حكم رجوع التابع على المتبوع بما دفعه للمضرور

الباحث/ بدر براك حمود محسن

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا ومحمد ﷺ وعلى وأصحابه ومن والاه، أما بعد،،،

فإن المسؤولية عن فعل الغير من الموضوعات الجديرة بالبحث، والحقيقة بالاهتمام من قبل الباحثين، نظراً لأهمية مسائل هذا الموضوع، وصلته الوثيقة بالواقع العملي وتعاملات الناس هنا وهناك.

كما أن قضايا ومسائل المسؤولية عن فعل الغير تشتمل على العديد من المسائل التي تحتاج من الباحثين إلى إعمال الفكر وبذل الجهد للوقوف بدقة على موقف الشريعة الإسلامية منها، والآثار التي تترتب على ذلك، فكثير من هذه الصور يحتوي على إشكالات كثيرة، وتعقيدات عديدة، تصَعِّب الأمر على من يريد إصدار حكم فقهي عليها، ولهذا اخترت دراسة هذا الموضوع في هذا البحث الذي عنونت له بـــ(**أحكام المسؤولية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، دراسة مقارنة**).

أسباب اختيار الموضوع:

١- ظهور العديد من صور المسؤولية عن فعل الغير في العصر الحديث، مما يستلزم مجابهتها بتطور تشريعي يقنن أحكامها، ويوضح عقوباتها.

٢- الحاجة إلى بيان التكييف الفقهي لبعض صور المسؤولية عن فعل الغير.

٣- الرغبة في إظهار حيوية الفقه الإسلامي وقدرته على مسايرة التطور والتقدم المتلاحق والمستمر، وهذه الخصائص يتمتع بها كونه نابعاً من الشريعة الإسلامية الصالحة لكل زمان ومكان.

٤- الرغبة في الوقوف على أوجه الفرق بين الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية (ممثلة في القانونين الكويتي) فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير.

٥- إن هذا الموضوع قريب من عمل الباحث، لذا فهو يفيده جدا في حياته العملية.

منهج البحث:

يعتمد البحث على المنهج الاستقرائي.

حيث يتم تتبع الآراء الفقهية والقانونية حول أحكام الجهالة من واقع المصادر العلمية التى انصبت على هذه المسائل وتناولتها بالعرض والتحليل.

كما يعتمد البحث على المنهج المقارن، حيث يتم ابراز أوجه الالتقاء والاختلاف بين الاتجهات الفقهية حول مسائل البحث، ويعتمد البحث أيضا على المنهج التحليلى حيث الأسس التى استندت إليها الآراء الفقهية الواردة بشأن مسائل البحث، ومناقشة هذه الأسس.

وتتمثل الاجراءات المنهجية التى يتبعها البحث فى الخطوات الآتية:

أولا: جمع المادة العلمية من المصادر الأصيلة، ومحاولة التتبع والاستقصاء لكل ما كتب في الموضوع.

ثانيا: الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتــبرة، مع ذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف.

ثالثًا: توثيق أقوال الفقهاء وأدلتهم من مراجعها الأصيلة، دون الاعتماد على المراجع الوسيطة في نسبة الأقوال أو الأدلة.

رابعًا: أذكر بعض الأحكام التي تخص المبحث، كالتعريف، وبيان المشروعية – إذا كانت متفقًا عليها – والحكم الفقهي.

خامسًا: أبحث المسألة – موضع البحث – بحثًا يعتمد المنهج الاستقرائي التحليلي، والمقارن بين مذاهب الفقه الإسلامي المعتمدة، وقد أضيف إليها بعض أقوال السلف من الصحابة والتابعين، ويكون ذلك بتحرير محل النزاع في المسألة، وسرد أقوال الفقهاء في المسألة، والاستدلال لكل قول، مع ذكر ما قد يرد عليها من مناقشة أو اعتراض، وأخيراً أختم المسألة بالترجيح.

سادسًا: عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها في المصحف الشريف.

سابعا: تخريج الأحادي النبوية بعزوها إلى مظانها من دواوين السنة، فإن كان الحديث قد أخرجه الشيخان أو أحدهما فإني أكتفي بالعزو إليهما أو إلى أحدهما، أما ما لم يخرجاه فإني أخرجه بحسب موضعه في كتب السنة الأخرى، مع ذكر درجته عند المحدثين.

ثامنا: أترجم للأعلام غير المشهورين، بتراجم مختصرة.

تاسعا: ذكر بيانات مراجع البحث عند أول مرة يرد فيها.

حكم رجوع التابع على المتبوع بما دفعه للمضـــرور.

لما كانت مسئولية المتبوع في الشريعة الإسلامية تختلف عنها فـــي القـــانون الوضـــعى فكان ولابد أن تختلف آثارها كذلك.

ولما كانت مسئولية المتبوع في ظل الشريعة الإسلامية لا تجـــد لهـــا مكانـــا بـــالمعنى المتعارف عليه في القانون، وذلك لاعتناق الشريعة الإسلامية مبدأ المسئولية الشخصية، وأن الضـــرر فيها يتصور أن يكون عن طريق إما المباشرة أو التسبب، وأن القواعـــد الحاكمة للمسئولية هنا تقتضى أن المباشر يسال ولو لم يتعد وان المتسبب لا يـــسأل إلا بالتعدي وإذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمسئولية على المباشر ما لـــم يـــستغرق عمـــل المتسبب أو يشتركان في إنتاج الضـــرر فيشتركان في الضمان.

إذن فمن المتصور أن يكون المتبوع في ظل الشريعة مسئولا بالتـــسبب ولكنهـــا تكـــون مسئولية شخصية رغم أن الفاعل للفعل المنتج للـــضـــرر هـــو شـــخص آخـــر، إلا أن المتبوع تسبب في إرتكاب الفاعل للفعل إما بالأمر أو بالإغراء أو بالإكراه أو بالتسليط، وبالتالي يكون من حقه دفعها ما وجد لذلك سبيلا ولما كانت الشريعة الإسلامية لم تعتنق نظرية متكاملة لدفع المسئولية (الضمان) فإننا يمكن أن نتوصل لذلك من خـــلال النظـــر في القواعد الفقهية التي تناولها الفقه الإسلامي مع الوضع في الاعتبار الـــشروط التـــي يتطلبها الضمان في الفقه الإسلامي.

ولقد سبق أن تعرضنا لدفع متولى الرقابة للضمان عن نفسه والتي لا تختلف كثيرا عـــن دفع مسئولية المتبوع، حيث أن كلاهما يدفع مسئولية شخـــصية ووف نتنـــاول صـــورا أخرى ــ إضافة لما سبق ذكره ــ يمكن من خلالها التوصل على إمكانية دفع المتبـــوع لمسئولية وذلك في أربعة مطالب كالاتى:

أولا: حالة الجواز الشرعى.

ثانيا: عدم التعدي.

ثالثاً: حدالة الضـــرورة.

رابعاً: حالة الدفاع الشرعى.

المطلب الأول: حالة الجواز الشرعي

الحاكم في هذه الحالة هي القاعدة الفقهية القائلة " الجواز الشرعى ينافى الضمان"[١] بالرغم من أن أساس الضمان في الفقه الإسلامي هو الضرر وليس الخطأ ومع ذلك فقد يرتكب الإنسان افعالا يترتب عليها اضراراً بالغير ومع ذلك لا يضمن، لأن الفقه نص على جوازها شرعا رغم ما تنطوى على من إضرار للآخرين. [٢]

ومن أمثلة ذلك:

١- لوحفر إنسان في ملكه بئرا فواقع فيه حيوان وهلك لا يضمن حافر البئر شيئا لأن تصرف المرء بملكه غير مقيد بشرط السلامة أما لو تلف الحيوان في بئر حفرة شخص في الطريق العام بدون إذن ولي الأمر، أو في ملك الغير، أو في الملك المشترك فيلزم حينئذ ضمانه لأنه لا يحق لأحد أن يحفر بئرا في أرض بدون مسوغ شرعى ولكن المقدار الذي يلزم ضمانه فيما لو كانت الأرض مشتركة بين اثنين مناصفة مثلا وحفر أحدهما فيها بئرا فسقط فيه حيوان وتلف نص قيمة الحيوان. [٣]

٢- إذا حفر أحد بئرا في خار حريم بئر فتسربت مياة البئر الأولى على تلك البئر فلا يلزم شيء، كما أنه لو فتح احد دكانا في جانب دكان أخر وسدت تجارة الأول فلا تغلق الثانية. [٤]

٣- إذا إشتغل واحد بصنعة أو تجارة في سوق فليس لأرباب هذه الصنعة أو التجارة أن يحجروه أو يمنعوه عن اشتغاله بهذه الصنعة أو التجارة بقولهم يطرأ على ربحنا وكسبنا خلل. [٥]

٤- لو وجد الإذن بحق من الحاكم ك كما لو هلك الشخص المحدو اوالمعزر عند إقامة العقوبات الشرعية أو وقع شخص في حفرة في الطرق العام حفرت بإذن الحاكم، أو

---

(١) مجلة الأحكام العدلية ــ مادة رقم ٩١.

(٢) المسئولية المدنية، د. . إبراهيم الدسوقى أبو الليل ــ ص ١٨.

(٣) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ت على حيدر ــ تعريف فهمى الحسينى ــ ج ١ ــ دار عالم الكتب ــ الرياض ــ ١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٣ م المادة ٩١.

(٤) درر الحكام ــ ــ مادة ١٣٨٨ ــ ٣/ ٢٩٢.

(٥) درر الحكام ــ ج ٢ ــ مادة ٩٦٥، المسئولية المدنية بين التقييد والإطلاق، للدكتور إبراهيم الدسوقى أبو الليل ــ ص ٣١٨.

كان أمرا بالإتلاف صادرا من صاحب المال نفسه، أو كان الفعل ناتجا عن ممارسة الشخص لحقه بدون تعسف منه. (١)

بالقياس على ما سبق من قواعد لو أن سيدا أو مخدوما أو صاحب عمل أمر تابعه بحفر بئر في ملكه، أو حفر بئر في خارج حريم بئر، أو أن يفتح كانا بجانب دكانا آخر وحدثت الأضرار المذكورة سابقا فإن الأمر – باعتباره متسببا في الضرر – يستطيع دفع الضمان استنادا إلى ما سبق من قواعد.

الأول: أنه لا يضمن إلا إذا حدث تعد منه، وبهذا قال الحنفية(٢) والشافعية في الصحيح(٣) والظاهرية(٤) والزيدية(٥) والإمامية. (٦)

وقد استدلوا على رايهم بالمعقول فقالوا:

١- عن يد الأجير يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي. (٧)

٢- إن الأجير المشترك قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمن كالمضارب.(٨)

الثاني: أن الأجير المشترك يضمن ما اتلفه، وهو رأى الشافعية في قول(٩) والحنابلة(١٠) والصاحبان وعمر وعلى رضى الله عنهما(١١) وقد استدل اصحاب هذا الرأي بالآتى:

١- إن الأجير المشترك قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعير.(١٢)

٢- أن عمل الأجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضمونا كالعدوان بقطع عضو، والدليل على انه مضمون عليه انه لا يستحق العوض غلا على

(١) كشاف القناع – البهوتي – ٦/ ٧، موانع الضمان في الفقه الإسلامي – محمد محمود دوجان العموش – رسالة دكتوراة من كلية الدراسات العليا – الجامعة الأردنية – ٢٠٠٥ – ص ٢٣.

(٢) المبسوط للسرخسى ١٥/ ٨٠، البحر الرائق لابن نجيم ٨/ ٤٧.

(٣) مغنى المحتاج للشربينى – ٢/ ٣٥١.

(٤) المحلى لابن حزم ٨/ ٢٠١.

(٥) شرح الأزهار لأحمد بن يحيى المرتضى – مكتبة غمضان – صنعاء – ١٤٠٠ هـ – ٣/ ٢٨١.

(٦) فقه الصادق لمحمد صادق الوحانى – مؤسسة دار الكتاب – رقم – ١٤١٣ هـ – الطبعة الثالثة – ١٩/ ١٤٥.

(٧) البحر الرائق لابن نجيم ت ٧/ ٥١٣.

(٨) تكملة المجموع شرح المهذب للشيرازى – تحقيق محمد نجيب المطيعى – دار الفكر بيروت – بدون تاريخ ١٥/ ٩٦.

(٩) مغنى المحتاج للشربينى ت مرجع سابق – ٢/ ٣٥١.

(١٠) المغني لابن قدامة – ٦/ ١٠٦.

(١١) البحر الرائق لابن نجيم ٤٧/٨، المبسوط للسرخسى ١٥/ ٨٠.

(١٢) مغنى المحتاج للشربينى – ٢/ ٣٥١.

العلم وان الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له اجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه. [١]

الترجيح:

١- أن يد الأجير المشترك يد أمانة، ويد الأمانة لا تضمن إلا بالتعدي والتقصير.

٢- أن فائدة عمل الأجير المشترك عائدة إليه وإلى المالك فلا يضمن.

٣- أن قياس عمل الأجير المشترك على قطع عضو عدوانا قياس مع الفارق لأنه متعد في قطع العضو، أما الأجير فلا يوجد منه تعد، ولو وجد التعدي لضمن ذلك. [٢]

وهكذا نجد أن المتبوع باعتباره متسببا يستطيع بإثبات عدم التعدي أن يدفع مسئوليته عن الضمان.

المطلب الثالث: حالة الضرورة

القاعدة أن الضرورات تبيح المحظروات[٣] وهذه القاعدة تعنى انه قد يوجد الشخص في حالة ضرورة، كما لو كان مهدداً في حياته فقد أباحت له أن يرتكب ما قد يكون محظورا عليه في الأحوال العادية، وقد يكون هناك خطر يحيق بالوطن مما يقتضى لدرئه أن يقع الضرر ببعض الأفراد، فهنا وجب تطبيق قاعدة " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"[٤] فلو قتل المسلمون مسلما تترس به الكفار في حالة الضرورة، فلا قصاص، ولكن هل يكون هناك ضمان لديته ام لا ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على رايين:

الرأي الأول: وقال به الحنفية[٥] والشافعية في قول لهم[٦] والحنابلة في رواية[٧] ويرون ألا تضمن ديته.

---

(١) المغني لابن قدامة ــ ٦/ ١٠٦، ١٠٧.

(٢) موانع الضمان في الفقه الإسلامي ــ ص ٩٨.

(٣) مجلة الأحكام العدلية ــ مادة ٢١، الفقه الإسلامي ــ مصطفى الزرقا ــ ص ١٠٠٣، درر الأحكام ت على حيدر ــ ص ٣٧.

(٤) مجلة الأحكام العدلية ــ مادة ٢٧، الفقة الإسلامي ــ مصطفى الزرقا ــ ص ٩٩٤، درر الأحكام ــ ص ٤٠، موانع الضمان في الفقه الإسلامي ــ ص ٢٢٢.

(٥) حاشية رد المحتار لابن عابدين ــ ٤/ ٣٠٥.

(٦) تكملة المجموع للمطيعى ــ ص ٧.

(٧) المغني لابن قدامة ــ ٩/ ٣٩٩.

وحجتهم في ذلك:

١- أن القاتل مضطر إلى رميه. [١]

٢- لأن رمى الكفار فرض على المسلم والفروض لا تقرن بالغرامات. [٢]

٣- يقاس على من مات بالحد أو القطع فلا ضمان على من اقام الحد عليه. [٣]

الرأي الثاني: وقال به المالكية[٤] والشافعية في قول أخر[٥] والحنابلة في رواية أخرى[٦] وهؤلاء قالوا يضمن ديته.

وحجتهم في ذلك: بأنه ليس من جهة المقتول تفريط في الإقامة بين الكفار فلم يسقط ضمانه. [٧]

والرأي الراجح: هو الأول للآتي:

١- أن هذه حالة ضرورة، فالرامي مضطر لرمي الكفار محافظة على أرواح المسلمين، والقواعد الفقهية تنص على أنه " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما"[٨] و " يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام".[٩]

٢- أن رمي الكفار فرض من الفروض، والمسلم ملتزم بتنفيذ أمر الشارع، والفروض لا يترتب عليها ضمان. [١٠]

مما سبق نجد أن المتبوع إذا ما تسبب في إحداث ضرر في حالة ضرورة فله أن يدفع مسئوليته عن التعويض استنادا على ذلك.

المطلب الرابع: حالة الدفاع الشرعي

يكاد ينعقد الإجماع بين الفقهاء المسلمين على حق الإنسان في الدفاع عن نفسه أمام أي خطر يداهمه، وهذا ما يعرف في الشريعة الإسلامية بدفع السائل والصائل على غيره

---

(١) تكملة المجموع للمطيعى ــ ١٩/ ٧.

(٢) حاشية رد المحتار لابن عابدين ــ ٤/ ٣٠٥.

(٣) المرجع السابق ــ نفس الموضوع.

(٤) حاشية رد المحتار لابن عابدين ــ ٢/ ١٧٨.

(٥) تكملة المجموع للمطيعى ــ ١٩/ ٧.

(٦) المغني لابن قدامة المقدسى ــ ٩/ ٣٩٩.

(٧) تكملة المجموع للمطيعى ــ نفس الموضوع السابق.

(٨) مجلة الأحكام ــ مادة ٢٨، الفقه الإسلامي لمصطفى الزرقا ــ ص ٩٩٥.

(٩) مجلة الأحكام ــ مادة ٢٦، الفقه الإسلامي لمصطفى الزرقا ــ ص ٩٩٥.

(١٠) موانع الضمان في الفقه الإسلامي ــ ص ٢٢٣.

قد يكون إنسانا أو حيوانا، وقد أباحت الشريعة الاسلامية دفع خطر الصائل بالأخف فالأخف، فغذا قدر على دفعه بدون جناية عليه فلا يحل له أن يوقع به ضرراً، فإن أحداثه مع القدرة ضمن أما إذا لم يستطع دفع يصاله إلا بقتله ــ حيواناً كان أو إنسانا ــ فإن ذلك يعد دفاعا عن النفس تأذن به الشريعة الإسلامية ولا يضمن والدفاع عن النفس يكون إما بالدفع عن النفس أو الطرف ومنفعته أو البعض ومقدماته وعن المال وإن قل إذا كانت المذكورات معصومةبشرط أن يبدأ بالأخف فالأخف، فغذا ترتب على الدفع موت الصائل فلا ضمان على الدافع، وبهذا يقول الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] والزيدية[٥] والإمامية[٦] وحجتهم في ذلك قول الرسول ﷺ (من قتل دون ماله فهو شهيد). [٧]

ومن أمثلة ذلك:

إذا دخل رجل دار غيره بغير إذنه فأمره صاحب الدار بالخروج فإن لم يقبل دفعه بما يدفع من قصد ماله ونفسه فإن قتله وأقام البينة على انه دخل عليه داره مقبلا عليه بسلام قد شهره فلا ضمان على القاتل لأن الظاهر انه دخل الدار قاصدا قتله وبذلك قال الشافعية[٨] والظاهرية[٩] فالمانع من الضمان في هذه المسألة هو وجد حالة الدفاع الشرعى. [١٠]

وبناء على ذلك لو أن المتبوع أمر متبوعة أو أغراه بقتل صائل يصول عليه ولا مجال لدفعه إلا بذلك، فإنه لا شك يستطيع التخلص من الضمان بإثبات ذلك وأود أن أذكر أن ما سبق ذكره من حالات يمكن لمتولى الرقابة من خلالها التخلص من المسئولية ليست على سبيل الحصر، بل عن هناك الكثير من الحالات التي لا يتسع لها المجال، ولكننا

(١) البحر الرائق لابن نجيم ــ ج ــ ص ٦٣، الدر المختار للحصكفي ــ ٧/ ١١.
(٢) حاشية الدسوقي ــ ٤/ ٣٥٧.
(٣) روضة الطالبين للنووي ــ ٧/ ٣٩٢.
(٤) المغني لابن قدامة المقدسى ــ ٦/ ٥٣١، كشاف القناع للبهوتي ــ ٢/ ١٦٧.
(٥) شرح الأزهار للمرتضى ــ ٤/ ٤٣٦.
(٦) فقه الصادق للروحاني ــ ٢٥/٥٤.
(٧) صحيح البخارى ــ ج ــ ص ١٣٦ ــ رقم ٢٤٨٠، صحيح مسلم ــ ١/ ١٢٤ ــ رقم ٢٢٦.
(٨) تكملة المجموع للمطيعي ــ ١٩/ ٢٥٦، روضة الطالبين للنووي ٧/٣٩١.
(٩) المحلى لابن حزم ــ ١١/ ١٣.
(١٠) موانع الضمان في الفقه الإسلامي ــ ص ٢٤٧.

أردنا أن ندلل على أن المتبوع في ظل الشريعة الإسلامية يستطيع دفع مسئوليته، وذلك على خلاف القانون الوضعى الذي لا يسمح للمتبوع أن يجد لذلك سبيلا.

المطلب الخامس: مدى إمكانية رجوع المتبوع على التابع بما غرم فى الفقه الإسلامي:

ذكرنا فيما سبق أن من الفقهاء من أسس لمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه الضارة بالغير على أساس النيابة، ومنهم من اسس ذلك على أساس تحمل التبعة، وفي جميع الأحوال لم يختلف الأمر حيث أن يد التابع تكون كيد المتبوع تماماً، أي أنها يد أمانة وليست يد ضمان، وبالتالي فإن أي تلف يحدث لما يكون تحت يد التابع فإنه يكون كأنه تلف تحدث يد المتبوع ولا يسال التابع عنه، ولذلك لا يكون من حق المتبوع الحق في الرجوع على التابع لأنه يكون بمثابة الرجوع على نفسه وهذا لا يجوز، أو أن الضرر الذي يسببه التابع يكون مقابل مكسب يحققه المتبوع من وراء عمل التابع تطبيقا لقاعدة الغنم بالغرم[1] ولذلك قال الفقهاء " ولو تخرق الثوب بدق اجير القصار لا ضمان عليه ولكن يجب الضمان على الأتاذ لأن فعله ينتقل إليه كأنه فعله بنفسه".[2]

هل يتقادم الحق في المطالبة بالتعويض ؟

يتبادر إلى الذهن أن التعويض إذا ما ثبت للمضرور بالشروط السابق ذكرها، هل يمكن مع مرور الوقت وعدم مطالبة المضرور به لمدة معينةان يؤدي ذلك على سقوط حقه في المطالبة بالتعويض ؟ وإذا كان الأمر كذلك فما هي المدة المحددة لذلك ؟ للإجابة على ذلك يجب أن نعرف معنى التقادم أولاً: التقادم: هو مضى الزمن الطويل على وجود الشيء، ومنه تقادم الدعوى، أي مرور مدة طويلة يحدده النظام على الدعوى دون أن يحركها صاحبها. [3]

(١)مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه، للدكتوررأفت حماد ــ ص ٢٧٥، ٢٧٤.

(٢) حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي ــ على هامش تبيين الحقائق للزيلعي ــ ص ١٣٦.

(٣) أحكام المعاملات ــ د. كامل موسى ــ مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ الطبعة الثانية ــ ١٤١٥ هـ / ١٩٩٤م ــ ص ٤٦.

أما من حيث تاثير التقادم على سقوط الحق في عدمه فالحقيقة أن هناك شبه إجماع بين الفقهاء المسلمين على أن التقادم لا يعتبر سندا للملكية ولا يبرر سقوط الحق[١] وقد قال الحنفية ــ كما في مجلة الأحكام ــ يعد مرور الزمن مانعا من سماع العوى ولا فرق من ذلك بين دعاوى الملك ودعاوى الدين في الحقوق العينية والحقوق الشخصية، وأن المدة المانعة من سماع الدعوى هي خمس عشرة سنة إلا أن التقادم لا يعتبر سببا مكسبا للملكية في الشريعة الإسلامية لما في ذلك من إبطال لحقوق المالك الحقيقي[٢] ولقد استثنى الأحناف في مدة التقادم ما يلى:

١- المحال التي نفعها للعموم كالطريق العام والنهر مثلا، فلو تصرف فيه أحد خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه أهل قرية فتسمع دعواهم. [٣]

٢- الوقف والحقوق العينية في عقار الوقف كدعوى الريق لا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة. [٤]

٣- الأراضى الأميرية وحقوق الطريق الخاص والمسيل والشرف فلا تسمع فيها الدعوى بعد مرور عشر سنين.

وعموما فإن الشريعة الإسلامية تقر القاعدة الكلية أن الحق لا يسقط بالتقادم ويؤيد هذه القاعدة الحديث الشريف " لا يبطل حق إمرئ مسلم وإن قدم"[٥]

وور بالمبسوط " ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ولم يكن مانع من الدعوى ثم ادعى لا تسمع دعواه، لأن ترك الدعوى مع التمكن فيل على عدم الحق ظاهراً".[٦]

مما سبق يتضح أن التقادم لا يسقط حق المضرور في دعواه ضد التابع أو المتبوع أو ضدهما معا، لكن الفقه وضع حدا لسماع الدعوى حتى تستقر الأوضاع في القضاء،

---

(١) الدر المختار ــ ٣/ ٥٣٣، المدونة الكبرى ١٢/١٣، المهذب للشافعى ٢/ ٣١٠،المغني لابن قدامة ــ ١٠/ ٢١٥، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ــ الشيخ محمد أبو زهرة ــ دار الفكر العربى ــ بدون تاريخ ــ ص ١٦٠ الفقه الإسلامي وأدلته ــ د. وهبة الزحيلى ٦/ ٤٥٦٣.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ــ ص ٢٩٥ وما بعدها.

(٣) مجلة الأحكام ــ المادة ١٦٧٥.

(٤) مجلة الأحكام ــ المادة ١٦٦١، ١٦٦٣.

(٥) مجلة الأحكام ــ المادة ١٦٦٢.

(٦) احكام المعاملات ــ ص ٤٨.

وذلك على خلاف القانون الوضعى الذي حدد مددا معينة لسقوط الحق في الدعوى، ويكون التقادم دفعا مقبولا امام القضاء لإنقضاء الدعوى اثناء نظرها.

المطلب الثاني:

إذا ما أثبت المضرور أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة فعل غير مشروع من التابع وكان ذلك أثناء قيامه بمهام وظيفته أو بسببها وتوافرت مسئولية التابع بشروطها، فإن القانون يعطى المضرور الحق في إقامة الدعوى بالمسئولية عن عمل الغير ض المتبوع مباشرة، ولا حاة في ذلك لقيام المضرور بإثبات خطأ المتبوع، بل هي مسئولية مفترضة بقوة القانون، وإن العلة في اختصامة هنا هو ثبوت خطا التابع وعلاقته بالوظيفة ومئوليته عن هذا الخطأ، وهذا الحق لا يمنعه كذلك من إمكانية إقامة الدعوى ضد التابع بالمسئولية الشخصية، أو إقامتها عليهما معا متضامنين. (١)

أولاً: رجوع المضرور على التابع:

بإمكان المضرور أن يرجع على التابع بالتعويض على أساس المسئولية الشخصية، ولا يجبر المضرور على الرجوع على المتبوع حيث أن مسئولية المتبوع مقررة لمصلحة المضرور وليس من شانها إعفاء التابع من المسئولية(٢) وإذا رجع المضرور على التابع واستوفي منه التعويض فليس له الحق في الرجوع على المتبوع لأنه لا يجوز الحصول على تعويضين عن عمل واحد. (٣)

ثانياً: رجوع المضرور على المتبوع وحده:

تقول محكمة النقض " يدل النص في المادتين ١٧٤م١، ١٧٥ من القانون الدنى – وعلى ما هو مقرر في قضاء هذا المحكمة – على أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور تقوم على فكرة الضمان القانوني، فالمتبوع يعتبر في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد، ومن ثم فإن للمضرور أن يرجع مباشرة على المتبوع بتعويض الضرر الناشيء عن أعمال تابعه غير المشروعة دون حاجة لإدخال التابع في

(١)الوسيط في شرح القانون المدني، للدكتورالسنهوري ١/ ٩٠٢، للدكتور جميل الشرقاوى – مصادر الالتزام – ص ٥٦٧، للدكتورمحمود جمال الدين زكى – الوجيز في النظرية العامة للالتزام – ص ٦٣٣، للدكتورحسام الدين الأهوانى – مصادر الالتزام – ص ٢١٩ وما بعدها، للدكتورأنور سلطان ت الموجز في مصادر الالتزام – ص ٤٠٦.

(٢)النظرية العامة للالتزامات د. حسام الدين كامل الأهواني – ص ٢٢٠.

(٣)مصادر الالتزامات والإثبات، للدكتورسمير عبد السيد تناغو،– ص ٢٨٤.

الدعوى ولا تلزم المحكمة في هذه الحالة بتنبيه المتبوع على حقه في إدخال تابعه، وللمتبوع الحق في الرجوع على تابعه محدث الضرر بما يفى به من التعويض للمضرور لا على أساس انه مسئول معه، بل لأنه مسئول عنه، فهو إن عد في حكم الكفيل المتضامن لا يعتبر مدينا متضامناً مع التابع"[1] وبتالي فقد رأى البعض أنه إذا كانت الدعوى قد رفعت أمام القضاء المدني فإن من حق المضرور أن يختصم المتبوع فقط ــ إذا اراد ذلك ــ دون إجباره على اختصام التابع معه، أما إذا تمت مقاضاه المتبوع امام القضاء الجنائى باعتباره مسئولا مدنيا، فإن أساس اللجوء للقضاء الجنائى هو الجريمة التي ارتكبها التابع، ومسئولية المتبوع تستلزم سبق إثبات خطا التابع مما يستوجب بالضرورة اختصام التابع[2] اما إذا اختصم المضرور المتبوع وحده فإن للأخير الحق في اختصام التابع في نفس الدعوى مطالبا بالحكم عليه بما قد يحكم عليه من تعويض للمضرور، فإذا استطاع التابع نفى الاتهام عنه استفاد المتبوع حيث تنتفي مسئوليته، وإن لم يستطع استفاد المتبوع ايضا حيث لا يستطيع التابع دفع المسئولية عنه حينما يرجع عليه المتبوع بما دفعه للمضرور، وفي ذلك تقول محكمة النقض " لئن كان لا يحق للمتبوع أن مع على تابعه بالتعويض المحكوم به للمضرور إلا غذ قام بادائه للمضرور، أن القضاء قد أجاز للمتبوع أن يختصم تابعه في الدعوى التي يرفعها المضرور على المتبوع وحده وأن يطلب المتبوع في هذه الدعوى الحكم على تابعة بما قد يحكم به عليه للمضرور وذلك لما للمتبوع من مصلحة في هذا الاختصام لأن مسئوليته تبعية لمسئولية التابع، فإذا استطاع هذا درء مسئولته وهو بطبيعة الحال أقدر من المتبوع على الدفاع عن نفسه، استفاد المتبوع من ذلك وانتفت بتالي مسئوليته هو، وإذا لم يستطع التابع، كان حكم التعويض حجة عليه فلا يمكنه أن يعود فيجادل في وقوع الخطأ منه عندما يرجع عليه المتبوع بما أوفاه للمضرور من التعويض المحكوم به وطبيعى أنه إذا حكم للمتبوع في تلك الدعوى على التابع بما حكم به للمضرور على المتبوع، فإن تنفيذ الحكم الصادر للمتبوع على التابع بما حكم به للمضرور على المتبوع، فإن تنفيذ الحكم الصادر للمتبوع على التابع يكون معلقا على

(١) الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨١/١١/١٢ س ٣٢ ص ٢٠٣١ ــ أحكام محكمة النقض المصرية ــ موقع وزارة العدل ت قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية ــ على الشبكة العنكبوتية (www.arablegalportal.org/egypt).

(٢)النظرية العامة للالتزامات د. حسام الدين كامل الأهواني ــ ص ٢٢١، ٢٢٢.

وفاء المتبوع بالتعويض المحكوم به عليه للمضرور[1]، علما بأنه إا اختصم المضرور المتبوع فقد دون التابع فإن هذا وإن كان يقطع التقادم للمتبوع إلا أنه لا يقطع التقادم بالنسبة للتابع، وفي ذلك تقول أيضا محكمة النقض " مطالبة المضرور للمتبوع بالتعويض مطالبة قضائية وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة للمتبوع إلا أنها لا تقطعه بالنسبة للتابع، وذلك أخذا بما نصت عليه المادة ٢٩٢ من القانون المدني من انه إذا أنقطعت مدة التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين وإذا كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يترتب عليه أثر بالنسبة للكفيل، ولو كان متضامناً مع المدين الأصلي اثر بالنسبة على هذا المدين. [2]

ثالثاً: اختصام المضرور للمتبوع والتابع معاً:

إذا كان من حق المضرور أن يختصم كل من المتبوع والتابع على حده، من باب اولى أن يكون له الحق في اختصام كليهما معا في دعوى واحده على سبيل التضامن على أن يكون المتبوع كفيلا متضامنا وليس مدينا متضامنا، وبتالي فلا مجال لإعمال نص الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ مرافعات والتي لا تشمل غلا حالة التضامن بين المدينين، ويعمل بالقاعدة الواردة بالمادة ١/٢١٨ مرافعات والتي تقضى بأنه إذا تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم جاز رفع الطعن من أو ضد البعض دون حادة إلى إدخال الآخرين ولا يفيد من الطعن إلا من رفعه ويعتبر الآخرين غيرهم خصوم في الطعن ولا يكون الاحتجاج منهم أو ضدهم بالحكم الصادر في الطعن. [3]

المطلب الثاني: رجوع المتبوع على التابع بالتعويض

إذا كان القانون قد اشترط لقيام مسئولية المتبوع أن تنعقد مسئولية التابع أولاً، ثم أقر بمسئولية مفترضة في حق المتبوع لمصلحة المضرور وليس لمصلحة التابع، فإن ذلك لا يعني أن التابع غير مسئول، بل يظل التابع مسئولا طبقا لقواعد المسئولية

(١) الطعن ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ س ٢٠ ص ١٩٩، الطعن رقم ٩٠٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/٦/٢٢ ــ أحكام محكمة النقض المصرية ــ موقع وزارة العدل ــ قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية ــ على الشبكة العنكبوتية (www.arablegalportal.org/egypt).

(٢) نفس الحكم السابق.

(٣) نقض مدني ١٩٨١/١١/١٢ السابق الإشارة إليه انظر كذلك النظرية العامة للالتزامات د. حسام الدين كامل الأهواني ــ ص ٢٢٣، ٢٢٤.

الخصية ولذلك من حق المضـــرور أن يختار بين رفع الدعوى ضد التابع فقط باعتباره الفاعل الأصلي للفعل الضار استنادا للمادة ١٦٣ مدني[١]، أو رفعها ضد المتبوع بمفرده استنادا لقواعد المسئولية عن عمل الغير بالمادة (٢٤٠) مدني[٢]، أو يرفعها ضدها معـــاً متضامنين استنادا للمادة ١٦٩ مدني[٣]، فإذا ما رفعها ضد التابع فليس من حق الأخيـــر المطالبة بإدخال المتبوع في الدعوى ولا الرجوع عليـــه بـــدعوى منفـــصلة للمطالبـــة بالتعويض[٤] لأن مسئولية المتبوع مقررة لمصلحة المضـــرور وليس لمـــصلحة التـــابع أما إذا رجع المضـــرور على المتبوع بمفرده فإنه بإمكان الأخير أن يرجع على التـــابع بما دفعه من تعويض لأن المتبوع ضامن وليس مدينا ويجب هنا أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: ما إذا كان الفعل الضار يمثل خروجا على تعليمات المتبـــوع أو إســـاءه لاستخدامها أو تعسف في استخدام الوظيفة، ففى هذه الحالة يكون من حق المتبوع رفـــع دعوى بالرجوع على التابع بما غرم منتعويض قام بدفعه للمضـــرور[٥] وله أن يرجـــع عليه بدعوى الحلول المنصوص عليها بالمادة ٧٩٩ مدني وبالمادة ٣٢٦ مـــدني والـــذي بموجبهما يحل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه، طالما أن المـــوفى كـــان ملزمـــا بسداد الدين عن المدين.

---

(١) تنص المادة ١٦٣ مدني على انه " كل خطأ سبب ضـــررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

(٢) تنص المادة (٢٤٠) مدني كويتي على أنه " يكون المتبوع مسئولا، في مواجهة المضـــرور، عن الضـــرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه، في أداء وظيفته أو بسببها ".

(٣) تنص المادة (٢٢٨) مدني كويتي على أنه " ١- إذا تعدد الأشخاص الذين حدث الضـــرر بخطئهم، التزم كل منهم، في مواجهة المضـــرور، بتعويض كل الضـــرر.

٢- ويتوزع غرم المسئولية فيما بين المسئولين المتعددين بقدر دور خطأ كل منهم في إحداث الضـــرر. فإن تعذر تحديد هذا الدور، وزع عليهم غرم المسئولية بالتساوي".

(٤)مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه، للدكتوررأفت حماد ــ ص ٢٦٨.

(٥) نقض مدني في ٢٧ ديمبر ١٩٩٠ في الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق (أ/ أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج ٢، المتحدث من ١٩٨٢ حتى ١٩٩٦، ص ٥٣٨)، (موسوعة أحكام ومبادئ النقض ــ أ. خالد شهاب ــ ص ١٠٣٨٩ جاء فيه أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي ــ وعلى ما جارى به قضاء هذه المحكمة ت مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضـــرور، وتقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم فإذا اوفى المتبوع بالتعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضـــرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولا معه وهذه القاعدة هي التي قننها المشرع في المادة (١٧٥) من القانون المدني التي تقضى بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضـــرر ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه".

الحالة الثانية: وهي حالة ما إذا كان الفعل الضار نتج عن امتثال التابع لتعليمات المتبوع ونتيجة توجيهاته، وهنا لا يكون للمتبوع الحق في ملاحقة التابع للحصول منه على التعويض، سواء بدعوى المسئولية الشخصية أو بدعوى الحلول، حيث أن التابع لم يرتكب الفعل إلا بناء على تعليمات المتبوع، وبتالي يكون المتبوع قد شارك التابع في ارتكاب الخطأ، فإذا ما استغرق خطأ المتبوع خطأ التابع فإن الول يلزم بالتعويض دون حق الرجوع على الأخير[١] ومسئولية الأول تكون مسئولية شخصية وليست تبعية ومن أمثلة ذلك الخطأ المرفقي وهوالخطأ الذي يبنسب إلى المرفق حتى لو كان الذي قام به ماديا أحد العاملين به[٢]، كرجل الشرطة الذي يقوم بالقبض على شخص تنفيذا لحكم غيابى صادر ضده، في الوقت الذ كان هذا الشخص قد عارض فيه وقضت المحكمة ببراءته، ولم تخطره جهة عمله بحكم البراءة، بسبب سواء تنظيم العمل وهذا النوع من الخطأ لا يدخل في مفهوم المسئولية عن عمل الغير لأن مسئولية المرفق (الدولة) عن هذا الخطأ مسئولية اصلية لا تبعية، وليس له الحق في الرجوع على التابع (العامل) الذي كان سبباً في تحقق هذه المسئولية.

ولا يفوتنا أن نوضح أنه من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذي أوفى التعويض عنه للمضرور بانقضاء حق المضرور قبله بالتقادم الثلاثى المنصوص عليه في المادة ١٧٢ مدني مصري إذا مضى على علم المضرور بحدوث الضرر بوالشخص المسئول عنه اكثر من ثلاث سنوات دون أن يحرك المضرور دعوى

---

(١) للدكتورمحمود جمال الدين زكى ــ الوجيز ت مرجع سابق ــ ص ٦٣٣، للدكتورجميل الشرقاوى ت مرجع سابق ــ ص ٥٦٧، النظرية العامة للالتزامات د. حسام الدين كامل الأهواني ص ٢٢٥، ٢٢٦، مسئولية المتبوع عن انحراف تابعه، للدكتوررأفت حماد ــ ص ٢٦٩، ٢٧٠، انظر كذلك الطعن ١٨٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢٦ س ٢٥ ص ١٢٨٦ مجموعة النقض المدني حيث تقول محكمة النقض " يجوز للتابع إذا رجع عليه المتبوع بما دفعه للمضرور أن يثبت أن المتبوع قد اشترك معه في الخطأ وفى هذه الحالة يقسم التعويض بينهما بنسبة اشتراك كل منهما في الخطأ الذي تسبب عنه الضرر".

(٢) قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥٨ ق ــ جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ (منشور بمجلة القضاة ــ تصدر عن نادى القاضة ــ ع ١ س ٢٥، يناير م يونيو ١٩٩٢، ص ٤٥٢) بأن " الخطأ المرفقى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذي قام به ماديا أحد العاملين بالمرفق، ويقوم الخطأ على أساس أن المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقا للقواعد التي يسير عليها..." ؛ وفى نفس المعنى قضت في الطعن رقم ٢٧٥٣ السنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٦ (مجلة هيئة قضايا الدولة، ع ٢، سنة ١٩٩١م).

المطالبة بالتعويض ضده، وان دعوى التعويض ضد المتبوع لا تقطع التقادم ضده كما أن حق الدائن الذي ينتقل إلى المتبوع الذي أوفى له بالتعويض فإنه ينتقل إليه بما يرد عليه من دفوع[1] كما أتفق الفقه والقضاء على انه إذا انعقدت مسئولية التابع فلا يستطيع المتبوع أن ينفى عن نفسه المسئولية بنفى خطئه أو اختياره أو تقصيره في رقابته ولا بإقامة الدليل على انه كان يستحيل عليه أن يمنعه من إحداث الضرر فمتى قاما مسئولية التابع قامت مسئولية المتبوع ولا يستطيع الأخير فع مسئوليته إلا إذا أثبت أن الضرر نتج عن سبب اجنبى لا علاقة للتابع به فتنتفي مسئولية التابع أولاً وعلى إثرها تنتفي مسئولية المتبوع. [2]

أوجه المقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية في أثر مسئولية المتبوع

من خلال ما سبق يمكن لنا أن نقف على أوجه الإتفاق وأوجه الخلاف بين القانون المدني والشريعة الإسلامية وذلك بالنظر في النقاط التالية:

أولا: رجوع المضرور على التابع

يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في إمكانية المضرور بالرجوع على التابع باعتبار أنه هو الذي باشر الفعل غير المشروع، فإذا كان القانون المدني الكويتي قد نص في المادة (٢٤٠) منه على حق المضرور في ملاحقة المتبوع بالتعويض عن فعل التابع، إلا أن ذلك لم يحرمه من خلاحقة التابع ابتداء على اساس المسئولية

(١) قضت محكمة النقض في الطعن رقم ١٣٠ لسنة ٥٨ ق ــ جلسة مايو ١٩٩٠ ،منشور بمجلة القضاة، السنة الخامسة والعشرون، العدد الأول، يناير م يونيو ١٩٩٢، ص ٤٥٣)، (موسوعة احكام ومبادئ النقض ــ أ. خالد شهاب ــ ص ١٠٣٣) بأنه "... فإذا لم يكن التابع قد اختصم في دعوى التعويض كأن له في دعوى الحلول أن يتمسك في مواجهة المتبوع بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المضرور ــ بما فيها سقوط دعوى التعويض بالتقادم الثلاثى المقرر في المادة (١٧٢) من القانون المدني متى كان قد انقضى على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن يرفع عليه دعوى التعويض ذلك أن رفع المضرور دعواه على دعواه على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة للتابع كما لا يعتبر الحكم الصادر في تلك الدعوى حجة على التابع لعدم اختصامه فيها...".

(٢) للدكتورمحمود جمال الدين زكى ــ الوجيز ــ ص ٦٣٢ كما قضت محكمة النقض في الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٢٨ ق ــ جلسة ١٩٦٣/٥/١٦، س ١٤ ص ٦٨٩، بان ط مسئولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع الواقع منه حال تأدية وظيفته أو بسببها (المادة (١٧٤٩ مدني) قوامها وقوع خطأ من التابع مستوجب لمسئوليته هو، بحيث إذا انتفت مسئولية التابع فإن مسئولية المتبوع لا يكون لها اساس تقوم عليه وإذا كانت مسئولية التابع لا تتحقق إلا بتوافر اركان المسئولية الثلاثة وهي الخطأ بركنية المادي والمعنوى وهما فعل التعدي والتمييز، ثم الضرر وعلاقة السببية بين الخطا والضرر".

الشخصية وعملا بالمادة ١٦٣ مدني وكذلك فإن إختصام التابع في الفقه الإسلامي هو الأساس نظرا لإعتناق الشريعة الإسلامية مبدأ المسئولية الشخصية، بل إنه في حالة إجتماع المباشر والمتسبب في فعل واحد يسال المباشر ما لم يكن السبب يعمل في الواقعة بمفردة.

ثانياً: رجوع المضرور على المتبوع

أعطى القانون المدني الكويتي الحق للمضرور في الرجوع على المتبوع بموجب نص المادة (٢٤٠) مدني بقوله:

١- يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه فىحال تأدية وظيفته أو بسببها.

٢- وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعليه في رقابته وفي توجيهه".

وبذلك يكون للمضرور أن يوجه إختصاصه ابتداءً للمتبوع من باب المسئولية عن عمل الغير الذي أقره القانون، وذلك على خلاف الفقه الإسلامي الذي لا يقر مبدأ المسئولية عن عمل الغير، وإن كان الفقه الإسلامي يعترف بمسئولية المتبوع إذا كان تابعه يعمل كنائب عنه في عمله آلة ومحلة وكيفية لكن المسئولية هنا مسئولية شخصية للمتبوع وليست عن عمل الغير، حيث أن التابع هنا باعتباره نائبا يد امانة كيد المتبوع تماما فاعتبر فعله كفعله تماماً، لذلك فالمسئولية هنا شخصية للمتبوع.

ثالثاً: رجوع الضرور على التابع والمتبوع معا

إذا كانت المادة (٢٤٠) مدني كويتي قد عقدت مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة الضارة بالغير فإن ذلك لم يمنعه من إختصامهما معا في الدعوى بشرط أنه إذا حصل على التعويض من أحدهما فلا يتقاضى من الآخر شيئا حتى لا يحصل على تعويضين عن عمل واحد، وإختصام المتبوع هنا يكون على سبيل كونه كفيلا متضامنا وليس مدينا متضامنا، أما الفقه الإسلامي فإنه لا يمانع من اختصام التابع والمتبوع معا ولكن من قبيل أن التابع مباشر للفعل وأن المتبوع متسببا قام بعمل كان من شأنه أن يعمل بجزء معين في إحداث الضرر باستقلالية، فتكون المسئولية هنا مسئولية شخصية لكل من التابع والمتبوع كل على قدر حصته في إحداث الضرر، فيسأل المتبوع باعتباره مدينا وليس كفيلا.

رابعاً: رجوع المتبوع على التابع بالتعويض:

بلا شك أن المشرع في القانون الوضعى قد عقد مسئولية المتوبع عن عمل تابعه وهو يعلم أن الأول بريء من العمل، ولكن بفكرة التحكم والإفتراض التي إعتنقها زعما بأن ذلك يسهل للمضرور الحصول على التعويض جعل المتبوع مسئولا عن عمل لم يقترفه، ولشعوره بما في ذلك من ظلم للمتبوع فقد شرع المادة (٢٤١) مدني كويتي، والتي بموجبها يستطيع الرجوع على التابع باعتباره الفاعل الأصلي للفعل الضار أما الفقه الإسلامي فلا يعترف برجوع المتبوع علىالتابع بما غرم لأن المتبوع في حالة إختصاصه يكون مسئولا مسئولية شخصية، وما يدفعه من تعويض فهو مستحق عليه شخصيا، إذن فلا مجال للقول بالرجوع على المتبوع اللهم الا إذا كانت المسئولية على التابع فقط وقام المتبوع بالسداد من باب الفضالة فله الرجوع بما دفع على تفصيل في المذاهب كما سبق.

خامساً: دفع مسئولية المتبوع

لقد جاءت المادتان (٢٤٠، ٢٤١) مدني كويتي خلوا من إمكانية دفع المتبوع لمسئولية عن عمل التابع غي رالمشروع وحرمته من حق الدفاع عن نفسه إلا أن يدافع عن التابع لينفى عنه المسئولية أولا وبإنتفائها عن التابع تنتفي عن المتبوع، أما إذا حاول أن يدفع عن نفسه المسئولية بعيدا عن الدفاع عن التابع فإنه يصطدم مع نص القانون الذي حرمه من ذلك، بخلاف الفقه الإسلامي الذي أعطى الحق للمتبوع أن ينفى مسئوليته باعتيار أنه ينفى مسئولية شخصية فله الدفع إما بتوافر حالة الضرورة أو الدفاع الشرعى أو الجواز الشرعى أو إثبات عدم التعدي.

سادساً: التقادم

خلاف آخر بين القانون المدني يتمثل في تقادم دعوى التعويض، فلقد نص القانون في المادة ١٧٢ منى على:

١- تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الفور وبالشخص المسئول عنه وتسقط هذه الدعوى في كل حال، بإنقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع.

٢- على انه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية".

فجعل من مرور الزمن لمدة ثلاث سنوات سببا لسقوط الحق في الإدعاء بالتعويض وفعا مقبولا امام القضاء لإنقضاء الدعوى بالتقادم ومعها يسقط الحق في التعويض، على خلاف من الفقه الإسلامي الذي يرى أن مرور الزمان لا يسقط الحق مهما طال غير أنه حدد مددا معينة على ما سبق بيانه بمرورها لا تسمع الدعوى ولكن يبقى الحق قائما.

ومما سبق نقول وبحق أنه وجب على المشرع أن يتجاوب مع نصوص الدستور المصري الحالى وان يقوم بتعديل نص المادة ١٧٤ مدني لتتفق مع ماتقتضيه المادتان ٢، ٢١٩ من الدستور وأقترح أن يكون التعديل كالآتى:

يستبدل بنص المادة ١٧٤ مدني النص التالى:

١- يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تباعه بعمله غير المشروع، متى كان وافعا منه في حال تادية وظيفته أو بسببها وكان الضرر ناتجا عن الالتزام بمقتضيات الوظيفة أو بأوامر المتبوع.

٢- وتقوم رابطة التبعية، طالما أن المتبوع كان حرا في اختيار تابعه، ومتى كانت له عليه سلطة فعليه في رقابته وفي توجيهه.

٣- ويستطيع المتبوع أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أن الضرر لم يكن من جراء مقتضيات الوظيفة أو بسبب تعليمات أو أنه كان ولابد واقعا ولو لم يكن للوظيفة دخل في وقوعه".

المصادر والمراجع:

١- تفسير القرآن العظيم، للإمام الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير، (ت٧٧٤هـ)، بيروت: دار المعرفة. د ت.

٢- جامع البيان في تأويل القرآن، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت٣١٠هـ). بيروت: دار الفكر (ت١٤١٥هـ).

٣- الجامع لأحكام القرآن، الطبعة الثانية، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، (ت٦٧١هـ)، تحقيق أحمد عبد العليم البردوني. مصر: دار الشعب. (١٣٧٢هـ).

٤- الحاوي الكبير شرح مختصر المزنى، الطبعة الأولى، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي الشافعي (ت٤٥٠هـ). تحقيق: علي محمد عوض. بيروت: دار الكتب العلمية. (١٤١٤هـ).

٥- الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت هـ) تحقيق محمد حجي. بيروت: دار الغرب الإسلامي (١٩٩٤هـ).

٦- رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية، المعروف بحاشية ابن عابدين، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، الحنفي(ت١٢٥٢هـ). بيروت: دار الفكر. (١٣٨٦هـ).

٧- روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي (٦٧٧هـ). بيروت: المكتب الإسلامي (١٤٠٥هـ).

٨- شرح الخرشي على مختصر خليل، لمحمد بن عبدالله الخرشي المالكي (ت١١٠١هـ). بيروت: دار صادر. د. ت.

٩- الشرح الكبير على مختصر خليل، لأبي البركات أحمد الدردير. تحقيق محمد عليش. بيروت: دار الفكر.

١٠-شرح فتح القدير، لمحمد عبد الواحد بن عبد الحميد، كمال الدين الشهير بابن الهمام(ت٨٦١هـ). بيروت: دار الفكر. (١٣٩٧هـ).

١١-شرح منتهى الإرادات، الطبعة الثانية، لمنصور بن يونس البهوتي. بيروت: عالم الكتب. (١٩٩٦م).

١٢-فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير، لمحمد بن علي الشوكاني. بيروت: دار الفكر.

١٣- الفواكه الدواني، لأحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي (ت١١٢٥هـ). بيروت: دار الفكر (١٤١٥هـ).
١٤- القوانين الفقهية، لمحمد بن أحمد بن جزي الكلبي (ت٧٤١هـ).
١٥- كشاف القناع عن متن الإقناع، للشيخ منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي(ت١٠٥١هـ). تحقيق: هلال مصيلحي. بيروت: دار الفكر. (١٤٠٢هـ).
١٦- المبسوط، لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (٤٨٣هـ). بيروت: دار المعرفة. د. ت.
١٧- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، للفقيه عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، بيروت – لبنان: دار إحياء التراث العربي.
١٨- المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد الشهير بابن حزم الظاهري (ت٤٥٦هـ). لجنة إحياء التراث العربي. بيروت: دار الآفاق. د. ت.
١٩- مطالب أولي النهى، لمصطفى السيوطي الرحيباني (١٢٤٣هـ). دمشق: المكتب الإسلامي (١٩٦١م).
٢٠- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الشربيني، القاهري، الشافعي، المعروف بالخطيب الشربيني (٩٧٧هـ). بيروت: دار الفكر.