

**أثر السبب الأجنبي على الضمان
في قانون المعاملات المدنية الإماراتي
دراسة تحليلية على ضوء ما جاء في الفقه الإسلامي**

د. عبد الله خليل الفراء

كلية الحقوق

جامعة الأزهر - غزة

فلسطين

د. إياد محمد جاد الحق

كلية القانون

جامعة أبو ظبي

الإمارات العربية المتحدة

ملخص

يتناول هذا البحث دراسة وتحليل ومناقشة أثر السبب الأجنبي على الضمان في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مع الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي باعتباره المصدر التاريخي لهذا القانون. وذلك بهدف الوصول إلى مدى دقة وكفاية وعدالة المعيار الذي اتخذه المشرع الإماراتي في تحديد المسؤول عن الضمان عند وجود السبب الأجنبي، ومدى توافق هذا المعيار مع النصوص القانونية والفقه الإسلامي، للتوصل إلى أفضل المعايير التي تحقق الحماية والعدالة في تحديد المسؤول عن هلاك الشيء محل الالتزام أو استحالة التنفيذ بسبب أجنبي، بالإضافة إلى توضيح أثر السياسة التشريعية في تنظيم المسؤولية التقصيرية على الضمان. وقد توصل البحث إلى أن معيار التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد غير مجدٍ في كل الحالات ولا ينسجم مع نصوص القانون، أما معيار التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة فهو معيار مقبول ودقيق وشامل ومنطقي وعادل، وأن السياسة التشريعية في تنظيم المسؤولية التقصيرية تحدد أثر السبب الأجنبي على الضمان، وأن موقف المشرع في تنظيمه للمسؤولية التقصيرية يحتاج إلى مراجعة، لكي يتحقق التناسق والتناغم بين النصوص القانونية والهدف منها، وغيرها من النتائج والتوصيات.

Abstract

This research studies, analyzes and discusses the impact of extraneous cause on reparation in the UAE Law on Civil Transactions, making reference to the provisions of Islamic jurisprudence, this being the historical source of the said law. It aims at determining the extent to which the criterion adopted by the UAE legislators, while deciding who is liable for reparation, when an extraneous cause is present, is accurate, sufficient and just. It seeks to explore the conformity of this criterion with the provisions of law and of Islamic jurisprudence, in order to reach the best criteria that lead to protection and justice in the course of deciding who is liable for the damage of the item in hand, or, otherwise deciding that performance is impossible due to an extraneous cause. It further explains the impact of the legislative policy, while regulating the tort liability, on reparation. The research concluded that: the differentiation between bilateral contracts and unilateral contracts is not effective in all cases and is inconsistent with the provisions of law; the differentiation between liability-based possession and trust-based possession is acceptable, accurate, comprehensive, logical and just; the legislative policy regarding the regulation of tort liability determines the impact of extraneous cause on reparation; and the regulation by the UAE legislators of tort liability needs reconsideration, in order to create harmony between the legal provisions and their objectives; these are in addition to other conclusions and recommendations.

مقدمة

إن حماية أموال الناس وأبدانهم تتطلب مساءلة كل من يسبب ضرراً لهم، بحيث يلتزم مُحدث الضرر بضمان ما نتج عن فعله، وهذا ما نظمّه المشرع الإماراتي في العديد من النصوص في قانون المعاملات المدنية، التي سَطَّرت القواعد والأسس اللازم توافرها لضمان الضرر الذي يصيب أي شخص من جراء فعل آخر. فقد نظم المشرع المسؤولية المدنية بنوعيتها: المسؤولية عن الفعل الضار والمسؤولية العقدية، محدداً أركانها، كما نظم السبب الأجنبي باعتباره سبباً ينفي المسؤولية. ويتناول هذا البحث مناقشة وتحليل وتأسيس أثر السبب الأجنبي على الضمان، من حيث تحديد الضامن في حالة وجود سبب أجنبي، والمعيار الذي استند إليه المشرع في هذا التحديد.

وتتمثل مشكلة البحث في تحليل مدى دقة وكفاية وعدالة المعيار الذي اتخذه المشرع في تحديد المسؤول عن الضمان عند وجود سبب أجنبي، ومدى توافق هذا المعيار مع النصوص القانونية التي تضمنها قانون المعاملات المدنية. بالإضافة إلى الرجوع إلى الأحكام التي نظمها الفقه الإسلامي بهذا الخصوص، والمعيار الذي استند إليه في تحديد المسؤولية عن الضمان عند وجود السبب الأجنبي، على اعتبار أن الفقه الإسلامي يعتبر المصدر التاريخي لقانون المعاملات المدنية، وصولاً إلى توضيح مدى الاتفاق أو الاختلاف بينهما.

وتتمثل أهمية البحث في تحديد أفضل المعايير التي تحقق الحماية والعدالة بخصوص ضمان هلاك الشيء محل الالتزام أو استحالة التنفيذ بسبب أجنبي. ومناقشة وتحليل آراء شراح القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص، وموقفهم من الاتفاق على خلاف أحكام الضمان عند وجود السبب الأجنبي. بالإضافة إلى تحديد أثر السياسة التشريعية في تنظيم المسؤولية التقصيرية على الضمان، ومدى عدالة الاتجاه الذي اعتنقه المشرع الإماراتي.

وسيتمتع البحث على المنهج التحليلي للنصوص الواردة في قانون المعاملات المدنية وآراء فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية، مع الرجوع إلى أحكام القضاء

الإماراتي، وموقف التشريعات العربية الأخرى وفقاً لما يتطلبه البحث. وفي البداية سأشرح ماهية كل من السبب الأجنبي والضمان باختصار تحقيقاً لأهداف البحث، ومن ثم الدخول في جوهر البحث المتعلق بمعايير تحديد المسؤول عن الضمان عند وجود السبب الأجنبي. وعليه ستكون خطة البحث على النحو الآتي.

تمهيد: ماهية السبب الأجنبي والضمان.

المبحث الأول: أثر السبب الأجنبي على الضمان في المسؤولية العقدية.

المبحث الثاني: أثر السبب الأجنبي على الضمان في المسؤولية التقصيرية.

المبحث الثالث: الاستبعاد الاتفاقي لأحكام الضمان.

تمهيد

ماهية السبب الأجنبي والضمان

أولاً: السبب الأجنبي:

يتمثل السبب الأجنبي بوجود وقائع أو ظروف تكون هي السبب في إحداث الضرر، وهو يؤدي بذلك إلى نفي علاقة السببية¹ بين فعل الإضرار والضرر، وبالتالي عدم قيام المسؤولية وعدم التزام محدث الضرر بالضمان لانقضاء ركن من أركان المسؤولية وهو علاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر². وتنص المادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كلفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك". ويتضح من هذا النص أنه على محدث الضرر أن يثبت أن الضرر كان نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه، فإذا نجح في ذلك لا تقوم المسؤولية لانقضاء علاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر ولا يلزم مرتكب الفعل بالضمان، والسبب الأجنبي إما أن يكون قوة قاهرة³

¹ It is a causal link between the breach and the plaintiff's injury, or it is reasonable connection between the act or omission of the defendant and the damage which the plaintiff has suffered. This suggests that the cause must be proximate: Proximate cause is a major element of any negligence action. Beth Walston Dunham, Introduction to Law 333 (Thomson: New York, Fourth Edition, 2004); Ewan MacIntyre & Josephine Bisacre, Scottish Business Law (Pearson: Harlow, First Edition, 2013), p. 82.

² يذهب رأي إلى أن السبب الأجنبي ينفي عن الفعل الضار وصف الخطأ، وليس علاقة السببية، وتبرير ذلك أن الفعل يصدر عن الشخص دون وجوب إدراك وإرادة حقيقية، وعليه لا يمكن أن ينسب خطأ إلى المدعى عليه، علاوة على أن سلوك الشخص الذي يفاجأ بقوة قاهرة مثلاً لا يخرج عن سلوك الشخص العادي، لذلك لا ينسب له خطأ. محمد زهرة، المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (أبو ظبي: جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣)، ص ٢٣١.

³ يعالج القانون الإنجليزي القوة القاهرة تحت مسمى (Law of frustration)، والذي يوسع من نطاق ما يعتبر قوة قاهرة، حيث يدخل ضمنها الأمور المتعلقة بالأداء الفني (technical performance) والأساس الاقتصادي للعقد (economic foundation of the contract)، وهذا على خلاف القانون الفرنسي الذي يعتبر تحقق الاستحالة المادية أو القانونية فقط (physical or legal impossibility) من قبيل القوة القاهرة.

The doctrine of frustration deals with situations where circumstances change after a contract has been made and this makes performance impossible, or at least significantly different from what was intended. Ewan McKendrick, Force Majeure and Frustration of Contract (Oxon: Informa Law from Routledge, Second Edition, 2013), 6. Richard Stone & James Devenney,

أو فعل المضرور أو فعل الغير.^١ وقد استقى المشرع الإماراتي التنظيم القانوني للسبب الأجنبي بأنواعه الثلاثة من الفقه الإسلامي، الذي يذهب إلى اعتباره سبباً لنفي علاقة السببية بين الفعل والضرر.^٢

من الجدير بيانه أن القوة القاهرة والحادث الفجائي والآفة السماوية هي مترادفات لمفهوم واحد، لكن الفقه الإسلامي يستخدم اصطلاح الآفة السماوية، والقانونيين يستخدمون اصطلاح القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.^٣ وحتى تعتبر الواقعة قوة القاهرة^٤ يجب أن يكون من المستحيل توقعها،^٥ وأن يكون من المستحيل دفعها،^٦ وأن تكون السبب الوحيد في إحداث الضرر،^١ وألا يتسبب المدعى عليه في وقوعها.^٢

The Modern Law of Contract (Oxon: Routledge, Eleventh Edition, 2015), 419.

ويتضح من ذلك أن القانون الإنجليزي يساوي بين الحوادث التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وبين تغير الظروف الاقتصادية للعقود والتي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً فقط وليس مستحيلاً، بحيث يؤدي أي منهما إلى إنهاء العقد أوتوماتيكياً (automatic termination). وهذا على خلاف القانون الفرنسي والقانون الإماراتي الذي يطبق على حالة تغير الظروف الاقتصادية نظرية الحوادث الاستثنائية التي تعطي للمحكمة صلاحية تعديل العقد إلى الحد المعقول بهدف التخفيف من حدة الإرهاق، دون أن يكون من شأن ذلك إنهاء العقد. إيراد جاد الحق، المصادر الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، العقد والتصرف الإنفرادي (الشارقة: الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الأولى، ٢٠١٤)، ص ٢٠٨ وما بعدها.

^١ جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥)، ٥٣٣. ويظهر أثر القوة القاهرة في نفي علاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر بشكل ملحوظ في إطار المسؤولية العقدية، ومثال ذلك قيام حرب أو اضطرابات أو انتشار أمراض أو أوبئة أو نشوب حريق أو حالات سرقة أو اضطرابات أو زلازل أو فيضانات أو عواصف، فكل هذه الأمور تعتبر قوة القاهرة يترتب عليها نفي علاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر وعدم قيام المسؤولية، وبالتالي لا يُسأل المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه أو تأخر في تنفيذه بسبب وجود قوة القاهرة. ^٢ مصادر الالتزام (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥)، ص ٢٠٥. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٥٣٣.

^٢ انظر أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية والأمثلة على السبب الأجنبي وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء التاسع (دمشق: دار الفكر، الطبعة الرابعة والثلاثون، ٢٠١٤)، ص ٦٧٩ وما بعدها.

^٣ محمد زهرة، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

^٤ انظر شروط القوة القاهرة

Adnan Amkhan, Force Majeure and Impossibility of Performance in Arab Contract Law, Journal Arab Law Quarterly 6(3) (1991): 297-308. Ewan McKendrick, 24 et seq.

^٥ يقصد بذلك أن يستحيل استحالة مطلقة على الشخص العادي أن يتوقع حدوثه، فالتوقع يقاس بمعيار موضوعي وليس شخصي. والعبرة بعدم التوقع وقت وقوع الحادث في المسؤولية عن الفعل الضار، أما في المسؤولية العقدية فتكون العبرة بعدم التوقع وقت التعاقد. ^١ الشهابي إبراهيم الشرقاوي، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، العقد والتصرف الإنفرادي (الشارقة: الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الرابعة، ٢٠١٤)، ص ١٣٣.

^٦ يقصد بالاستحالة المطلقة، ويقاس وجود الاستحالة في دفع الحادث بمعيار الشخص العادي في ظل ظروف المدعى عليه الظاهرة، وعليه يكفي أن يثبت المدعى عليه أن الرجل العادي كان يستحيل عليه

كذلك يعتبر فعل المضرور سبباً أجنبياً يؤدي إلى نفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر،^٣ بشرط أن يستغرق فعل المضرور فعل المدعى عليه. وتفترض هذه الصورة أن يكون الضرر نتج عن فعلين، فعل صادر من المضرور وفعل صادر من المدعى عليه في الدعوى التي رفعها المضرور يطلب التعويض، وحتى تنتفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر يجب أن يكون فعل المضرور قد استغرق فعل المدعى عليه، ويحدث ذلك إذا كان فعل المضرور أشد من فعل المدعى عليه أو إذا كان فعل المضرور هو الذي سبب فعل المدعى عليه.^٤ ومثال هذه الحالة أن يلقي شخص بنفسه أمام سيارة مسرعة بهدف الانتحار فيصاب أو يموت، فتنتفي في هذه الحالة علاقة السببية بين فعل السائق المسرع والضرر، ولا يتحمل السائق الضمان.^٥

أخيراً يعتبر فعل الغير سبباً أجنبياً ينفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر ويؤدي إلى عدم قيام مسئولية المدعى عليه، ولكن يشترط لذلك استغراق (طغيان) فعل الغير لفعل المدعى عليه، وفعل الغير يستغرق فعل المدعى عليه إذا كان أشد منه أو إذا كان هو السبب في فعل المدعى عليه.^٦ وعليه فإن حالة فعل الغير تفترض وقوع فعل إضرار من المدعى عليه وفعل إضرار من الغير، ومن الأمثلة على ذلك أن يقوم

في ذات الظروف أن يتوقع الحادث أو أن يتغلب عليه، حتى يتخلص من المسؤولية عن تعويض المضرور. إيد جاد الحق، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

^١ تعتبر القوة القاهرة سبباً للإعفاء من المسؤولية وليس التخفيف منها، وهذا يعني أن تتسبب القوة القاهرة وحدها في إحداث الضرر. وعليه إذا وجدت قوة القاهرة واشترك معها فعل المدعى عليه في إحداث الضرر، فإن المدعى عليه يسأل مسؤولية كاملة عن تعويض الضرر، ولا مجال لتخفيف مسؤوليته وتحمله جزءاً من التعويض فقط. محمد زهرة، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

^٢ إذا تسبب المدعى عليه في وقوع الحادث الذي سبب الضرر، فإن هذا الحادث لا يعتبر قوة القاهرة حتى ولو كان غير متوقع ولا يمكن دفعه. ومثال ذلك أن يتسبب المدعى عليه بفعله في جموح الحصان مما أدى إلى إصابة الغير بضرر، ففي هذه الحالة يسأل المدعى عليه عن تعويض المضرور حتى ولو كان فعل الحصان غير متوقع ولا يمكن دفعه. محمد زهرة، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

^٣ تنص المادة (٢٩٠) من قانون المعاملات المدنية على أنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار الضمان أو لا يحكم بالضمان، إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في أحداث الضرر أو زاد فيه".

^٤ حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية (القاهرة: ١٩٩٨)، ٢٣٢. الشراقوي، ص ٥٣٤.

^٥ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام (القاهرة: دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦)، ص ٣٧٥.

^٦ إيد جاد الحق، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

شخص بحفر حفرة عميقة مما أدى إلى وقوع سيارة مسرعة في هذه الحفرة وإصابة أحد المارة بضرر نتيجة لوقوع السيارة في الحفرة، ففي هذه الحالة يتحمل الغير (من حفر الحفرة) المسؤولية كاملة لأن فعله يعتبر عمدياً تمثل بقيامه بحفر الحفرة، وهو الفعل الأصلي الذي يستغرق فعل المدعى عليه - السائق الذي رفع عليه المضرور الدعوى ليطالبه بالتعويض - بحيث تنتفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه وهو سائق السيارة المسرعة وبين الضرر ولا يُسأل المدعى عليه.^١

ثانياً: الضمان:

يقصد بالضمان عدة معان،^٢ منها الكفالة^٣ والالتزام، إلا أن المعنى المقصود في إطار هذا البحث هو معنى الالتزام، أي الالتزام بتعويض الضرر الذي أصاب الغير.^٤ ولم يعرف المشرع الإماراتي الضمان، بينما عرفته مجلة الأحكام العدلية^٥ في المادة (٤١٦) بما يلي: "الضمان: هو إعطاء مثل الشيء إن كان من الأشياء المثلية، أو

١ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام (القاهرة: نهضة مصر، الطبعة الثالثة الجديدة، ٢٠١١)، ٥٠٦.

٢ محمد زهرة، المرجع السابق، ص ١١ وما بعدها.

٣ A. James Barnes & Terry Dworkin & Eric Richards, Law for Business (Indiana: McGraw-Hill Higher Education, Seventh Edition, 2000), 220. Suhaimi Ab Rahman, 'The Influence of Guarantees in the United Arab Emirates', Journal Arab Law Quarterly 22(4) (2008): 341.

٤ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، الطبعة الأولى، ١٩٧١)، ص ١١. وعرفه آخر بأنه شغل الدمة بتعويض مالي جبراً لضرر أصاب الغير في ماله أو في نفسه. أحمد موسى، ضمان المستأجر في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ٣٨ (٢) (٢٠١١): ٤٦٣-٤٨٠.

٥ مجلة الأحكام العدلية عبارة عن تقنين للمعاملات المدنية تم وضعه بجهود فقهاء الشريعة الإسلامية زمن الدولة العثمانية عام ١٢٩٣ هـ، بعدما أصبح التقنين ضرورة شرعية لتحقيق العدالة، وكانت مطبقة على كل المناطق التي حكمتها الدولة العثمانية، وقد كُتبت باللغة التركية ثم ترجمت إلى اللغة العربية، ثم ألغتها تركيا بعد الحرب العالمية الأولى ووضعت قانوناً مدنياً على غرار القانون المدني السويسري مع بعض التعديلات، ثم بدأت الدول العربية تلغيها واحدة تلو الأخرى، واستبدلتها بقانون مدني على غرار القوانين المدنية الغربية، وقد تم استقاء أحكام هذا التقنين من فقه المذهب الحنفي في الشريعة الإسلامية. محمد الحسن البغا، "التقنين في مجلة الأحكام العدلية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ٢٥ (٢) (٢٠٠٩): ٩٨ وما بعدها.

من الجدير بيانه أن مجلة الأحكام العدلية ما زالت مطبقة في فلسطين حتى الآن (قطاع غزة والضفة الغربية)، وفي سبيل توحيد وتطوير القوانين في فلسطين شكّلت لجنة لإعداد مشروع لقانون مدني فلسطيني، وقد قامت بذلك فعلاً، واستقتت أحكام هذا المشروع من مجلة الأحكام العدلية وغيرها من التشريعات المطبقة في قطاع غزة والضفة الغربية وأحكام القضاء والتقنيات الحديثة والشريعة الإسلامية. المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني (غزة: ديوان الفتوى والتشريع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥)، ص ١ وما بعدها.

قيّمته إن كان من الأشياء القيمة".^١ وقد شرّع الضمان بهدف المحافظة على أموال الناس وأنفسهم وجبر الضرر^٢ وتحقيق الردع الخاص والعام،^٣ حيث يعتبر الأثر المترتب على المسؤولية المدنية عند توافر شروطها،^٤ وذلك وفقاً للمادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية التي جاء فيها: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

وللضمان نوعان هما: الضمان العيني والضمان بمقابل، والضمان العيني عبارة عن إصلاح الضرر بشكل كامل من خلال إعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو رد الشيء إلى مالكه، وهذا هو الأصل طالما كان ممكناً، وطلبه الدائن أو عرضه المدين، أما الضمان بمقابل فهو غالباً ما يتمثل بالتعويض النقدي الذي يدفعه المدين للدائن.^٥ والضمان في القانون قد يكون مصدره العقد المبرم بين الطرفين، بحيث إذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته الناشئة عن العقد فإنه يضمن الضرر الذي يصيب الطرف الآخر

^١ الأشياء المثلّية هي التي تتماثل أو تتقارب أحادها أو أجزاؤها بحيث يقوم بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء دون أي فرق يعتد به، وتقدر الأشياء المثلّية في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن، ومثالها القماش من نوع واحد والحبوب من نوع واحد والقطن من نوع واحد. أما الأشياء القيمة فهي ما تتفاوت أحادها في الصفات أو في القيمة تفاوتاً يعتد به بحيث لا يقوم بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء، ومثالها عقار معين أو سيارة معينة أو حيوان... الخ. حسن كيره، المدخل إلى القانون (الاسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ١٩٩٣)، ص ٧٢٠.

^٢ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٦٦٤.

John Cooke, Law of Tort (Liverpool: Pearson Longman, 9th Edition, 2009), 12. Dunham, 326.

إن تعويض الأضرار في المسؤولية العقدية يهدف إلى وضع المتعاقد المضروب في نفس الحالة التي سيكون فيها لو تم تنفيذ العقد، بينما تعويض الأضرار في المسؤولية التقصيرية يهدف إلى وضع المضروب في نفس الحالة التي سيكون عليها لو لم يرتكب الفعل الضار.

Peter Van Wijck & Jan Kees Winters, The Principle of Full Compensation in Tort Law, European Journal of Law and Economics 11(3) (2001): 319-332. P. 330. MacIntyre & Bisacre, 78.

^٣ Benjamin Ewing, The Structure of Tort Law, Revisited: The Problem of Corporate Responsibility, Journal of Tort Law 8(1-2) (2015): 1-28.

ولتوضيح هذا الهدف يقول Jansen إن فكرة المسؤولية القانونية تعتبر وسيلة فعالة بشكل كبير عندما ترتقي بأخلاق الناس إلى مستوى الشعور بالمسؤولية.

Nils Jansen, 'The Idea of Legal Responsibility', Oxford Journal of Legal Studies 34(2) (2014): 252.

^٤ محمد زهرة، المرجع السابق، ص ٤٤٧.

^٥ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة التاسعة، ٢٠١٦)، ٣٥٣.

إذا توافرت أركان المسؤولية، وتسمى المسؤولية في هذه الحالة "المسؤولية العقدية". وعند عدم وجود عقد بين الطرفين، وسبب أحدهما ضرر للآخر فإنه يضمن، ويكون مسؤولاً عن تعويض المضرور، لأنه أخل بالالتزام العام الذي يقع على عاتق كافة الناس وهو الالتزام بعدم الإضرار بأحد، وتسمى المسؤولية في هذه الحالة "المسؤولية عن الفعل الضار أو المسؤولية التقصيرية".^١

ويفرق الفقه الإسلامي بهذا الخصوص بين ثلاثة أنواع من الضمان، هي: ضمان العقد وضمن اليد وضمن الإلتلاف،^٢ ويقصد بضمن العقد الضمان الذي ينشأ في حالة وجود عقد بين الطرفين بهدف تعويض مال تالف، ويقصد بضمن اليد الضمان الذي يترتب على وجود الشيء في يد غير المالك، ويقصد بضمن الإلتلاف الضمان الذي يترتب على ارتكاب فعل يسبب ضرراً لأي شخص في حالة عدم وجود عقد بين الطرفين.^٣ ويتضح من ذلك أن كلاً من ضمان الإلتلاف وضمن اليد يشيران إلى الضمان الذي يطلق عليه في القانون الضمان الناشئ عن المسؤولية عن الفعل الضار "المسؤولية التقصيرية"، أما ضمان العقد فيشير إلى الضمان الناشئ عن المسؤولية العقدية.^٤

المبحث الأول

أثر السبب الأجنبي على الضمان في المسؤولية العقدية

يوجد معياران بخصوص تحديد أثر السبب الأجنبي على الضمان في قانون العقد، وهما معيار التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، ومعيار التفرقة بين عقود الضمان وعقود الأمانة. وسأتناول هذان المعياران بالشرح والتحليل والتأصيل، ومن ثم موقف قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

^١ عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية (الرباط: دار الأمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٨)، ص ١٤ وما بعدها.

Tort is a civil wrong by a party, other than breach of contract that results in injury to the private rights or interests of another party. Dunham, Ibid, p. 326.

^٢ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧١٦ وما بعدها.

^٣ أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٢٩٨ وما بعدها.

^٤ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧١٦.

أولاً: التفرقة بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد:

يعتبر تقسيم العقود إلى ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد من أكثر التقسيمات أهمية، بل هو التقسيم الرئيسي للعقود من ناحية الالتزامات التي تنشأ عن العقد.¹ والعقد الملزم للجانبين هو العقد الذي يُنشأ التزامات متقابلة على عاتق طرفي العقد، ومثال ذلك عقد البيع وعقد الإيجار... الخ.² أما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذي ينشأ التزامات على عاتق أحد طرفي العقد، ومثال ذلك عقد الهبة وعقد الوديعة بدون أجر وعقد الإعارة... الخ.³

وتنص المادة (١/٢٧٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ينقضي الالتزام المقابل له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه". كما تنص المادة (٤٧٢) على أنه: "ينقضي الحق إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه".

¹ Kubasek et al, Dynamic Business law (Ohio: McGraw-Hill Education, Custom Edition, 2010), 346.

انظر الرأي المخالف في الفقه الأنجلو أمريكي

Samuel J. Stoljar, The False Distinction between Bilateral and Unilateral Contracts, The Yale Law Journal 64(4) (1955): 515-536.

² نزيه المهدي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠)، ٤٠.

Barnes & Dworkin & Richards, 118. Dunham, 247. Richard Stone & James Devenney, 46.

³ عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي (أبو ظبي: جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠)، ص ٣٢. أبو السعود، ٢٤. ويعتبر عقد الإعارة عقد ملزم لجانب واحد هو المستعير فقط، أما المعير فلا يقع على عاتقه أي التزام، لأن عقد الإعارة يعتبر من العقود العينية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، أي من العقود التي لا تنعقد إلا بالتسليم (المادة ٨٥٠)، لذلك لا محل للقول بوجود التزام على المعير بتسليم الشيء المستعار للمستعير، فالتسليم ركن لانعقاد العقد، لذلك إذا لم يتم لا ينعقد العقد أصلاً، أما إذا تم التسليم وتوافرت باقي الأركان الأخرى، يترتب على المستعير التزام بالمحافظة على الشيء المستعار وصيانته باذلاً العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله الخاص، كما يلتزم برد الشيء إلى المعير في الوقت المتفق عليه (المادة ٨٦١)، ويلتزم كذلك بالنفقات اللازمة لتنفيذ هذه الالتزامات (المادة ٨٦٢). عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، مصادر الالتزام (كلية شرطة دبي، الطبعة الأولى، ١٩٩٩)، ص ٢٤.

ويتضح من هذين النصين أن استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي تؤدي إلى انقضاء الالتزام وانفساخ العقد بقوة القانون. ويذهب فقهاء القانون^١ بهذا الخصوص إلى أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي يضمنها المدين بالالتزام إذا كان العقد ملزماً للجانبين، ويضمنها الدائن بالالتزام إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد. وتطبيقاً لذلك إذا استحال على البائع تسليم الشيء المبيع للمشتري بسبب أجنبي، بعد انعقاد العقد وقبل التسليم، فإن البائع يتحمل تبعه الهلاك أو الاستحالة، لأنه مدين بالالتزام بالتسليم.^٢ أما في عقد الوديعة بدون أجر إذا استحال على المودع لديه رد الشيء المودع للمودع بسبب أجنبي، فإن المودع هو من يتحمل تبعه الهلاك أو الاستحالة، لأنه دائن بالالتزام برد الشيء.^٣ وعليه فإن معيار التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد يتحدد على أساسه المسؤول عن الضمان عند استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي، حيث يكون الضمان على المدين بالالتزام في النوع الأول وعلى الدائن بالالتزام في النوع الثاني. وفي العقود الملزمة لجانب واحد إذا قام الدائن بإعذار المدين للوفاء بالالتزام قبل تحقق الاستحالة، يترتب على ذلك انتقال المسؤولية عن هلاك الشيء بسبب أجنبي، بحيث يتحملها المدين بدلاً من الدائن.^٤

وأعتقد أن هذا المعيار والنصين المذكورين سابقاً محل نظر للأسباب الآتية:

(أ) إن المادة (١/٢٧٣) وضحت حكم استحالة تنفيذ الالتزام عندما يكون العقد ملزماً للجانبين، ولم توضح الحكم عندما يكون العقد ملزماً لجانب واحد، وهذا يعتبر قصور في النص القانوني. بالإضافة إلى ذلك، تضمنت المادة القوة القاهرة فقط كسبب أجنبي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام،^٥ في حين أن السبب الأجنبي قد يكون قوة

^١ أحمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢)، ص ٤٥. فتحي عبدالله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠١)، ص ٣٧. سمير تناعو، المرجع السابق، ص ٣١. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٩١.

^٢ Barnes & Dworkin & Richards, 321.

^٣ سلطان، ٢٨.

^٤ ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، أحكام الالتزامات، دراسة موازنة عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٢٠١١، ٦٢٦.

^٥ جاء في حكم لمحكمة النقض في إمارة أبو ظبي أنه: "إن تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة القاهرة هو تقدير موضوعي تملكه المحكمة في حدود سلطتها التقديرية، ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب

قاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور كما سبق بيانه،^١ الأمر الذي يتطلب إعطاء نفس الحكم إذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن أي حالة من الحالات الثلاثة للسبب الأجنبي.

(ب) إن المادة (٤٧٢) نصت على أن استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي تؤدي إلى انقضاء الالتزام، وذلك بدون التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد. لذلك أعتقد أن هذه المادة لو حدها كفيلة بتحقيق الحكم الذي أراده المشرع عند استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي. وبناء على هذه الملاحظة والتي سبقتها أستطيع القول بأنه لا توجد أية أهمية للمادة (١/٢٧٣)، لذلك لا لزوم لها.

(ج) إن اتخاذ التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد كمعيار لتحديد الضامن في حالة استحالة التنفيذ بسبب أجنبي هو معيار غير دقيق وغير مجد في بعض الحالات. فعقد الرهن الحيازي هو عقد ملزم للجانبين، فإذا هلك الشيء المرهون عند الدائن المرتهن بسبب أجنبي، فإن المدين الراهن يضمن ذلك أي يتحمل المسؤولية، وذلك وفقاً للمادة (٢/١٤٧٨) من قانون المعاملات المدنية، وهذا الحكم ينسجم مع المعيار المذكور، لأن الدائن المرتهن هو المدين بالالتزام برد الشيء المرهون. ولكن إذا كانت قيمة الشيء المرهون الذي هلك بسبب أجنبي أكبر من مقدار الدين، فإن الدين ينقضي، وهذا يعني أن الدائن المرتهن تحمل الضمان بمقدار الدين، أما ما يزيد عن مقدار الدين من قيمة الشيء الهالك يضمنه المدين الراهن (وهو دائن بالالتزام برد الشيء)، وذلك وفقاً للمادة (٣/١٤٧٨) من قانون المعاملات المدنية. وهذا يعني أن المدين ضمن جزءاً والدائن ضمن جزءاً آخر، أي توزع الضمان على الاثنين. ويرجع السبب في ذلك إلى أن عقد الرهن الحيازي

سائغة". الطعان رقما ٣٥٢، ٣٥٥ لسنة ٢٠١٢ س ٧ ق.أ. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السابعة، الجزء الثاني (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٣)، ٥٩٩.

^١ وتأكيداً لذلك جاء في حكم لمحكمة النقض في إمارة أبو ظبي أنه: "الناقل البحري غير مسؤول إذا رجع الضرر إلى القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير". الطعان رقم ١٠٢٢ لسنة ٢٠١١ س ٦ ق.أ. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السادسة، الجزء الرابع (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٢)، ١٥٩٧.

يعتبر عقد ضمان بقدر ما يعادل الدين، وعقد أمانة بما يزيد عن الدين، بحيث إذا كانت قيمة الشيء المرهون أكبر من مقدار الدين، وهلك الشيء بسبب أجنبي عند الدائن المرتهن، فإنه يتحمل المسؤولية عن هذا الهلاك بمقدار الدين فقط، أما ما يزيد عن هذا المقدار فيعتبر أمانة عنده لا يضمنها إذا كان سبب الهلاك أجنبياً، أي لا يرجع إلى تعديه وتقصيره.^١ بالإضافة إلى ذلك فإن تطبيق هذا المعيار يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة، تتمثل في أن يتحمل المالك مسؤولية هلاك الشيء بسبب أجنبي رغم أنه هلك وهو في حيازة غيره، حيث وفقاً لهذا المعيار ينقضي الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي، الأمر الذي يؤدي إلى تحمل المالك مسؤولية الهلاك.^٢

يمكن أن أخلص إلى نتيجة وهي: أن هذا المعيار الخاص بتحديد أثر السبب الأجنبي على الضمان يعتبر غير مجدياً في كل الحالات، كما أنه لا يتوافق مع نصوص القانون ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة.^٣ الأمر الذي يتطلب البحث في معيار آخر هو معيار التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة، وهذا ما سنبحث فيه حالاً.

ثانياً: التفرقة بين عقود الضمان وعقود الأمانة:

يفرق الفقه الإسلامي بين عقود الضمان وعقود الأمانة بخصوص أثر السبب الأجنبي على الضمان.^٤ وعقود الضمان هي التي يتحمل فيها حائز الشيء المسؤولية عن هلاكه حتى ولو كان سبب الهلاك أجنبياً، أي بدون تعد أو تقصير من الحائز، أما عقود الأمانة فهي التي لا يتحمل فيها حائز الشيء المسؤولية عن هلاكه إذا كان سبب الهلاك أجنبياً، أي أنه يضمن فقط إذا كان سبب الهلاك هو تعديه أو تقصيره.^٥

^١ جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٧٣.

^٢ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٩٢.

^٣ انظر كذلك في عدم أهمية التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد، واعتبار هذه التفرقة غير مفيدة ولا حاجة لها.

Stoljar, Ibid, 515-536.

^٤ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٧١. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٣٨.

^٥ ويقصد بالتعدي ارتكاب فعل دون وجه حق، أو فعل ما لا يجوز فعله. عدنان السرحان & نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، ٢٠١٦)، ص ٣٧٤. أما التقصير فيقصد به الإهمال في المحافظة على الشيء على خلاف ما يقضي به القانون أو الاتفاق.

^٦ أيمن عبد العال، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق ١٩ (٢) (٢٠٠٣): ٨٠-١١٢.

وتقوم هذه التفرقة على أساس نوع حيازة الحائز للشيء، فقد تكون حيازة أمانة وقد تكون حيازة ضمان وقد تكون حيازة مزدوجة.^١

١ - حيازة الأمانة:

حيازة الأمانة هي حيازة الحائز للشيء بدون نية تملكه وإنما باعتباره نائباً عن المالك، ومثال ذلك المودع لديه والمستعير والمستأجر والموهوب له والوكيل^٢ والمُصالح^٣ في عقد الصلح.^٤ حيث يحوز أي واحد من هؤلاء الشيء باعتباره أميناً، وبالتالي إذا هلك الشيء وهو في حيازته بسبب أجنبي فإنه لا يضمن، أي لا يتحمل المسؤولية عن الهلاك وإنما يتحملها المالك، أما إذا كان سبب الهلاك هو تعديه أو تقصيره في المحافظة عليه فإنه يضمن،^٥ أي يتحمل المسؤولية عن الهلاك ويلتزم

^١ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٩٥.

^٢ لأن المال الذي يقبضه الوكيل لحساب موكله يعتبر في حكم الوديعة، فإذا هلك عند الوكيل بتعديه أو تقصيره، فإنه يضمن، أما إذا هلك بسبب أجنبي فإنه لا يضمن (المادة ٩٣٧ من قانون المعاملات المدنية). انظر في ذلك أيضاً الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق.أ. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية الخامسة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١١)، ص ١٥٧.

^٣ في عقد الصلح إذا كان بدل الصلح منفعة، فإن الصلح يأخذ حكم الإيجار، بمعنى أنه إذا كان شخص مدين لآخر بمبلغ من النقود وتم الاتفاق على الصلح بأن ينتفع الدائن ببيت للمدين لمدة معينة، فإن حيازة الدائن للبيت تعتبر حيازة أمانة، فإذا هلك بسبب أجنبي، فإنه لا يضمن بإجماع مذاهب الشريعة الإسلامية الأربعة. علي حيدر، ثمر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد الرابع (بيروت: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣)، ص ٤١. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٩٤.

^٤ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني (عمان: بيت الأفكار الدولية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٧)، ٨٤٠ وما بعدها. أحمد القرافي، الفروق، الجزء الثاني (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨)، ص ٢٠٧. محمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية (بيروت: دار النفائس، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ)، ص ٥٠٤. علي حيدر، ثمر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد الثاني (بيروت: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣)، ص ٢٦٩.

^٥ فمثلاً إذا تعدى المستأجر على المأجور أو خالف أمر المؤجر فإنه يضمن الهلاك للمؤجر. حيدر، المجلد الثاني، ٢٣٧. وفي عقد الوديعة يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشيء المودع بإذلاً العناية التي يبذلها في حفظ ماله دون أن يكلف بأزيد من عناية الشخص العادي وفقاً لما يذهب إليه الفقه الإسلامي. الزحيلي، ص ٨٥٢. وقد أخذ المشرع الإماراتي بهذا الحكم في المادة (١/٩٦٧) من قانون المعاملات المدنية. أما في القوانين الأخرى كالقانون المدني المصري، فيختلف الأمر وفقاً لما إذا كانت الوديعة بأجر أم بدون أجر، فإذا كانت بأجر فعلى المودع لديه أن يبذل عناية الشخص العادي في المحافظة على الشيء المودع، أما إذا كانت بدون أجر فعلى المودع لديه أن يبذل العناية التي يبذلها في حفظ ماله دون أن يكلف بأزيد من عناية الشخص العادي. انظر المادة (٧٢٠) من القانون المدني المصري.

بتعويض المالك.^١ ويتم الرجوع إلى أهل الخبرة والاختصاص في تقدير وجود التعدي أو التقصير أو عدم وجوده. ويستند هذا الحكم على أساس أن التزام الحائز برد الشيء إلى مالكه هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وذلك عندما تكون حيازته حيازة أمانة، وبالتالي إذا هلك الشيء بتعديه أو تقصيره يكون سبب ذلك عدم بذله للعناية اللازمة للمحافظة على الشيء، لذلك فإنه يضمن ويتحمل المسؤولية تجاه المالك،^٢ أما إذا هلك الشيء بسبب أجنبي فإنه لا يعتبر مقصراً في بذل العناية المطلوبة منه، وعليه لا يضمن، أي لا يتحمل المسؤولية تجاه المالك.^٣ الفقه الإسلامي يفترض وجود أمانة لدى الحائز في هذا النوع من العقود، لذلك إذا استهان الحائز بهذه الأمانة، الأمر الذي أدى إلى ضياعها أو تلفها، وجب عليه أن يضمن للمالك مثلها أو قيمتها وفقاً لما إذا كانت من الأشياء المثلّية أو من الأشياء القيمة.^٤

٢ - حيازة الضمان:

حيازة الضمان هي حيازة الحائز للشيء بنية تملكه أو لمصلحة نفسه، ومثال ذلك البائع قبل تسليم الشيء للمبيع للمشتري والغاصب^٥ والحائز بقصد التملك^٦ والموهوب

^١ أبي الحسن القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧)، ص ١٣١ وما بعدها. عادل الشمري، قاعدة عدم ضمان الأمين في الفقه الإسلامي، مجلة رسالة الحقوق (٣) (٢٠١٠): ١٢٧-١٣٩. القرطبي، المرجع السابق، ص ٣١١.

^٢ يذهب الفقه الإسلامي إلى أن حيازة الحائز تنقلب من أمانة إلى ضمان في حالتي التعدي والتجهيل. ويقصد بالتعدي قيام الحائز بما لا يجوز فعله، كما لو قام المودع لديه باتلاف الوديعة أو الانتفاع بها. ويقصد بالتجهيل حالة موت الحائز دون أن يكون قد أخبر ورثته بالأمانة التي يحوزها، حيث يعتبر ذلك بمثابة منع للأمانة عن صاحبها. وتنقلب كذلك من حيازة أمانة إلى حيازة ضمان إذا قضي العرف بذلك، وإذا غلب الظن على تعدي الأمين وتقصيره في المحافظة على الأمانة، وإذا اقتضت المصلحة ضمان الأمانة كضمان الصانع لما لديهم من أمانات. الشمري، ص ١٣٢ وما بعدها.

^٣ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية الجديدة، ١٩٩٨)، ص ١٨١.

^٤ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٩٥. الشمري، المرجع السابق، ص ١٣٠. القرطبي، المرجع السابق، ص ٨٤٧.

^٥ Any person who occupies or has control of premises is an occupier. MacIntyre & Bisacre, Ibid, p. 89.

^٦ The theory of adverse possession is recognized as a means of obtaining title to property without consent or voluntary transfer by the owner when certain conditions are met. These conditions are: open and notorious possession, continuous possession, exclusive possession and adequate duration of possession. Dunham, 296 et seq.

له^١ والمقترض، حيث يحوز كل واحد من هؤلاء الشيء بنية تملكه أو لتحقيق مصلحته.^٢ لذلك يضمن الحائز هلاك الشيء أيًا كان سبب الهلاك، بحيث يلتزم الحائز بتعويض المالك عن هلاك الشيء سواءً رجع الهلاك إلى فعل الحائز أو إلى سبب أجنبي، وذلك بقيامه برد مثل الشيء إلى المالك إن كان من الأشياء المثلية أو قيمته إن كان من الأشياء القيمية.^٣ ويستند هذا الحكم على أساس أن التزام الحائز برد الشيء إلى ماله هو التزام بتحقيق نتيجة في هذا النوع من العقود، لذلك لا ينتفي الضمان حتى بالسبب الأجنبي.^٤

٣- الحيابة المزدوجة الأثر (الأمانة والضمان معاً):

يوجد نوع ثالث من الحيابة هي الحيابة المزدوجة الأثر، أي التي تشتمل على الأمانة والضمان معاً، إلا أن الأصل فيها هو الأمانة، ومنها حيابة العامل في عقد العمل وحيابة الدائن المرتهن في عقد الرهن.^٥ ففي عقد العمل يختلف الحكم بحسب كون العامل خاص أم عام، والعامل الخاص هو الذي يعمل لمصلحة شخص معين، كالخادم في المنزل والعامل في المحل التجاري، ونوع حيابته لأموال المالك هي حيابة أمانة، وبالتالي إذا هلك الشيء بسبب أجنبي فلا ضمان عليه، أما العامل العام (المشترك) فهو الذي يعمل لعامة الناس، كالكواء والصانع والصباغ والحداد، ونوع حيابته لأموال المالك هي حيابة أمانة وفقاً لكل من المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي في الشريعة الإسلامية، وعليه لا ضمان عليه إذا هلك المال عنده بسبب

^١ والمقصود بذلك أن يقبض الموهوب له الشيء الموهوب بدون إذن الواهب، فتكون حيابته في هذه الحالة حيابة ضمان، ويلتزم برد الشيء الموهوب إن كان موجوداً أو مثله أو قيمته حسب ما إذا كان من الأشياء المثلية أو القيمية. قاسم الحمود، أحكام ضمان الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ١٠ (١) (٢٠١٣): ٩٥-١٢٤.

^٢ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص ١٨٣.

^٣ محمد الفناري، فصول البدائع في أصول الشرائع، الجزء الخامس (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦)، ٢٤٨. شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء التاسع (بيروت: دار المعرفة، الطبعة الأولى، ١٩٨٩)، ص ١٤٤. محمد الشوكاني، شرح فتح القدير، الجزء الخامس (القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨)، ص ٢٠٠. أبي محمد البغدادي، مجمع الضمانات، المجلد الأول (القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٩)، ص ٢١٠ وما بعدها. ابن جزي، المرجع السابق، ص ٥٠٤.

^٤ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص ١٨١.

^٥ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٨٥ وما بعدها. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٣٨.

أجنبي،^١ أما المذهب المالكي فيعتبر أن حيازة العامل المشترك هي حيازة ضمان، لذلك إذا هلك الشيء عنده بسبب أجنبي أو بتقصيره فإنه يضمن.^٢ وفي عقد الرهن يذهب المذهب الحنفي إلى أن حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون هي حيازة ضمان بمقدار الدين فقط، أما ما يزيد عن ذلك فهو أمانة عنده لا يضمنه حتى لو هلك بسبب أجنبي،^٣ أما المذهب المالكي والشافعي والحنبلي فيعتبرون أن حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون هي حيازة أمانة، بحيث إذا هلك الشيء المرهون بسبب أجنبي فإنه الدائن المرتهن لا يضمن.^٤

يتضح مما تقدم أن الفقه الإسلامي يذهب إلى أن السبب الأجنبي ينفي الضمان إذا كانت حيازة الحائز حيازة أمانة، أما إذا كانت حيازته حيازة ضمان فلا تأثير للسبب الأجنبي على الضمان، ويلتزم الحائز بتعويض المالك. وبعبارة أخرى يتحمل الحائز المسؤولية عن هلاك الشيء بسبب أجنبي إذا كانت حيازته حيازة ضمان، أما إذا كانت حيازة أمانة فإن المالك هو من يتحمل المسؤولية عن الهلاك أو الاستحالة.^٥ وتتحول حيازة الحائز من حيازة أمانة إلى حيازة ضمان إذا هلك الشيء بتعديه أو تقصيره، ويضمن في هذه الحالة.^٦

ثالثاً: موقف قانون المعاملات المدنية:

تضمن قانون المعاملات المدنية الإماراتي بعض التطبيقات التي تعتمد على التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة وتأثيرها على الضمان. حيث جاء في المادة

^١ علي حيدر، دُرر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول (بيروت: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣)، ٤٥٣. محمد بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، المجلد الثاني عشر (الرياض: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣)، ص ٤٧٤. الفناري، المرجع السابق، ص ٢٥٠. السرخسي، المرجع السابق، ص ١٤٥. الشوكاني، المرجع السابق، ص ٢٠١. الزحيلي، المرجع السابق، ص ٨٩.

^٢ أبي البركات الدردير، الشرح الكبير، الجزء الثالث (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧)، ٤٢٤. ابن جُزي، المرجع السابق، ص ٢٠٥. القرطبي، المرجع السابق، ص ٨٤٢. الزحيلي، المرجع السابق، ص ٧٨٩.

^٣ علي حيدر، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص ١٦٥. الفناري، المرجع السابق، ص ١٦٧.

^٤ القرطبي، المرجع السابق، ص ٨٤٢. القرافي، المرجع السابق، ص ٢٠٧. ابن جُزي، المرجع السابق، ص ٢١٣.

^٥ السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص ١٨٢.

^٦ السرخسي، المرجع السابق، ص ١٤٤. الفناري، المرجع السابق، ص ٢٤٩. الشوكاني، المرجع السابق، ص ٢٠١.

(١/٥٣١) أن البائع يتحمل المسؤولية عن هلاك محل العقد بسبب أجنبي بعد انعقاد العقد وقبل التسليم، وهذا يعني أن المدين بالالتزام يتحمل المسؤولية عن الهلاك بسبب أجنبي في عقود الضمان،^١ حيث تعتبر حيازة البائع حيازة ضمان رغم أنه يصبح غير مالك بعد انعقاد العقد، والسبب في ذلك أن عليه التزام بتسليم الشيء المبيع للمشتري، وهو لم ينفذه، وهو التزام مكمل لنقل الملكية.^٢ ولكن إذا كان سبب امتناع البائع عن تسليم الشيء المبيع للمشتري هو امتناع المشتري عن دفع الثمن، فيكون من حق البائع حبس الشيء المبيع عنده، وتقلب حيازة البائع من حيازة ضمان إلى حيازة أمانة، بحيث إذا هلك الشيء المبيع بسبب أجنبي فإن المشتري يتحمل المسؤولية عن هذا الهلاك وليس البائع.^٣

إلا أن استعمال الحق في حبس الشيء لا يعتبر سبباً مطلقاً لتغير صفة الحيازة، حيث في عقد الرهن الحيازي يبقى الشيء المرهون أمانة عند الدائن المرتهن حتى بعد حلول أجل الدين وعدم مباشرة الدائن الإجراءات القانونية المتعلقة ببيع الشيء، بحيث لا يكون الدائن المرتهن مسؤولاً عن هلاك الشيء بسبب أجنبي، وهذا ما قرره محكمة النقض في إمارة أبو ظبي في حكم لها جاء فيه: "لا مسؤولية على الدائن المرتهن لعدم استعماله الرخصة التي خولها له القانون بطلب التصريح له من المحكمة ببيع الشيء المرهون، عند حلول أجل الدين، وذلك اكتفاءً منه بحبس الشيء عن المدين حتى يقوم بوفاء الدين".^٤

وجاء في المادة (١/٧٨٤) أن المؤجر يتحمل المسؤولية عن هلاك المأجور بسبب أجنبي. كما جاء في المادة (٨٥٥) أن المعير يتحمل المسؤولية عن هلاك الشيء المستعار بسبب أجنبي، وأن المستعير لا ضمان عليه طالما لم يقصر في حفظ

^١ عبد السميع أبو الخير، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي (أبو ظبي: مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢)، ص ٧٠٢.

^٢ السنهاوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٩٩٣. الجبوري، المرجع السابق، ص ٦٢٩.

^٣ السنهاوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٩٩١.

^٤ الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ٢٠١٢ س ٦ ق.أ. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السادسة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٢)، ص ٥٤٠. كما جاء في نفس الحكم أن التزام الدائن المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون يتطلب أن يكون قد انتقلت إليه حيازة الشيء.

الوديعة، وهذا يعني أن المالك يتحمل المسؤولية عند هلاك الشيء بسبب أجنبي في عقود الأمانة.^١ كما تنص المادة (٣٠٤) على أنه على اليد ما أخذت حتى تؤديه. والمقصود بذلك أن من يحوز شيئاً مملوكاً للغير عليه أن يردّه للمالك، سواء كان الحائز غاصباً أو مستعيراً أو مستأجراً أو مودعاً لديه، ولا تبرأ ذمة الحائز من المسؤولية إلا بعد قيامه برد الشيء إلى مالكة إذا كان الشيء موجوداً، وإذا هلك فعليه رد مثله أو قيمته بحسب كون الشيء من الأشياء المثلية أم من الأشياء القيمية.^٢ وتتص المادة (٣٠٩) على أن من كانت عنده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جردها أو مات مجهلاً لها (أي لم يخبر ورثته بالأمانة) كان ضامناً لها. كما جاء في المادة (٥٦٣) أنه إذا تسلّم المشتري الشيء المبيع بدون تحديد الثمن على أن يشتريه إن أعجبه، ثم هلك الشيء المبيع أو ضاع بسبب أجنبي فلا ضمان على المشتري، وذلك على أساس أن حيازته في هذه الحالة هي حيازة أمانة. وقد استقى المشرع الإماراتي هذا النص من مجلة الأحكام العدلية (المادتان ٢٩٧ و ٢٩٨)، والتي جاء فيها مواد أخرى بهذا الخصوص، فقد جاء في المادة (٧٦٨) منها أن الأمانة غير مضمونة، بمعنى أنه إذا هلك شيء في حيازة شخص على سبيل الأمانة بسبب أجنبي فلا يضمن الحائز، كما جاء في المادة (٢٩٩) منها أن المشتري إذا تسلّم الشيء المبيع ليراه أو ليريه لشخص آخر، يكون الشيء أمانة عنده، فإذا هلك بسبب أجنبي فلا ضمان عليه. وإذا كان عقد البيع باطل فإن الشيء المبيع يكون أمانة عند المشتري، فإذا هلك بسبب أجنبي فلا ضمان عليه.^٣ وجاء أيضاً في حكم لمحكمة النقض في إمارة أبو ظبي بخصوص عقد العمل أن العامل أمين، لذلك إذا هلك أو تلف الشيء المسلم له بسبب أجنبي فإنه لا يضمن، وإذا كان سبب الهلاك تعديه أو تقصيره فإنه يضمن.^٤

^١ أبو الخير، المرجع السابق، ص ٧٠٣.

^٢ الزحيلي، المرجع السابق، ص ٨٣٦.

^٣ حيدر، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

^٤ الطعن رقم ١٠٨٠، ١٠٩١ لسنة ٢٠١٠ س ٥ ق.أ. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السابعة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٣)، ٥٧٣.

يتضح مما تقدم أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي تضمن بعض النصوص التي توضح أثر السبب الأجنبي على الضمان، بالاعتماد على التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة، ولكن ذلك لا يمكن اعتباره تنظيمًا متكاملًا كما جاء في الفقه الإسلامي، بل هو مجرد تطبيقات على حالات معينة لا تشكل قاعدة عامة.

القانون المدني العراقي انفرد من بين التشريعات العربية في استقاء أحكام الفقه الإسلامي بشكل منظم بهذا الخصوص، حيث جاء في المادة (٤٢٦) أنه إذا انتقل الشيء إلى حيازة غير مالكة بعقد أو بدون عقد، ثم هلك بدون تعد أو تقصير، أي بسبب أجنبي، فإن الحائز يضمن هذا الهلاك إذا كانت حيازته حيازة ضمان، أما إذا كانت حيازة أمانة فإن المالك هو الذي يضمن. وعرف المشرع العراقي نوعي الحيازة في المادة (٤٢٧) التي نصت على أنه تكون حيازة الحائز حيازة ضمان إذا كانت الحيازة بنية التملك، وتكون حيازة أمانة إذا كانت الحيازة ليس بنية التملك وإنما باعتبار الحائز نائباً عن المالك، وتقلب حيازة الأمانة إلى حيازة ضمان إذا حبس الحائز الشيء عن مالكة دون حق أو أخذه بغير إذنه ولو لم تكن لديه نية التملك. كما تنص المادة (٤٢٨) على أنه إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد من شخص لآخر، فإن حيازة المالك القديم للشيء قبل التسليم تكون حيازة ضمان، وتقلب إلى حيازة أمانة إذا استعمل المالك القديم حقه في حبس الشيء عنده بسبب امتناع المالك الجديد عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، كأن يمتنع المشتري عن دفع الثمن مثلاً.

يتضح مما تقدم أن المشرع العراقي عالج حالة انتقال الشيء من يد مالكة إلى يد غير المالك، سواء تم ذلك بعقد أو بغير عقد،^١ حيث صاغ مفهوماً دقيقاً لحيازة الضمان وحيازة الأمانة، وحدد الضامن لهلاك الشيء بسبب أجنبي في كل حالة، كما وضح الحالات التي تتقلب فيها حيازة الأمانة إلى حيازة ضمان والعكس. وبذلك يكون المشرع العراقي قد وضع تنظيمًا خاصاً لحالة استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي وأثر ذلك على الضمان، معتمداً على معيار التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة الذي استقاه من الفقه الإسلامي.

^١ السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٩٩٢.

وأعتقد أن معيار التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة هو معيار مقبول ودقيق وشامل ومنطقي وعادل، وذلك للأسباب الآتية:

(أ) إن حائز الشيء إذا كان غير مالك له، وحازه بنية التملك، فمن المنطقي والعدل أن يتحمل المسؤولية عن هلاك الشيء بسبب أجنبي، ففي هذه الحالة تكون الحيازة حيازة ضمان. أما عندما لا تتوافر نية التملك لدى الحائز، فإنه يكون أميناً على الشيء باعتباره نائباً عن المالك في المحافظة عليه وبذل العناية اللازمة لذلك، فإذا هلك الشيء بسبب أجنبي، فإنه لا يضمن بل يتحمل المالك المسؤولية عن الهلاك. وفي هذه الحالة قد يكون للحائز مصلحة في حيازة الشيء وقد لا يكون له مصلحة، فالمستأجر والمستعير أصحاب مصلحة في الانتفاع بالشيء واستعماله أما المودع لديه في الوديعة بغير أجر فليس له مصلحة من حيازة الشيء.

ويذهب رأي في الفقه الإسلامي إلى أنه إذا كانت حيازة الشيء تحقق مصلحة الحائز فالضمان عليه عند هلاك الشيء بسبب أجنبي، وإذا كانت تحقق مصلحة المالك فالضمان عليه، وإذا كانت حيازة الشيء تحقق مصلحة الاثنين فالضامن هو صاحب المصلحة الأكبر.¹ وأعتقد أن هذا الرأي يصعب تطبيقه من الناحية العملية، فليس من السهل تحديد صاحب المصلحة الأكبر من حيازة الشيء، حيث قد تكون لكل منهما مصلحة في الحيازة تعتبر كبيرة بالنسبة لكليهما، ففي عقد الإيجار مثلاً، توجد مصلحة للمستأجر في الانتفاع بالمأجور وتوجد مصلحة للمؤجر في الحصول على الأجرة، ولا يمكن ترجيح مصلحة على أخرى لتحديد الضامن عند هلاك الشيء بسبب أجنبي. وعليه فإن معيار المصلحة لا يمكن الاستناد إليه في تحديد الضامن، لذلك أعتقد أن وجود مصلحة للحائز في حيازة الشيء لا يعتبر معياراً لتحديد نوع الحيازة.

(ب) إن الحالات التي تنقلب فيها صفة الحيازة من أمانة إلى ضمان أو العكس تتسم بالمنطقية، حيث عندما يأخذ الحائز الشيء من مالكه بدون إذنه أو يمتنع عن رده له بدون حق، تتحول صفته من أمين إلى غاصب، الأمر الذي يقتضي تحميله المسؤولية

¹ ابن جزي، المرجع السابق، ص ٥٠٣.

عن هلاك الشيء بسبب أجنبي. وتطبيقاً لذلك جاء في حكم لمحكمة النقض في إمارة أبو ظبي أنه: "إذا أبقى المستأجر الشيء المؤجر في حيازته دون حق، كان ملزماً بأن يدفع للمؤجر أجره المثل مع ضمان الضرر".¹ ويفهم من هذا الحكم أن حيازة المستأجر تتحول من حيازة أمانة إلى حيازة ضمان، لأنه أصبح يحوز الشيء بدون حق، فيأخذ حكم الغاصب.

وعندما يحبس البائع الشيء عنده ويمتنع عن تسليمه للمشتري بسبب إخلال المشتري بالتزامه بدفع الثمن، فمن المنطقي أن تتحول صفة حيازة البائع من ضمان إلى أمانة، بحيث لا يضمن هلاك الشيء بسبب أجنبي، بل يضمن المشتري ذلك، لأنه أخل بالتزاماته العقدية.

(ج) إن هذا المعيار يعتبر شاملاً ومجدياً لكل الحالات المتصورة في تحديد الضامن عند استحالة التنفيذ بسبب أجنبي، سواء كان يوجد عقد بين الطرفين أم لا يوجد.

المبحث الثاني

أثر السبب الأجنبي على الضمان في المسؤولية التقصيرية

إن توضيح أثر السبب الأجنبي على الضمان في نطاق المسؤولية التقصيرية يرتبط بالسياسة التشريعية المتعلقة بهذا النوع من المسؤولية،² الأمر الذي يتطلب بيان الاتجاهان السائدان في تحديد أساس المسؤولية، وذلك وصولاً إلى التأصيل القانوني لما تضمنه قانون المعاملات المدنية الإماراتي بهذا الخصوص.

¹ الطعن رقم ١٣٤٠ لسنة ٢٠١١ س ٦ ق.أ. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السادسة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٢)، ص ٢٨٥.

² The classic definition of a tort is: 'Tortious liability arises from the breach of a duty primarily fixed by law; this duty is towards persons generally and its breach is redressable by an action for unliquidated damages'. Cees Van Dam, European Tort Law (Oxford: Oxford University Press, Second Edition, 2013), 101.

ولا: أساس المسؤولية التقصيرية:

تقوم المسؤولية التقصيرية في أي تشريع مدني إما على أساس النظرية الشخصية أو النظرية الموضوعية.^١ ووفقاً للنظرية الشخصية يعتبر الخطأ هو أساس المسؤولية، بمعنى أن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يُلزم مرتكبه بالتعويض. ويرجع الفضل في صياغة هذه القاعدة إلى القانون المدني الفرنسي، حيث جاء في المادة (١٣٨٢) منه أنه: "كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه"، وبموجب هذا النص فإن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس فكرة الخطأ،^٢ ويجب لقيام المسؤولية توافر ثلاثة أركان هي: الخطأ^٣ والضرر^٤ وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.^٥ وسار بهذا الاتجاه المشرع المصري،^٦ وتبعه العديد من التشريعات العربية منها القانون المدني السوري، والقانون المدني الليبي، والقانون المدني الجزائري، والقانون المدني البحريني، والقانون المدني القطري، وقانون الالتزامات والعقود المغربي.

^١ إيباد جاد الحق، "مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، دراسة تحليلية"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ٢٠ (١) (٢٠١٢): ٢٠١-٢٢٦.
^٢ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، المرجع السابق، ص ٨٦٣ وما بعدها. عبد الودود يحيى: المرجع السابق، ص ٢٢٠. فتحي عبدالله: المرجع السابق، ص ٢١ وما بعدها. تناغو، المرجع السابق، ص ٢٢٢.
^٣ يقصد بالخطأ الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي يصدر عن تمييز وإدراك. عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء (القاهرة: القاهرة الحديثة للطباعة، الطبعة الأولى، ١٩٨٨)، ص ٦١. ومن أشهر تعريفات الخطأ تعريف الأستاذ الفرنسي بلانبول بأن الخطأ هو: "إخلال بالالتزام سابق، ويتمثل هذا الالتزام السابق بالالتزام القانوني العام الذي يقع على عاتق الكافة بعدم الإضرار بالغير".

Marcel Planiol, Etude Sur Responsabilite Civil, Revue Critique Legis et Juris, 1905, p. 278.

^٤ ويستوي أن يكون الضرر مالياً أو جسدياً، أو عقلياً أو عاطفياً، فالضرر قد يكون مادي أو معنوي. Dunham, Ibid, p. 336.

^٥ 'Causation' means that the defendant's breach must have been the 'effective cause' of the claimant's loss. Neil Andrews, Arbitration and Contract Law, Common Law Perspectives (Cambridge: Springer, 2016), p. 294.

^٦ حيث تنص المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري على أنه: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، وتنص المادة (١/١٦٤) من نفس القانون على أنه: "يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز".

ثم ظهر في أواخر القرن التاسع عشر اتجاه في الفقه الفرنسي يقيم المسؤولية على فكرة الضرر، والذي بناءً عليه لا يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية توافر ركن الخطأ بل يكفي توافر ركن الضرر.¹ ويرجع السبب في ظهور هذا الاتجاه إلى الثورة الصناعية في فرنسا، وما أدت إليه من انتشار للصناعات الحديثة، وزيادة المخاطر الناتجة عن استخدام الآلات الميكانيكية، والتي من الممكن أن تصيب الغير بضرر دون وجود خطأ ينسب إلى المشروع الصناعي² أو وجوده مع صعوبة إثباته أو إثبات علاقة السببية،³ علاوة على ارتفاع نسبة حوادث الطرق بسبب التطور الذي حدث في تلك الفترة في وسائل النقل، وارتفاع حصيلة الضحايا بشكل كبير، الأمر الذي يعني أن اشتراط ركن الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية ومن ثم استحقاق المضرور للتعويض عن الضرر قد يكون أمراً صعب المنال، لذلك وحماية لمصلحة المضرور وتحقيقاً للعدل لكون صاحب المشروع الصناعي يجني الكثير من المنافع، وبناءً على قاعدة الغرم بالغنم أقام هذا الاتجاه نظرية جديدة في المسؤولية التقصيرية هي نظرية تحمل التبعة (النظرية الموضوعية)،⁴ والتي تكتفي بركن الضرر لقيام

¹ Louis Josserand, De La responsabilite du fait des choses inanimees, Paris, 1897, 276. Boris Stark, Essai d'une theorie generale de la responsabilite civile consideree en sa double fonction de garantie et de peine prive these, Paris, 1947, p. 261.

² ويطلق الفقه الأنجلو أمريكي على هذه الحالة مسمى (strict liability). وتعرّف بأنها Liability without fault, applied in situations where the intention of neglect of the party is immaterial. The mere performance of the act will result in liability. Cooke, 8. Dunham, 330. For strict liability to exist there must be a foreseeable risk of harm created by some aspect of the conduct or activity. Frank August Schubert, Introduction to Law and the Legal System (Boston: Wadsworth, Tenth Edition, 2012), 391. Wright, 68.

لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر Joshua Getzler, Richard Epstein, Strict Liability, and the History of Torts, Journal of Tort law 3(1) (2010): 1-28.

³ So the structure of tort litigation even more clearly restricts the extent to which tort law can function as an insurance mechanism. Ewing, Ibid, p. 6.

⁴ انظر في المسؤولية الموضوعية (substantive) Ewing, Ibid, p. 9 et seq.

المسؤولية حتى ولو كان الضرر يعود إلى سبب أجنبي.^١ وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذه النظرية في نطاق ضيق كإصابات العمل.^٢

ويذهب رأي^٣ بهذا الخصوص إلى أن افتراض الخطر (Assumption of risk) يعتبر الأهم في هذا الإطار، ولكنه ليس الوحيد، حيث يتجه الفقه الحديث إلى أن وجود الخطر يفترض احتمال الضرر، وهذا بحد ذاته يعتبر كافياً لقيام المسؤولية.^٤

ثانياً: موقف قانون المعاملات المدنية الإماراتي في تنظيم المسؤولية التقصيرية:

تنص المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر". ويتضح أن هذا النص لم يتضمن ركن الخطأ بل اشترط لقيام المسؤولية التقصيرية وجود فعل إضرار^٥ وضرر وعلاقة سببية بين الفعل والضرر،^٦ وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية أن المشرع أخذ بحكم الفقه الإسلامي من حيث عدم ربط

^١ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٦)، ٣٤٣. الشرفاوي، المرجع السابق، ص ٥٠١. تناغو، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

^٢ ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة موازنة (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٢٠١١)، ص ٥٠٧.

^٣ Kenneth W. Simons, Victim Fault and Victim Strict Responsibility in Anglo-American Tort Law, Journal of Tort Law 8(1-2) (2015): 29-66.

^٤ John Oberdiek, Philosophical Issues in Tort Law, Philosophy Compass Journal 3(4) (2008): 734-748.

^٥ يقصد بفعل الإضرار مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل والامتناع عن الفعل مما يترتب عليه ضرر. المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدني، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٤)، ص ٤٠٧.

^٦ يميز المشرع الإماراتي لتحقيق العلاقة بين الفعل والضرر بين علاقتين: الأولى مباشرة والثانية غير مباشرة (بالتسبب). وعليه فإن الإضرار يكون بالمباشرة أو بالتسبب، ويكون الإضرار بالمباشرة إذا وقع الإتلاف على الشيء نفسه، ويكون بالتسبب عند القيام بفعل في شيء آخر فيؤدي ذلك إلى إتلاف الشيء، وفي الإضرار بالمباشرة لا يشترط لقيام مسؤولية المباشرة التعمد أو التعدي، أما في الإضرار بالتسبب فيشترط لقيام مسؤولية المتسبب التعمد أو التعدي. أسماء أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ٢٠٠٦. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٦)، ص ١٨٧. سلطان، المرجع السابق، ص ٣٠٥.

المسؤولية بالتمييز^١ وأقامها على الضرر^٢ وليس على الخطأ الذي يتطلب توافر التمييز لدى مرتكب الفعل لكل يُسأل عن التعويض.^٣

فالفقه الإسلامي لا يشترط أن يكون مرتكب الفعل الضار مميزاً حتى يسأل عن التعويض،^٤ ويشترط لقيام المسؤولية التقصيرية وجود ثلاثة أركان هي: فعل الإضرار والضرر وعلاقة السببية بينهما، كما يعتد الفقه الإسلامي بالسبب الأجنبي ويعتبره سبباً ينفي علاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر، وبالتالي تنتفي المسؤولية كما سبق بيانه.^٥

يتضح إذن أن قانون المعاملات المدنية استبدل ركن الخطأ الواجب توافره لقيام المسؤولية وفقاً للنظرية الشخصية بركن فعل الإضرار مع بقاء الأركان الأخرى كما هي (الضرر وعلاقة السببية). ويتمثل وجه الاختلاف بين ركن الخطأ وركن فعل الإضرار في أنه يجب أن يتوافر في ركن الخطأ عنصران هما العنصر المادي (الانحراف أو التعدي) والعنصر المعنوي (التمييز).^٦ أما في ركن فعل الإضرار فلا

^١ يكون الشخص مميزاً عند بلوغه سن السابعة من عمره غير مصاب بالجنون أو العته، باعتبارهما عارضان يعلمان التمييز لدى الإنسان، وعليه إذا كان الشخص مجنوناً أو معتوهاً أو سنه أقل من سبع سنوات فإنه يكون غير مميز. جاد الحق، ٩٤ وما بعدها. وقد استقى المشرع حكم مسؤولية عديم التمييز عن الضمان من الفقه الإسلامي، الذي يذهب إلى أنه في ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ، ولا بين الصغير والكبير، ولا بين العاقل والمجنون. السرحان، خاطر، المرجع السابق، ص ٣٧٨.

^٢ يذهب رأي وبحق إلى أن القول بأن المسؤولية في الفقه الإسلامي تقوم على فكرة الضرر قول غير دقيق، حيث لا بد من وجود فعل إضرار أي عمل غير مشروع نتج عنه ضرر. السرحان، خاطر، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

^٣ المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، ص ٤١٢. وهذا هو موقف كل من القانون المدني الأردني، والقانون المدني الكويتي، وقانون المعاملات المدنية السوداني، والقانون المدني اليمني، وكذلك مجلة الأحكام العدلية.

^٤ وهذا هو موقف القانون الإنجليزي وغيره من القوانين في أوروبا. انظر تفصيلاً Bertil Bengtsson & others, Tort and Insurance Law, Children in Tort Law, Part I: Children as Tortfeasors (WienNewYork: Springer, 2006), 152 et seq. Michael Stathopoulos, General Principles of Obligation Law (Athens: Sakkoulas, third edition, 1998), 292. Cooke, 20.

^٥ الزحيلي، المرجع السابق، ص ٦٩١ وما بعدها.

^٦ The Anglo-American school did not adopt the element of wrong as general rule, since the purpose of tort law and all other areas of law is or should be the maximization of aggregate social welfare. So liability in tort law requires proof of a valid prima facie case and the absence of any complete defence. Every valid prima facie case must include the following elements: 1. A legally recognized injury to the plaintiff's person or property; 2. Tortious conduct by

يشترط أن يتوافر هذان العنصران معاً، بل يكفي لقيام هذا الركن توافر عنصر وحيد هو العنصر المادي في ركن الخطأ، أي الانحراف والتعدي عن السلوك المألوف للشخص العادي، والذي يشكل ركن الفعل الذي تضمنته المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية.^١

وعليه فإن قانون المعاملات المدنية لم يأخذ بالنظرية الشخصية لأنه لم ينص على ركن الخطأ واستبدله بركن آخر هو ركن فعل الإضرار. كما لم يأخذ بالنظرية الموضوعية لأنها تقيم المسؤولية على ركن وحيد هو ركن الضرر، ولا تعتبر أن السبب الأجنبي ينفي المسؤولية. في حين أن قانون المعاملات المدنية يقيم المسؤولية على ثلاثة أركان كما سبق بيانه، ويعتد كذلك بالسبب الأجنبي الذي ينفي علاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر، وبالتالي ينفي المسؤولية، ولا يلتزم محدث الضرر أو القائم بالنشاط الذي سبب الضرر بالضمان.

the defendant; 3. Causation in fact of the legally recognized injury to the plaintiff by the tortious aspect of the defendant's conduct; and 4. Attributable responsibility (so-called "proximate" or "legal" causation). Wright, Ibid, p. 65. "A no-fault scheme achieves administrative efficiency because it reduces payment to lawyers, adjusters and other third parties in the system; and it achieves loss distribution because it leaves fewer accident victims and other families without insurance payment". Jeffrey O'Connell, *Tort Versus No-Fault: Compensation and Injury Prevention*, 19(1) Accident Analysis & Prevention (1987), p. 63-71. "But, sometimes, it is necessary to prove a particular state of mind on the part of the defendant. This is described as a tort requiring an element of fault and, depending on the tort in question, the required state of mind may be intention, negligence or malice. Most torts require some element of fault; the few that do not are described as torts of strict liability". Catherine Elliott & Frances Quinn, *Tort law* (Pearson: Harlow, Eighth Edition, 2011), p. 4. Negligence has grown to become the largest area of tort law. Emily Finch & Stefan Fafinski, *Tort law* (Pearson: Harlow, Third Edition, 2011), p. 3. The wrong constitutes the main requirement in the liability for negligence. Phil Harris, *An Introduction to Law* (Cambridge University Press: Cambridge, Seventh Edition, 2007), p. 250.

ويتضح مما تقدم أن مفهوم الخطأ في النظام القانوني الأنجلو أمريكي يختلف عن مفهومه في التشريعات العربية التي اشترطته لقيام المسؤولية التقصيرية. ففي الأول يرتبط وجود الخطأ بالحالة الذهنية لدى مرتكب الفعل الضار، أما في الثانية يرتبط وجود الخطأ بوجود التمييز لدى مرتكب الفعل الضار، والذي يعني أن يكون عمره سبع سنوات على الأقل وغير مصاب بالجنون أو العته.

^١ الزحيلي، المرجع السابق، ص ٦٩١.

وبذلك يكون المشرع قد اعتنق ما جاء في الفقه الإسلامي كما هو، وأعتقد أن هذا الموقف يحتاج إلى مراجعة، لكي يتحقق التناسق بين النصوص القانونية والهدف منها، فالمشرع عندما قرر مساءلة عديم التمييز (كالمجنون والمعتوه) عن أفعاله التي تلحق الضرر بالغير، كان يهدف إلى تحقيق الحماية القانونية للمضرور الذي لا ذنب له أن من أضر به غير مميز، بل يكون من حقه أن يحصل على تعويض عن الضرر الذي أصابه. وبالتالي فإن هذا النهج يتطلب تعزيزه وتكاملته عدم الاعتداد بالسبب الأجنبي، بحيث يستحق المضرور تعويضاً حتى ولو وجد سبب أجنبي، وهذا هو منطق النظرية الموضوعية التي سبق شرحها، والتي ساهم في ظهورها وجود مخاطر جديدة نتيجة استعمال الآلات الميكانيكية ومعدات الصناعة،¹ بالإضافة إلى انتشار ظاهرة التأمين بمختلف أنواعه الأمر الذي يتطلب تعزيز أشكال الضمان الاجتماعي،² علاوة على انتشار الأفكار الاجتماعية التي تهدف إلى حماية المضرور،³ على أساس أن الالتزام بالتعويض يعتبر بمثابة وسيلة لإعادة التوازن بين ذمة المضرور وذمة محدث الضرر أو المسؤول عن النشاط الذي أدى إلى الضرر،⁴ ولا شك في عدالة هذا المنطق،⁵ فمثلاً إذا أنت الرياح بدخان يتصاعد من

¹ The innovation offered by the economic approach is that it enables precise predictions about the incentive effects of causation doctrine. Such predictions may aid courts in analyzing the probable consequences of causation holdings. Keith N. Hylton, Information and Causation in Tort Law: Generalizing the Learned Hand Test for Causation Cases, Journal of Tort Law 7(1-2) (2014): 35-64, p. 64.

² Cooke, Ibid, p. 9.

يوجد في إنجلترا ثلاثة أنظمة خاصة بتعويض ضحايا الحوادث، وهي:

Tort law, public insurance (social security) and private insurance. The largest part in compensation is now played by public insurance. Cooke, Ibid, p. 13.

³ العرعاري، المرجع السابق، ص ٢٨.

⁴ سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات (القاهرة: مطبعة لجنة البيان العربي، الطبعة الأولى، ١٩٦١)، ص ٣٤٨.

⁵ An opinion rightly sees that: "The structure of tort law substantially limits its domain, restricting the extent to which it can promote such goals as deterring wrongs and unduly risky conduct, insuring individuals against concentrated injuries and losses, and bringing about fairness in the

إحدى المصانع وأدى استنشاقه من قبل شخص ما إلى إصابته بأضرار في الجهاز التنفسي، أليس من حقه أن يحصل على تعويض عن هذا الضرر من صاحب المصنع؟ أم سيعتبر فعل الرياح سبباً أجنبياً ينفي الضمان؟ لقد جاء منطق النظرية الموضوعية ليجيب على ذلك بأن صاحب المصنع يضمن هذا الضرر، فكما يغنم من عمل المصنع عليه أن يغرم بما يسببه نشاط المصنع من أضرار للناس.¹ ويذهب رأي² وبحق إلى أنه على مرتكب الفعل الضار المحتمل (potential tortfeasor) أن يواجه احتمال دفع تعويضات للمضرورين، بما يتناسب مع احتمال توافر علاقة السببية وفقاً لتقديرات إحصائية، وهذا يتطلب اعتماد المحاكم على نهج أكثر تطوراً لتقرير قيام المسؤولية من عدمه، وذلك عندما لا يوجد يقين على توافر علاقة السببية، ويرتبط هذا النهج بالتوسع في استخدام الأدلة الإحصائية والعلمية. ويضيف رأي آخر³ بهذا الخصوص إلى أن العدالة التصحيحية⁴ (corrective justice) تتطلب حصول المضرور على تعويض طالما وُجد ضرر مباشر، بغض النظر عن وجود خطأ من الفاعل أو ممارس النشاط.

allocation of risks, injuries, and losses (even those specific ones that are the consequences of human agency)". Ewing, Ibid, p. 4.

¹ طالما أن الضرر هو أساس المسؤولية وفقاً للنظرية الموضوعية، فإنه لا يجوز دفعها ما دام الضرر قد وقع من جراء النشاط ولو بغير خطأ المسؤول. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧)، ص ٣٨٧. على هذا الأساس يوجد اقتراح أن يتم استبدال (traditional causation) بـ (proportional causation)، وذلك لتفادي احتمال عدم حصول المضرور على تعويض، حيث بمقتضى هذا الاستبدال يحصل المضرور ولو على جزء من التعويض طالما توافرت عناصر المسؤولية الأخرى. انظر

Mark F. Grady, Marginal Causation and Injurer Shirking, Journal of Tort Law 7(1-2) (2014): 1-33.

So the but-for test is only an inclusive, rather than exclusive, test for factual causation. Wright, Ibid, p. 70.

² Robert Young & Michael Faure & Paul Fenn, Causality and Causation in Tort Law, International Review of Law and Economics 24 (2004): 507-523. P. 521.

³ Guido Calabresi, Toward A Unified Theory of Torts, Journal of Tort law 1(3) (2007): 1-9.

⁴ انظر في مفهوم العدالة التصحيحية وما تتميز به عن غيرها من أشكال العدالة

Adam S. Zimmerman, The Corrective Justice State, Journal of Tort law 5 (1-2) (2012): 189-225.

وبناء على ما تقدم أقترح إعادة تنظيم المسؤولية التقصيرية، بحيث يشترط لقيامها ركن وحيد هو ركن الضرر، بالإضافة إلى النص على اعتبار السبب الأجنبي لا ينفي الضمان إلا إذا كان فعل المضرور هو الذي سبب الضرر لنفسه،^١ ففي هذه الحالة الأخيرة يمكن القول بانتفاء الضمان،^٢ الأمر الذي يتطلب تعديل المادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية.

ومن الجدير توضيحه بهذا الخصوص أن استخدام الوسائل المشروعة في إطار ممارسة العمل التجاري من باب المنافسة بين التجار، لا يوجب الضمان،^٣ حيث يلاحظ أن المشرع استخدم في المادة (٢٨٢) لفظ "الإضرار" والذي يعني الفعل غير المشروع، وعليه ليس كل فعل منتج للضرر يوجب الضمان^٤، لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان، فقد ينتج ضرر اقتصادي لأحد التجار بفعل المنافسة المشروعة بين التجار، وفي هذه الحالة لا تقوم المسؤولية المدنية طالما أن المنافسة لم تخرج عن إطار الوسائل المشروعة،^٥ وهذا ما جاء في المادة (١٠٤) من قانون المعاملات المدنية: "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر".^٦ وعليه أعتقد أن إلحاق الضرر بالغير في غير

^١ ويذهب رأي إلى أن

victim negligence is not truly parallel to injurer negligence, it sometimes captures a type of fault or deficiency on the part of the victim, in the sense that an actor who behaves in that way is not entitled to a full tort damage remedy. Simons, Ibid, p. 66.

^٢ ويطلق الفقه الإنجليزي على هذه الحالة عبارة 'Sanctions for Victim's Conduct' والتي من الممكن أن تؤدي إلى تخفيض المسؤولية عن مرتكب الفعل الضار أو الإغفاء منها.

Peter Cane, The Anatomy of Tort Law (Oxford: Hart Publishing, 1997), p.101.

^٣ Cooke, Ibid, p. 4.

^٤ السرحان، خاطر، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

^٥ وقد نصت المادة (٩٦٥) من مجلة الأحكام العدلية على ذلك، حيث جاء فيها: "إذا اشتغل أحد بصناعة أو تجارة في سوق فليس للمشتغلين بهذه الصناعة أو التجارة أن يمنعوه من اشتغاله بداعي أنه يطرأ على ربحهم نقص".

^٦ ويطلق الفقه الإنجليزي على هذه القاعدة عبارة

'no injury can be done to a willing person', An obvious example is that of a boxer, who by entering a boxing match consents to being hit by an opponent. Elliott & Quinn, Ibid, p. 122.

مجال التنافس المشروع يوجب الضمان، حيث في هذه الحالة يعتبر استعمال الحق تعسفاً يوجب قيام المسؤولية وتضمنين الفاعل أو ممارس النشاط. يمكن أن أخلص إلى أن اعتناق النظرية الشخصية في المسؤولية التقصيرية يؤدي إلى الاعتداد بالسبب الأجنبي كسبب ينفي الضمان، أما اعتناق النظرية الموضوعية فيؤدي إلى عدم الاعتداد بالسبب الأجنبي، بحيث يلتزم الفاعل أو ممارس النشاط بتعويض المضرور حتى ولو وجد سبب أجنبي. وعليه فإن السياسة التشريعية لها تأثير واضح على أثر السبب الأجنبي على الضمان في نطاق المسؤولية التقصيرية.

المبحث الثالث

الاستبعاد الاتفاقي لأحكام الضمان

يقصد بالاستبعاد الاتفاقي لأحكام الضمان الاتفاق على خلاف الأحكام السابق بيانها فيمن يتحمل المسؤولية عن استحالة تنفيذ الالتزام. وسأتناول تحليل هذه المسألة في كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ثم موقف الفقه الإسلامي.

أولاً: مدى جواز الاتفاق في المسؤولية العقدية:

لم يتضمن قانون المعاملات المدنية نصاً صريحاً حول هذه المسألة فيما يتعلق بالضمان الناشئ عن الإخلال بالالتزامات العقدية، ولكن يمكن استخلاص جواز الاتفاق مثل هذا الاتفاق من خلال نص المادة (٣٨٣) من قانون المعاملات المدنية التي جاء فيها: "١. إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توكي الحيلة في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد أوفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي وان لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. ٢. وفي جميع الأحوال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".

يتضح من هذا النص أن المشرع الإماراتي أجاز الاتفاق على أن تكون العناية المطلوبة من المدين في تنفيذه لالتزامه أزيد من عناية الشخص العادي أو أقل، وفي هذا تعديل لأحكام الضمان، وعليه فإنه وفقاً لقانون المعاملات المدنية الإماراتي يجوز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان الناشئ عن المسؤولية العقدية سواءً بالتشديد أو

بالتخفيف أو بالإعفاء،^١ ويرجع السبب في ذلك إلى أن المسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بالتزام عقدي، بمعنى أن العقد هو وليد إرادة أطراف العقد، وعليه إذا كانت هذه الإرادة هي التي أنشأت العقد، فمن باب أولى أن تملك تعديل أحكام الضمان المتعلق بالمسؤولية المترتبة على الإخلال بهذا العقد،^٢ بالإضافة إلى أن الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو تخفيفه في نطاق التعاقد يشجع حركة التداول خاصة في المعاملات التجارية.^٣ وهذا يبين أن فكرة المسؤولية القانونية تعتبر تعبيراً عن فكرة العدالة التصحيحية، الأمر الذي يفسر جواز تعديل أحكامها أو الإعفاء منها.^٤

والتخفيف من الضمان في إطار المسؤولية العقدية يكون من خلال تخفيف مسؤولية المدين، ومثال ذلك الاتفاق على تحويل التزام المدين من التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية، أو الاتفاق على تخفيف درجة العناية المطلوبة، ففي هذه الأحوال يكون المدين موفياً بالتزامه إذا بذل العناية المطلوبة أو المتفق عليها حتى ولو لم تتحقق النتيجة.^٥ أما بالنسبة للإعفاء فيكون بالاتفاق على إعفاء المدين من ضمان الضرر الناشئ عن إخلاله بالتزاماته التعاقدية، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه، وهذا يعني أنه إذا كان الإخلال بالتزام التعاقدية ناشئاً عن غش أو خطأ جسيم من المدين، وكان يوجد اتفاق بين الدائن والمدين على إعفاء المدين من الضمان، فإن هذا الاتفاق لا يستفيد منه المدين في هذه الحالة، والغش يفيد تعمد المدين عدم تنفيذ التزامه، والخطأ الجسيم هو الذي لا يقع حتى من الشخص المهمل ويتساوى مع الفعل العمد، والقول بغير ما سبق يعني أن يكون التزام المدين معلقاً على شرط إرادي محض، بحيث يكون للمدين أن ينفذ التزامه أو ألا ينفذه، وهو أمر غير جائز.^٦ ومن صور تشديد الضمان أن يتم الاتفاق على أن يبقى المدين مسؤولاً حتى ولو كان عدم

^١ الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

^٢ سلطان، المرجع السابق، ص ٤٠٦.

^٣ السرحان، خاطر، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

^٤ Jansen, Ibid, p. 251.

^٥ جاد الحق، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

^٦ تناغو، المرجع السابق، ص ١٣٦.

تنفيذه للالتزام راجعاً إلى سبب أجنبي،^١ وفي هذه الحالة يمثل الالتزام نوعاً من التأمين، حيث يؤمن الدائن عن عدم التنفيذ الراجع إلى سبب أجنبي.^٢

ثانياً: مدى جواز الاتفاق في المسؤولية التقصيرية:

تنص المادة (٢٩٦) من قانون المعاملات المدنية على أنه: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار". يتضح من هذا النص أنه قبل قيام المسؤولية التقصيرية لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان، وإذا وجد مثل هذا الاتفاق فإنه يقع باطلاً، وبمفهوم المخالفة يجوز الاتفاق على تشديد الضمان، ويعتبر اتفاقاً صحيحاً. ويتفق شراح القانون^٣ على أن الاتفاق على التخفيف من المسؤولية عن الضمان يأخذ حكم الاتفاق على الإعفاء، وبالتالي يقع باطلاً مثل هذا الاتفاق، رغم أن النص السابق لم يتضمن هذا الحكم، وعليه أعتقد أن الأمر يتطلب تعديل المادة السابقة بحيث تتضمن كذلك النص على عدم جواز الاتفاق على التخفيف من الضمان. ومبرر هذا الحكم هو توفير الحماية للمضرور وضمان جبر الضرر الذي أصابه من المسؤول، على اعتبار أن أحكام المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام، والقانون هو الذي يحدد أحكامها.^٤

أما تشديد المسؤولية التقصيرية فهو أمر جائز ولا يخالف النظام العام، لأن من شأنه توفير حماية أكبر للمضرور. وتتخذ صورة التشديد الاتفاق مثلاً على تحمل مرتكب الفعل الضار للضمان حتى ولو نفى التقصير من جانبه أو أثبت وجود سبب أجنبي. وهذا ما قرره المشرع الإماراتي في المادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان، ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك".

¹ Amkhan, Ibid, p. 307.

² الجبوري، مصادر، المرجع السابق، ص ٦٢٩.

³ السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٩٨٠.

⁴ السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٩٨٠.

ومن الأمثلة على تعديل أحكام الضمان أن يتفق الجيران على أنه إذا ارتكب أحدهم فعلاً ضاراً أصاب الآخر بضرر فإنه يعفى من الضمان، أو يخفض الضمان من خلال إنقاص مبلغ التعويض عن حجم الضرر الحادث، أو بالاتفاق على مبلغ تعويض معين مهما بلغ حجم الضرر، ومن الأمثلة على ذلك أيضاً الاتفاق بين صاحب مصنع والملاك المجاورين.¹

ومن الجدير بيانه أنه بعد قيام المسؤولية التقصيرية بتوافر أركانها، يجوز الاتفاق بين المضرور والمسئول على تعديل أحكام الضمان بالإعفاء أو التخفيف أو التشديد، حيث يعتبر ذلك صلحاً بين الطرفين وهو أمر جائز لا يمنعه القانون.²

ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي من الاستبعاد الاتفاقي:

يوجد اختلاف بين المذاهب الفقهية الأربعة في الشريعة الإسلامية، حيث يذهب كل من المذهب الحنفي والحنبلي والشافعي في الشريعة الإسلامية إلى عدم صحة اشتراط الضمان على ما لا يجب فيه الضمان، وعدم صحة اشتراط عدم الضمان على ما يجب فيه الضمان، وذلك استناداً إلى أن مثل هذا الاشتراط يخالف مقتضى العقد، وأي شرط يخالف مقتضى العقد يكون غير صحيح،³ وبناء عليه إذا تم الاتفاق على أن يتحمل الحائز حيازة أمانة المسؤولية عن هلاك الشيء بسبب أجنبي فإن هذا الاتفاق يقع باطلاً، وكذلك إذا تم الاتفاق على ألا يتحمل الحائز حيازة ضمان المسؤولية عن هلاك الشيء بسبب أجنبي فإن هذا الاتفاق يقع باطلاً.⁴ فمثلاً إذا اشترط المعير على المستعير في عقد العارية أن يتحمل المسؤولية عن هلاك الشيء المستعار بسبب أجنبي، فإن هذا الشرط يكون باطلاً ولا ينتج أي أثر قانوني، وكذلك الحال إذا اشترط البائع على المشتري في عقد البيع عدم تحمل الأول مسؤولية هلاك

¹ عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٢٩١.

² سلطان، المرجع السابق، ص ٣٥٨.

³ الدردير، المرجع السابق، ص ٤٢٣. ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٤٧٣. البغدادي، المرجع السابق، ص ٢١١. القرطبي، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

⁴ محمد السكر، عزات الغنائم، شرط الضمان على المضارب في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ٣٩ (١) (٢٠١٢): ص ٥٣-٧١.

الشيء بسبب أجنبي قبل تنفيذ التزامه بالتسليم، فإن هذا الشرط يكون باطلا لا أثر له.^١

بينما يذهب المذهب المالكي إلى صحة هذا الاشتراط، وذلك استناداً إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "المسلمون عند شروطهم".^٢

يتضح مما تقدم أن جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية يعتبرون الأحكام المتعلقة بحيازة الأمانة وحيازة الضمان قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام، لذلك لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وهذا يعني أن الفقه الإسلامي لا يجيز الاتفاق على تحمل المدين بالالتزام المسؤولية عن السبب الأجنبي، على خلاف قانون المعاملات المدنية الذي أجاز الاتفاق على تحمل المدين المسؤولية عن السبب الأجنبي سواء في نطاق المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية.

وأعتقد أن ما يتميز به معيار التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة يدعو إلى ضرورة النص على اعتبار الأحكام المتعلقة بحيازة الضمان وحيازة الأمانة متعلقة بالنظام العام، أي اعتبارها قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وفقاً لما جاء في الفقه الإسلامي، وذلك نظراً لما يحققه هذا المعيار من عدالة في تحديد المتحمل للمسؤولية عن الضمان، ولأن الاتفاق على مخالفة هذا المعيار فيه مخالفة لمقتضى العقد، حيث إن إجازة الاتفاق على خلاف ما يقرره القانون يكون في المسائل الفرعية التي لا تعتبر من جوهر الحكم وبنائه،^٣ وعليه أقترح على المشرع العراقي النص على ذلك، وأقترح على المشرع الإماراتي الاقتداء بالمشرع العراقي في هذا التنظيم القانوني المتكامل المستقى من الفقه الإسلامي المتعلق بتحديد المتحمل للضمان في حالة وجود سبب أجنبي، مع النص على عدم جواز الاتفاق على خلاف هذه القواعد.

^١ الزحيلي، المرجع السابق، ص ٨٠١.

^٢ محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، الجزء الثالث (بيروت: دار الكلم الطيب، الطبعة الأولى، ١٩٩٩)، ص ٥٧٠.

^٣ لذلك فإن الشريعة الإسلامية تحيط أحكام المعاملات بإجراءات الضبط والتحديد، وتطلب من المتعاقدين الوفاء بالتزاماتهما التعاقدية وشروط العقد على ألا تتطوي على مخالفة لمقتضاه. عز الدين بن زغبة، مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية (دبي: مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، الطبعة الأولى، ٢٠٠١)، ص ٢٧٤.

الخاتمة

اتضح من البحث أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي نص على معيار التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد لتحديد المسؤول عن الضمان عند وجود سبب أجنبي، بحيث يكون الضمان على المدين بالالتزام في العقود الملزمة للجانبين وعلى الدائن بالالتزام في العقود الملزمة لجانب واحد. وخلصت إلى أن هذا المعيار يعتبر غير مجدياً في كل الحالات، كما أنه لا يتوافق مع نصوص القانون ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة، وفقاً للأسباب التي وضحتها في البحث. الأمر الذي تطلب البحث في معيار آخر هو معيار التفرقة بين عقود الضمان وعقود الأمانة التي نظمها الفقه الإسلامي، والتي اتضح منها أن السبب الأجنبي ينفي الضمان إذا كانت حيازة الحائز حيازة أمانة، أما إذا كانت حيازته حيازة ضمان فلا تأثير للسبب الأجنبي على الضمان.

وقد تضمن قانون المعاملات المدنية الإماراتي بعض النصوص التي توضح أثر السبب الأجنبي على الضمان، بالاعتماد على التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة، ولكن ذلك لا يمكن اعتباره تنظيمًا متكاملًا كما جاء في الفقه الإسلامي، بل هو مجرد تطبيقات على حالات معينة لا تشكل قاعدة عامة. أما القانون المدني العراقي فقد انفرد من بين التشريعات العربية في استقاء أحكام الفقه الإسلامي بشكل منظم بهذا الخصوص. وأعتقد أن معيار التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة هو معيار مقبول ودقيق وشامل ومنطقي وعادل، وذلك للأسباب التي وردت في البحث.

إن توضيح أثر السبب الأجنبي على الضمان في نطاق المسؤولية التقصيرية يرتبط بالسياسة التشريعية المتعلقة بهذا النوع من المسؤولية، حيث إن اعتناق النظرية الشخصية يؤدي إلى الاعتداد بالسبب الأجنبي كسبب ينفي الضمان، أما اعتناق النظرية الموضوعية فيؤدي إلى عدم الاعتداد بالسبب الأجنبي، بحيث يلتزم الفاعل أو ممارس النشاط بتعويض المضرور حتى ولو وجد سبب أجنبي. وعليه فإن السياسة

التشريعية لها تأثير واضح على أثر السبب الأجنبي على الضمان في نطاق المسؤولية التقصيرية.

قانون المعاملات المدنية لم يأخذ بالنظرية الشخصية، لأنه لم ينص على ركن خطأ واستبدله بركن آخر هو ركن فعل الإضرار. وكذلك لم يأخذ بالنظرية الموضوعية لأنها تقيم المسؤولية على ركن وحيد هو ركن الضرر ولا تعتبر السبب الأجنبي نافياً للضمان، في حين أن قانون المعاملات المدنية يقيم المسؤولية على ثلاثة أركان، ويعتبر السبب الأجنبي نافياً لعلاقة السببية بين فعل الإضرار والضرر، وبالتالي ينفي المسؤولية، ولا يلتزم محدث الضرر أو القائم بالنشاط الذي سبب الضرر بالضمان.

وعليه يمكن القول أن المشرع اعتنق ما جاء في الفقه الإسلامي كما هو بدون تغيير في تنظيم المسؤولية التقصيرية. وأعتقد أن هذا الموقف يحتاج إلى مراجعة، لكي يتحقق التناسق والتناغم بين النصوص القانونية والهدف منها، فالمشرع عندما قرر مسائلة عديم التمييز (كالمجنون والمعتوه) عن أفعاله التي تلحق الضرر بالغير، كان يهدف إلى تحقيق الحماية القانونية للمضروب، الذي لا ذنب له أن من أضر به شخص غير مميز، بل يكون من حقه أن يحصل على تعويض عن الضرر الذي أصابه. وبالتالي فإن هذا النهج يتطلب تعزيزه وتكاملته عدم الاعتماد بالسبب الأجنبي، بحيث يستحق المضروب تعويضاً حتى ولو وجد سبب أجنبي، وهذا هو منطق النظرية الموضوعية، والتي ساهم في ظهورها العديد من الأسباب كما جاء في البحث. وبناء على ما تقدم أقترح إعادة تنظيم المسؤولية التقصيرية، بحيث يشترط لقيامها ركن وحيد هو ركن الضرر، بالإضافة إلى النص على اعتبار السبب الأجنبي لا ينفي الضمان، إلا إذا كان خطأ المضروب هو الذي سبب الضرر لنفسه، ففي هذه الحالة الأخيرة يمكن القول بانتفاء الضمان. الأمر الذي يتطلب تعديل المادة (٢٨٧) من قانون المعاملات المدنية.

واتضح من البحث أن جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية يعتبرون الأحكام المتعلقة بحيازة الأمانة وحيازة الضمان قواعد أمرة تتعلق بالنظام العام، لذلك لا

يجوز الاتفاق على ما يخالفها، على خلاف قانون المعاملات المدنية الذي أجاز هذا الاتفاق، سواء في نطاق المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية. وأعتقد أن ما يتميز به معيار التفرقة بين حيازة الضمان وحيازة الأمانة يدعو إلى ضرورة النص على اعتبار أحكامهما متعلقة بالنظام العام، أي اعتبارها قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وفقاً لما جاء في الفقه الإسلامي، وذلك نظراً لما يحققه هذا المعيار من عدالة في تحديد المتحمل للمسؤولية عن الضمان، ولأن الاتفاق على مخالفة هذا المعيار فيه مخالفة لمقتضى العقد. حيث إن إجازة الاتفاق على خلاف ما يقرره القانون يكون في المسائل الفرعية التي لا تعتبر من جوهر الحكم وبنائه، وعليه أقترح على المشرع العراقي النص على ذلك، وأقترح على المشرع الإماراتي الاقتداء بالمشرع العراقي في هذا التنظيم القانوني المتكامل المستقى من الفقه الإسلامي المتعلق بتحديد المتحمل للضمان في حالة وجود سبب أجنبي، مع النص على عدم جواز الاتفاق على خلاف هذه القواعد.

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

١. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني (عمّان: بيت الأفكار الدولية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٧).
٢. أبي البركات الدردير، الشرح الكبير، الجزء الثالث (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧).
٣. أبي الحسن القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧).
٤. أبي محمد البغدادي، مجمع الضمانات، المجلد الأول (القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٩).
٥. أحمد القرافي، الفروق، الجزء الثاني (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨).
٦. أحمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢).
٧. أحمد موسى، ضمان المستأجر في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ٣٨ (٢) (٢٠١١).
٨. أسماء أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ٢٠٠٦.
٩. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة التاسعة، ٢٠١٦).
١٠. إياد جاد الحق، "مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، دراسة تحليلية"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ٢٠ (١) (٢٠١٢).

١١. إيداد جاد الحق، المصادر الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، العقد والتصرف الإنفرادي (الشارقة: الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الأولى، ٢٠١٤).
١٢. أيمن عبد العال، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق ١٩ (٢) (٢٠٠٣).
١٣. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥).
١٤. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية (القاهرة: ١٩٩٨).
١٥. حسن كيره، المدخل إلى القانون (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ١٩٩٣).
١٦. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام (القاهرة: دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦).
١٧. سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات (القاهرة: مطبعة لجنة البيان العربي، الطبعة الأولى، ١٩٦١).
١٨. سمير تتاغو، مصادر الالتزام (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥).
١٩. شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء التاسع (بيروت: دار المعرفة، الطبعة الأولى، ١٩٨٩).
٢٠. الشهابي إبراهيم الشرقاوي، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، العقد والتصرف الإنفرادي (الشارقة: الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الرابعة، ٢٠١٤).
٢١. عادل الشمري، قاعدة عدم ضمان الأمين في الفقه الإسلامي، مجلة رسالة الحقوق ٢ (٣) (٢٠١٠).

٢٢. عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، مصادر الالتزام (كلية شرطة دبي، الطبعة الأولى، ١٩٩٩).
٢٣. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية الجديدة، ١٩٩٨).
٢٤. عبد السميع أبو الخير، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي (أبو ظبي: مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢).
٢٥. عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية (الرباط: دار الأمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٨).
٢٦. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٦).
٢٧. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام الارادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي (أبو ظبي: جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠).
٢٨. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام (القاهرة: نهضة مصر، الطبعة الثالثة الجديدة، ٢٠١١).
٢٩. عدنان السرحان، نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، ٢٠١٦).
٣٠. عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء (القاهرة: القاهرة الحديثة للطباعة، الطبعة الأولى، ١٩٨٨).
٣١. عز الدين بن زغبية، مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية (دبي: مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، الطبعة الأولى، ٢٠٠١).

٣٢. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، الطبعة الأولى، ١٩٧١).
٣٣. علي حيدر، دُرر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول (بيروت: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣).
٣٤. علي حيدر، دُرر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد الثاني (بيروت: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣).
٣٥. علي حيدر، دُرر الحكام، شرح مجلة الأحكام، المجلد الرابع (بيروت: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣).
٣٦. فتحي عبدالله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام (الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ٢٠٠١).
٣٧. قاسم الحمود، أحكام ضمان الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ١٠ (١) (٢٠١٣).
٣٨. محمد الحسن البغا، "التقنين في مجلة الأحكام العدلية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ٢٥ (٢) (٢٠٠٩).
٣٩. محمد السكر، عزات الغنائيم، شرط الضمان على المضارب في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ٣٩ (١) (٢٠١٢).
٤٠. محمد الشوكاني، شرح فتح القدير، الجزء الخامس (القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨).
٤١. محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، الجزء الثالث (بيروت: دار الكلم الطيب، الطبعة الأولى، ١٩٩٩).
٤٢. محمد الفناري، فصول البدائع في أصول الشرائع، الجزء الخامس (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦).

٤٣. محمد بن جُزي الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية (بيروت: دار النفائس، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ).

٤٤. محمد بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، المجلد الثاني عشر (الرياض: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣).

٤٥. محمد زهرة، المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (أبو ظبي: جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣).

٤٦. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٦).

٤٧. نزيه المهدي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠).

٤٨. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء التاسع (دمشق: دار الفكر، الطبعة الرابعة والثلاثون، ٢٠١٤).

٤٩. ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة موازنة (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٢٠١١).

٥٠. ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، أحكام الالتزامات، دراسة موازنة (عمّان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٢٠١١).

ثانياً: المراجع الأجنبية:

1. Adam S. Zimmerman, The Corrective Justice State, Journal of Tort law 5(1-2) (2012).
2. Adnan Amkhan, Force Majeure and Impossibility of Performance in Arab Contract Law, Journal Arab Law Quarterly 6(3) (1991).

3. Benjamin Ewing, The Structure of Tort Law, Revisited: The Problem of Corporate Responsibility, *Journal of Tort Law* 8(1-2) (2015).
4. Bertil Bengtsson & others, Tort and Insurance Law, Children in Tort Law, Part I: Children as Tortfeasors (WienNewYork: Springer, 2006).
5. Beth Walston Dunham, Introduction to Law (Thomson: New York, Fourth Edition, 2004).
6. Boris Stark, Essai d'une theorie generale de la responsabilite civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine prive these, Paris, 1947.
7. Catherine Elliott & Frances Quinn, Tort law 4 (Pearson: Harlow, Eighth Edition, 2011).
8. Cees Van Dam, European Tort Law (Oxford: Oxford University Press, Second Edition, 2013).
9. Emily Finch & Stefan Fafinski, Tort law 3 (Pearson: Harlow, Third Edition, 2011).
10. Ewan MacIntyre & Josephine Bisacre, Scottish Business Law (Pearson: Harlow, First Edition, 2013).
11. Ewan McKendrick, Force Majeure and Frustration of Contract (Oxon: Informa Law from Routledge, Second Edition, 2013).
12. Frank August Schubert, Introduction to Law and the Legal System (Boston: Wadsworth, Tenth Edition, 2012).
13. Guido Calabresi, Toward A Unified Theory of Torts, *Journal of Tort law* 1(3) (2007).
14. James Barnes & Terry Dworkin & Eric Richards, Law for Business (Indiana: McGraw-Hill Higher Education, Seventh Edition, 2000).
15. Jeffrey O'Connell, *Tort Versus No-Fault: Compensation and Injury Prevention*, 19(1) Accident Analysis & Prevention (1987).

16. John Cooke, *Law of Tort* (Liverpool: Pearson Longman, 9th Edition, 2009).
17. John Oberdiek, *Philosophical Issues in Tort Law*, *Philosophy Compass Journal* 3(4) (2008).
18. Joshua Getzler, Richard Epstein, *Strict Liability, and the History of Torts*, *Journal of Tort law* 3(1) (2010).
19. Keith N. Hylton, *Information and Causation in Tort Law: Generalizing the Learned Hand Test for Causation Cases*, *Journal of Tort Law* 7(1-2) (2014).
20. Kenneth W. Simons, *Victim Fault and Victim Strict Responsibility in Anglo-American Tort Law*, *Journal of Tort Law* 8(1-2) (2015).
21. Kubasek et al, *Dynamic Business law* (Ohio: McGraw-Hill Education, Custom Edition, 2010).
22. Louis Josserand, *De La responsabilite du fait des choses inanimees*, Paris, 1897.
23. Marcel Planiol, *Etude Sur Responsabilite Civil*, *Revue Critique Legis et Juris*, 1905.
24. Mark F. Grady, *Marginal Causation and Injurer Shirking*, *Journal of Tort Law* 7(1-2) (2014).
25. Michael Stathopoulos, *General Principles of Obligation Law* (Athens: Sakkoulas, third edition, 1998).
26. Neil Andrews, *Arbitration and Contract Law, Common Law Perspectives* (Cambridge: Springer, 2016).
27. Nils Jansen, 'The Idea of Legal Responsibility', *Oxford Journal of Legal Studies* 34(2) (2014).
28. Peter Cane, *The Anatomy of Tort Law* (Oxford: Hart Publishing, 1997).

29. Peter Van Wijck & Jan Kees Winters, The Principle of Full Compensation in Tort Law, European Journal of Law and Economics 11(3) (2001).
30. Phil Harris, An Introduction to Law (Cambridge University Press: Cambridge, Seventh Edition, 2007).
31. Richard Stone & James Devenney, The Modern Law of Contract (Oxon: Routledge, Eleventh Edition, 2015).
32. Robert Young & Michael Faure & Paul Fenn, Causality and Causation in Tort Law, International Review of Law and Economics 24 (2004).
33. Samuel J. Stoljar, The False Distinction between Bilateral and Unilateral Contracts, The Yale Law Journal 64(4) (1955).
34. Suhaimi Ab Rahman, 'The Influence of Guarantees in the United Arab Emirates', Journal Arab Law Quarterly 22(4) (2008).

ثالثاً: مجموعات الأحكام القضائية:

١. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية الخامسة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١١).
٢. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السابعة، الجزء الثاني (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٣).
٣. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السادسة، الجزء الرابع (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٢).

٤. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السادسة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٢).

٥. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السابعة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٣).

٦. مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السادسة، الجزء الأول (أبو ظبي: دائرة القضاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٢).