ، من عمليات المصرف وسهل من الاتصال بالعملاء ونقل المعلومات اليهم وتنفيذ العمليات المصرفيه المختلفة والتي ابرزها : سحب النقود وتحويلها وايداعها ، واذا كان النظام الالكتروني وفرّ على المصرف الجهد والوقت في العمل الا انه وسع من مسؤوليته في مواجهة الاضرار التي تحصل نتيجة الاستعمال الخاطىء لنظام المعلومات من المصرف او من العملاء لنقصٍ في المعلومات او الخبره لديهم او نتيجة تدخل الغير .

كل ما تقدم له نتائج تسبب اضرار للعميل فقد يتعرض إلى مسائلة جزائية او يعلن افلاسه اذا توقف المصرف عن دفع مستحقاته الماليه او امتناعه بحجة وجود عطل الكتروني ، مثل فايروس في الحاسب او اجهزة المصرف او في شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) . وقد يتعرض العميل إلى مسائلة في مواجهة الغير الذي لم يحصل على مستحقاته من مصرف العميل الذي احيل اليه بموجب شيك الكتروني او بموجب حواله مصرفيه او كمبيالة او بموجب اعتماد مستندي . وقد يتعرض العميل إلى كشف حسابه نتيجة لدخول الغير (قراصنه Hackars) وتحويل مبالغ او

استخدام بطاقة مزورة او مسروقه للسحب من حسابه وقد يتصرف إلى الاطلاع على اسراره المصرفيه . مع نجاعة وفعالية الوسائل الفنيه الا انها لا تمنع من وقوع المصرف في اخطاء فنيه لا تمنع الغير من الدخول إلى حسابات المصرف ودون اذن . ومن الضروري بمكان من تدخل المشرع والقضاء لحل هذه المخاطر إلى جانب المدارس الفقهيه القانونيه ، ولحماية العملاء في مواجهتها ، لذا يجب تحديد الجهه المسؤوله عن الاضرار التي تلحق بالعميل والا ذهبت حقوق العميل سدى تحت عنوان السبب الاجنبي . فهل يمكن تحميل المصرف كامل المسؤولية عن أي ضرر يلحق بالعميل نتيجة استعمال النظام الالكتروني ام يتحمل العميل بعض العبىء من المسؤوليه .

يمكن ان تستند مسؤولية البنك الالكتروني عن تعويض العميل عما اصابه من اضرار على اساس عقدي او على اساس تقصيري .

فالمسؤولية تكون عقديه اذا كان خطأ البنك ناشئاً عن اخلال باحد الالتزامات الوارده في العقد الذي أُبرِمَ بين البنك والعميل . وذلك كما لو قام البنك باجراء تحويل دون صدور امر من العميل له بذلك ، او قيام البنك باجراء التحويل لغير شخص المستفيد الذي حدده العميل في الأمر الصادر منه [٣].

تبدو هنا ايضاً مسألة تتعلق بشأن تحديد الحالات التي يكون فيها تنفيذ البنك للالتزامات العقديه على نحوٍ معيب ، ويرجع ذلك للطبيعه الخاصه للمعاملات المصرفيه الالكترونيه والتي تتم غالباً بطابع فني ، كما انها تتم عن بعدٍ بين أطرافها[٤].وقد يكون الخطأ العقدي راجعاً إلى احد تابعي البنك . وفي مثل هذه الحاله، فان مسؤولية البنك العقديه تقوم على اساس فعل الغير، وذلك بغض النظر عما اذا كان هذا الشخص يعمل لدى البنك بصورة دائمة او عرضيه او كان يعمل بمقابل او بدون مقابل . كما يمكن تأسيس مسؤولية البنك عن فعل الشيء وذلك اذا ما كان الخطأ ناشئاً عن تدخل ايجابي من قبل الكومبيوتر والذي يعد موجوداً في حراسة البنك ، وصور الاخطاء في مثل هذه الحاله كثيره نتيجة التقدم التكنولوجي وانتشار الاجهزه الدقيقه في تنفيذ المعاملات المصرفيه وذلك كما لو تم تزويد العميل بمعلومات خاطئة او ناقصه لخطأ فني في البنك او خطأ في

التوصيل او اصاب كمبيوتر العميل ((فيروس)) مصدره البنك الالكتروني نفسه .

كما يمكن ان تكون مسؤولية البنك من طبيعه (غير عقديه) أي تقصيريه ، وذلك اذا كان الضرر الذي اصاب العميل لايستند إلى علاقه عقديه بينهما ، كما لو حصل البنك الالكتروني على معلومات سريه خاصه بالعميل بمناسبة معاملة الكترونيه كان سيقوم بها ولكنه تراجع عنها ، ثم قام البنك بعد ذلك بنشر هذه المعلومات دون وجه حق ، تكون المسؤولية تقصيريه ؛ لعدم وجود عقد قد أُبرِم بين الطرفين . وبصدد هذه المسؤوليه ، انتهج القانون المدني المصري منهج النظرية الشخصية ، واقام المسؤولية الغير عقديه (التقصيريه) او المسؤولية عن العمل غير المشروع على اساس الخطأ سواء الواجب الاثبات او المفترض . في حين نجد القانون المدني الأردني ، الذي يعد قانوناً حديث النشأة نسبياً ، يمثل نظاماً قانونياً مختلفاً عن القانون المدني المصري ؛ ذلك انه يعد أول قانون عربي مستمد من الفقه الاسلامي وقد اثر في غيره من القوانين الاخرى كالقانون المدني الاماراتي ومشروع قانون المعاملات العربيه الموحد الذي اعدته الجامعه العربية ، ولعل اهم ما يميز القانون المدني الأردني نظرية الفعل الضار فيه ، حيث ان القانون المدني الأردني قد اخذها من الفقه الاسلامي وبناها على احكام الضمان وفصلّ في المباشره والتسبب .يذهب الاتجاه العام إلى مسائلة المصرف عن الاضرار على اساس عقدي ؛ كون العمليات المصرفيه هي عقود واي اخلال بها تنشأ مسؤوليه عقديه، الا اذا كان الضرر ناشيء عن خطأ جسيم او غش فتصار المسؤوليه غير عقديه . الا ان المسؤوليه غير العقديه لاتوفر الحمايه الكافيه للعميل ضد الاضرار الناجمه عن استعمال النظام الالكتروني ولا تفضي المسؤولية عن فعل الشيء ؛ لصعوبة تحقق شروطها في ظل استعمال العمليات المصرفيه الالكترونيه بنظامها الرقمي . وقد تكون نظريه فعل المباشرة والتسبب ، التي اعتمدتها بعض التشريعات العربيه ، والمستمدة من الفقة الاسلامي ، الاكثر فاعليه في ضمان الاضرار الناجمة عن استعمال النظام الالكتروني في العمليات المصرفيه . وهذا ما ستحاول الدراسة اتباعه في ثلاثة مباحث يسبقها تمهيد يخصص بالتعريف بالبنوك الالكترونية والمعاملات الالكترونيه المصرفية . وسيكون المبحث الأول عن المسؤولية العقدية

للبنك اما المبحثين الثاني والثالث فسيكون عن مسؤولية المصرف غير العقدية بين المسؤولية الموضوعية وفعل المباشرة والتسبب تلي ذلك خاتمه فيها توصيات ونتائج . ولما تقدم جاءت هذه الدراسة ، فضلاً عن رغبتنا في ابراز عظمة التشريع الاسلامي، وأظهار دوره وصلاحيته لكل زمان ومكان واحتوائه على القواعد الكليه التي تصلح لاستخراج الاحكام العملية بالاضافة إلى الضروره الواقعية والعمليه التي تهتم بوضع وشرح القواعد العامة للفعل الضار في القانون الوضعي الحديث المواكب لما يستجد من تطور اجتماعي وعلمي وتكنولوجي سداً للفراغ التشريعي ، إلى جانب كونها منطلقاً لكاتبها وغيره من الباحثين ليكملوا بحث المستجدات الحديثة للمسؤوليه ، كالمسؤولية عن برامج الكومبيوتر او الفيروسات إلى غير ذلك من الامور التي لا يستقيم البحث فيها قبل وضع القواعد العامه .من أهم الصعوبات التي واجهت الدراسة هي فهم الفقه الاسلامي والبحث فيه، ذلك ان القانونيين يجدون صعوبه في ذلك سبب قلة مواد الفقه الاسلامي التي تدرس لطلبة كليات الحقوق ولتكن اول توصيه تصدر عن هذه الدراسة هي ان يتم التركيز في الخطط والمناهج الدراسية لكليات الحقوق على مواد الشريعه الاسلامية والمقارنات بين الشريعة والقانون ونخص بالذكر مواد علم اصول الفقه .اما عن منهج البحث فقد كان دراسة نقدية تحليلية لبيان مدى ملائمة قواعد المسؤولية المدنية ونظرية المباشرة والسبب في ضمان حقوق العميل في مواجهة البنك الالكتروني دون الدخول في تفاصيل الاحكام ؛ لنا كان استعمالنا بشكل اساسي منهج المقارنه ، لذلك سيتم البحث عما موجود في الفقه الاسلامي على اعتبار انه المصدر التأريخي للقوانين التي اعتمدت المسؤولية في النظرية العامة للالتزام وبالذات ما يتعلق بالضرر، ثم نبحث في موقف القوانين الوضعية ومدى موافقتها او مخالفتها لأصولها المستقاة منها .

استعمال المقارنه لم يمنع من استعمال المنهج التحليلي ، كما سبقت الاشارة إلى ذلك كلما وجدت حاجه له ، وقد كنا نسارع إلى ابداء راينا كلما كانت هناك مسأله تحتاج إلى ابداء الرأي ؛ لقناعتنا ان الهدف من الدراسة هو التعليم والتدرب على البحث العلمي ولا بد من اظهار شخصية الباحث من خلالها . فان اصبنا في ابداء الرأي فهذا توفيق من الله

عزوجل وحسبنا في ذلك قول الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) ((من اجتهد فأصاب فله اجران ومن أجتهد فاخطأ فله اجر)) .

والحمد لله رب العالمين

المبحث الأول
مسؤولية البنك العقدية

هدف الدراسة هو ضمان ضرر العميل الناشيء عن استعمال البنك للحاسب الالكتروني عبر شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) في العمليات المصرفية الالكترونية. فالبنك يعد تاجراً ويقوم بعمليات تجارية تبنى على مبدأ الثقه والاطمئنان الذي يجب ان يتوافر لعملائه .

يتمثل الخطأ في ثبوت اخلال البنك بالتزاماته التعاقديه مع توافر عناصر المسؤولية الاخرى. والانحراف عن هذا المعيار ، سواء كانت المسؤولية عقدية ام تقصيريه : يعد خطأ مهني[٢٣] . فمثل هذا الشخص لا يجوز له ان يخطىء فيما استقرت عليه اصول فنه التي لم تعد محلا للمناقشة بين المتخصصين ، ومن ثم يصبح الانحراف عن السلوك الفني المألوف خطأً مهنياً .

يعد الاهتمام بالمستهلك من أهم الامور التي ركز عليها الفقه القانوني خاصه ؛ لانه الجانب الضعيف تقنياً واقتصادياً في علاقته بالمهني المحترف المقتدر مالياً ومعلوماتياً[٢٤]، اذ الخروج على هذه الاصول المستقرة خطأ لا يمكن التسامح فيه وهو ما قررته محكمه تمييز دبي من ان : ((تكييف الفعل او الترك المؤسس عليه طلب التعويض بانه خطأ او نفي هذا الوصف عنه من مسائل القانون التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة التمييز)) – كما ان المقرر ايضاً – وعلى

ما جرى به قضاء هذه المحكمه ان مسؤولية البنك قبل العميل عن عدم صرف شيك مسحوب عليه تحكمهاً نصوص العقد[٢٥] المبرم بينهما الذي يخول العميل (الدائن) الحق في سحب الشيكات من حسابه لدى البنك وما يجرى به العرف المصرفي في هذا الشأن وتقوم مسؤولية البنك بثبوت اخلاله بالتزاماته المترتبه بموجب عقود الخدمات المصرفيه[٢٦].

فهل تحقق قواعد المسؤولية عن الخطأ العقدي هذا الضمان . وهل من الممكن وفقاً للمسؤولية العقدية اعتبار المصرف مسؤولاً عن فعل الشيء او الاخلال بالالتزام بالسلامة من منطلق ان العميل يتعامل مع المصرف بموجب عقود مصرفيه يؤدي الاخلال بها إلى مسؤولية المصرف العقدية[٢٧] [٢٨].

قد يدخل عن طريق العاملين في المصرف معلومات غير دقيقة او يمكن الغير من الاطلاع على حسابات عملائه[٢٩] الأمر الذي يسبب خسائر للعملاء وهذه الافعال تعد متوقعة عند التعاقد وتكون بذلك مسؤولية البنك عقديه ، اذا ما لحق ضرراً باحد العملاء، ما عدا إذا كان فعل المصرف جسيماً أو ناجم عن غش وبذا تكون مسؤولية المصرف تقصيرية ناتجة عن ضرر غير متوقع [٣٠]. الا ان ما يلفت النظر في مسألة المصرف عن الخطأ العقدي [٣١] هو ما إذا كان الضرر الذي لحق العميل كان دون تدخلٍ مباشرٍ من المصرف كالخلل في البرامجيات (التصميم) او بفعل الغير (Hachers) الذي يقتحم حساب العميل في البنك عن طريق شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) ويتلاعب في حساب العميل او يدخل فيروساً[٣٢] مما يعرقل التعاملات المصرفية ويلحق بالعميل ضرراً بالغاً .

عالج القانون المدني الفرنسي المسؤولية عن الاشياء الغير حية في المادة (١٣٨٤)

Choses inanim,ees onest repon sable … des choses que l'on a sous sa garde.

وقد ذهب الفقة والقضاء في خلال القسم الاكبر من القرن التاسع عشر إلى ان العبارة الاخيرة الواردة في المادة (١٣٨٤) ، المذكور اعلاه ، لا تعني شيئاً خاصاً ، بل هي عباره عن تمهيد للمادتين (١٣٨٥ و ١٣٨٦) اللتين تتكلمان على المسؤوليه عن الحيوان وعن البناء، والى انها مفسره بهاتين

المادتين . فكانت النتيجة ان الضرر الذي يحدث للانسان لا بفعل الحيوان او البناء، بل بفعل شيء آخر ، يكون خاضعاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية التي تقضي بوجوب اثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية . وقد كان هذا التفسير معقولاً ومقبولاً عند صدور القانون المدني الفرنسي سنة (١٨٠٤) وفي خلال العقود السبعة أو الثمانية الأولى من القرن التاسع عشر ، حيث لم تكن الآله قد انتشرت ذلك الانتشار الواسع وحيث لم تكن الصناعة الضخمة والتقنيات العالمية قد أنشئت . ولكن ظهور الآلة واستعمالها ونشوء الصناعة الضخمة ، واستخدام الإنسان للقوى الطبيعية الهائلة العمياء، كان له ثمن باهظ ، فقد أدى إلى وقوع ضحايا كان الإنسان أولها لاسيما حوادث السيارات. ولكن لما كان الفقة والقضاء قد قرر خضوع المسؤولية غير الناشئة عن البناء او الحيوان للقواعد العامه للمسؤولية غير العقدية ، أي يجب لتقريرها اثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببيه ، فقد كان من المستحيل تقريباً على منْ اصابته الآله بضرر ان يحصل على تعويض ؛ لانه كان يجب عليه ان يثبت خطأ صاحب الآله ، وهو مالم يكن المتضرر يصل اليه الا نادراً جداً . فكان المتضرر هو من يتحمل الضرر ، أي العامل او الشخص الضعيف في المعادله وهو ما يخالف مبادىء العداله فكان لا بد من وسيلة لاغاثة المضرور وتأمين حصوله على التعويض[٣٤].

صار القضاء من جهته بتشدد مع صاحب الآله من ضرورة اخذ الاحتياطات اللازمة لمنع ضررها ووجوب التحقيق من سلامتها ومن جهة اخرى تساهل مع المتضرر في اثبات خطأ المدعى عليه . بل ذهب القضاء ابعد من ذلك ، إذ عدّ في بعض الحالات مسؤولية المدعى عليه عقديه كي يعفي المتضرر من اثبات الخطأ، وهذا ما فعله في عقد نقل الاشخاص [٣٥] .

يبدو ان القضاء حاول بتفسيرات عديدة الا انها لم تكفي لتأمين التعويض للمضرور ، بعدما لاحظ الفقرة الاخيرة من المادة (١٣٨٤) التي تجعل الإنسان مسؤولاً عن الضرر الذي يحدث بفعل الاشياء التي تحت حراسته فوجد فيها ضالته المنشودة واقام عليها نظرية جديدة هي مسؤولية الإنسان عن الاشياء غير الحية والتي لا تعد بناء . الأمر الذي أمنَّ الحماية الكاملة لضحايا الآله وذلك باعتباره حارس الشيء مسؤولاً عن الاضرار

التي تقع بفعل ذلك الشيء[٣٦].فلا يُسأل الشخص عن فعل الشيء في القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية الا إذا وقع الضرر بفعل الشيء تحت حراسة مالكه أو من يقوم مقامه . ولا تقوم مسؤولية المالك إلا إذا قصرّ في واجب الحراسه [٣٧] [٣٨].

فكرة الخطأ الثابت ، التقصير الفعلي من حارس الشيء ، هي محل اختلاف في الفقه في اساس تكييف مسؤولية الحارس [٣٩]. فمن يجد اساس المسؤولية في الخطأ المفترض الذي لا يجوز دفعه الا بثبوت السبب الاجنبي . فلو دققنا النظر فيما تنص عليه المادة ١٣٨٤ / ١ من القانون المدني الفرنسي[٤٠] ، لوجدنا ان كل من يتولى حراسة آلات ميكانيكيه يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الاشياء ما لم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبي لا يد له فيه . فمتى تسبب شيء من هذه الاشياء في احداث ضرر ، افترضت مسؤولية حارسه ولا يستطيع الحارس التخلص من المسؤولية الا اذا اثبت السبب اجنبي الذي أدى إلى وقوع الضرر [٤١]. آخرون يجدون فكرة تحمل المخاطر أي تحمل تبعة الشيء الذي تحت الحراسة بغض النظر سبب الضرر [٤٢].

تنص المادة (١٧٤) [٤٣] من القانون المدني المصري ، تقابلها المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي، على ما ياتي : ((المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشرع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفة او بسببها)) .

يذهب الفقه الحديث إلى القول بان اساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه الخاطىء هو فكرة الضمان ((L'ideede lag arnte)) فالمتبوع يكفل التابع فيما يرتكب من خطأ يصيب الغير بضرر . وما دام الخطأ قد حصل من التابع حال تأديته الوظيفة أو بسببها ، وما دام للمتبوع سلطة الرقابة والاشراف على التابع ، فكل هذا يؤدي إلى القول بوجوب ضمان المتبوع التابعه[٤٤]. ولعل هذه الفكرة هي التي تفسر ان المتبوع لا يستطيع ان يدفع عن نفسه المسؤولية متى ثبت خطأ التابع حال تأديته لوظيفته أو بسببها وقامت علاقة التبعية حتى ولو اثبت انه قد قام بواجب الرقابة وان الضرر كان واقعاً لا محال مع ذلك[٤٥] .بما ان الضرر إذا وقع بفعل الشيء محل العقد كانت المسؤولية تقصيرية ؛ كون الضرر غير ناتج عن اخلال بالتزام عقدي بل عن فعل شيء يلحق ضرراً بالدائن او الغير؛

لذا فان المتعاقد لا يسأل الا على اساس عقدي ولا تسري القواعد الأخرى مهما كان اساس المسؤولية ، وعلى المسؤولية العقدية ولا يسأل الحارس على اساس عقدي[٤٦].يذهب جانب من الفقة إلى قيام المسؤولية على خطأ ثابت[٤٧] . يؤيد ذلك بعض المشرعين إذ يقيم المسؤولية عن فعل الشيء في نطاق العقد على اساس الخطأ التقصيري[٤٨]. يجد هذا الاتجاه المسؤوليه العقدية للمصرف حتى ولو وقع الضرر من الوسائل المستعملة في تنفيذ الالتزام العقدي والتي تحت حراسة المدين رغم انها لا تدخل في الالتزام ذاته . وبذلك يسأل المصرف عن الضرر عند عدم تنفيذ التزامه او انه نفذه تنفيذاً خاطئاً ، في حالة عدم تَسلُم الماكنه النقود إلى العميل باستخدام بطاقة الائتمان رغم وجود الرصيد المطلوب وكفائة الماكنه . ضرر العميل يعد بفعل الشيء عند تنفيذ الالتزام الا ان المسؤولية عقدية عن فعل الشيء (الماكنه) باعتبار ان المدين (المصرف) اخل بالتزامٍ اساسه العقد ونفذ الالتزام تنفيذاً ناقصاً وكذا اذا وقع في حالة دخول الغير إلى حساب العميل وخصم مبالغ منه فذا يعد اخلال من المدين في المحافظة على الوديعة . نخلص مما تقدم ان المدين يستطيع وبسهولة دفع الخطأ العقدي في نظام العمل المصرفي الالكتروني (البنوك الالكترونية)، بحجة السبب الأجنبي ولا يوجد خطأ ثابت من جهة المدين (المصرف) فلم يصدر منه أي أخلال وكان حسن النيه وسيكون اثبات الخطأ الثابت[٤٩]، إذ افترضنا قيامه في المسؤولية العقدية ، صعباً بالنسبة للعميل إذا ما كان الضرر نتيجة لفعل في شبكة الانترنت او نتيجة لانقطاع التيار الكهربائي او لخللٍ في برمجة الحاسب الالكتروني .

يقيم جانب من الفقه المسؤولية المدنية [٥٠]، جامعاً بين المسؤوليتين العقديه والتقصيرية على اساس الغرم بالغنم . فما دام المتبوع ينتفع من عمل التابع فيجب ان يتحمل النتائج التي تترتب على هذا العميل أي نظريه تحمل التبعه مبتعداً بذلك عن الخطأ العقدي المبني على الاخلال بالتزام تعاقدي وهو بذلك يسأل المدين (المصرف) عن ضررٍ لم يرتكبه الأمر الذي يبتعد عن قواعد المسؤولية العقدية ، في حالة افتراض قيامها على اساس موضوعي يتحمل به المصرف المسؤولية وفقاً لفكر تحمل المخاطر [٥١] [٥٢]. ربما ان العقد هو مصدر الالتزام في العمليات المصرفية فان من غير الصحيح بمكان الاتجاه إلى توسع مفهوم الاخلال بالالتزام التعاقدي

ليشمل مالم يلتزم به المدين عند التعاقد الا اذا افترضنا اقامة المسؤولية العقدية على اساس الاخلال بالالتزام بالسلامه، أي ان المصرف ملتزم بأمن وسلامة العميل من الاضرار الناجمه عن استعمال الحاسب الالكتروني في العمليات المصرفية بما فيها التعامل عبر شبكة المعلومات العالميه (الانترنت) .

فقد ينشأ التزام المصرف العقدي كما نشأ الالتزام بمناسبةعقد النقل في الالتزام الناقل بالمحافظة على سلامة الركاب او الاشياء التي يتولى نقلها[٥٣] . إذ ان المدين يحرص في هذا الالتزام – الالتزام بالسلامه – على تنفيذ العقد دون ان يلحق ضرر بشخص الدائن، فرب العمل ملزم ، وفقاً لهذا الالتزام ، بسلامة العمال ضد مخاطر العمل[٥٤]. والضرر الذي يصيب العامل او الركاب او الاشياء التي تنقل يسأل عن التعويض عنه الناقل او رب العمل الا اذا اثبت انقطاع العلاقة السببيه لسبب اجنبي . بعدها اخذ هذا الالتزام ينظر اليه في عقودٍ اخرى كما في ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع وعقود العلاج الطبي [٥٥].

يبدو من الاجدر ملاحظة : ان النظام الالكتروني في عمل المصارف ، الاخيره لا تملك سلطة التحكم والسيطرة الفعليه عليه . فهذه الشبكة المعلوماتية تدار من جهاتٍ اخرى فضلاً عن الجهات المسيطره على برامج انظمة المصرف حتى يتمكن من ادارة اعماله المصرفية فاذا حصل ضرر للعميل نتيجة لعيب في النظام الرقمي ذاته . هل يمكن مسائلة المصرف عن اخلال بالتزام المصرف بالسلامه اذا ما لاحظنا ان المسؤولية التقصيرية تقع على الحارس دون اعتبار لمركز المتضرر سواء كان متعاقداً ام من الغير . فما يستعمل في تنفيذ العقد ليس محلاً له وبالتالي من غير الصواب مسائله المصرف عن الإخلال بالسلامة.

فإذا افترضنا الإقرار بوجود الالتزام بالسلامة في العمل المصرفي الالكتروني فليس مصدره الا القانون الذي يمنع كل اضرار بالغير . يذهب جانب الفقه بان مصدر هذا الالتزام هو قواعد حسن النيه في تنفيذ العقود المنصوص عليها في القانون المدني في نظرية العقد [٥٦]، فأن تنفيذ العقد يتم طبقاً لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيه[٥٧] . يظهر ان التزام المصرف بالسلامه لا يمكن المساعده على افتراضه ما لم يعبر المصرف عن ارادته بذلك عند التعاقد[٥٨] . إلا ان الهدف من قواعد حسن

النيه هو تفسير ارادة طرفي العقد بما يوافق مبادىء العداله وليس استحداث التزامات جديدة في ذمة المتعاقد وبالتالي فان البحث لا يذهب إلى الاستناد إلى قواعد حسن النيه في تنفيذ العقد ولا يساعد على افتراض الالتزام بالسلامة في العقد . في صدد ما تقدم يجد القضاء الفرنسي ان الالتزام بالسلامة هو واجب عام يتجاوز نطاق المسؤولية العقدية والاخلال به يتصف بطبيعة الخطأ التقصيري . فافتراض الالتزام بالسلامة ياتي اولاً رغم ان العيب في ذات الشيء وهي محاولة من القضاء الفرنسي في ان يحافظ على مبدأ الفصل بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية [٥٩]، باعطائه قواعد حسن النية في تنفيذ العقود اوسع مما ينبغي عندما اسند اليها افتراض الالتزام بالسلامة . فقد ذهبت محكمة النقض إلى مسؤولية المدرسه عن الاضرار التي لحقت باحد التلاميذ نتيجة لاستعماله دولاب اطفال مصنوع من البلاستك ، هي مسؤولية عقديه ناشئة عن اخلال المدرسة بالالتزام بالسلامة اما مسؤولية مجهز الدولاب ومصنعه فهي مسؤولية تقصيريه[٦٠].

يرى الاستاذ حسام الدين الأهواني[٦١] : ان مسؤولية المصرف العقدية عن الخطأ الثابت، يستطيع المصرف التخلص منها باثبات السبب الاجنبي كخلل الحاسب الالكتروني المتأتي من الحراره الشديدة او العطل المفاجيء للدائرة الكهربائية الأمر الذي يحمّل العميل اضراراً لم يكن سبباً في حصولها في حين من الممكن مسائلة المصرف وفقاً لقواعد الخطأ التقصيري بناءاً على العيب بالشيء اذا ما امكن اثبات ذلك . إلى جانب استناد المدين (المصرف) إلى السبب الاجنبي طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية ، من الممكن وبسهولة ان يثبت المصرف انه بذل اقصى ما يمكن ، برجوعه إلى فكرة الالتزام بعناية ولم يتمكن من دفع الضرر او ان يثبت المصرف حسن نيته بانه ابلغ الدائن (العميل) بوجود الخلل في البرامجيات قبل انعقاد العقد[٦٢].مما سبق يظهر ان المسؤولية عن فعل الشيء في نطاق الخطأ التقصيري تعد سنداً قانونياً لمسائلة المدين (المصرف) اذا عدَّ المشرع ان الضرر الحاصل بفعل الشيء واحد سواء اكان في نطاق المسؤولية العقدية ام في نطاق المسؤولية التقصيرية ، بدلاً من اتجاه القضاء الفرنسي القائم على الفصل بين المسؤوليتين تجاه مسائله المصرف عن الاضرار التي تصيب الطرف الضعيف في العقد[٦٣] . ففي

اغلب حالات الخطأ الالكتروني الناجمة عن استعمال الحاسب الالي والشبكة العالية للمعلومات تمسك القضاء الفرنسي بالمسؤولية العقدية بالتالي فان ذلك يرفع هذه المسائله عن المصرف ويتحمل بذلك العميل العبىء وحده . فقد رفض القضاء مسائلة المصرف في الاخلال بالتزام عقدي بحجة ان المصرف بذل العناية المطلوبة(٦٤) .

ظهرت بوادر جديدة تارة توسع من فكرة الخطأ عن طريق افتراضها ، بحيث يفترض ان الفاعل مسئول مادام لم يثبت وجود السبب الاجنبي ، واخرى تقيم المسؤوليه على اساس الضرر .

توسع القضاء الفرنسي في مسائلة حارس الشيء بافتراضه الخطأ في الحراسه افتراضا غير قابل لاثبات العكس ومدى هذه الحراسه لتشمل الحارس الفعلي للشيء الذي يكون الشيء تحت حراسته اثناء وقوع الضرر بفعل هذا الشيء ، بعد ان كانت مقتصره على المالك (٦٥). وفقا لما تقدم فان المصرف لا يمكنه دفع المسؤولية عن الضرر الذي لحق بالعميل نتيجة استعمال النظام الالكتروني الذي تحت حراسة المصرف فعلاً إلا باثبات السبب الأجنبي، كأثبات المصرف ان الخلل الموجب للضرر كان بفعل الغير ، كالقرصنه (الهكرز)، او بفعل الحادث الفجائي او انقطاع التيار الكهربائي .

اما الاتجاه الاخر المتمثل في اقامة المسؤولية على اساس الضرر. وهو ما تقول به الشريعة الاسلامية والفقهاء المسلمون . وتسمى في هذه الحالة بـ المسؤولية الموضوعية او المادية ، هو ما ستتعرض الدراسه له بالمبحث القادم حول المسؤولية الموضوعية .

مما سبق يمكن القول : ان هذا التطور في المسؤولية التقصيرية القائم على توسيع فكرة الخطأ، كان مفيداً لتغطية بعض الاضرار التي يمكن للفاعل ان يتهرب منها في ظل فكرة الخطأ بالمفهوم الشخصي ؛ بحجة عدم ثبوت خطئه او انه لم يكن مدركاً لفعله اثناء وقوع الضرر او انه لم يقصر في منع وقوع الضرر بفعل الشيء . ولكن على الرغم من توسيع نطاق المسؤولية التقصيرية إلا انه يستطيع المصرف التنصل عن مسؤوليته عن الاضرار الناجمة عن استعمال العميل النظام المصرفي الالكتروني بحجة انه لم يتمكن التحرز منه او ان الضرر وقع بسبب أجنبي .للأسباب سالفة الذكر ، يجد البحث بقاء المسؤولية المدنية قائمة على فكرة

الخطأ ما دام المشرع يعتمد الخطأ شرطاً لقيام المسؤولية هادفاً من ذلك الابقاء على فكرة العقوبه في المسؤولية المدنية إلى جانب جبر الضرر(٦٦) . وهذا ما استبعدته الشريعة الاسلامية في نظرية فعل المباشره والتسبب .بمراجعة مواد القانون المدني الفرنسي، من المادة ١٣٨٢ إلى المادة ١٧٨٤ والمادة ١٣٨٤ بالذات ، نجد ان الشخص يلزم بتعويض الضرر الناشيء عن فعله والذي يحدث بفعل الاشخاص الذين تحت رقابته او بفعل الاشياء التي في حراسته . مما يؤكد تمسك المشرع الفرنسي بفكرة الخطأ سواء في المسؤولية عن الافعال الشخصية او في المسؤولية عن فعل الغير او فعل الشيء . وهو الموقف نفسه الذي اتخذه القضاء الفرنسي(٦٧) . فضلاً عن ذلك حاول القضاء الفرنسي افتراض الحراسه في المالك وتوسيعها لتشمل الحارس الفعلي . فإذا افترضنا ان المالك هو الحارس كيف تحمله المسؤولية اذا كان غيره يملك السيطره الفعليه على الشيء او انه لا يملك سلطة الرقابة والاشراف على الشيء . وباخذنا ذلك بنظر الاعتبار لموضوع الدراسة ما يتعلق بالبنك واعتماده التعامل الالكتروني لعملياته المصرفيه، فهل يملك المصرف حراسته فعلا ام ان النظام الالكتروني لشبكة المعلومات العالميه يخضع لسيطرة جهة ثالثه كـ شركة الانترنت إلا اذا افترضنا السلطه القانونيه للمصرف المستمدة من حقه في استعمال البرامج الالكترونية لمصلحته . إلا ان واقع الحال ان سلطة المصرف القانونيه خالية من توجيه الاوامر او الرقابه على النظام (البرنامج) الالكتروني .إلى جانب فكرة الحراسه ، فان القضاء الفرنسي يقر بمسولية الحارس إلا إذا اثبت السبب الاجنبي . اما بخصوص اثبات هذا السبب يذهب إلى عدة اتجاهات يرى الأول ، ان الحارس لا يسأل اذا صدر خطأ من المضرور أي ان على الحارس اثبات عدم خطئه. والاتجاه الثاني يرى الخطأ الجوهري ثم تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن فكرة الخطأ الجوهري للمضرور . وذهبت إلى الخطأ المجرد وعادت بعدها إلى فكرة الخطأ الجوهري للمضرور إذ تعرض شخص اسمه Texier إلى اصطدام يده بقاطرة قطار ، اثناء مرور قطار شخص في المحطة مما أدى إلى جرحه، حكمت المحكمة بمسؤولية شركة سكة الحديد الفرنسية لان خطأ المضرور لم يكن جوهرياً إذ كان وجوده على الرصيف لانتظار قطار المسافرين(٦٨).

انتقل واضعوا التقنين الفرنسي من المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية عن الاشخاص وعن الاشياء وهذه ايضاً اقاموها على فكرة الخطأ . فنصت المواد ١٣٨٤ – ١٣٨٦ على المسؤولية عن الاولاد والتلاميذ وصبيان الحرفه ، ومسؤولية المتبوع عن التابع او المسؤولية عن الحيوان والمسؤولية عن البناء وفي كل هذه النصوص لم يرد واضعوا التقنين الفرنسي اكثر من تطبيق مبدأ الخطأ على حالات معينه هي الحالات التي يسأل فيها الشخص لا عن عمل صدر منه شخصياً ، بل عن عمل (أتى به آخر في رقابته او حدث منه شيء تحت يده . ولكن مسؤوليته في كل هذه الحالات تقوم على خطأ منسوب اليه شخصياً، فقد قصر في رقابة الغير او اهمل في حراسة الشيء. وبذلك تؤكد الدراسة بقاء المسؤولية المدنية قائمة على فكرة الخطأ مهما حاول الفقه والقضاء التدرج فيها ما بقي المشرع يعتمد الخطأ شرطا لقيام المسؤولية .

المبحث الثاني
المسؤولية الموضوعية

اخذت فكرة الخطأ، التي دار تطور المسؤولية التقصيريه حولها ، تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفي في بعض الحالات . تارة تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً قابلاً لاثبات العكس واخرى تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً لا يقبل اثبات العكس ، بل حتى اختفت تماماً وأخلت مكانها لنظرية تحمل التبعه (risque) .

يجد العلامة السنهوري [٧٠] ان : ((الفقه هو الرائد لهذا التطور . امسك زمامه في يده، وسبق اليه القضاء . وسار القضاء وراء الفقه بخطوات مترددة ، ولم يشأ ان يسير الشوط إلى نهايته ، فوقف عند الخطأ المفروض ،ولم يجاوزه إلى مسؤولية لا تقوم على خطأ اصلاً بل على محض تحمل التبعه)) .

بدأ تطور المسؤولية يرجع إلى نقطه الابتداء حيث كان المعيار مادياً لا شخصياً . إذ نجم عن تقدم الصناعة الهائل واستحداث الآلات الميكانيكية وشتى وسائل النقل ، ان أصبح الخطر الكامن في استعمال هذه المخترعات أقرب احتمالاً وأكثر تحققاً عما كان عليه. الأمر الذي أدى إلى قيام المسؤولية على ركن الضرر دون الخطأ .

تأثر الفقه، اول ما استجاب لهذا الطور ، مستنداً إلى ما قامت عليه المدرسه الوضعيه الايطاليه من امكانية القول بالنظرية الموضوعية في القانون الجنائي ووجوب التعويل على الناحية الموضوعية لاعلى الناحية الذاتية ، حتى في المجرم نفسه ، فيعاقب لا بالنظر لما يستحقه لشخصه ، بل بالنظر لما تقتضيه حماية المجتمع ، فكان الأولى بالقانون المدني ان يكون الميدان الخصب لهذه النظريه . فضلاً عن ذلك، لاحظ الفقه ازدياد مخاطر العمل زيادة كبيره من شأنها ان تجعل من الصعوبه بمكان على العامل اثبات الخطأ في جانب رب العمل حتى يستطيع الرجوع عليه بالتعويض[٧١].

نادى الفقه بانه ليس من الضروري ان يكون الخطأ اساس المسؤولية التقصيرية ويجوز ان تقوم المسؤولية لاعلى فكره الخطأ بل على فكر الضرر وتحمل تبعته . وهذه هي نظرية تحمل التبعه . استند الفقه في ذلك إلى تفسير جديد لمحور المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٤ من التقنين المدني الفرنسي إلى جانب صياغة النظرية الجديدة التي اسمرها نظرية تحمل التبعات المستحدثة او النظرية الموضوعية theorie objective يقابلون بها النظرية الشخصية theorie subjective التي تقوم على فكرة الخطأ . ووجدوا ان النظرية الشخصية تصطدم مع المنطق ، فمنذ انفصلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية، وأصبح التعويض المدني لا دخل للعقوبة فيه، لم يعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ اساساً للمسؤولية المدنية ، ويجب ان يكون اساس هذه المسؤولية الضرر الذي يستوجب التعويض، الخطأ الذي يقتضي العقوبة . واذا كانت المسؤولية الشخصية تصلح في نظام اقتصادي يقوم على الزراعه . ففي نظام اقتصادي قوامه الصناعة والتقدم المعلوماتي الذي خطا خطوات واسعه باتجاه الامام ، لا تصلح إلا المسؤولية الموضوعية . فالواجب اذن في راي هذه الاتجاه، هجر المسؤولية القائمة على خطأ ولو كان مفروضاً إلى المسؤولية المجردة عن أي خطأ[٧٢].

لايذهب البحث إلى ما اتجه اليه الدكتور نوري حمد خاطر [٧٣]، من قيام فكرة المسؤولية الموضوعية على مبدأ اساسي هو نقل عبىء الاثبات من المضرور إلى الفاعل . إذ يسأل الاخير دائماً ما لم يثبت السبب الاجنبي وبذلك يستطيع الفاعل من مهنين وشركات عامله في النظام

الالكتروني في التنصل من المسؤولية بحجة انه بذل كل ما بوسعه لتجنب الضرر دون جدوى . ففي اطار المسؤولية الموضوعية – وفقا لاتجاه د. خاطر – يستطيع المصرف ان يثبت انه اتبع كل الاجراءات المهنية المعروفه لدى اهل الخبره في ادارة النظام الالكتروني ومع ذلك وقع الضرر .

يظهر انه ليس من الدقة بمكان المساعدة إلى ما ذهب اليه هذا الاتجاه ، من قيام المسؤولية الموضوعية على اساس : ((بوادر جديدة توسع فكرة الخطأ عن طريق افتراضها او بعباره اخرى اقامة المسؤولية على اساس الضرر ، بحيث يفترض ان الفاعل مسؤول ما دام لم يثبت وجود السبب الاجنبي)) (٧٣).

يبدو ان د. الخاطر قد وقع في لبس بين المسؤولية الشخصية والموضوعية وبالاخص ما يتعلق في تطور المسؤولية التقصيرية ولاسيما ما يتعلق في نظرية تحمل التبعه . فالفرق الجوهري ما بين المسؤوليتين هو ان الشخصية تقوم على خطأ ، ولو كان هذا الخطأ غير قابل لاثبات العكس . فاساس المسؤولية هو الخطأ لا الضرر والمسؤول هو الحارس لا المنتفع . اما المسؤولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ والمسؤول هو المنتفع لا الحارس . يترتب على ذلك ان المدين في المسؤولية الشخصية ، إذا كانت المسؤولية قائمة على خطأ واجب الاثبات ، يستطيع ان يدفعها عن نفسه ، إذا عجز الدائن عن اثبات خطأ في جانبه . فإذا كانت المسؤولية قائمة على خطأ مفروض فرضاً يقبل اثبات العكس استطاع ان يدفعها باثبات انه لم يخطىء . فان كان فرض الخطأ لا يقبل اثبات العكس، استطاع لمدين ان يدفع المسؤولية الشخصية عن نفسه . اما بنفي الخطأ في ذاته ، واما بنفيه كسبب للضرر الذي وقع. اما المسؤول في المسؤولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسؤولية حتى لو نفى الخطأ. وحتى لو اثبت السبب الأجنبي . فما دام الضرر قد وقع من جراء نشاطه ولو بغير خطأ منه فهو المسؤول عنه وهو ما اقره الفقه الإسلامي بنظرية المباشرة والتسبب (٧٤).

ما لبث الفقه ان تحول عن النظرية الموضوعية ووقف عن المضي فيها، بسبب موقف كل من التشريع والقضاء في فرنسا وعاد إلى

نظريه الخطأ المفروض . ولم يبق ثابتاً على النظرية في معناها الواسع الشامل إلا قله من الفقهاء فيهم جوسران وديموج وسافا تييه[٧٥].

بقى التشريع الفرنسي، بعد ان حدد نطاقاً ضيقاً للنظرية الموضوعية ، بعيداً عن الاخذ بها كقاعدة عامة واقتصر على الاخذ بها في بعض نواحي النشاط وما يتولد عنها من تبعات . فقد اخذ بها في[٧٦] :

١- **مخاطرالحرفة** ، إذ رتب قانون العمل الصادر في سنة ١٨٩٨ المسؤولية على مخاطر العمل، فإذا اصيب العامل بضرر اثناء عمله او بمناسبة هذا العمل حكم له بالتعويض for faitqire.

٢- **في مخاطر الطيران** Risque de navlg ation aerienne .
ان قانون عام ١٩٢٤ جعل المنتفع بالطيارة مسؤولاً عن كل ما تحدث الطياره من اضرار ولا تنتفي المسؤولية ولو اثبت المسؤول القوه القاهرة او عمل الغير وانما تنتفي باثبات خطأ المتضرر .

٣- **في المخاطر الاجتماعية** Risque social .
جعل قانون ١٨٩٥ الدولة مسؤوله عن تعويض المحكوم عليه في جنحه او جناية اذا قبلت اعادة المحاكمة وثبتت براءته وهذه المسؤولية مادية عن تبعات الاخطاء القضائية Erreurs judiciaires .

٤- **مسؤوليات الدفاع الوطني** Defense nationale
وقد نص عليها قانون عام ١٩١٩ و ١٩٢١ وهذان القانونان عوضاً عن اضرار الحرب وضحايا المصانع الحربية في ظروف معينه.

ولا يزال انصار المسؤولية الموضوعية ينظرون إلى هذه التشريعات المختلفة في كثير من التفاؤل . فهذه : ((٧٧)تبعات الحرفه ، وتبعات الطيران ، وتبعات التضامن الاجتماعي، وقد رتب المشرع المسؤولية عليها جميعاً ، فليس بعيداً ان يرتب المسؤولية بعد ذلك على تبعات الملكية (risque de propriete) . ثم على تبعات النشاط بوجه عام حتى يستكمل بذلك جميع الصور في تبعات الخطر المستحدث)) .

يبدو ان الميدان العملي لا يزال بعيداً عن استغراق كل هذه الصور . فتبعات الحرفة، على سبيل المثال، لا تعد تسجيلاً كاملاً للمسؤولية الموضوعية ما دام المضرور لا ينال تعويضاً شاملاً عن كل ما لحقه من ضرر ثم ان المشرع الفرنسي قد اصدر تشريعات نفى فيها المسؤولية الموضوعية ورجع عن الخطأ المفروض إلى الخطأ الواجب الاثبات [٧٨] .

كذلك لم يسلم القضاء الفرنسي ، بالمسؤولية الموضوعية . بل اشترط دائماً قيام المسؤولية على الخطأ إلا انه سار شوطاً بعيداً في جعل هذا الخطأ . مفروضاً في احوال كثيرة. والى جانب الخطأ المفروض في المسؤولية التقصيريه ، استعان القضاء الفرنسي بالمسؤولية العقديه في بعض الحالات عن ((طريق استخلاص التزام بضمان السلامه في بعض العقود لاسيما عقد النقل)) (٧٩).

يذهب بعض شراح القانون المدني ، إلى ان حماية العمل في التعامل عن بعد او التعامل ا لالكتروني لا يمكن تخطيها لمسائلة المصرف مالم نذهب إلى المسؤولية الموضوعية (٨٠)، إذ يجب على المصرف ان يتحمل مسؤوليته ضد أي ضرر يلحق بالعمل او نتيجة لتعامله الالكتروني . وفي هذا السياق أيدّ القضاء الاماراتي ضمناً مسؤولية المصرف بتحمل تبعة ما يصيب عملائه دون حاجة لاثبات الخطاء ، إذ قضت : ((ولئن كانت المصارف تتحمل تبعة ما يصيب عملائها من دون حاجة لاثبات خطئها ، ما لم يثبت خطأ العميل او اهماله ....)) (٨١).

كذلك نحا القضاء المصري إلى قيام مسؤولية البنك على اساس الضرر فقد قرر قيام هذه المسؤولية رغم ان البنك لم يثبت خطؤه و الزمه بتعويض العميل على الضرر اللاحق به من جراء قيام البنك باداء قيمة شيك ، تم تزوير توقيعه على العميل . وجاء في حيثيات القرار : ((حيث ان البنك المسحوب عليه ، لا تبرىء ذمته قبل العميل الذي عهد اليه باموالة ، اذا وفى بقيمة شيك مذيل من الاصل ، بتوقيع مزور عليه ، إذ ان هذه الورقه المقدمة إلى البنك ، وقد خلت من التوقيع الحقيقي للعميل ، يعوزها شرط جوهري لوجود الشيك ، ولم يكن لها في أي وقت وصفه القانوني ، وتقع تبعه الوفاء بموجب هذه الورقة على البنك المسحوب عليه ، أياً كانت درجة اتقان التزوير ، وتعد هذه التبعه مخاطر المهنه التي يمارسها البنك ، وهي مخاطر مهما بلغت اعباؤها لا تناسب البته مع المزايا التي تعود على البنك ، من دعم الثقه بها وبث روح الاطمئنان لدى جمهور المتعاملين ، وتحمل البنك هذه التبعه ، مشروط بعدم خطأ أو اهمال من جانب العميل الوارد اسمه بالصك والا تحمل تبعه خطئه ...)) (٨٢).

يتجلى من هذا الحكم ان محكمة النقض المصرية اخذت بالمسؤولية الموضوعيه وعلى اساس فكرة المخاطر وتحمل التبعيه ، وهو موقف سابق لمحكمة النقض الفرنسية[٨٣] [٨٤].

بناء لما تقدم ، نجد بعض المشرعين اليوم، اتجه لما سار عليه الفقة الإسلامي بقيام المسؤولية على اساس الضرر دون الخطأ . فلم تشر هذه التشريعات إلى فكرة المسؤولية عن الخطأ بل اتجهت لما اخذت به الشريعة الاسلامية ، التي سبقت الجميع إلى ذلك ، إلى ان وتحمل المسؤولية بالضمان كل من افضى فعله إلى ضرر ، بالزام الفاعل جبر الضرر لا مسائلته على فعله ، لان فعله كان عله في الضرر ، إذ ان حرمة الإنسان والمال تكفي في نظر المشرع الإسلامي لمسائلة المباشر والمتسبب دون شرط[٨٥].

المبحث الثالث
نظرية المباشره والسبب
اساساً لمسائلة المصرف

الاتجاه إلى تقرير المسؤولية بدون خطأ هو ما قال به الفقهاء والمسلمون . فالفقه الإسلامي لا يأخذ بفكرة الخطأ في التصرفات الفعليه . ومحدث الضرر سواء كان متعدياً أو غير متعدٍ وسواء كان مميز أو غير مميز ، فهو ضامن لفعله ، أي يسأل عن تعويض الضرر الذي يحدثه . من القواعد المقرره في هذا الباب ان ((المباشر ضامن وان لم يعتمد أو يتعد)) [٨٦]. فإذا زلت قدم شخص وسقط على الأرض وبسقوطه اتلف مالاً لآخر كان ضامناً . وذهب بعض الفقهاء إلى حد القول : بانه إذا سقط طفل يوم ولادته على شيء ما فأتلفه فهو ضامن ، والتعويض يدفع من ماله إذا كان عنه مال ، فان لم يكن له مال ينتظر إلى ان يكون له مال[٨٧] .

عُرِفّ فعل المباشرة بانه ((ما يؤثر في الهلاك ويحصله كالجرح والضرب)) او ما يقال ((حصل الهلاك به من غير توسط وكذلك يمكن تعريف المباشره بانها : اتصال آلة التلف بمحله بمعنى ألا يفصل بين الفعل والضرر فعل آخر [٨٨] . كأن يمسك شخص بإناء لغيره فيكسره[٨٩]. وعرفت مجلة الاحكام العدليه فعل المباشره في المادة (٨٨٧) بانه :

((الاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله : فاعل مباشر)) وعلى هذا فان المباشر هو ((منْ يلي الأمر بنفسه)) [٩٠].

اما التسبب فهو ((مؤثر في الهلاك ولا يحصله)) أو ما يحصل الهلاك عنده بعله أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العله[٩١] أو ((الفعل في محله يفضي إلى تلف غيره عادة)) [٩٢]. وعرفت المجلة التسبب في المادة (٨٨٨) بانه : ((احداث امر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ، ويقال لفاعله متسبب)) [٩٣] . كمن يحفر حفره في الطريق العام ، فيقع فيها حيوان فيتلف ، فالحفر لم يحدث التلف وانما اثره وهو العمق هو الذي احدث التلف .

نلحظ مما سبق ، بان الضمان ((يجب تارة بالمباشرة واخرى بالتسبب)) [٩٤]. فالعدوان هو التعدي (المباشرة) على حقوق الغير مهما كان نوعها أو مصدرها ، فمن تعدى عليها باتلاف المتمولات عليه ضمان المثل أو القيمه أو غير ذلك من الجوابر التي تختلف عن الزواجر[٩٥].

اما التسبب بالاتلاف كحفر الابار في طريق الحيوان على الأرض المملوكه لحافر و كوقيد النار قريباً من الزرع وكرمي ما يزلق الناس في الطرقات فيعطب بسبب ذلك الحيوان فانه يضمن[٩٦] . واذا اجتمع المباشرة والتسبب غلبت الأولى على الثانية : كمن حفر بئراً لانسان ليقع فيه فجاءهُ آخر القاه فالاخير مباشر والاول متسبب ، فالضمان على الاخير دون الأول تقديماً للمباشرة على السبب[٩٧]. وقد يحكم بالتسبب لوحده : فمن يشهد زوراً على ضياع المال على انسان ، فانه يضمن ما اضاعه بشهادته ولا يقضي الحاكم شيئاً مع انه المباشر في الحكم والشاهد متسبب[٩٨].

باستعراض الامثله والتعريفات للمباشرة والتسبب ، تجد الدراسة ، عدم الاشارة إلى فكرة المسؤولية عن الخطأ بل[٩٩] تحمل بالضمان كل منْ افضى فعله إلى ضرر، فلا توجد اية دلالة على ان الشريعه الإسلامية تبغي من الحكم بالضمان مسائلة الفاعل على فعله بل تريد الزامه جبر الضرر ؛ لان فعله كان علة في الضرر[١٠٠].

حرمة الإنسان والمال تكفي في نظر الشريعة الاسلامية لمسائلة المباشر والمتسبب دون شرط، وهو ما اكده الاستاذ السراج[١٠١]: بعدم اشتراط وجود التعدي من المباشر والمتسبب لجبر الضرر ؛ لان الفقه الإسلامي لا ينظر إلى الفعل كونه محظوراً لذاته ليضمن الفاعل بل ينظر

اليه عله في الضرر ، فإذا كان كذلك فهو مباشرة واذا افضى الفعل إلى علة الضرر كان تسبباً . فالتسبب تجب العلة بينه وبين الحكم لانه لا بد للحكم من عله مؤثرة في موضوع له والسبب يفضي إلى الحكم وطريق له لا موضوع له ولا مؤثر فيه . ويضاف الفعل إلى المتسبب لمعنى العلة فيه [١٠٢]من ذلك يمكن القول : لا يقوم الضمان بالمباشرة والتسبب على فكرة العلاقة السببيه بين الفعل والضرر ، بل تقوم على الجوابر (التضمينات) وهي مشروعه لجلب ما فات من المصالح، في حين الزواجر مشروعه لدرء المفاسد . اما إذا كانت العله موجودة في الضرر فيضاف الضمان إلى المباشر لانه علة الضرر لذاته فإذا اجتمع المباشر والسبب يضاف الفعل إلى المباشر ؛ كونه علة الضرر ، إلا إذا كانت علته ضعيفة في الضرر أو كان المباشر مبهماً ، فلو عثر شخص في حجر لم يعرف واضعه فوقع العاثر في بئر فالضمان على حافر البئر لعدم معرفة واضع الحجر (المباشر) [١٠٣] بل لو لم تعرف علة الضرر (المباشر) يسأل المتسبب (الحاضر) فيما لو وقع في بئر لتزحلقه بماء المطر [١٠٤].

ليس كل تسبب فيه معنى العله ، فإذا سلم مالك السكينه إلى شخص آخر ليمسكها فقتل الاخير نفسه لا يضمن ؛ كون التسليم ليس للاستعمال بل هو للامساك ، لكن لو وقعت السكينه من يد ماسكها وجرحت قدمه لضمن المالك لان طلب الامساك فيه معنى العله (أي فيه مقتضى الضرر) كون علة التلف هي السقوط وتضاف اليه ؛ لان فعله افضى إلى العله (أي كان سبباً فيها) [١٠٥].

عند قيام الطبيب بواجبه حسب الاصول في معالجة المريض، وحصل ضرر للمريض على الرغم من ذلك ؛ وبما ان فعل الطبيب المشروع كله عله في الضرر فانه يسأل، إذ لولا تدخله لما حصل الضرر وان حرمة جسم الإنسان مصونه . من ذلك يمكن القول : بعدم وجوب الالتفات إلى الخطأ أو التعدي عند مسائلة الفاعل عن جبر الضرر بل يجب ان ننظر إلى علة الضرر ذاتها أو إلى معنى العله في التسبب . وهو ما اشار اليه طالب الماجستير حازم الصمادي في رسالتة [١٠٦]: ولو وقع شخص نائم على مال فأتلفه يسأل ؛ لان وقوعه كان عله في الضرر . كذلك في المثال المتقدم بوقوع صغير يوم ولادته على شيء فأتلفه فانه يضمن . وفي هذا الاتجاه أكد قرار محكمة التمييز الاردنية ان المباشرة ((

علة مستقله وسبب كاف بالاضرار بذاته ولا يجوز اسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو التعدي)) [١٠٧]. وكذا لو توقف النظام الالكتروني مباشرة بعد ان ادخل المصرف المعلومات ولحق ذلك ضرراً بالعميل ، رغم عناية عامل المصرف ، يضمن المصرف لان فعل العامل عله في ضرر العميل أي مباشر في الضرر .

كان الفقه الإسلامي ومعه القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الاماراتي منطقياً في استبعاد شرط التمييز لمسائلة الفاعل ، لان الاخير ليس هو المقصود في الضمان في الفقه الإسلامي بل علة فعله في الضرر هي المقصودة .

فلا خلاف على ضمان عديم التمييز أو من هو في حكمه حسب احكام القانون المدني الأردني وذلك بصراحة نص المواد (٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٧٨) من القانون المدني الأردني[١٠٨]. وكذلك ما جرى عليه قضاء محكمة التمييز[١٠٩]. ذلك ان شرط المباشرة تبحث في الفعل لا في الفاعل وطالما الأمر كذلك فيتصور صدور المباشره من أي شخص المهم ان يكون من اهل الوجوب أي ممن ثبتت له الشخصية القانونية وأهلية الوجوب[١١٠] [١١١].

القوانين العربية التي أخذت بالمباشرة والتسبب

هناك قوانين عربية سبقت القانون المدني الأردني في النص على المباشرة والتسبب . يجد البحث من الأهمية بمكان الوقوف عند نص المشرع الأردني أو القوانين المتأثره به كالقانون الاماراتي ، مقارنة مع التشريعات العربية التي اخذت بهذه النظرية . وسنبدأ بالاقدم ثم الاحدث :

القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ، اول قانون عربي يستمد احكامه من الشريعة الإسلامية ، وقد اتخذ اساساً لغيره من القوانين المدنيه التي استمدت احكامها من الشريعة الإسلامية، مثل قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية ومشروع قانون المعاملات العربية الموحدة[١١٢].

اورد القانون المدني الأردني اسلوبين لحدوث الاضرار في الفقرة الأولى من المادة ٢٥٧ ، حيث قالت : ((يكون الاضرار بالمباشرة والتسبب)) وجدير بالذكر ان هذه المصطلحات التي استخدمها المشرع الأردني في هذا المقام هي مصطلحات مستمده من الفقه الإسلامي .

يعد الفقهاء المسلمون واضعي هذه التفرقه في اسلوب وقوع الفعل الضار حيث ان هذه التفرقه لها اثر في المسؤولية والضمان . فمن التشريعات العربية من نظم المسؤولية وفقاً لذلك[١١٣]، على خلاف التشريعات الاخرى ، وعلى رأسها القانون المدني المصري ، التي اشترطت الخطأ لتحقيق المسؤولية التقصيرية . فقد نصت المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري : (كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)[١١٤].

أولاً : القانون المدني العراقي

تمَ وضعه بعد القانون المدني المصري وقدر له ان يكون مزيجاً من الفقه الإسلامي والقانون المصري[١١٥] .

عالج هذا القانون المسؤولية عن العمل غير المشروع – كما سماها – في المواد ١٨٦- ٢٣٢ وما بعدها وتحت الفرع الأول وباسم المسؤولية عن الاعمال الشخصية ، الاعمال غير المشروعه التي تقع على المال . ونص على المباشرة في المادة ١٨٦ منه حيث نصت في الفقرة الأولى منها (إذا اتلف احد مال غيره أو انقص قيمته مباشرةً أو تسبباً يكون ضامناً ان كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى) .

وهذا يعد اقرار من واضعي القانون المدني العراقي بمخالفة احكام الفقه الإسلامي، فيما يتعلق بالمباشرة ، حيث انهم اضافوا إلى المباشرة وصف التعمد أو التعدي وبذلك يكون القانون المدني الأردني تميز عن القانون المدني العراقي ؛ لان هذا الاخير اخذ بالمباشره شكلاً وأسماً وخالفها حكماً ومضموناً ، اما القانون المدني الأردني فقد وافق الفقه الإسلامي بالمباشرة شكلاً ومضموناً[١١٦].

ثانيا : القانون المدني الكويتي

كانت المسؤولية المدنية منظمة في الكويت بموجب قانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع وكان نص المادة الثالثة منه مطابقاً لنص المادة ١٨٦ من القانون المدني العراقي ، ثم تم تعديل هذا القانون بالقانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٦٧ الذي اضاف مادة برقم ١٩ مكرر وتحت باب المسؤولية عن الاشياء والتي تحدثت عن تحميل المباشر الضمان في حال حدوث الضرر بواسطة شيء[١١٧] .

ثم الغي هذا القانون بصدور القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ والذي تحدث عن الفعل الضار في المادة ٢٢٧ وما بعدها حيث نصت المادة ٢٢٧ : ((

١- كل من احدث بفعله الخاطىء ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه سواء كان باحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً .

٢- ويلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشىء عن فعله الخاطىء ولو كان غير مميز)) .

الملاحظ على هذه النصوص بان القانون المدني الكويتي قد اعتبر الخطأ اساساً لقيام المسؤولية فبعد ان فرق بين المباشرة والتسبب بالاسم وحدّ بينهما بالحكم فرتب المسؤولية على أي واحد منهما ان كان مخطئاً وهذا الشرط لم يذكره احد من الفقهاء المسلمين كما انه رتب التعويض على عديم المسؤولية إذا صدر الفعل الخاطىء منه ولا نعلم كيف يخطىء عديم التمييز الذي لا ادراك له . اما المادة ٢٥٥ فهي وان رتبت الضمان بحق المباشر فان هذا الضمان مقيد بقيدين اولهما : ان المباشرة لابد ان تتم من خلال شيء موجود تحت يد المباشر كالسيارة مثلاً ، ثانيهما : ان الضرر المضمون من المباشر لا بد ان يكون واقعاً على النفس .

وبهذا نجد ان القانون المدني الكويتي ايضاً لم يأخذ المباشرة والتسبب كما ارادها فقهاء المسلمين انما ابتعد كثيراً عن احكامها الموجودة بالفقة الإسلامي .

ثالثا : القانون المدني السوداني

لقد صدر قانون المعاملات المدنيه السوداني في ١٤ / ٢ / ١٩٨٤ وقد نص في مادته الخامسه على مجموعه من المبادى العامه منها المادة ٥ / ر المباشر ضامن وان لم يعتمد والمادة ٥/ش المتسبب لايضمن إلا بالتعمد وعند الحديث عن المسؤولية عن الاعمال الشخصية نصت المادة

١٣٨ : (كل فعل سبب ضرراً يلزم من ارتكبه بالتعويض ولو كان غير مميز) وهذه النصوص وان كانت اكثر قرباً إلى الفقه الإسلامي من سابقتها إلا انها قد وقعت بالخلط الذي وجد في مجلة الاحكام العدليه بذكر التعمد بدل التعدي ، فضلاً عن ان هذا القانون ذكر التفرقه بين المباشرة والتسبب في مبادئه العامه ، إلا انه عاد وتخلى عن هذه التفرقه عند الحديث عن المسؤولية عن الافعال الشخصية ، وهو بذلك لم ياخذ بما ورد بالفقه الإسلامي من التفرقة بين المباشرة والتسبب .

رابعاً : القانون اليمني (١١٨)

صدر القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ ذاكراً في مادته الأولى انه ماخوذ من الشريعة الإسلامية ، ولدى العوده إلى احكام المسؤولية التقصيرية في هذا القانون وجد انها في الباب الثالث منه تحت عنوان الاضرار بحقوق الغير وتنشأ عن المسؤولية التقصيرية ولم نجد ذكراً للمباشره والتسبب ، انما وجدنا نصوصاً قانونيه تقيم المسؤولية التقصيرية على اساس الخطأ (١١٩) (١٢٠) .

خامساً : قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية

لقد صدر قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة بالقانون الاتحادي لسنة ١٩٨٥ وجاءت المادة ٢٨٣ منه مطابقة للمادة ٢٥٧ من القانون المدني الأردني وبالتالي لها نفس الحكم من حيث مطابقتها للفقه الإسلامي .

اورد قانون المعاملات المدنية في المادة (٢٨٢) اساس المسؤولية عن الفعل الضار بقوله : ((كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر)). فقررت هذه المادة ان القاعدة العامه تتمثل في ان كل فعل يصيب الغير بضرر فانه يستوجب التعويض وان هذه القاعده تجد اساسها فيما هو مقرر في الشريعة الإسلامية والذي عبرت عنه مجلة الاحكام العدلية حيث نصت في المادة ١٩ على قاعدة ((لاضرر ولا ضرار)) كما نصت في المادة ٢٠ ((الضرر يزال)) ونصت في المادة ٥٣ انه ((إذا أبطل الاصل يصار إلى البدل)) (١٢١).

ووفقاً لنص المادة ٢٨٣ من قانون المعاملات المدنية يتم احداث الضرر عن طريقتين هما المباشرة والتسبب حيث قالت هذه المادة : ((

يكون الاضرار بالمباشرة أو التسبب فإذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له ، واذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو ان يكون الفعل مفضياً إلى ضرر [١٢٢]. وبذا يجد البحث ان قانون المعاملات المدنية اخذ بفكرة الضمان للوصول إلى جبر الاضرار الناشئة عن الفعل الضار وهو النهج الذي يتفق مع احكام الشريعة الإسلامية ، حيث يقع الضرر بطريقتين هما المباشرة والتسبب .

كذلك تجد الدراسة ان قانون المعاملات الأردني قد اصاب عين الحقيقة ، كما فعل الاماراتي ، وقنن المباشرة كما ارادها فقهاء المسلمين بان جعل المباشر ضامناً بلا شرط وبالنص الوارد في المادة ٢٥٧ قد خرج من الجدل الفقهي حول اشتراط أو عدم اشتراط التعدي في المباشرة ، وجعل المباشر ضامناً سواء بالفعل الايجابي أو السلبي وسواء كان عالماً أو جاهلاً ، ذاكراً أو ناسياً أو متصرفاً في ملكه أو ملك غيره ، صغيراً أو مميزاً عاقلاً أو مجنوناً ، لمجرد صدور الفعل الضار منه يجعل ذلك سبباً لضمانه .

كان القانون المدني الأردني وقانون المعاملات الاماراتي على حق عندما لم يشترط التعمد أو التعدي في فعل المباشرة ، إلا كيف تسأل من سقط على الأرض وبسقوطه اتلف اموالاً لآخر أو من سقط وهو نائم على مال الغير واتلفه أو الطبيب الذي يعالج المريض ويلحق به ضرراً دون تعمد أو تعدي .

فقد قررت محكمة التمييز الأردنية في أكثر من قرار : ان قيام سلطة المياة بالاستيلاء على مياه العيون التي تسقي أراضي المزارعين وتوزيعها على المواطنين كماء للشرب، هو تعد طالما ترتب عليه ضرر وسلطة المياه ملزمه بتعويض منْ تضررت أراضيهم[١٢٣]. يتضح من هذا الحكم : ان سلطة المياه متسببه في يبس المزروعات لانها منعت الماء عنها فترتب على ذلك الضرر . ومع ان سلطة المياة قد استعملت حقاً مشروعاً وهو تزويد المواطنين بمياه الشرب إلا ان محكمة التمييز قضت عليها بالضمان بالنظر إلى فعلها الذي عدته محكمة التمييز من قبيل التعدي . وقضت نفس المحكمة بان كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز ، مباشراً أو متسبباً ، بضمان الضرر . الأمر الذي يبنى عليه ان

المتسبب بالضرر مسؤول عن تعويض الضرر سواء اكان فعله مقصوداً أو غير مقصود[١٢٤] .

يستفاد من هذا الحكم : ان عديم التمييز ضامن سواء كان مباشراً أو متسبباً وغني عن البيان انه طالما حكمت المحكمه بضمان عديم التمييز فهي لم تنظر إلى الشخص وانما نظرت إلى الفعل ، كذلك يستفاد من هذا الحكم ان القصد أو العمد والخطأ سواء في ضمان المتسبب ، بمعنى ان الضمان يكون بالتعدي العمد والتعدي الخطأ.

كما قضت محكمة التمييز الاردنية ، بالضمان على صاحب الحق إذا استعمل حقه بشكل ترتب عليه ضرر للغير حتى ولو كان هذا الذي يستعمل حقه معه اذن أو ترخيص باستعمال الحق ومن هذه الاحكام (ان باشرت الجهه المميزه بالتنفيذ وقامت بتشغيل آلياتها بحيث تطاير منها غبار أضَر باشجار المدعين فان الضرر الناشيء عن هذا الفعل يوجب الضمان على الجهه المميزة)[١٢٥]. وفي ذات الموضوع قضت ايضاً (استقر قضاء محكمة التمييز على ان سقوط المخلفات الضاره لمصانع الاسمنت بنتيجة التشغيل على ارض الغير هو فعل ضار موجب للضمان ولا يمنع ذلك القول : ان الشركه المميزة باقامتها للمصنع تصرفت في ملكها تصرفاً مشروعاً لان حريتها في التصرف مقيدة بعدم الاضرار بالغير ضرراً فاحشاً أو مخالفاً للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة والخاصة وان تصرف المالك بملكه بشكل ضار بالغير يعد تعدياً وموجباً للضمان[١٢٦]. ومن هذه القرارات يستفاد ان محكمه التمييز ايضاً اعتبرت استعمال الحق ولو كان بسبب شرعي ، يعد تعدياً ان كان فيه اضراراً بالغير أو ممتلكاته ، فالتعدي يقع ايضاً من خلال استعمال الحق .وقضت محكمة التمييز الاردنية بان التعمد ليس شرطاً للضمان فقالت كل اضرار بالغير يلزم فاعله بالضمان سواء كان بالمباشرة أو التسبب عملاً باحكام المادتين ٢٥٦ ، ٢٥٧ من القانون المدني الأردني بما يعني ان التعمد ليس شرطاً للضمان وقيام المسؤولية عن الفعل الضار [١٢٧]، وفي قرارٍ آخر قالت انه لا يشترط التعمد في حوادث التسبب في الوفاة[١٢٨].من خلال استعراض القرارات السابقة يبدو ان محكمة التمييز تركز على المعيار الموضوعي بالبحث في الفعل نفسه أن توافر فيه شرط التعدي من عدمه، فلم نجد اياً من قراراتها قد بحث في الفاعل أو الظروف النفسيه له عند

ارتكابه للفعل الضار . بمعنى ان محكمة التمييز تبحث في الفعل وتشترط التعدي في الفعل لا الفاعل . وقد وجدناها تسوي في التعدي بين الفعل الايجابي والسلبي وكذلك اعتبرت استعمال الحق تعدياً طالما ترتب عليه ضرر للغير وقضت بالضمان على المتسبب سواء كان مميز أو غير مميز واعفت المتسبب من الضمان ان لم يثبت بحقه التعدي . كذلك قد قررت المحكمة بعدم اشتراط التعمد في فعل المتسبب وقالت ان التسبب قد يقع بفعلٍ عمدي أو خطأ[١٢٩].

كان موقف المشرع الأردني والاماراتي سليما عندما اعترف بضمان المتسبب حتى ولو فعله لم ينشأ عن تعمد أو تعدي ، بل مجرد كونه افضى إلى ضرر . فبدون ذلك كيف نسأل الذي امتنع عن تسليم المديه إلى مالك النعجه ليذبحها مما سبب امتناعه نفوقها ،اليس فعله افضى إلى ضرر. كذلك المصرف يضمن أي ضرر في استعمال النظام الالكتروني لان التزامه في مواجهة العميل فيه معنى العله، فوقع الضرر للعميل تسبباً مثلهُ مثل حافر البئر الذي يضمن الضرر الذي وقع على الشخص الذي عثر بالحجرة فوقع في البئر أو مثله الذي قذفت به الريح إلى البئر فوقع فيه [١٣٠] . ويظهر ذلك جلياً في الشرط الثالث الذي اورده المشرع الأردني في المادة (٢/٢٥٧) والمشرع الاماراتي في المادة (٢٨٣) وهو : (ان يكون الفعل مفضياً إلى الضرر) [١٣١].

بخصوص ما تقدم تقول محكمة التمييز الاردنية في احد احكامها كما يقصد بالافضاء إلى الضرر ان يكون الفعل مؤدياً إلى الضرر الحاصل[١٣٢]. وفي احكامٍ أخرى قررت انه ان كان الفعل مفضياً إلى حدوث الضرر فيترتب عليه الضمان وهذه الاحكام (وان كان بالتسبب يشترط ان يكون الفعل مفضياً إلى الضرر وحيث ان عدم سيطرة المدعى عليه فايز على السيارة اثناء قيادتها فالأنعطاف الخاطىء هو الذي ادى إلى صدمها بالعمود) [١٣٣]. وفي حكم آخر قالت (وحيث ان عدم قيام المدعى عليهما باتخاذ الاجراءات اللازمة لصيانة الاسطوانه وزيادة حملها يعدم سبباً مفضياً إلى وقوعه) [١٣٥]. وفي حكم آخر لها قالت (ان عدم قيام المدعى عليه باحداث مجاري لمياة منزله منعاً لتسربها إلى بيت المدعي فضلاً عن انه يعد تعدياً فان هذا الفعل يعد مفضياً إلى الضرر[١٣٦].

مـا دام المصـرف ملتـزم تجـاه العميـل بالمحافظـة علـى امواله واسـراره وبالتـالي فـان هـذا الالتـزام يقتضـى فيـه معنـى العلـه ويلتـزم المصـرف بالضـمان إذا افضـى ذلـك إلـى ضـرر للعميـل نتيجـة اسـتعماله النظام الالكتروني . فضلاً عن ذلك فان تطبيق هذا المفهوم ، التسبب في ضمان تعويض اضرار العميل في مواجهة المصرف ضد استعمال النظام الالكتروني ، يقلص من حالات السبب الأجنبي الذي يمكن ان يستند اليها المصرف للتنصل من المسؤولية كحالة عطل النظام الالكتروني نتيجة لخلل في برامج التشغيل أو دخول القراصنه على شبكة الانترنت . وبتطبيق مفهوم التسبب بالذات لا نحتاج إلى البحث عن العلاقة السببية أو يجب كون الضرر مباشرة أي نتيجة طبيعية لفعل المصرف ؛ كون ذلك يسهل على المصرف التنصل من المسؤولية بحجة وجود السبب الأجنبي .

الهوامش

(١) ولعل السبب في ذلك ان هذه النظرية تعد أهم نظريات القانون الخاص بل وربما العام ايضاً ولن يتقن علم القانون وفنه الا من اتقن هذ النظرية .

(٢) الاعمال المصرفية الالكترونية - كما سيتضح من مطالب هذه الدراسه - هي نوع من انواع التجاره الالكترونية التي هي احدى ثمار الثوره في مجال الاتصالات التي شهدها العالم في النصف الثاني من القرن العشرين وبلغت ذروتها في العقدين الاخيرين منه ، ويتزايد الاهتمام بالاعمال المصرفية الالكترونية بتزايد عدد مستعملي الحاسوب ، وتتزايد عدد شبكات الاتصالات والمعلومات الدولية ، فوفقا لاحصائيات عام ٢٠٠٢م بلغ عدد الشبكات الدوليه للاتصالات والمعلومات خمسين الف شبكة يتصل بها بصورة دائمة ستة ملايين حاسوب الي . وهذا العدد للشبكات والحاسبات المتصله بها يتزايد – دون مبالغه – كل لحظه ، لا كل يوم ، ولا كل شهر .
أنظر : محمد حسام لطفي ، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية ، القاهرة ، ٢٠٠٢م ، ص ٩ ؛
عبدالوهاب خياطه ، التحكيم في المنازعات المصرفية والمالية ، البحرين ، ٢٠٠٠م ، ص ٤٠ .

(٣) للمزيد انظر : مجاهد ، اسامه (الدكتور) ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، القاهرة ، ٢٠٠٠م .

(٤) من امثلة ذلك امداد العميل ببرامج حاسب آلي لا تتفق واحتياجاته او ليست هي الاحدث او ليست كافية .
انظر : منصور حسين (الدكتور) ، المسؤولية الالكترونية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٨٥ .

(٥) ظهر الحاسب الالكتروني ، اول ما ظهر ، سنة ١٩٦٤ ، عندما طوّر الباحثان الاميركيان Eckert , J.w . Moucnlg.J.P في جامعة بنسلفانيا اول جهاز يمكن اعتباره اداة الكترونية للحساب قابله للبرمجه . ولم يظهر الحاسب الالكتروني في بعض البلدان العربية الا مع بداية الستينات ، ثم انتشر – في العمل – مع بداية السبعينات .

انظر للمزيد : الخولي ، اسامه (الدكتور) ، "الحاسوب" في عالم الفكر عدد اكتوبر ، ١٩٨٧، ص ٣ وما بعدها
؛
لطفي محمد حسام (الدكتور) ، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وابرامها، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص ٢، ٦ .

(٦) مدحت ، رمضان (الدكتور)، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، القاهرة ، ٢٠٠١، ص١١ .

(٧) ابو الحسن ، مجاهد اسامه (الدكتور)، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، القاهرة، ب . ت، ص٣٥ .

(٨) فزيان ، جاك ، مسؤولية البنك في القانون الخاص الفرنسي ، ط٢ ، القاهرة، ١٩٧٧، ص٩ .

(٩) في فرنسا مصطلح [الكتروني] له معنى واسع بحيث يشمل كل قطاعات الاتصال عن بعد . وقد عرفت المادة ١/٢ من التشريع الفرنسي الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٦ الاتصالات عن بعد بانها : كل انتقال او ارسال او استقبال لرموز او اشارات او كتابة او صور او اصوات او معلومات ، ايا كانت طبيعتها بواسطة اليياف بصريه او كهرباء لاسلكية او اية انظمة الكترومغناطيسية اخرى . وكذا جاء التعريف في قانون المعاملات الالكتروني الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ في مادته الثانية . اما القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بالمعاملات والتجاره الالكترونية بامارة دبي بدولة الامارات العربية المتحدة : عرفت الماده الثانية من هذا القانون مصطلح الكتروني بانه : ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة ، وذو قدرات كهربائية او رقميه مغناطيسية او لاسلكية او بصريه او كهرومغناطيسية . وهكذا في مملكة البحرين المادة الأولى من قانون التجارة والتوسع الالكتروني في ٧ رجب ١٤٢٣ هـ - ١٤ ديسمبر ٢٠٠٢م. للمزيد انظر :
- فزيان ، مسؤولية البنك في القانون الخاص الفرنسي ، مصدر سابق ، ص١١ .
- عبدالفتاح مراد (الدكتور) ، شرح قوانين التوقيع الالكتروني في مصر والدول العربية، بيروت ، ب .ت ، ص٢٥٣ .

(١٠) Michael P.malloy, Banking in the Twentg First Century , 25 lowa Journal of corforation law Summer , 2000.

(١١) لعل ورود هذه المشاكل يعود بصفة اساسية إلى ان القانون انما يتعامل مع اوراق ومستندات على نحو يتعارض مع ما يرتكز عليه مفهوم العمل التجاري الالكتروني .

(١٢) يونس عرب، " البنوك الالكترونية" في مجلة البنوك ، المجلد التاسع عشر، ج ١، نيسان ، ٢٠٠٠ ، ص ١١.

(١٣) يونس عرب، " البنوك الالكترونية" في مجلة البنوك ، ص١٢ .

(١٤) Jacquline Marcucci , The Brave New world of Banking on the In ternet, The Reviluation of our Banking Practices, 23Nov. Law Review , Winter , 1999, P.44.

(١٥) انظر : أحمد جمال الدين (الدكتور) ، النقود الالكترونية وتأثيرها على دور المصارف المركزية في ادارة السياسة النقدية ، بيروت ، ٢٠٠٢م ص١٢٤ .

(١٦) القضماني ، حسين إبراهيم ، البطاقة الالكترونية والانترنت – دراسة حول الوضعيتين التقنيه والقانونيه ، ط١ ، ب.ت، ٢٠٠٢م ، ص ٤٣ .

(١٧) Kerry Lynn ,The New.money , 14 Berkeley Tecnnology law Journal , spring ,1999.

(١٨) انظـر : عبـدالفتاح حجـازي (الـدكتور) ، النظـام القـانوني لحمايـة التجـاره الالكترونيـة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢م ، ص ١١١- ١١٤ .

(١٩) انظر : القليوبي ، سميحه (الدكتورة) ، وسائل الدفع الحديث ، بيروت ، ٢٠٠٢ م، ص٦٨ .

(٢٠) أحمد جمال الدين (الدكتور) ، الاعتمادات المستنديه وقواعد سنه ١٩٨٣ الدوليه ، القاهرة ١٩٨٩، ص٤.

(٢١) حسن شحادة الحسين (الدكتور) ، العمليات المصرفية الالكترونية ، بيروت ، ٢٠٠٢م، ص٢٠١.

(٢٢) وفقا للندوة التي نظمتها غرفة تجارة وصناعة دبي بالتعاون مع مكتب العامري للمحاماة والاستشارات القانونية في ٢ مارس ٢٠٠٣ م تحت عنوان (الشيك الذكي) ، فان هذا الاختراع العربي الرائد ينسب إلى السيد موسى عيسى العامري من دولة الأمارات العربية المتحدة حيث حصل على براءة اختراع بذلك عام ٢٠٠٠م .

(٢٣) من هذه البيانات اسم البنك او الفرع ورقم الشيك ورقم الحساب .

(٢٤) انظـر: فيـاض، مسؤولية البنـوك الناجمـه عـن اسـتخدام الكمبيـوتر كوسـيلة وفـاء ، مصـدر سابق،ص٨١.

(٢٥) محكمة تمييز دبي رقم ٢١٢/ ٢٠٠١ حقوق .

(٢٦) اسامه ، بدر (الدكتور) ، حمية المستهلك في التعاقد الالكتروني ، دار النهضه العربية ، ٢٠٠٤ م ، ص١٥ وما بعدها .

حمد الله حمد(الدكتور) ، مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠م ، ص١١ .

(٢٧) بخصوص العقد الالكتروني والشيكات الالكترونية .

انظر : زهره ، محمد المرسي (الدكتور) ، الحماية الحديثه للتجاره الالكترونية ،ط١ ، القاهرة ، ٢٠٠٨ م، ص٢١- ٢٦ .

O.leeanu , Internet , etle droit , Paris , ed Eyrolles , 1996. P.30 ets .

A. Ben Soussan , internet , aspects juridiques, paris , ed .,Her mes, 1996, P.70 ets.

(٢٨) محكمة تمييز دبي ، الطعن رقم ٢٠٠١/٧٩ حقوق السبت ٤/١٤ / ٢٠٠١ والتمييز في الطعن ٢١٢ لسنة ١٩٩٩حقوق جلسة ٢ اكتوبر ١٩٩٩ .

(٢٩) السنهوري ، عبدالرزاق احمد (الدكتور) ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام ، ط٣ ، مجلد٢ ، بيروت ، ٢٠٠٠، ص٧٣٤- ٧٣٥.

(٣٠) لهذه المسؤولية شروط تقوم على وجود علاقة عقدية واخلال المصرف بالتزاماته المحدده في العقد وان يلحق بالعميل ضرر متوقع عند التعاقد ، اما اذا كان الضرر غير متوقع عند التعاقد، او ينشأ عن غش او خطأ جسيم ، يسأل المصرف على اساس المسؤولية غير العقدية .

للمزيد انظر : الحكيم ، عبدالمجيد (الدكتور) ، مصادر الالتزام ، ط٣ ، بغداد، ١٩٦٩ ، ج١، ص ٤٠٥ ، وما بعده .

(٣١) ماجد عمار ، المسؤولية القانونية الناشئة عن استخدام فيروس برامج الكمبيوتر ووسائل حمايتها، دار النهضة العربية ، ١٩٨٩ ، ص٥ .

عزه محمود احمد، مشكلات المسؤولية الحديثة في مواجهة فيروس الحاسب ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص٤ وما بعدها .

(٣٢) الـذنون ، حسـن علـي (الدكـتور) ، النظريـة العامـة للالتـزام ، المستنصـرية ، ١٩٧٦ ، ص٢٢٨.

(٣٣) سليمان مرقس (الدكـتور) ، اصـول الالتزامـات – المصـادر ، القـاهرة ، ١٩٦٠، ج١، ص ٤٩٤ .

(٣٤) بدأ العلم بالفيروس الحاسب في الظهور سنة ١٩٧٨ او قبلها بقليل ، حيث ان البداية الحقيقية يصعب تحديدها بدقه ، ثم بدأ يأخذ طابع المشكله المعقدة حديثاً خاصةً مع انتشار وسائل الاتصالات الحديثة. كما تسبب البريد الالكتروني بانتشاره بدرجة كبيرة ، حيث يمكن ارسال رسائل الكترونية إلى الاف المستخدمين الذين يشتركون في نظام الحاسب . ومصدر الخطورة في الفيروسات ان وسائل الاتصال (Communications)التي حققت تقدماً كبير أصبحت وسيلة من وسائل انتقال الفيروس إلى ملفات بعيدة جداً خلال الشبكة فيمكن للمشترك في شبكة الاتصالات استخدامها في نقل الفيروس إلى ابعد مكان في ابعد قاره من قارات العالم .
للمزيد انظر : ماجد عمار ، المسؤولية القانونية الناشئة عن استخدام فيروس برامج الكمبيوتر ووسائل حمايتها ، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

(٣٥) الحكيم ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص٦٠٧ .

(٣٦) للمزيد انظر : الحكيم ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص٦٠٥ وما بعدها .

(٣٧) الحقيقة ان التطور الذي مرت به المسؤولية عن الاشياء غير الحية كان تطوراً سريعاً وخطيراً قل ان نجد بين نظريات القانون نظريه تطورت بمثل سرعته وتطوره ، وان القضاء قد ذهب في تفسيره للعباره الاخيره من المادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي إلى غير ما يقصده واضعوا هذا القانون سنة (١٨٠٤م) فكان قضاؤه في هذا الخصوص قضاء اجتهاد لاقضاء تفسير وهو ما ايد العلامه الاستاذ الدكتور عزيز الخفاجي في محاضراته بندوات تطوير مناهج القانون في كلية القانون والعلوم السياسيه – جامعة الكوفة في الاعوام ٢٠١٠ – ٢٠١١ ، ٢٠١١ – ٢٠١٢ . ويتجه البحث إلى ان ما يشفع للقضاء في ذلك انه كان مضطراً لمواجهة الحاجات الاجتماعية والتطور الاقتصادي الذي كان يسير بخطىء واسعة وخاصة في اواخر القرن التاسع عشر واوائل القرن العشرين ، ولكن ما الذي يشفع للقضاء في الوقت الحاضر بتأمين التعويض للمتضرر من الخطأ الالكتروني في التعامل المصرفي . والذي يُؤمَلْ من الفقه والقضاء ان يلفت توجهه المشرع بهذا الخصوص كما فعل المشرع الأردني والاماراتي في مواجهة التطور المعلوماتي ، كما راكب القضاء من قبل تطور الآله الاقتصادي .
للمزيد انظر : الحكيم ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٦٠٧ وما بعدها .
السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ج١ ، ص٨٤١-٨٦٣ .

(٣٨) انظر المواد : ٢٣١ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
٣٠٦ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي – القانون الاتحادي رقم (٥) في ١٩٨٥/١٢/١٥ وتعديلاته .

(٣٩) الجردلي ، جمال زكي ، البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت ، ط١ ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص١٩٦ – ١٩٧ .

(٤٠) تنص المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري وتقابلها المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي ، على أن : ((كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض)) . فالأصل ان المرء لا يسال الا عما يقع منه شخصيا من أفعالٍ ضاره فإذا أمكن مسألته عن غير ذلك فإنما تكون مسؤوليته حينئذ، مسؤولية خاصه فيها خروج عن الأصل ؛ ولذلك نظر المشرع في وضع القاعدة العامة في المسؤولية إلى مسؤولية المرء عن فعله الشخصي .

مدحت ، محمد محمود (الدكتور) ، نظرة تحليلية لاحكام المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة ،ط١ ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص٣٥ ، ٥١ .

(٤١) يقابلها المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري .

(٤٢) محمدعلي عمران ، الالتزام بضمان السلامه وتطبيقاته في بعض العقود ، دار النهضة العربية، ١٩٨٠ ، ص١٨٩ .

(٤٣) الذنون ، حسن علي (الدكتور) ، المبسوط في المسؤولية المدنية – الضرر ، ط١ ، الأردن ، ٢٠٠٦ ، ص١٤٣ – ١٦٠ .

الصمادي ، حازم نعيم ، المسؤولية المدنية للمصرف عن الاضرار الناجمه عن استعمال الوسائل الالكترونية في العمليات المصرفية ، جامعة آل البيت ، ٢٠٠٠ ، ص٩٠ وما بعدها .

(٤٤) انظر : الفقرة الأولى من المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي .

(٤٥) محمد علي عمران ، الالتزام بضمان السلامه ، مصدر سابق ، ص١٩٣ .

حنان احمد عزمي، الالتزام ببذل عنايه بين النظرية والتطبيق ، ط١ ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ،ص١٩٣.

(٤٦) الطائي، عادل احمد (الدكتور)، المسؤولية المدنية للدولة عن اخطاء موظفيها ، الاردن ، ١٩٩٩، ص١٨٥ .

عوض علي جمال الدين ، عمليات البنوك ، ص ١١٩ .

الطماوي ، سليمان (الدكتور)، قضاء التعويض وطرق الطعن بالاحكام ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٦ ، ص١١٥.

(٤٧) السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، مجلد ٢ ، ص١٢٢٨ – ١٢٣٢ .

(٤٨) زهدي يكن (الدكتور)، شرح قانون الموجبات والعقود ، ط٣ ، بيروت ، ١٩٤٧ ، ج٢، ص١٨٨ ، وما بعدها .

الصحاوي ، المسؤولية المدنية للمصرف ، مصدر سابق ، ص ٩٣- ٩٤ .

(٤٩) انظر : قانون الموجبات والعقود اللبناني المواد : (١٢٩ ، ١٣٠ ، ١٣٣) .

(٥٠) سليمان مرقس (الدكتور)، نظرية العقد ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص٣٥٣ .

- السنهوري ، عبدالرزاق احمد (الدكتور)، نظرية العقد، ط٢، بيروت ، ١٩٩٨، ج٢، ص ٩٥٣.

- الهادي ، شايب عينو، خطأ المعلومات في ادارة حاسبات عملاء المصارف ، ط٢، بيروت، ١٩٩٩، ص٢٥٣، وما بعدها

(٥١) من المعروف ان مصطلح المسؤولية المدنية مصطلح حديث نسبياً لم يستعمله فقهاء الإسلام القدامى ، وانما عبروا عن معناه بألفاظ أخرى أشهرها الضمان او التضمين او التغريم . وقد أطلق الفقهاء على جبر الضرر الواقع على المال مصطلح الضمان وهو مطابق لمدلول المسؤولية المدنية في الفقه القانوني ويرى البعض ان التعبير بالضمان عن المسؤولية المدنية هو تعبير ادق ؛ لانه تبرز فيه نواحي محاسبة الشخص من ناحية الجزاء لا من الناحية المالية فقط .

انظر : شلتوت ، محمود ، الإسلام عقيدة وشريعة ، القاهرة ، ب. ت، ص ٣٩٢ .

جمال مهدي محمود (الدكتور)، مسؤولية الاباء المدنية عن الابناء القصر، طنطا، ٢٠٠٢،ص ١١.

الدسوقي ، إبراهيم (الدكتور)، المسؤولية المدنية بين الاطلاق والتقييد ، دار النهضة العربية ،

١٩٩٩ ، ص ١٤٦ .

(٥٢) الحكيم ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص٥٠١ ، ٥٨٥ .

(٥٣) يذهب هذا الاتجاه إلى عدم وجود فرق بين المسوولیتین لا من حيث الاساس الذي تقوم عليه كل منهما و لو من حيث النتيجة . فكل منهما جزاء للاخلال بالتزام سابق : العقديه جزاء للاخلال بالتزام ناشيء عن عقد والتقصيريه جزاء للاخلال بالزام او واجب يفرضه القانون . فأساس المسؤوليه أو سببها واحد هو الاخلال بتنفيذ التزام ، يستوي في ذلك ان يكون مصدره العقد أو القانون. ويجب التعويض في كلتا الحالتين . وهذا الاتجاه لم ياخذ نصيبا من التأييد فالقضاء الفرنسي لا يزال يرفض مطلقاً فكرة الدمج بحجة المادة (١١٤٧) من المدني الفرنسي .

للمزيد راجع : الحكيم ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ج١ ، ص٤٧١ .

زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، مصدر سابق ، ج٢، ص٧٢ وما بعدها .

(٥٤) يتجه الفقه والقضاء في الاونه الاخيرة إلى وسيلة اكثر ملائمة تتمثل في الاعتراف بوجود التزام بضمان سلامة المستهلك يرتبه عقد البيع على عاتق المنتج او البائع المحترف . ومخالفة هذا الالتزام تعطي للمستهلك دعوى المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر . وهذا الضمان يتأسس من الوجهه القانونيه على المادة ١٤٨/ ٢ مدني مصري ، مقابل هذا النص القانون الكويتي المادة (١٩٥) من التقنين المدني، وطبقاً لها ((لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط او يسري عليه من احكام وانما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته ، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العداله ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النيه وشرف التعامل)) التي تقضي بان العقد ((لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعداله)) ، فالعداله توجب بلا شك القاء عبء الاضرار التي يحدثها المبيع بالمشتري على عاتق المنتج او البائع المحترف ، ... ؛ لان كل منهما ملتزم بتقديم سلعه سليمه ومامونه فإذا أخل بهذا الالتزام ، كان عليه ان يتحمل نتيجة ذلك، وخاصه ان لديه تأميناً يتحمل عنه اعباء التعويضات التي يحكم بها عليه .

للمزيد انظر : محمود جمال الدين زكي (الدكتور)، مشكلات المسؤولية المدنية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ج١، ص٤٤٠ .

علي سيد حسن (الدكتور)، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع ، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص٨١ ، ٣٨١ .

محمد حسين منصور (الدكتور)، المسؤولية الالكترونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦، ص٩٥ ، ٢٣٦ .

(٥٥) الذنون ن النظرية العامة للالتزامات ، مصدر سابق ، ص٢٢٢ .

محمود جلال حمزه ، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام ، دمشق ، ١٩٨٥ ، ص٢٠٠٧-٢١٢.

شاكر ناصر حيدر، المسؤولية المدنية الناشئة عن النقل المجاني للاشخاص في القانون العراقي المقارن ، في مجلة القانون المقارن ، العدد ١٦ ، بغداد ، ١٩٨٥ ، ص ٥٦ ، ٥٧ .

(٥٦) حنان احمد عزمي ، الالتزام يبذل عناية ، مصدر سابق ، ص ١١ .

(٥٧) انظر : المادة ١١٣٤ والمادة ١١٣٥ من القانون المدني الفرنسي .

(٥٨) انظر : سليمان مرقس ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص٣٣٠ .

جاك غستان، تكوين العقد ، ترجمة : منصور القاضي ، ط٢، بيروت ، ٢٠٠٨م ، ص٢٥١.

(٥٩) P.Jourdain note D
1995 , 353 et SS.

(٦٠) الذنون ، حسن علي ، المبسوط في المسؤولية المدنية – الضرر ، مصدر سابق ، ص٤٢ و ٩٩ وما بعدها.

(٦١) Ph. Remy . op . civ, No 21 , P.339

(٦٢) الاهواني ، حسام الدين ، حماية انشطة البنوك من مخاطر استخدام الحاسبات الالكترونية ، بيروت ، ١٩٩٩، ص ٥٠ .

(٦٣) جاك غستان ، تكوين العقد ن مصدر سابق ، ص٢٦١ .
محمد حسين منصور (الدكتور) ، المسؤولية الطبيه ، دار الجامعة الجديدة ، ١٩٩٩، ص١٤ وما بعدها.
محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، مصدر سابق ، ج١، ١٩٧٨ ، ٩٨ .

(٦٤) للمزيد انظر : الحكيم ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص٦٠٧ .
السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ج١، ص٨٤١- ٨٦٣ .

(٦٥) للمزيد انظر : نوري حمد (الدكتور) ، مسؤولية المصرف عن استخدام النظام الرقمي (الالكتروني) ؛ جامعة الامارات العربية المتحدة ، ٢٠٠١، ص١٨٠٠- ١٨١٠.

(٦٦) فالمصرف هنا يسأل على اساس التقصير في حراسة هذه الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصه، والمصرف يسأل عن الاخطاء الضارة الصادر من الاجهزه والبرامج التي في حراسته او هي مسؤولية تقوم على الخطأ المفترض المتمثل في أن زمام الشيء افلت من يد حارسه بسبب تقصيره واهماله، وهو خطأ لا يقبل اثبات العكس وانما اثبات السبب الاجنبي فقط . وانتهى الفقه القانوني المصري في مدى امكان قيام المسؤولية عن حواسه الاشياء في مجال شبكات الانترنت، وانتهي في ذلك إلى القول : بان الشيء الذي تقوم مسؤولية الحارس عن فعله لا يشترط ان يكون شيئاً مادياً بل يمكن ان يكون شيئاً معنوياً عُهد بحراسته إلى شخصٍ ما ، هو المسؤول عما يسببه هذا الشيء من اضرار للغير ، وهو ما يتحقق بصدد المعلومات التي يتم بثها عبر مواقع الانترنت .
للمزيد انظر : الجريدلي ، جمال زكي ، البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت ، ط١، الاسكندرية ، ٢٠٠٧، ص١٩٦ - ١٩٧ .

(٦٧) انظر : السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، مجلد ١ ، ص ٨٦٩ ، الفقرة ٥٢٠ .

(٦٨) أيضاً سار على نفس النهج كل من المشرع والقضاء في مصر والعراق ، بل تجد ان قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، يحتضن فكرة الخطأ في المسؤولية عن فعل الشيء على الرغم من استبعادها صراحة في النص العام الذي يقييم الضمان على فعل المباشرة والتسبب ، في حين نجده يتحدث في المسؤولية عن فعل الشيء عن عدم التحرز في حراسة الشيء أي ان الحارس بذل ما بوسعه ولم يمنع وقوع الضرر بفعل الشيء (راجع المادة ٣١٦ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي) . اما المشرع الأردني، الذي أثر تأثيراً واضحاً في القانون المدني الاماراتي ومشروع قانون المعاملات العربية الموحد الذي اعدته الجامعة العربية ، اخذ نظرية الفعل الضار من الفقه الاسلامي وبناها على احكام الضمان وفصّل في المباشرة والتسبب . إلا ان جانباً من الفقه الأردني اقام المسؤولية في الفعل الضار على اساس الخطأ وليس الضرر . كذلك المحاكم الاردنية ما زالت تصر على الخطأ وليس الضرر ، هو قوام المسؤولية عن الفعل الضار وذلك في الكثير من احكامها ومنها على سبيل المثال ما قررته في احدى القضايا : ((يستفاد من اركان المسؤولية التقصيريه المترتبه على الفعل الضار انه

يتوجب وجود خطأ وضرر ورابطة سببيه . (للمزيد انظر : أبو صد ، عماد احمد ، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني ، ٢٠٠٩ ، ص٣) .

(٦٩) JCP . 'ed. G,ch .G,ch . No 48 , 25nor. 1918 , P.2016 .Vineyresponsabilite cirile.

(٧٠) السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، مجلد٢ ، الفقرة ٥٢٠ ص٨٦٧ .

(٧١) المصدر نفسه ، مجلد٢ ، ص٨٦٧.

(٧٢) يوجه هذا النظر اساس معقول يقوم على الاعتبار الآتي : يقع ضرر لا بخطأ من احد ، فمن الذي يتحمل هذا الضرر ؟ أيتحمله المضرور وهو الذي خضع لتبعه لم يكن له يد في ايجادها وليس هو الذي يفيد منها . ام يتحمله محدث الضرر وهو الذي أوجد هذه التبعه وهو الذي يفيد منها ؟ اضف إلى ذلك: ان العلاقات المدنية اصبحت الان علاقات ماليه اكثر منها علاقات شخصية وليس يرهق صاحب المصنع ان يحمل عن عماله عبء ما يصيبهم من ضرر . فان هذا يدخل في مخاطر صنعته، وهو أقدر من العامل على مراجعة هذه المخاطر ، وبحبسه ان يلجأ إلى التأمين لمصلحة عماله ، فان ذلك لا يبهظه ، بل هو يحقق به معنى التضامن الاجتماعي . ومن هنا يمكن تحديد نطاق للنظريه الموضوعيه : ((عمل كثير الاخطار ، كبير المنفعه ، يسهل التأمين في شأنه . هذه هي العناصر الثلاثة التي إذا اجتمعت جعلت تطبيق النظرية الموضوعية امراً ميسوراً)) .

انظر : السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، مجلد ٢ ، ص٨٦٨ – ٨٧٠.

(٧٣) نوري حمدخاطر (الدكتور)، استخدام النظام الرقمي في العمليات المصرفيه ، جامعة الامارات العربية ، ٢٠٠١، ص ١٨١٥ .

(٧٤) نوري حمد ، استخدام النظام الرقمي ، مصدر سابق ، ص١٨١٥.

(٧٥) الحكيم ، الموجز ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص٥٠١ / ٥٠٢ .

(٧٦) للمزيد انظر : السنهوري ، الوسيط، مصدر سابق ، مجلد ٢، ص٨٧٠ وما بعدها .

(٧٧) زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص١٩٧.

(٧٨) السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، مجلد ٢ ، ص ٨٧١ .

(٧٩) من ذلك قانون ٥ ابريل ١٩٣٧ ويتعلق بمسؤولية المعلمين عن تلاميذهم وقد الغى به قانون ٢٠ يوليو سنة ١٨٩٩ . وقد استبقى هذا القانون مسؤولية الدولة قائمة مكان مسؤولية المعلمين ولكنه تطلب لتحقيق هذه المسؤولية اثبات خطأ في جانب المعلم بعد ان كان هذا الخطأ مفروضاً .

ومن ذلك ايضا قانون ٧ نوفمبر سنه ١٩٢٢ يستثنى فيه المادة ١٣٨٤ – بعد ان سلم ان هذه المادة تقيم المسؤولية عن الاشياء على خطأ مفروض – حالة الحريق فجعل المسؤولية فيها تقوم على خطأ واجب الاثبات . (انظر : السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، مجلد ٢ ، ص٨٧٢) .

(٨٠) علي سيد حسن (الدكتور) ، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠، ص٨١.

(٨١) وهو ما حاول اثباته طالب الماجستير حازم الحمادي في رسالته الموسومه المسؤولية المدنية للمصرف عن الاضرار الناجمه عن استعمال الوسائل الالكترونية في العمليات المصرفية ، جامعة آل البيت ، ص١٠٣ وما بعدها .

(٨٢) طعن رقم ١٦٧/ ١٩ ق جلسة الاحد الموافق ٢٥/ ٤/ ١٩٩٩ مجموعة الاحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا / المكتب الفني ٢٠٠٠ ، ص ٣٩٦ .

(٨٣) نقض مدني مصري ١١/ ١ / ١٩٦٦ مشار اليه في عقود الخدمات المصرفيه لـ د. حسن حسين ، مطبعة ، ١٩٨٦ ، ص ٣٢٥ .

(٨٤) انظر قرار النقض الفرنسيه ٣٩/٤/٢٠ المشار اليه في مرجع د. حسن حسين ، ص٣٢٢ ، بـ الهامش(٢) ص١٤ من الدراسة .

(٨٥) لاعتبارات تتعلق بالبنك كأحترافي افترض فيه وجوب المحافظه على مصالح زبائنه ؛ فان الفقه الراجح يجمع على وجوب بذله عنايه اكبر ، من تلك التي يجب ان تصدر عن اب ٍ حنون وبسبب هذا الاحتراف ، فان القضاء يشدد على البنك في كيفية اداء التزاماته وفي معيار مسائلاته .

للمزيد انظر : الزيدي ، خالد ، المسؤولية المدنية للبنك في المغرب ، طبعة ١٩٨٥ ، ص١٥ .

: اقرار محكمة جنح باريس ٦٩/٤/٢ المشار اليه في مراجع علي جمال الدين عرض، ص١٠ .

(٨٦) محمد احمد سراح ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، القاهرة ، ١٩٩١، ص٣٢٣ .

(٨٧) كاشف الغطاء ، الشيخ محمد حسين (الامام) ، تحرير المجلة ، ج٣ ، طهران ، ٢٠٠٤ ، ص ١١٩/١١٨.

(٨٨) الحكيم ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص٥٠٢ .

(٨٩) الخفيف ، علي (الدكتور)، الضمان في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، ب. ت، ص٤٠ .

(٩٠) الزحيلي ، وهبه (الدكتور)، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، بيروت ، ص ١٨ .

(٩١) محمد عبدالقادر الحاج ، مسؤولية المنتج والموزع ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ١٥٦ .

(٩٢) الانصاري ، زكريا ، تحفة الطلاب ، مصر ، ١٩٤١ ، ج ٢ ، ص ٣٦٠ .

(٩٣) كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص١١٨/ ١٧٦ .

(٩٤) الجريدلي ، جمال زكي ، البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت ، ط١ ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص٢١٨ – ٢٢٠ .

المواجدة ، مراد محمود (الدكتور) ، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا ، ط١ ، عمان ، ٢٠١٠، ص١٩٠ / ١٩٨ .

(٩٥) ابن امير الحاج بن محمد ، التقرير والتحبير ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ج ٣ ، ص ٨

(٩٦) القرافي ، انور ، البردة في انواع الفروق ، تحقيق خليل منصور ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ج٢ ، ص٢٠٦ .

مدحت محمد محمود (الدكتور) ، نظرة تحليلية لاحكام المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة ، ط١ ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص٢٧ ، ٣٧ .

(٩٧) عبدالخالق حسن (الدكتور)، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، ج ١ ، ٢٠٠٢ ، ص١٧٧ .

(٩٨) كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، مصدر سابق ، ج ٣، ص١٧٧ .

(٩٩) للمزيد انظر : نوري حمد ، استخدام النظام الرقمي في العمليات الصرفية ، مصدر سابق ، ص١٨٢٠-١٨٣٠ .

(١٠٠) لم يعبر فقاء الشريعة الاسلامية عما يؤكد الضرر بالخطأ كالقوانين لان للخطأ عندهم مدلول يختلف عن مدلوله لدى القانونين ، وانما عبروا عن الفعل الذي يولد الضرر بالتعدي غالباً ، وقد يعبرون عنه بالتقصير أو الاهمال أو عدم التحرز أو عدم الاحتياط . للمزيد أنظر :

مراد محمود حيدر (الدكتور)، التكييف الشرعي والقانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفه ، طنطا ، ب . ت ، ص ٢٣٣ .

النشار ، محمد فتح الله (الدكتور) ، حق التعويض المدني ، دار الجامعه الجديدة ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٣ .

(١٠١) لا يعتد فقهاء المسلمون بالظروف الخاصة بالفاعل انما يعتد بظروف الفعل بغض النظر عن الظروف الشخصية لفاعله والسبب في ذلك ان الضمان انما شرع لجبر مافات من المصالح والزواجر مشروعه لدرء المفاسد والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح وحقوق .
انظر : ابو صد ، عماد أحمد ، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني ، عين شمس ، ٢٠٠٩ ، ص ٨٧/ ٩١ .
: صابر محمد (الدكتور) ، المباشرة والتسبب في الفعل الضار دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الكتب القانونية ، ب . ت ، ص ٢٩ / ٦٨ .

(١٠٢) السراج ، محمد أحمد ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص٣٢٣ .

(١٠٣) ابن امير الحاج بن محمد ، التقرير والتحبير ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٣ .

(١٠٤) الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ج١ ، ص ٥٠٢ ، وما بعدها .
السراج ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، مصدر سابق ، ص ٤-٥ .

(١٠٥) ابن رجب ، القواعد في الفقه الإسلامي ، بيروت ، ب . ت ، ص ١٣٦ .

(١٠٦) ابن امير الحاج بن محمد ، التقرير والتحبير ، مصدر سابق ، ج١ ، ص٣ .

(١٠٧) حازم الصمادي ، المسؤولية المدنية للمصرف عن الاضرار الناجمه عن استعمال الوسائل الالكترونية في العمليات المصرفية ، مصدر سابق ، ص٧٠- ٧١.

(١٠٨) تمييز حقوق رقم ٢٥٤٣ / ١٩٩١ مجلة نقابة المحامين الاردنية ، ص ٢٨٩ .

(١٠٩) نصت المادة ٢٧٨ (إذا اتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله).

(١١٠) تمييز حقوق ١٤٨٨ / ٢٠٠٥ تاريخ ٢٠٠٥/١١/٢٠ ، منشورات مركز عداله .

(١١١) النجادا ، ممدوح يوسف ، ضمان فعل عديم التمييز في القانون المدني الأردني ، عمان ، ١٩٩٩، ص٣٥، ٦٠ .

(١١٢) حاول البعض اسناد مسؤولية المباشر إلى نظرية تحمل التبعه، ويجد البحث بعدم الجواز باي حال اللجوء إلى تبرير ضمان المباشر أو تفسير قاعدة المباشرة والتسبب إلى افكار غريبة عن الفقه الإسلامي، ذلك ان هذه القاعدة هي من صنع ونسيج فقهاء المسلمين . اما نظرية تحمل التبعه وغيرها من النظريات التي تبحث في اساس المسؤولية التقصيرية هي من صنع فقهاء القانون وتعد حديثه نسبياً مقارنة بالفقه الإسلامي . للمزيد انظر :
فخري رشيد مهنا ، اساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز ، بغداد ، ١٩٧٤، ص٧٢ .

ويذهب البحث إلى ان اساس مسؤولية المباشر في القوانين التي أخذت بقاعدة المباشرة والتسبب ، هو أساس موضوعي مستمد من الشريعه الإسلامية ، قائم على تحقق الضرر . فلا يهم من هو المباشر وما هي الظروف التي صدر فيها منه الفعل المهم ان هناك ضرراً حدث لأحد الأشخاص فكان لا بد من ضمان هذا الضرر من قبل من ْ أوقعه ؛ لان المباشرة علة مستقلة وسبب للأضرار بذاته فلا يجوز اسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي .

(١١٣) من القوانين التي سبقت القانون المدني الأردني وتأثرت بالفقه الإسلامي القانون المدني العراقي حيث انه وضع سنة ١٩٥١ إلا انه لم يكن مستمداً من الفقه الإسلامي انما كان مزيج من القانون الوضعي والفقه الإسلامي وذلك كمقدمة لوضع قانون مستمد من الفقه الإسلامي . انظر
السنهوري ، عبدالرزاق(الدكتور)، القانون المدني العراقي في "القضاء" ، العدد الأول والثاني ، بغداد ، ١٩٦٢ .

(١١٤) لقد سبق القانون المدني العراقي القانون المدني الأردني في استعمال هذه المصطلحات لكنه نظمها بأسلوب مختلف عن القانون المدني الأردني كما ان الأخير في تنظيمه للمباشرة والتسبب

قد استقى احكامها مباشرة من الفقه الإسلامي بينما المشرع العراقي اخذ بالتفرقه بين المباشرة والتسبب شكلاً ولم ياخذ بها موضوعاً حيث انه عدّل على احكام المباشرة والتسبب الموجوده في الفقه الإسلامي . [للمزيد : قارن المادتين ٢٥٦، ٢٥٧ مدني اردني مع المادة ١٨٦ مدني عراقي وكذلك الحال الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الكويتي في المادتين ٢ ،٣ من قانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ ، علماً بان هذا القانون ملغي وحل محله القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ القانون المدني الكويتي الذي اقام مسؤولية المباشرة والتسبب على اساس الخطأ] .

(١١٥) تطابق المادة ١٦٤ من القانون المدني السوري والمادة ١٥٨ من القانون المدني البحريني والمادة ٥ من قانون المعاملات القطري ، وفي ذات المعنى الماده ٣٠٧ من المدني الليبي .

(١١٦) السنهوري ، عبدالرزاق أحمد (الدكتور) ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط٣ ، مجلد ١، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ٩ .

(١١٧) ابو صد ، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني ، مصدر سابق ، ص٧٢.
سليمان بيان ، "تأسيس المسؤولية عن العمل غير المشروع" في القضاء، بغداد ، ١٩٩٤، ج١، ص٢٤١.

(١١٨) نصت المادة ١٩ مكرر على : ((إذا وقع ضرر على الناس اثناء استعمال شيء مما ذكر في المادة السابقة ولم تثبت المسؤولية عنه طبقاً للمادة المذكورة أو المادة الأولى من هذا القانون فان المباشر يكون مسؤولاً عن هذا الضرر وفقاً لقواعد الديه الشرعية ، إلا إذا ثبت ان المصاب قد تعمد اصابة نفسه أو ان الحادث قد وقع نتيجة سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب المصاب)) .

(١١٩) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية اليمنية في العدد الحادي عشر الصادر بتاريخ ١٥/ ٦ / ٢٠٠٠ ، علما بان القرار الجمهوري رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ قضى باصدار القانون المدني إلا ان مجلس النواب بقراره رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠ قرر اصدار القانون المدني .

(١٢٠) تنص المادة (٣٠٧) منه ، على فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشيء عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً يلزم منْ ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي اصابه ولا يخلْ ذلك بالعقوبات المقرره للجرائم طبقاً للقوانين النافذة .

(١٢١) للمزيد انظر : ابو صد، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، مصدر سابق ، ص٧٥.

(١٢٢) مدحت ، نظرة تحليلية لاحكام المسؤولية عن الفصل الضار في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة ، مصدر سابق ، ص ٢٤ / ٢٦ .

(١٢٣) الجمال ، مصطفى (الدكتور) ، "تقييم مواقف الفقة والقضاء من احكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية " في الامن والقانون ، السنة الرابعة ، العدد الأول ، دبي، ١٩٩٦ ، ص١٩٥ .
عبد السميع عبدالوهاب ، التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني – دراسة مقارنة – ، القاهرة ١٩٩٤ ، ص٣٠ .

(١٢٤) تمييز حقوق رقم ٢٣٢٠/ ٢٠٠٣ تاريخ ٢٠٠٣/١٠/١٤ منشورات مركز عدالة –عمان – الاردن .
تمييز حقوق رقم ٢٠٢١/ ٢٠٠٣ تاريخ ٢٠٠٣/١١/٢ منشورات مركز عدالة –عمان – الاردن .

(١٢٥) تمييز حقوق ٨٣٩ / ٢٠٠٢ تاريخ ٢٠٠٢/٤/١٧ منشورات مركز عدالة – عمان ، الاردن .

(١٢٦) تمييز حقوق ٢٢٨٩ تاريخ ٢٨ / ١٠ / ٢٠٠١ منشورات مركز عداله – عمان ، الاردن .

(١٢٧) تمييز حقوق رقم ٢٠٠٣/٢٧٣٤ تاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٩ منشورات مركز عداله وفي ذات الموضوع انظر القرارات ١٨١٥ / ٢٠٠٣ تاريخ ٢٠٠٣/١١/٤ ، ٢٠٠٣/١٥٧١ تاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٣، ٢٠٠٢/٨٧٢ تاريخ ٢٠٠٢/٤/٢٣ ، ٢٠٠٢/٤٨٧ تاريخ ١٩ /٢٠٠٣/٢ وجميعها منشورات مركز عداله .

(١٢٨) تمييز حقوق رقم ٥٣٤ / ١٩٩٢ تاريخ ١٩٩٣/٩/١١ منشورات على الصفحه ٢٤٣٨ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٣ .

(١٢٩) تمييز حقوق رقم ٨٧٥ / ١٩٩٢ تاريخ ٦/ ١٠ / ١٩٩٢ منشورات على الصفحه ١٩٣٣ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٣.

(١٣٠) تجدر الاشارة إلى ان محكمة التمييز قد استعملت لفظ الخطأ في بعض الاحيان للدلالة على التعدي، وهذا اللفظ (الخطأ) غريب عن المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني إذ انه لا يعطي المعنى الحقيقي للتعدي فالخطأ هو جزء من التعدي وليس التعدي كله ، كما ان هذا اللفظ أصبح مصطلحاً متداولاً لدى بعض القوانين ، كالقانون المصري ، التي تقوم المسؤولية فيها على اساس شخصي وليس موضوعي .

(١٣١) نوري حمد ، استخدام النظام الرقمي في العمليات المصرفيه ، مصدر سابق، ص ١٨٣٦ . كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص١١٨ / ١٧٦ .

(١٣٢) ابو صد ، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني ، مصدر سابق ، ص١١٧ .

(١٣٣) تمييز حقوق ١١٢٨ / ٢٠٠٢ تاريخ ٢٠٠٢/٥/١٥ منشورات مركز عداله .

(١٣٤) تمييز حقوق٣٤٢٨ / ١٩٩٩ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٣١ المنشور على الصفحة ٢٩٠ من المجلة القضائيه ، ٢٠٠٠ ، الأردن .

(١٣٥) تمييز حقوق ٢٠٠ / ١٩٩٩ تاريخ ٣٠ / ٩/ ١٩٩٩ المنشور على الصفحة ٢٩٠ / ٥ من مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٠ ، عمان – الأردن .