

جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

رضا المضرور بالضرر وآثاره القانونية:

دراسة مقارنة

إعداد

رُبي وليد الشلة

إشراف

د. علي السرطاوي

قُدِّمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص في كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

2021

رضاء المضرور بالضرر وآثاره القانونية
"دراسة مقارنة"

إعداد

رُبي وليد الشلة

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2021/2/14م، وأجيزت.

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة

.....

- د. علي السرطاوي / مشرفاً رئيساً

.....

- د. عبد الحنان العيسى / ممتحناً خارجياً

.....

- د. نعيم سلامة / ممتحناً داخلياً

الإهداء

"قَالَ تَعَالَى: ﴿قُلْ إِنْ صَلَّاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ ١٦٢ لَا شَرِيكَ لَهُ ^{صل}وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ

وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ﴾ ١٦٣﴾ الأنعام: ١٦٢ - ١٦٣

أهدي عملي هذا لدعوتي.. وأهديه لكل من عمل ويعمل لهذه الدّعوة.. أهديه لأبي سندي وأول داعمٍ

لي.. أهديه لأمي ضيا عيني وأول شاحذٍ لهمتي.. أهدي رسالتي هذه إلى زوجي عبد الرحمن

صديقي ورفيق دربي.. أهديه لصغيري عبد الله وصغيرتي مريم وإخوتهم إن شاء الله.. أهدي عملي

هذا لأختي هبة وأخي محمود حفظهما الله

الشكر والتقدير

الحمدُ لله وحده، قد استجاب وهْيء الأسباب، سبحانه جل وعلا ما أكرمه وأعظمه أن قد منَّ عليَّ

بهذا الإنجاز فالحمدُ له حمداً كثيراً طيباً.

أتوجَّه بالشكر الجَمِّ لأستاذي ومعلِّمي وقُدوتي القانونية معالي الدُّكتور علي السَّرطاوي، فإن كنت

أتمنَّى شيئاً في حياتي المهنية فليس أكثر من أن أكون نسخة أخرى عن معاليه، أستاذي أدعوا لكم

دائماً بالسَّداد والتوفيق من الله جلَّ وعلا.

كما أشكر وبامتنان أستاذي الفاضل الدكتور غسان خالد من علَّمني دائماً أننا معول بناء ولن نكون

معولاً للهدم ما حيينا،

أشكر الدكتور نعيم سلامة، وكذلك الدكتور إسحق برقايوي والدكتور أشرف ملحم والدكتور أكرم

داود، رغم بُعدِ بصمتهم في رسالتي إلا أنهم كان لهم فضلاً كبيراً لن أنساهُ ماحييت في مسيرتي

العلمية في برنامج القانون الخاص، جزيل الشكر لحضرتكم ولقاماتكم العلمية أساتذتي.

الإقرار

أنا الموقعة أدناه، مقدمة الرسالة التي تحمل العنوان:

رضا المضرور بالضرر وآثاره القانونية:

دراسة مقارنة

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ماتمت الإشارة إليه
حيثما ورد، وأن هذه الرسالة كاملة، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أي درجة أو لقب علمي
أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the resrarchers own work, and has not beensubmitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name

اسم الطالبة: رُبي وليد الشلة

Signature:

التوقيع: 

Date:

التاريخ: 14 - 2 - 2021

فهرس المحتويات

ج.....	الإهداء
د.....	الشكر والتقدير
ه.....	الإقرار
و.....	فهرس المحتويات
ي.....	الملخص
1.....	المقدمة
2.....	أهمية الدراسة:
3.....	أهداف الدراسة:
3.....	مشكلة الدراسة:
4.....	أسئلة الدراسة:
4.....	منهج الدراسة:
4.....	حدود الدراسة:
4.....	الدراسات السابقة:
5.....	خطة الدراسة:
9.....	الفصل الأول ما هية رضاء المضرور بالضرر
9.....	المبحث الأول: المقصود برضاء المضرور بالضرر مع بيان صورته
9.....	المطلب الأول: تعريف رضاء المضرور بالضرر
10.....	الفرع الأول: تعريف الرضاء:
15.....	الفرع الثاني: تعريف المضرور
16.....	الفرع الثالث: تعريف بعض فقهاء القانون لحالة رضاء المضرور بالضرر:
17.....	الفرع الرابع: التعريف المُقترح:

المطلب الثاني: صور رضاء المضرور بالضرر	18
الفرع الأول: رضاء المضرور بالضرر الحال.....	19
الفرع الثاني: صورة رضاء المضرور بالضرر المحتمل (نظرية قبول المخاطر)	20
المبحث الثاني: النطاق والطبيعة القانونية لحالة رضاء المضرور بالضرر	21
المطلب الأول : نطاق رضاء المضرور بالضرر	21
الفرع الأول: النطاق التشريعي لرضاء المضرور بالضرر	21
الفرع الثاني: الإتجاهات الفقهية لحالة رضاء المضرور بالضرر إزاء عدم وجود نص تشريعي بشأنها:.....	24
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لرضاء المضرور بالضرر	27
الفرع الأول: التفرقة ما بين حالة العلم بالضرر والرضاء به وفعل المضرور.	27
الفرع الثاني: الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية(التقصيرية):	28
الفرع الثالث:إعتبار رضاء المضرور بالضرر تنازلاً عن حق:.....	29
المبحث الثالث: أركان رضاء المضرور بالضرر وشروط صحته وكيفية إثباته	31
المطلب الأول: أركان رضاء المضرور بالضرر	31
الفرع الأول: ماهية الإرادة ومفهومها بالنسبة لرضاء المضرور بالضرر.....	31
الفرع الثاني: محل الرضاء	33
الفرع الثالث: سبب الرضاء:.....	36
المطلب الثاني: شروط صحة رضاء المضرور بالضرر.....	38
المطلب الثالث: آلية إثبات الرضا	43
الفصل الثاني الآثار القانونية لرضاء المضرور بالضرر	45
المبحث الأول: المعايير القانونية التي تنظم حالة رضاء المضرور بالضرر والآثار القانونية المترتبة عليه.....	46

المطلب الأول : المعايير القانونية لقياس تحقق حالة رضاء المضرور بالضرر .	46
الفرع الأول: النظام العام كمعيار لاجازة حالة رضاء المضرور بالضرر	46
الفرع الثاني: الخطأ كمعيار لجواز رضاء المضرور من عدمه	47
المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على حالة رضاء المضرور بالضرر	50
الفرع الأول: بقاء المسؤولية قائمة وعدم إنقاص شيء من الضمان.	50
الفرع الثاني: التخفيف من المسؤولية وإنقاص القاضي مقدار الضمان.	50
الفرع الثالث: انتفاء المسؤولية وألا يحكم القاضي مقداراً بضمانٍ ما	50
المبحث الثاني: المجال التطبيقي لرضاء المضرور بالضرر مع بيان الأثر القانوني على الحق في	
التعويض	51
المطلب الأول :تطبيقات خاصة على رضاء المضرور بالضرر الحال وأثر كل منها على الحق	
في التعويض	51
الفرع الأول: رضاء المضرور بإفشاء أسرارهِ وأثر ذلك على حقه في التعويض.	52
الفرع الثاني: رضاء المعطي باستئصال جزء من جسده لزراعته لدى مريض آخر، وأثر ذلك	
على الحق في التعويض.	57
الفرع الثالث: الرضاء بالمساس بالعرض وأثر ذلك على الحق في التعويض.	59
المطلب الثاني: تطبيقات خاصة على رضاء المضرور بالضرر المحتمل وأثر كل منها على	
الحق في التعويض	61
الفرع الأول: الرضاء بالتأديب:	61
الفرع الثاني: رضاء اللاعب بالضرر الناتج عن الألعاب الرياضية وأثر ذلك على الحق في	
التعويض.	66
موقف الشريعة الإسلامية من ممارسة الألعاب الرياضية	69
الفرع الثالث: رضاء المضرور بالضرر في ضوء الخطأ الطبي.	74

77	المطلب الثالث: تطبيقات خاصة بالشرعية الاسلامية
82	الخاتمة
82	النتائج:
83	توصيات الباحثة:
84	المصادر والمراجع
B	Abstract

رضا المضرور بالضرر وآثاره القانونية:

دراسة مقارنة

إعداد

رُبي وليد الشلة

إشراف

د. علي السّرطاوي

الملخص

تُعَدُّ حالة رضا المضرور بالضرر حالة جدلية لإحتمالها عدة تأويلات، فالرضاء حالة تتوسط حالة العلم بالضرر وفعل المضرور وعليه فإنني ومن خلال هذه الدراسة قمت بإقتراح تعريفٍ لحالة رضاء المضرور والتوصل الى صور رضاء المضرور بالضرر، كما اظهرت أركان هذه الحالة وطرق اثبات وجودها.

لصعوبة وجود معيار يبين صحة رضاء المضرور من عدمه في جميع الوقائع التي وجد بها رضا من المضرور كان لا بد من القيام بالنظر لكل حالة على حدة، ومع ذلك حاولتُ إيجاد معياراً موضوعياً نستطيع من خلاله فحص ما إذا كان الرضا الصادر من المضرور صحيحاً أم غير مشروع ابتداءً مع إيراد العديد من التطبيقات العملية والواقعية التي تحصل باستمرار في ضوء هذه الحالة.

تناولت هذه الدراسة حالة رضاء المضرور بالضرر والآثار القانونية المترتبة على هذه الحالة، حيث أوردت الباحثة القدر اللازم من القوانين الوضعية المدنية الخاصة بهذا الشأن مع مقارنتها بما جاء في الفقه الإسلامي.

لقد قامت هذه الدراسة على فصلين اختص الفصل الأول في بيان ماهية رضاء المضرور بالضرر، حيث تم تعريف كل مصطلح في هذه العبارة على حدة، كونه مصطلحاً مركباً، ومن ثم الخروج بتعريفٍ شاملٍ اقترحتهُ الباحثة.

تخلل هذا الفصل أيضاً صور رضاء المضرور بالضرر، ومن ثم الحديث عن النطاق والطبيعة القانونية لحالة رضاء المضرور بالضرر.

توصّلت الباحثة من خلال هذه الدراسة إلى أركانٍ خاصّة بحالة رضاء المضرور بالضرر مضيغةً أيضاً الشروط الواجب توفرها لصحة رضاء المضرور بالضرر، وكذلك آلية إثبات هذه الحالة جميعها مشمولة بذات الفصل.

وقد تناول الفصل الثاني لهذه الرسالة المعايير القانونية التي تنظم حالة رضاء المضرور بالضرر وهما معيار النظام العام ومعيار خطأ المضرور والآثار القانونية لحالة رضاء المضرور بالضرر، كما أوردت الباحثة تطبيقات عملية على سبيل المثال لهذه الحالة مبينةً الأثر القانوني المترتب على كل حالة، كما وأفردت مطلباً كاملاً للتطبيقات الخاصة بالفقه الإسلامي.

وختمت الدراسة بمجموعة من النتائج والتوصيات التي خلّصت إليها من خلال هذه الدراسة.

المقدمة

بسم الله والصلاة والسلام على سيد الكونين الهادي محمد بن عبد الله المعلم الأول وبعد.
ينبغي أن لا يُسأل إلا من كان أهلاً للمساءلة، فالمسؤولية بشكل عام هي: " حالة الشخص الذي ارتكب فعلاً يستوجب المؤاخذه"¹.

إن المسؤولية تختلف باختلاف القاعدة القانونية التي خرقتها الشخص، فإذا ما كانت القاعدة أخلاقية فستكون المسؤولية حينئذٍ أدبية، أما إذا كانت القاعدة التي خرقتها الشخص قانونية فسيكون الأخير مسؤولاً أمام القانون لأن فعله سيترتب عليه جزاء².

يتضح مما سبق أن المسؤولية نوعان أدبية وقانونية، والمسؤولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسؤولية القانونية ودليل ذلك أنه في المسؤولية الأدبية نحن بصدد الحديث عن الأخلاق والتي تنظم سلوك الإنسان نحو الله _جلّ وعلا_ ونحو نفسه ونحو الغير، بيد أن القانون يقتصر على تنظيم سلوك الإنسان نحو الغير فحسب.

تنقسم المسؤولية القانونية لقسمين، المسؤولية الجزائية وهي العقوبة التي تقع على من يخالف قاعدة قانونية، والمسؤولية المدنية وهي التي تلزم المسؤول أي من أحدث الضرر تعويض الغير عن الضرر الحاصل، وتجدر الإشارة إلى أنه قد تجتمع كلتا المسؤوليتين المدنية والجزائية في آنٍ معاً³.

وفي ضوء الحديث عن المسؤولية المدنية فإننا سنسلط الضوء على إلزام المسؤول عن تعويض الغير عن الضرر الذي لحق به، ولكن ماذا لو كان الغير "المضرور" له يد _بشكل أو بآخر_ في إحداث هذا الضرر سواء بشكل كلي أو جزئي، أليس منافياً للعدل أن يقع التعويض حينئذٍ على عاتق المسؤول وحده؟؟

إنَّ الفعل الذي يصدر من الغير "المضرور" ويحدث ضرر لا يعني أن يكون هذا الضرر فعلاً مادياً واضحاً، ولو كان كذلك لأطلقنا عليه مصطلح فعل المضرور، وهو أيضاً لا يقتصر على كونه مجرد

¹ - ملخص حول المسؤولية المدنية، آخر تاريخ للزيارة 2020/11/2 الساعة 07:15 مساءً www.bawabat-el9anon.com.

² - العرعاري، عبد القادر: المسؤولية المدنية، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، ط3، 2011م، الرباط، دار الأمان، ص9.

³ - العرعاري، عبد القادر: المرجع السابق، ص10.

معرفة من الغير أن ضرراً ما قد يحدث، بل نحن أمام أمرٍ يقع في المنتصف تماماً، أي أن حالة الرضاء بالضرر تقع ما بين العلم بحدوث ضرر واتخاذ فعلاً مادياً لإحداثه، فالرضاء بالضرر لم يقتصر على حالة العلم بوجود ضرر قد يحدث، وكذلك لم يرقَ ليكون فعلاً بحد ذاته قد أقدم عليه المضرور، وهذا بالضبط ما سيتم تفصيله خلال هذه الرسالة إن شاء الله.

بات واضحاً مما سلف ذكره أنّ حالة رضاء المضرور بالضرر هي: " حالة تتوسط حالة العلم بالضرر وحالة المساهمة المادية بإحداثه"¹ فعل المضرور"، ونحن هنا أمام حيرة تحتم علينا القرار بأنه: "هل نكتفي بتقريب حالة الرضاء بالضرر لحالة العلم به؟"، وهنا يصبح الرضاء بالضرر كالعلم به موجود إلا أنه غير مؤثر، أي أن المسؤولية كاملةً ستبقى ملقاة على عاتق المسؤول "مُحدث الضرر"، أو أننا سنعامل المضرور الذي رضي بالضرر كمن ساهم مساهمة مادية مع المسؤول في إحداث الضرر وهنا سيتحمل المضرور دائماً إما جزء من المسؤولية أو أنه سينفرد بتحملها وحده؟

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية الدّراسة كون حالة رضاء المضرور بالضرر تعد واقعية الحدوث بل وخلال المعاملات اليومية بين الناس إذ أنّه من الطبيعي بل والبديهي تكرار هذه الحالة وبشكل يومي في الوقائع الحاصلة، فالمضرور الذي يرضى بالضرر قد يرضاه أثناء عمله، أو في فترة علاجه، كما أنّ الحالات التي يرضى بها المضرور بالضرر حالات لايمكن إيرادها حصراً فهي حالات متجددة ومتغيرة ودائمة التطور وبالتالي فإن التطبيقات الخاصة بشأنها ترد على سبيل المثال، وفي ضوء كل هذه الأهمية فإننا نحتاج للدراسة كي نحدد الأثر القانوني لحالة رضاء المضرور بالضرر ونقف على أهم المفارقات ونوضحها بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية.

¹ - السنهاوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، ج1، ط1، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952م، ص885 .

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة للوصول إلى عدة أمور أهمها:

1. الخروج بتعريف مانع جامع لمصطلح رضاء المضرور بالضرر.
2. بيان صور رضاء المضرور بالضرر إن أمكن.
3. تحديد النطاق القانوني لحالة رضاء المضرور بالضرر وكذلك الطبيعة القانونية لهذه الحالة.
4. تحديد الأركان الخاصة بحالة رضاء المضرور بالضرر إن وُجدت.
5. شرح الآثار القانونية المترتبة على حالة رضاء المضرور بالضرر وأهمها جزئية التعويض.
6. ضرب بعض الأمثلة الواقعية على هذه الحالة من خلال قسم خاص في الدراسة يتحدث عن التطبيقات العملية بشأن حالة رضاء المضرور بالضرر.
7. الخروج بمعايير تحدد ما إذا كانت الواقعة التي حصلت تدخل في نطاق رضاء المضرور بالضرر أم لا.

مشكلة الدراسة:

كانت المشكلة الأكبر لدى الباحثة في الدراسة هي عدم وجود معيار واضح يقاس عليه توافر حالة رضاء المضرور بالضرر من عدمه، فمثلاً حين تُعرض واقعة معينة أمام القاضي ماهي أداة الفحص التي سيستخدمها ليتأكد من وجود رضاء صحيح بالضرر من قِبَل المضرور أم لا، لذا كان لابد من إيجاد معيار يحلّ هذه الإشكالية، وهذا ما حاولت الباحثة إيجاده، والمشكلة الأخرى كانت حول تعدد الآثار القانونية والمسؤولية التي سيتحملها المضرور بموجب رضاه بحسب كل واقعة على حدة، فهل ستنتفي مسؤولية الفاعل "مُحدث الضرر" أم سيتم التخفيف من مسؤوليته ليتحمل المضرور جزءاً منها، أم أنّ رضاء المضرور لم يكن مشروعاً في الأصل وبالتالي سيتحمل الفاعل كامل المسؤولية؟، فإن لم يكن رضاء المضرور مشروعاً فنعود لإيجاد المعيار الذي بموجبه كان الرضاء غير مشروع وعليه انعدمت مسؤولية المضرور رغم رضاه.

أسئلة الدراسة:

أهم الأسئلة التي كنت أطمح أن أجد لها إجابات من خلال الدراسة هي:

1. هل يوجد تعريف موضوعي شامل لحالة رضاء المضرور بالضرر؟
2. ما الفرق الذي سيكون إذا ما أسسنا وجود المسؤولية المدنية من نقطة وجود الخطأ لا الضرر وما أثر ذلك على حالة رضاء المضرور بالضرر؟
3. ماهو أنسب معيار يمكن اعتماده في تحري تحقق حالة رضاء المضرور بالضرر في الواقعة المعروضة أمام القاضي؟

منهج الدراسة:

كان المنهج المتبع في الدراسة هو المنهج الوصفي التحليلي المقارن، إذ أنّ الباحثة قد قامت بعرض النصوص القانونية والآراء الفقهية ومناقشتها وتحليلها ومن ثم مقارنتها قدر الإمكان بما جاء به الفقه الإسلامي.

حدود الدراسة:

تناولت الباحثة في الدراسة القانون المدني المصري وكذلك الأردني وكذلك بعض التشريعات العربية عند الحاجة ومقارنتها بما ورد بالفقه الاسلامي، وفيما يخص أدبيات الدراسة فهي كانت في نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية منها فحسب.

الدراسات السابقة:

إنّ المراجع في موضوع رضاء المضرور بالضرر كانت قليلة جداً، إلا أنّ الباحثة استطاعت الحصول على بعضها وأبرزها:

1. رسالة الدكتوراه التي تحمل عنوان رضا المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض للدكتور رضا محمد غنيم جعفر 2003م، مصر - الاسكندرية جامعة الإسكندرية، حيث تحدثت هذه الدراسة بشكل مفصل يبدأ من تاريخ حالة رضاء المضرور بالضرر إلى بيان الأثر في

التعويض في ضوء هذه الحالة، بيد أن الدراسة التي قمت بها تناولت المعايير التي قد يصلح أحدها ليفحص تحقق حالة الرضاء بالضرر من عدمها.

2. رسالة الدكتوراه التي تحمل عنوان أثر قبول المخاطر على المسؤولية المدنية دراسة مقارنة للدكتور رمضان جمال كامل، 1993م، مصر، جامعة عين شمس - المنصورة، وفي هذه الرسالة تركز الحديث عن نظرية قبول المخاطر وأوجه الشبه والإختلاف بينها وبين حالة رضاء المضرور بالضرر، ونظرية قبول المخاطر تتحدث عن قبول الفعل لا النتيجة فليس كل خطر ينطوي على ضرر محقق، وهذا ما زادت عنه دراستي، إذ أنها تُركز على حدوث الضرر الذي رضي به المضرور، فإن لم يحدث فليس على الأخير شيء.

3. الكثير من الكتب الخاصة بمصادر الإلتزام للدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور سليمان مرقس، و الدكتور أنور سلطان، وهؤلاء تحدثوا عن أصل مسألة رضاء المضرور بالضرر وكيف نشأ هذا المصطلح وانبثق عن حالة فعل المضرور والتي تُعدّ إحدى حالات السبب الأجنبي والذي يقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية.

4. رسالة الماجستير للأستاذة أسماء موسى أبو سرور والتي تحمل عنوان: ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، 2006م، وأكثر ما استعدته من هذه الرسالة فحص ما إذا كان الخطأ يصلح أن يكون معيار يُقاس عليه صحة رضاء المضرور من عدمها.

خطة الدراسة

تم تقسيم الدراسة إلى فصلين يسبقهما تمهيد يوضح أصل مسألة رضاء المضرور بالضرر يختص الفصل الأول في بيان ماهية رضاء المضرور بالضرر وصور هذه الحالة والنطاق القانوني الخاص بها كما و توضيح الطبيعة القانونية لهذه الحالة من خلال المبحث الأول ومن ثم الانتقال للمبحث الثاني في هذا الفصل للحديث عن أركان رضاء المضرور بالضرر وشروط صحته وآلية اثباته.

أما الفصل الثاني فقد تناول المعايير القانونية و الآثار القانونية المترتبة على حالة رضاء المضرور بالضرر، وفي ذات الفصل تم إيراد بعض التطبيقات العملية والأثر القانوني المترتب على كل تطبيق منها.

تمهيد

بداية لابد من بيان أصل مسألة رضاء المضرور بالضرر، والعنوان الذي تندرج تحته هذه الحالة في ضوء المسؤولية المدنية.

في مقدمة الرسالة تم عرض المسؤولية المدنية وأصلها، وهنا من خلال التمهيد نتحدث عنها بشكل أكثر تفصيلاً وصولاً لحالة رضاء المضرور بالضرر.

تعني المسؤولية بشكل عام أنها : " التزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر"¹، والمسؤولية المدنية إما أن تكون مسؤولية عقدية والتي تنشأ جراء الإخلال بعقد أو مسؤولية تقصيرية وهي ما سأسلط عليه الضوء هنا، إذ قد تناولها القانون المدني الأردني² في المواد ٢٥٦ إلى ٢٩٢ تحت عنوان الفعل الضار، أما في القانون المدني المصري³ فقد جاءت تحت عنوان العمل غير المشروع.

وما هنا تعريف المسؤولية التقصيرية وصولاً لبيان موقع حالة رضاء المضرور بالضرر بالنسبة لها.

أولاً: المسؤولية التقصيرية وما يقابلها في الفقه الإسلامي:

إن مصطلح الضمان في الفقه الإسلامي يقابل فكرة التعويض المدني في الفقه الغربي، والضمان في الفقه الإسلامي ثلاثة إما ضمان عقد وهو الذي ينشأ بسبب العقد، أو ضمان يد وهنا المال يكون لدى غير المالك فنرى إن كانت يده على المال يد أمانة فلا يضمن إلا إن قصر أو تعدى، فإن قصر أو تعدى أصبح يده يد ضمان فيرد المال بمثله أو بقيمته⁴، والنوع الثالث من الضمان وهو ما يهمني في هذا المقام هو ضمان الإلتلاف ومثاله أن يقوم شخص بإلحاق الضرر بنفس أو عضو أو مال شخص آخر، ويكون هذا الإلتلاف إما بالمباشرة أو بالتسبب، مع ضرورة وجود رابطة السببية ما بين الفعل والضرر، فإن لم تكن موجودة فلا ضمان⁵، وهذا تماماً ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية.

¹ - سلطان، أنور: مصادر الإلتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط8، 2015، دار الثقافة، ص ٢٨٤.

² - القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، المنشور في الصفحة 2 من العدد 2645 في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1976/8/1 م.

³ - القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 الذي صدر بقصر القبة بتاريخ 9 رمضان 1367م، 16 يوليو 1948م.

⁴ - سلطان، أنور: المرجع السابق، ص 299.

⁵ - الزحيلي، وهبة: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دمشق، دار الفكر، 1998م، ص 31.

ثانياً: المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي:

المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي تشمل مسؤولية الشخص عن فعله وفعل الغير ومسؤوليته الناشئة عن الأشياء¹، إن أكثر ما يهم البحث هنا لبيان أصل مسألة رضاء المضرور بالضرر هو تناول أركان المسؤولية التقصيرية المتمثلة بركن الخطأ وركن الضرر والعلاقة السببية بينهما، ونفي رابطة السببية يكون بإثبات السبب الأجنبي، حيث قد نص القانون المدني الأردني على أنه: إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يقض القانون أو الإتفاق بغير ذلك².
مايهمنا هنا هو فعل المضرور إذ من خلاله سأصل لحالة رضاء المضرور بالضرر.

ثالثاً: أثر فعل المضرور على مسؤولية المدعى عليه

لابد أولاً من التفريق بين فرضيتين³ حتى نحدد أثر فعل المضرور على مسؤولية المدعى عليه:

الفرضية الأولى: استغراق أحد الفعلين للفعل الآخر.

إذا استغرق أحد الفعلين للفعل الآخر، فلا يعتد بالفعل المستغرق، والإستغراق على حالتين:

الأولى: أن يكون أحد الفعلين يفوق الآخر جسامة، وله صورتان:

١. إذا كان أحد الفعلين متعمداً يعد مستغرقاً للفعل الآخر.

٢. رضاء المضرور بالضرر يعد مستغرقاً للفعل الآخر في بعض الحالات.

الثانية: أن يكون أحد الفعلين نتيجة للفعل الآخر.

الفرضية الثانية: استقلال كل من الفعلين عن الفعل الآخر.

¹ - سلطان، أنور: المرجع السابق، ص300.

² - المادة (261).

³ - سلطان، أنور: المرجع السابق، ص341، ص342.

يتضح مما سبق أن رضاء المضرور بالضرر يندرج تحت عنوان فعل المضرور، تحت قسم الأفعال المستغرقة للفعل الصادر من المدعى عليه، إلا أن رضاء المضرور لا يعد مستغرقاً لفعل المدعى عليه إلا في بعض الحالات، مما يعني أن هناك حالات لرضاء المضرور تبقى المسؤولية كاملة على المدعى عليه، وحالات أخرى تخفف منها وقد تنفيها تماماً.

الفصل الأول

ماهية رضاء المضرور بالضرر

المبحث الأول: المقصود برضاء المضرور بالضرر مع بيان صورته

يتم من خلال المبحث بيان المقصود برضاء المضرور بالضرر في مطلبين الأول تعرف فيه الباحثة حالة رضاء المضرور بالضرر، والمطلب الثاني يُبين صور رضاء المضرور بالضرر.

المطلب الأول: تعريف رضاء المضرور بالضرر

بداية لا بد من الإشارة بأن فكرة الرضاء بحد ذاتها لا ينحصر حصولها في المعاملات القانونية فهي تمتد لتظهر في يومياتنا، وعلاقاتنا الإجتماعية، وهذا من شأنه توليد واجبات أدبية وأخلاقية، ومن الجدير بالذكر كذلك أن حالة الرضاء أمر داخلي يكمن في النفس لذا نجد أنه لا يوجد تعريف تشريعي محدد مانع جامع لفكرة الرضاء كونها ذات طابع نفسي مجرد.

يعدُّ مصطلح رضاء المضرور بالضرر مصطلحاً مركباً من أكثر من كلمة، وهذا سيجعل من الصعب إيجاد إجماع في الفقه القانوني على تعريف موحد لهذا المصطلح، وعليه ستقوم الباحثة من خلال المطلب بتعريف المصطلح بشيء من التفصيل كما ومناقشة التعريفات التي وردت في شروحات القانون المدني ومن ثم الخروج بتعريف مقترح لمصطلح رضاء المضرور بالضرر.

وعليه ينقسم المطلب لعدة فروع وهي:

1. تعريف الرضاء.
2. تعريف المضرور.
3. تعريف رضاء المضرور بالضرر في القانون الوضعي.
4. التعريف المقترح لمصطلح رضاء المضرور بالضرر.

الفرع الأول: تعريف الرضاء :

1. الرضاء لغة: يعرف الرضاء باللغة كمصدر بأنه ضد السخط والسخط من صفات الذات لا من

صفات الفعل، بإعتبار أن الأفعال أدنى مرتبة من صفات الذات.¹

ويُقَال "رضيت بالشيء" أي رضيته فهو مرضي، ويُقال: "رضي به صاحباً" أو "رضي عليه"²

2. الرضاء اصطلاحاً: هو الإرتياح إلى فعل شيء أو بعبارة أخرى ترجيح فعل الشيء على تركه.³

وعرّف بأنّه: "امتلاء الإختيار وبلوغ نهايته بحيث يفضي أثره إلى ظهور البشاشة على وجه الرّاضي"⁴.

أرى أن كلا التعريفين إذا ما وظفناهما ضمن حالة رضاء المضرور نجد أنه تعريفٌ منقوصٌ، فالتعريف الأول يُعرف الرضاء بأنه ارتياحٌ رغم أن المضرور قد يقبل بالضرر على مضض أي أنه يرضى دون ارتياح ومثال ذلك المريض الذي يقبل أن تجرى له عملية جراحية رغم انخفاض نسبة نجاحها.

أما التعريف الثاني وكأنه يشترط على المضرور أن يظهر البشاشة والسرور على وجهه وهذا حقيقة لا يعقل في كثيرٍ من الحالات.

حتى يتسنى فهم الرضاء بصورة أكثر شمولية، لابدّ من عرض مسألتين الأولى هي ماهية الرضاء في الفقه الإسلامي، والثانية توضح صور التعبير عن الرضاء.

¹-ابن منظور، الإمام جمال الدين أبي الفضل: لسان العرب، ج3، مكتبة دار المعارف، 1290م، باب الراء فصل الضاد، ص1664.

²-الرازي، الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1986م، ص103-104.

³-الخضري، الشيخ محمد: أصول الفقه، ط2، 1933م، ص132، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

⁴-البخاري، عبد العزيز أحمد بن محمد: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، المتوفى سنة 730هـ، ج4، ص1052، دار الكتاب الإسلامي.

المسألة الأولى: الرضاء في الفقه الإسلامي:

1. الرضاء في المذهب الحنفي: يرى الحنفية أن الرضاء يعد مغايراً للإختيار، فالإختيار كافٍ لتكوين الإلتزام فهي أداة شرعية لوجوده، أما الرضاء فهو الرغبة في ترتيب آثار الإلتزام حيث أنه يعدُّ شرط صحة لا أكثر.¹

2. الرضاء في المذهب الشافعي: يذهب الشافعية إلى أن الرضاء والإختيار لفظان بمعنى واحد وهما متلازمان وكلاهما يدل على قصد المنشئ للإلتزام مع تحقيق الرغبة في ترتيب آثاره.² وجدت الباحثة أن هذه التفرقة التي أتى بها المذهب الحنفي مناسبة جداً لحالة رضاء المضرور بالضرر فالمضرور يختار الضرر ولا يشترط أن يرغب به، كحالة قبوله الضرر على مضض فهو إختيار إلا أنه لم يرض، وهنا الباحثة تميل لما جاء به المذهب الحنفي.

يعد الرضا تعبيراً عن الإرادة والتي هي أمر باطني يدور داخل النفس، لذا حتى يُعتدُّ بهذه الإرادة قانوناً يلزمنا أن نتخذ مظهرها خارجياً ملموساً، ويسمى المظهر الخارجي الذي تبرز فيه الإرادة للعالم الخارجي المحسوس بالتعبير عن الإرادة.³

يتخذ التعبير عن الإرادة مظهراً إيجابياً كالقول أو الكتابة أو الإشارة أو موقف يتخذه الفرد لا يدع مجالاً للشك في دلالاته على رضاه، وكذلك قد يتخذ مظهر الإرادة تعبيراً سلبياً كالسكوت، وبالتالي للشخص أن يعبر عن إرادته كما يشاء.⁴

¹ -مطلوب، عبد العزيز: نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، ط1991، ص80 وما بعدها.

² - السيوطي، الإمام جلي الدين بن عبد الرحمن بن أبي بكر: الأشباه والنظائر، والمتوفى سنة 911هـ، ص241.

³ - مرقس، سليمان: الوافي - نظرية العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط4، القاهرة- مصر 1987م، ص135.

⁴ - عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط1984م، ص94 وما بعدها.

المسألة الثانية: صور التعبير عن الرضاء :

وهنا ستعرض الباحثة صورتين للتعبير عن الرضاء وسيتم تناولهما بشيءٍ من التفصيل على النحو التالي:

الفرع الأول: التعبير الصريح للرضاء

يعرف بأنه: "هو التعبير الواضح الذي يدل بذاته ومباشرة ودون الحاجة لتفسير وإستنباط على إتجاه إرادة المضرور".¹

وهنا لابد من الإشارة إلى شروط الرضاء الصحيح وهي:

- 1- أن يصدر عن ذي أهلية قانونية .
- 2- أن يكون التعبير عن الإرادة واضحاً بغير حاجة إلى تفسير المقصود به والترجيح بين ما يمكن أن يعنيه.²

ويكون التعبير صراحة عن الرضاء بإحدى الطرق التالية :

1. لفظاً:³ وهنا يستخدم الشخص أية ألفاظ تدلّ معانيها لغة أو عرفاً أو بحسب ظروف الحال عند الشخص.
2. كتابة:⁴ هنا ليس المهم شكل الكتابة أو اللغة التي كُتبت بها، المهم أن تعبر صراحة عن الإرادة.
3. بالإشارة: وهي الإشارة التي تعارف عليها الناس كهز الرأس عمودياً للدلالة على الموافقة، وهز الرأس أفقياً للدلالة على الرفض مع العلم أن هذه الدلالات ليست على إطلاقها.

ثانياً: التعبير الضمني للرضاء

وهنا فإن الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الإرادة لا تدل بذاتها مباشرةً على حقيقة المعنى المقصود، بيد أن ظروف الحال سمحت بترجيح المعنى المقصود على غيره من المعاني المحتملة.⁵

¹ - أ.د. جلال علي العدوي: أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزام، ط1997م، ص95 وما بعدها.

² - أ.د. جلال علي العدوي: المرجع السابق، ص98.

³ - عدوي، مصطفى عبد الحميد: النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ط1، سنة 1996م، ص72.

⁴ - عدوي، مصطفى عبد الحميد: المرجع السابق، ص72.

⁵ - أ.د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني نظرية العقد، المرجع السابق، ص137.

وفيما يخص مظاهر التعبير الضمني للرضاء فهي كالآتي :

1- الرضاء الضمني ذو طبيعة موضوعية تختلف عن الرضاء الصريح، فالرضاء الضمني

يتعلق بظروف خارجية يستخلص منها الرضاء، هذا بخلاف الرضاء الصريح فهو ذو طبيعة

شخصية لأنه يصدر من الشخص ذاته بصورة صريحة¹ بإحدى الوسائل السالف ذكرها.

2- لا يستدل على التعبير الضمني للرضاء من الوسائل المألوفة بين الناس كالقول أو الكتابة

أو الإشارة، وإنما من خلال الوقائع والملابسات التي صاحبت الموقف، فمن البديهي أن من

يُجري لقاءً صحفياً مع إحدى الوسائل الإعلامية قد قبل مُسبقاً ووافق على نشر ما جاء على

لسانه في المقابلة.²

تبين لنا مما سبق أن التعبير الضمني للرضاء، لا تدل عليه الإرادة بطريقة مباشرة بل إن الإرادة فيه

مفترضة أو هو ما يتعين استخلاصها من الوقائع والظروف المحيطة بطريقة منطقية لا تحمل معنى

آخر غير الرضاء، فيكون من شأن الظروف الخارجية حينئذٍ إلحاق صفة الرضاء للفعل.

تساؤل: هل يمكن أن يعتبر سكوت الشخص رضاءً؟

الأصل أن اتخاذ موقف سلبي محض بإلتزام السكوت لا يعد تعبيراً عن الإرادة لأن السكوت وحده

يُعدّ "عدم" أي لا شيء، وبالتالي لا يمكن أن يفسر سكوت الشخص بأنه قبول أو رفض وهذا ما تُعبر

عنه القاعدة الفقهية بأنه "لا ينسب لساكت قول" كما أنه لو سكت عن قطع عضو منه أو إتلاف

شيء من حاله مع القدرة على الرفع، لم يسقط ضمانه بلا خلاف.³

من الضروري التفريق بين السكوت والتعبير الضمني عن الإرادة، صحيح أن كلا الحالتين تتطلب

استنتاجاً منطقياً حتى نصل لحقيقة القصد بيد أنهما يختلفان في طبيعة كل منهما، فالتعبير الضمني

يقوم على وضع إيجابي يصدر من الشخص حتى وإن لم يكن بصورة مباشرة، أما السكوت فهو ذو

¹ - أنظر : 201 Op.Gt. Enzo Musco-Giovanni Fiandaca-Diritto Penale أشار إليه خريسات، كمال عبد الرزاق

فلاح: رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، رسالة جامعة الإسكندرية، 1993م. ص166.

² - أ.د. حسام كمال الدين الأهواني، الحق في إحترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص205.

³ - السيوطي، للإمام جلال الدين عبد الرحمن: الأشباه والنظائر، طبعة مكتبية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي 1959، ص142.

وضع سلبى مجرد، صمت لا يصلح للقبول أو الرضاء، إلا إن لابتسته ظروف خاصة تدل على وجود الرضاء فعلاً.¹

ترى الباحثة أن السكوت المجرد بحد ذاته لا يعد دليلاً على الرضاء، لذا حتى يؤخذ بالسكوت كدليل على القبول أو الرفض يجب النظر للظروف المصاحبة للواقعة التي سكت بها الشخص وعليه فإنه فإنه يقع على عاتق قاضي الموضوع النظر لكل واقعة على حدة والبحث فيما إذا كان السكوت يعد دليلاً على القبول من عدمه.

تتطرق الباحثة هنا لعدة تعريفات حول الرضاء تناولها الفقه القانوني والخروج منها بتعريف مناسب لمصطلح رضاء المضرور بالضرر.

* التعريف الأول:

الرضاء: " هو اتجاه الإرادة نحو أحداث أمر قانوني معين".²

* التعريف الثاني:

الرضاء: "اتجاه الإرادة نحو إحداث الأثر القانوني المطلوب".³

* التعريف الثالث:

الرضاء: " هو حالة إرادية تعكس قوة نفسية متحركة تجاه واقعة معينة تهدف لإحداث نتيجة، وهي تعني بذلك العلم وحرية الاختيار".⁴

يتضح مما سبق من تعريفات أن الإرادة مرتبطة ارتباطاً لصيقاً بالرضاء، بل إنها أساس وجود الرضاء، والإرادة هنا تعني أن يدرك ويعي الشخص تماماً الضرر الذي يقدم عليه وما سيحدث له جراء هذا الضرر، مع الإشارة إلى أن القاضي لن يلتفت لهذه الإرادة الباطنة إذا لم يُعرب عنها بلفظ

¹ - السنهوري، أ.د. عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، ج1، ط2، 1964، ص221. أ.د. أنور

سلطان: الموجز في مصادر الإلتزام، 1996، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص63.

² - مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني - نظرية العقد، ج1، ط4، 1986م، ص

³ - عبد الباقي، أ.د. عبد الفتاح: نظرية العقد و الإرادة المنفردة، ط2، 1984م، ص88.

⁴ - خريسات، أ.د. كمال عبد الرزاق: المرجع السابق، ص46.

أو فعل أو تحرك، فالقانون لا يهتم بالمشاعر والأحاسيس طالما بقيت في حيز النفس غير معبر عنها بأحد الأدوات لتظهر للعالم الخارجي.¹

تعريف الرضاء من وجهة نظر الباحثة:

هو الإختيار الحر الذي يصدر عن الشخص لإحداث فعلٍ ما، مع علمه بكافة الآثار القانونية المترتبة على هذا الفعل.

الفرع الثاني: تعريف المضرور

الدعوى لا تقبل إلا من ذي مصلحة ومن ثم لا ترفع دعوى المسؤولية إلا ممن لحق به ضرر².

المضرور: "كل من أصابه ضرر ارتبط بعلاقة السببية بالفعل الذي يقوم به الركن المادي للجريمة، فلا يشترط أن يكون المضرور هو ذاته المجني عليه في الجريمة."³

رأي الباحثة: يؤخذ على التعريف السالف الذكر أنه يعرف المضرور من زاوية الضرر الناتج جراء جريمة جنائية أي فقط من منظور الخطأ الجنائي الذي ينتج عن واجب قانوني تكفله قوانين العقوبات بنص خاص، بيد أن المضرور مصطلح أوسع من ذلك فهو يشمل المضرور من الخطأ المدني، فقد يتضرر الإنسان من فعل لا يشكل جريمة أو قد يتضرر من فعل لا يعد خطأ، فالضرر هنا يحدث نتيجة اخلال بأي واجب قانوني ولو لم تكفله قوانين العقوبات.

يشار كذلك إلى أن المسؤولية المدنية تنشأ في حال وقوع الضرر سواء كان هذا الضرر جراء خطأ مدني "إخلال" أو جراء أي فعل عادي لا يُرتجى منه حدوث الضرر.⁴

المسؤولية المدنية تقسم لقسمين عقدية وتقصيرية، والتشريعات الوضعية تختلف فيما بينها في النظريات التي تبنى على أساس المسؤولية التقصيرية فالقانون المدني الأردني يطلق عليها مسمى الفعل الضار، فتقوم هنا المسؤولية التقصيرية بفعل الأضرار دون الإلتفات لركن الخطأ، بيد أن

¹ - عبد الباقي، أ.د عبد الفتاح: نظرية العقد و الإرادة المنفردة، ط2، 1984م، ص89 وما بعدها.

² - قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م، المنشور بمجلة الوقائع الفلسطينية بالعدد الثامن والثلاثون. مادة (3)

³ - قبها، باسل محمد يوسف، رسالة ماجستير بعنوان: التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة مقارنة، ص24.

⁴ - المناصير، محمد، تقرير بعنوان: مدى تطبيق قواعد المسؤولية المدنية في التعويض عن إصابات العمل، دراسة مقارنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، العدد 1، 2016م .

القانون المدني المصري يقيم المسؤولية على أساس توافر ركن الخطأ وهو بذلك يحذو حذو القانون المدني الفرنسي الذي انطلق من ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية وركز أيما تركيز عليه إذ قسمه لأقسام عدة، رغم أن الخطأ يتضمن ركنين أحدهما مادي وهو التعدي والآخر معنوي وهو الإدراك، والإدراك يعني أن يكون الفاعل مميزاً وبالتالي فلن يتحمل الصغير غير المميز أو فاقد الأهلية أي مسؤولية¹ والفكرة - المراد إيصالها - مما سبق أن المضرور قد يتضرر نتيجة لخطأ أو غير ذلك، وقد يصدر هذا الضرر من شخص مؤاخذ كامل الأهلية، أو شخص عديم الأهلية، وفي جميع الأحوال لابد من جبر الضرر الحاصل وإزالته.

رأي الباحثة: وفق ما سلف بيانه فإن المضرور قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً لحقه ضرر جراء فعل ماسوء كان الفعل يشكل خطأً بحق ذاته أم لا، ومتى ثبت للشخص صفة المضرور نشأ له الحق في التعويض مباشرة عن الضرر الذي لحق به، فله حينئذٍ مباشرة دعوى التعويض بنفسه أو من خلال وكيله.

وفي حالة تعدد المضرورين جاز لكلٍ منهم المطالبة بالتعويض بدعوى مستقلة، وكذلك لهم أن يجمعوا مطالباتهم في دعوى واحدة، وقد يُحكم بها في إجابة بعض الطلبات ورفض بعضها، فلا تتأثر دعوى أحدهم بدعوى باقي المضرورين فليس هناك تضامنٌ فيما بينهم² بضوء كل ما ورد لازلنا نحوم حول مصطلح الرضاء وحده دون الحديث عنه ضمن تعريف واحد لمصطلح رضاء المضرور بالضرر، لذا وجب لزماً محاولة وضع تعريف لرضاء المضرور بالضرر وذلك بعد تنفيذ بعض التعريفات الواردة بهذا الشأن.

الفرع الثالث: تعريف بعض فقهاء القانون لحالة رضاء المضرور بالضرر:

1. **التعريف الأول:** عرف أحد الفقهاء رضاء المضرور بالضرر أنه: "إتفاق إرادي بين أكثر من طرف وعنصر هام في العقد"³.

¹ - المساعدة، نائل علي: بحث منشور بعنوان: "الضرر في الفعل الضار وفقاً للقانون الأردني، دراسة مقارنة"، جامعة آل البيت، مجلة المنارة، مجلد 12، عدد 3، عام 2006م، ص 2-3.

² - محمد، عبد الباسط جاسم: المفيد في شرح القانون المدني العراقي، كلية القانون والعلوم السياسية، عنوان الموقع الإلكتروني: www.uoanbar.edu.iq تاريخ آخر زيارة 2020/8/8 الساعة 05:30 مساءً.

³ - أنظر في ذلك Antaun Fahmy Abdou: Le consentement de la victime paris 1971. Op. Cit. P.3.

الحديث هنا عن أن رضا المضرور بالضرر إلتفاق إرادي بين أكثر من طرف وعبرة (أكثر من طرف هنا) تعني طرف المضرور وطرف الفاعل "يحدث الضرر" ورغم عدم (ايضاحه لذلك) كما وجدت لذا فالتعريف ناقص بشكل كبير إذ لم يوضح ما مفاد هذا الإلتفاق وما الآثار القانونية المترتبة عليه.

2. **التعريف الثاني:** عرّفه أحد الفقهاء الألمانين بأنه "إعلان أو تعبير يقوم بين إرادة الشخص الآذن بالرضا وبين فعل مقترف بواسطة شخص آخر"¹

رأي الباحثة:

أرى أن التعريف الثاني جاء أكثر تفصيلاً إلا أنه عليه بعض المآخذ وهي :

1- اعتبر أن الراضي يجب أن يكون قد صدر منه الرضا على هيئة اذن، رغم أن الرضا قد يصدر بصور متعددة ومغايرة للإذن بل وقد يكون ضمناً دون أي فعل ايجابي، ويستدل عنه من ظروف الحال.

2- عبّر (Kessler) عن الضرر بقوله : "فعل يقترف بواسطة شخص آخر" رغم أن الفعل قد لا يفضي إلى ضرر، إلا أن الراضي يجب أن يرضى بالضرر وكل جريمة مترتبة عليه وليس الفعل وحده.

الفرع الرابع: التعريف المقترح:

التعريف الذي تقترحه الباحثة:

رضا المضرور بالضرر هو: "إختيار المضرور بشكل كامل للضرر الواقع على مصلحته التي يحميها القانون مع اتجاه إرادته لإحداث كامل الآثار القانونية المترتبة على ذلك مع عدم مخالفته النظام العام والقانون".

المشار إليه لدى د. جعفر، رضا محمد غنيم: رضا المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، رسالة دكتوراه، 2003م، ص50.

¹ - Kessler فقيه ألماني، المشار إليه لدى د. جعفر، رضا محمد غنيم: رضا المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، رسالة دكتوراه، 2003م، ص50.

أسباب اختيار هذا التعريف:

1- لا بد أن يرضى هذا المضرور ويختار بنفسه هذا الضرر الذي لحق بمصلحته التي يحميها القانون، فيما اختارت الباحثة عبارة "اختيار المضرور الرّاضي" دلت على ضرورة أن يصدر الإختيار متلازماً مع الرضا بالضرر من ذات المضرور، رغم أن الرضا قد صدر من المضرور على مضض.

2- لا بد أن يقع هذا الضرر على مصلحة يحميها القانون، وإلا فما كانت مصلحة ترتب على الإضرار بها آثار قانونية.

3- يجب أن تتجه إرادة ذات الشخص المضرور لترتيب كافة الآثار القانونية المترتبة على الواقعة، مع تحمل كافة النتائج جراءها.

4- إن موضوع رضاء المضرور بالضرر موضوع كبير متشعب الحالات الواردة بشأنه لا يمكن حصرها، متجدد ويومية لذا كان لزاماً على الباحثة وضع معايير تحدد هذه الحالات، وتقلص من مدى إمكانية إعفاء محدث الضرر من التعريض بشكل كلي أو جزئي، وهي معايير لا يجب المساس بها تحت أي ظرف ألا وهي النظام العام والقانون.

المطلب الثاني: صور رضاء المضرور بالضرر

عند الحديث عن صور رضاء المضرور بالضرر فإننا نكون أمام صورتين أولاًهما تتجسد حينما يقبل الشخص المضرور الضرر لنفسه سواء في ماله أو بدنه بل ويكون قاصداً أو متعمداً حدوث الضرر ومثال ذلك عندما يطلب شخص من آخر إقتلاع مزروعاته، وتسمى هذه الصورة رضاء المضرور بالضرر الحال.

أما الصورة الثانية وهي التي يرضى بها المضرور إتيان فعل ما بحقه قد ينجم عنه غالباً ضرر محتمل الحدوث كالمريض الذي يرضى أن تجرى له عملية جراحية خطيرة وتسمى هذه الصورة الرضاء بالضرر المحتمل.

سأتناول في المطلب صور رضاء المضرور بالضرر على النحو التالي:

الفرع الأول: رضاء المضرور بالضرر الحال

يعني رضاء المضرور بالضرر الحال أن المضرور قد رضي بالضرر وأراد له نفسه¹ كمن يعتمد أن يلحق الضرر بنفسه أو بماله ومثال ذلك فيما لو طلب شخص من آخر بأن يتلف سيارته، أو يحرق داره، أو أن يرى المضرور أن أحدهم يتلف ماله ورغم ذلك لم يحرك ساكناً ولم يتعرض له، فهنا وكأن إرادة المضرور قد اتجهت صراحة "أو ضمناً" لإجادة هذه الأضرار وهذا ما يعرف برضاء المضرور بالضرر الحال² فالرضاء هنا يفيد إصرار المضرور على قبول الضرر دون الوقوف هنا أمام مرحلة احتمالية وقوع الضرر من عدمه³.

في الأمثلة السابقة نرى وكأن المضرور يحدث الضرر لنفسه أو لماله من خلال الغير سواء بشكل صريح أو ضمني، ولكنها ليست الصورة الوحيدة فالمتطوع الذي يجازف بحياته لإنقاذ شخص آخر يعد مثلاً حياً لرضاء المضرور بالضرر الحال بل وإن للمضرور هنا حق المطالبة في التعويض كما سنراه لاحقاً من خلال هذا البحث.

رأي الباحثة: ترى الباحثة أن الإشكالية هنا تدور من منطلقات كل مدرسة فقهية فالفقه الإسلامي والذي حذا حذوه الكثير من القوانين الوضعية العربية كالقانون المدني الأردني يعتبر الضرر هو المنطلق لوجوب التعويض من عدمه، بيد أن المدرسة اللاتينية الفرنسية وعلى غرارها القانون المدني المصري تعتبر الخطأ هو الأساس في المسؤولية المدنية بل وتفرد له نظريات كاملة، بل وتقسمه من خطأ تافه إلى خطأ جسيم، رغم أن علة وجود التعويض -وهو أثر قانوني مترتب على الفعل- تكمن في تحقق الضرر لا الخطأ، فأحياناً يكون هناك أخطاء جسيمة إلى أنها لم تؤد إلى ضرر يذكر وبالتالي فلن تستحق التعويض⁴.

¹ - رمضان، جمال كامل، رسالة دكتوراه بعنوان: أثر قبول المخاطر على المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، 1993، ص52.

² - مرقس، أ.د. سليمان: الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار، المرجع السابق، ص316.

³ - الأهواني، أ.د. حسام الدين كامل: النظرية العامة للإلتزام، ج1، مصادر الإلتزام ط2، سنة 1995 ص566، بند 824.

⁴ - أبو سرور، أسماء: ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، 2006م، ص62.

وتظهر منطلقات هذه المدارس حينما نتحدث عن مسألة التفريق بين صور الرضاء بالضرر الحال والرضاء بالضرر المحتمل حيث أن الفقه المصري اعتبر صورة الرضاء بالضرر المحتمل هي قبولاً بالمخاطر رغم أن القبول بالمخاطر لا يعني القبول بالأضرار فالأضرار تقترب وتنتج عن المخاطر وليس العكس بل وليس بالضرورة أن تنتج الأضرار عن المخاطر فقد يكون هناك مخاطر من فعل ما ولم تحدث بشأنه أي أضرار وهذا ما سأفصله أكثر في الصفحات القادمة.

الفرع الثاني: صورة رضاء المضرور بالضرر المحتمل (نظرية قبول المخاطر)

يظهر مما سبق أن الرضاء بالضرر المحتمل أو ما يعرف بنظرية "قبول المخاطر" هي الصورة المقابلة لرضاء المضرور بالضرر الحال.

تعد نظرية قبول المخاطر من النظريات المعروفة في مجال المسؤولية المدنية عموماً، وإن كانت هذه النظرية ليست وليدة القانون الفرنسي ولا القانون المصري، وإنما هي من صنع الفقه والقضاء وللقضاء الدور الأكبر في إظهارها ولعل السبب يرجع في ظهور هذه النظرية زيادة الأخطار التي يتعرض لها الإنسان في الوقت الحاضر¹.

يقصد بقبول المخاطر القبول المسبق من المضرور بالخطر الذي يحتمل أن يهدده والذي يعاني منه بسبب خطأ المدعى عليه، فقبول المخاطر: "هو رضاء بضرر محتمل"² أن المضرور هنا لا يعتمد إلحاق الأذى بنفسه لكنه يعرض نفسه أو ماله للخطر فهو هنا يرضى بالضرر ولكنه لا يريده. "كأن يرضى بالفعل الذي أدى إلى الضرر رغم علمه باحتمال حدوث الضرر منه وكانت درجة هذا الاحتمال كبيرة تتجاوز حد المؤلف في الظروف العادية إلى الحد الذي يقبل أغلب الناس أن يعرضوا لأنفسهم له، وهذا ما يعرف بقبول المخاطر"³

¹ - رمضان، جمال كامل: المرجع السابق، ص 32.

² - أ.د. حسام الدين على الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، ج(1) مصادر الإلتزام، ط2، دار النهضة العربية 1995، ص 566.

³ - أ.د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، ج1، ط2، دار النهضة العربية 1964، ص 885، بند 594.

والأمثلة في هذا الشأن كثيرة وأعتقد أنه لا يمكن حصرها فالمريض الذي يرضى ان تجرى له عملية جراحية خطيرة رضي بمخاطرة العملية إلا أنه لا يريد أن يحدث له الضرر المترتب على إجرائها، أو "كالذي رضي الركوب مع سائق مخمور قد يؤدي بحياته فهو يعلم ذلك ولا يريده أن يحصل، فهؤلاء الأشخاص لم يقصدوا إلحاق الأذى بأنفسهم وإنما تعرضوا للخطر عالمين به"¹.

المبحث الثاني: النطاق والطبيعة القانونية لحالة رضاء المضرور بالضرر

سأناقش في المبحث النطاق القانوني لحالة رضاء المضرور بالضرر وكذلك طبيعته القانونية في مطلبين.

المطلب الأول : نطاق رضاء المضرور بالضرر

يتمثل نطاق رضاء المضرور بالضرر في المدى الذي تصل إليه إرادة المضرور، وهنا لا بد من الوقوف على النصوص التشريعية التي تحدثت عن رضاء المضرور بالضرر ومن ثم عرض الإتجاهات الفقهية بشأن نطاق رضاء المضرور بالضرر وذلك من خلال فرعين.

الفرع الأول: النطاق التشريعي لرضاء المضرور بالضرر

يهيمن البحث في الشق المدني لرضاء المضرور ، لذا سأسلط الضوء على نصوص القانون المدني للدول التي تُفيد الدراسة في هذا النطاق.

من الجدير بالذكر هنا الحديث عن الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية في القوانين التي سأعرضها خلال الدراسة، حيث أن اختلاف الأساس حتماً سيخرج نتائج مختلفة تماماً في الشكل والمضمون وبحديثي هنا عن النطاق التشريعي سأناقش نصوص المواد التي تحدثت عن رضاء المضرور بالضرر وأحللها ثم أتناول الأسس التي قامت عليها القوانين فيما يخص المسؤولية المدنية في موضع آخر.

¹ - أ.د. سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص300.

يُطرح في هذا المجال تساؤل حول ما إذا كان رضا المضرور بالضرر يحول دون وجود مسؤولية مدنية تقع على عاتق الفاعل أي ينفىها أم لا؟ حيث أنه في كثير من الحالات تنتفي المسؤولية المدنية إذا انعدم الإخلال بواجب قانوني أو في حال عدم وجود واجب قانوني من الأساس وأحياناً يحدث إخلال بواجب قانوني ومع ذلك لا تقوم المسؤولية، ويرجع ذلك دائماً إلى وجود ظرف يرفع عن المكلف الواجب القانوني الذي يبدو أنه قد أخل به¹.

فهل يعد رضا المضرور بالضرر حاله من حالات انتفاء المسؤولية والتي بدورها سيتم إعفاء الفاعل من التعويض عن ذلك الحق الذي رضي به المضرور؟

من خلال دراستي لبعض التشريعات الأجنبية وجدت أنها لا تعتبر رضا المضرور بالضرر حالة من حالات انتفاء المسؤولية المدنية، مما يعني أنها لم تُعفِ الفاعل من المسؤولية المدنية تجاه المضرور الذي رضي بالضرر، وكان البديل هنا هو أنها أنقصت من مقدار التعويض الذي طالب به المضرور من خلال دعواه أو رفض التعويض كليةً.

ومن أمثلة ذلك:

القانون المدني الجزائري²: تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، أن كل فعل أيّاً كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض.

كما تنص المادة 127 على أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك.

المادة 128 تنص على أنه: من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله، أو عن نفس الغير، أو عن ماله كان غير مسؤول، على أن لا يُجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الإقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي.

¹ - مرقس، أ.د. سليمان: الوافي في شرح القانون المدني ج2، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط1989م، ص283، بند 106.

² - القانون المدني الجزائري الصادر بأمر رقم 75-58 بتاريخ 1975/9/26.

القانون المدني المصري: (القانون المدني المصري، مرجع سابق): تناول المشرع المصري حالات تنتفي بها المسؤولية المدنية عن الفاعل وهي حالة من يحدث بغيره ضرر إستعمالات لحق الدفاع الشرعي (م166) وحالة تنفيذ الامر الصادر من الرئيس (م167) وكذلك حالة المضرور في (م168) وكما نرى حالة رضاء المضرور بالضرر لا تعرض ضمن هذه الحالات.

رغم أن القانون المدني المصري لم يعتبر حالة رضاء المضرور بالضرر إحدى حالات إنتفاء المسؤولية المدنية إلا أنه قد أشار إليها بشكلٍ أو بآخر حينما تناول الأثر القانوني لمساهمة المضرور في أحداث الضرر بموجب المادة (216): "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

فبموجب نص المادة الأخير إذا ما اعتبرنا رضاء المضرور بالضرر بحد ذاته كان خطأً من شأنه إحداث الضرر أو المساهمة فيه فإن المادة هنا ستطبق، وهذا الأمر يترك لقاضي الموضوع¹.

تنص المادة 256 على أن: كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر.

المادة 261: إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ لسبب أجنبي لايد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يقض القانون أو الإتفاق بغير ذلك.

المادة 262: من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسؤول على ألا يُجاوز قدر الضرورة و إلا أصبح ملزماً بالضمان بقدر ما جاوزه.

رأي الباحثة: ترى الباحثة أن القوانين السالف ذكرها لا تعترف بحالة رضاء المضرور بالضرر أصلاً، فليس لأي شخص أن يرضى بالضرر بل عليه محاولة دفعه بأقصى ما يستطيع وإلا تمت مجازاته.

فالنصوص سالفه الذكر أنها لم تتناول رضاء المضرور كحالة من حالات انتفاء المسؤولية المدنية وإنما حصرت في الحديث عن الأثر القانوني المترتب عليه ألا وهو الحق في التعويض فإما إنقاص

¹ - مرجع سابق، القانون المدني الأردني.

مقدار التعويض أو عدم التعويض أصلاً مما يعني إعفاء الفاعل وهذا ضمن سلطة القاضي التقديرية فهو الذي يقدر مدى مساهمة المضرور بتحقيق الضرر من عدمه جزاء رضاه بالضرر.

تتفق جميع القوانين المُدرجة أعلاه على الحالات التي يعفى بها الشخص من تحمل المسؤولية، وبالتالي فلا تعويض يقع على عاتقه تجاه المضرور، إلا إن قرر القاضي غير ذلك.

الفرع الثاني: الإتجاهات الفقهية لحالة رضاه المضرور بالضرر إزاء عدم وجود نص تشريعي بشأنها:

- القانون المدني الجزائري والمصري والأردني لم تعد هذه القوانين رضاه المضرور بالضرر ضمن حالات انتفاء المسؤولية المدنية، إلا أن حالات إنتفاء المسؤولية المدنية التي وردت في القانون المدني ليست على سبيل الحصر وأنه من الممكن وجود حالات جديدة، فمثلاً تنتفي المسؤولية المدنية في حالة رضاه المضرور بالضرر إذ أن رضاه قد ترتب عليه نفي الخطأ عن الفعل الضار الذي يعتبر خطأ في الأصل كالمصاب الذي رضي تعريض نفسه لمخاطر سباق السيارات¹.

- بعض الفقهاء² لم يتعامل مع حالة رضاه المضرور بالضرر كونها سبباً من أسباب انتفاء المسؤولية المدنية بل تعامل معها بإعتبارها إحدى حالات فعل المضرور، وذلك ضمن دراسة للسبب الأجنبي حيث أن فعل المضرور هو إحدى حالات السبب الأجنبي الذي بدوره يقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر، وذلك بموجب نص³ من القانون المدني المصري التي نصت على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملتزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك" فإذا لم يكن خطأ المضرور هو السبب الوحيد

¹ - مرقس، أ.د. سليمان، الفعل الضار، المرجع السابق، ص284، بند 106.

² - أنور سلطان، عبد الرزاق السنهوري.

³ - المادة (165).

للضرر فإنه قد يساهم مع خطأ المدعى عليه في إحداث الضرر وهنا ينطبق ما نصَّ عليه¹ القانون المدني المصري.

ويرى أصحاب هذا الإتجاه أن الأصل، رضاء المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المضرور صفة الخطأ، وهنا لا يزال الفاعل مخطئاً ولو رضي المضرور بالضرر الذي وقع عليه، لكن إذا كان رضاء المضرور بحد ذاته خطأً فهذا سيخفف هذا الخطأ من مسؤولية الفاعل "المدعى عليه" كحالة الخطأ المشترك؟².

القانون المدني المصري في إحدى نصوصه³ قضى بأنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو أن لا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه"

كما أنه قد يصل خطأ المضرور في رضاه بالضرر حداً كبيراً من الجسامة ما يجعله يستغرق خطأ المسؤول "الفاعل المدعى عليه" وهنا تنتفي المسؤولية كليةً عن الأخير وذلك لإنعدام رابطة السببية. إنَّ المنطلق الذي ينطلق منه يعود للأساس الذي بنى عليه تحليله والذي بدوره يعد تحليلاً مغايراً لمدرسة الفقه الاسلامي فهو يتعامل مع الرضاء بالضرر كونه أي الرضاء كان يشكل بحد ذاته إنحرافاً أم لا ؟

فإذا كان الرضاء بالضرر بحد ذاته "خطأً" صدر من المضرور حينها يتم التخفيف من مسؤولية المدعى عليه وهذا وفقاً لأحكام الخطأ المشترك⁴.

يجدر الإشارة هنا إلى أنَّ مدرسة الفقه الإسلامي في موضوع المسؤولية المدنية تحديداً التقصيرية منها لا تؤسس الفكرة على أساس وجود الخطأ من عدمه "الإنحراف" بل هي تركز فقط على حالة وقوع الضرر فإن وقع الضرر فإنه يزال⁵ وإزالته بجبره، وحينها ستقوم المسؤولية ويستحق التعويض على من أحدث الضرر.

¹ - المادة (216).

² - السنهاوري، أ.د. عبد الرزاق: الوجيز في شرح القانون المدني، ج 1 نظرية الإلتزام، 1997م، ص 37.

³ - نص المادة (216) من القانون المدني المصري.

⁴ - د. أنور سلطان في كتابة مصادر الإلتزام في القانون المدني دراسة مقارنه بالفقه الإسلامي ص 239-242.

⁵ - القاعدة رقم 20 من مجلة الأحكام العدلية.

إسقاط هذا الكلام على حالة رضاء المضرور بالضرر يتم في حالة النظر فقط لما إذا كان المضرور يرضى بالضرر الذي قد يحدث جراء رضاه بالإقدام على هذا الفعل.

ومثال ذلك: حالة ما إذا رضي المضرور الركوب مع سائق ثمل، فمثلاً القانون المصري بناءً على الفقه اللاتيني الفرنسي الذي يحذو حذوه فإنه يبحث فيما إذا كان رضاء المضرور بحد ذاته (خطأ) أو إنحرافاً أم لا، مع العلم أن الذي يقوم عليه الفقه الإسلامي هنا هو ركن الضرر والنظر لكون المضرور رضي بالضرر الذي ينتج عن رضاه أي الضرر المترتب على ثمالة السائق، حيث أنه لو كان الحادث لسبب آخر غير ثمالة السائقفها سيكون السائق مسؤولاً مسؤولية كاملة ويستحق المضرور التعويض.

رأي الباحثة: ترى الباحثة وبناءً على كل ما تم شرحه عدم الميل لِكِلا الإتجاهين الفقهيين وتأييد مدرسة الفقه الإسلامي في التعامل مع حالة رضاء المضرور بالضرر مستندةً برأيها على ما يلي:

1- الإتجاه الأول ينظر لحالة رضاء المضرور بالضرر من زاوية ضيقه مفادها هذا التساؤل وهو: "هل هذه الحالة تصلح لتكون إحدى حالات إنتفاء المسؤولية عن المدعى عليه "الفاعل" وتحمل المضرور وحده عبء التعويض؟"، كما أن هذا الإتجاه يركز على الآثار القانونية المترتبة على رضاء المضرور بالضرر فقط دون النظر لحالة رضاء المضرور بالضرر كمصطلح فقهي قانوني له تعريفه وعناصره، أو أنه تحت أي العناوين يندرج فيما يخص المسؤولية المدنية، فلم يلق هذا الإتجاه بالاً لهذا كله رغم أهميته.

2- الإتجاه الفقهي الثاني لم يتعامل مع حالة رضاء المضرور بالضرر كعنوان قائم بذاته بل أدرجها ضمن حالة فعل المضرور مع العلم أن الرضاء بالضرر حالة تتوسط العلم بالضرر وفعل المضرور وعليه فإن التوصيف لحالة رضاء المضرور بالضرر يجب أن يكون صائباً وموضوعياً ذلك لأهمية النتائج التي ستبنى على هذا التوصيف.

3- ترى الباحثة أنه يجب التعامل مع حالة رضاء المضرور بالضرر بشكل تفصيلي يبدأ من التعريف المفصل لمفردات هذا المصطلح انتهاءً بالآثار القانونية المترتبة على هذه الحالة.

4- ترى الباحثة ضرورة التركيز على الضرر والضرر فقط فإذا ما وقع الضرر هنا حينئذ تثار مسألة رضاء المضرور بهذا الضرر، لكن طالما أن هذا الضرر لم يقع فلن نستطيع حينها النظر لرضاء المضرور إن كان بحد ذاته يشكل إنحرافاً أم لا، فهذا لن يُجدي نفعاً ولن يحقق أي آثار قانونية تُذكر كون الضرر لم يقع من الأساس.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لرضاء المضرور بالضرر

ينقسم المطلب لثلاثة فروع الأول يبين حالة العلم بالضرر وحالة فعل المضرور والمفارقة بين هاتين الحالتين بالنسبة لحالة الرضاء بالضرر، والفرع الثاني يتحدث عن أساس المسؤولية المدنية المعتمد في بعض القوانين الوضعية ومقارنتها بالفقه الإسلامي، والفرع الثالث يبين ما إذا كانت حالة رضاء المضرور بالضرر تعدّ تنازلاً عن حق.

الفرع الأول: التفرقة ما بين حالة العلم بالضرر والرضاء به وفعل المضرور.

أولاً: أوجه التباين بين حالة العلم بالضرر وحالة الرضاء بالضرر.

تُبرز الباحثة هنا أوجه الاختلاف من مناحٍ عدة وفق رأيها تتمثل فيما يلي:

1. التراتبية: العلم حالة تسبق الرضاء، فترتيبها يأتي قبل الرضاء، فالمضرور يعلم الضرر أولاً ومن ثم يرضى أولاً يرضى به.

2. الشمولية: الرضاء أكثر شمولية من العلم فمن رضي بالضرر هو يقيناً قد علم به أولاً، فيكون برضاه قد شمل حالة العلم بالضرر أيضاً، أما من علم بالضرر فقط فلا يُتذرع تجاهه بأنه قد رضي به إلا إن أعرب عن ذلك صراحةً أو ضمناً.

3. قيام المسؤولية: من علم بالضرر علمه لن يحول دون قيام مسؤولية مسبب الضرر، ومثال ذلك: ركاب الطائرة يعلمون بإحتمالية وقوعها والأضرار التي تتجم عن ذلك، رغم ذلك فالعلم بالضرر وحده لن ينفي مسؤولية شركة الطيران تجاه الركاب وحقهم بالتعويض جراء هذا الضرر، أما في حالة الرضاء بالضرر هنا تُقاسُ أمور عدة، ننظر لطبيعة الفعل إن كان عنيفاً بطبيعته أم لا كالألعاب

الفنون القتالية، وننظر للرضاء إن كان لضرر حال أو محتمل، وعلى هذا كله نحدد ما إن كان المضرور يستحق كل أو جزءاً من التعويض أو لا يستحق شيئاً منه.

ثانياً: التفريق بين فعل المضرور والرضاء بالضرر:

1. **التراتبية:** إن حالة رضاء المضرور تتوسط حالة العلم بالضرر وفعل المضرور وبالتالي الرضاء يسبق فعل المضرور.
2. **الشمولية:** ليس باستطاعة الباحثة الجزم أن فعل المضرور أكثر شمولية من حالة رضاء المضرور، فقد يقوم هذا المضرور بالضرر بنفسه ومع ذلك ليس راضياً به، كمن يظن أنه سيدفع عن نفسه الأذى بفعله لهذا الضرر.
3. **قيام المسؤولية:** إن فعل المضرور يبقى فعلاً مرتباً لآثاره القانونية، فسواء كان الفعل إيجابياً أم سلبياً فإن هذا سيحمل المضرور كامل المسؤولية أو جزء منها إلا إن تحقق الضرر لسبب آخر غير فعل المضرور أما بالنسبة لحالة رضاء المضرور فكما سبق بيانه لا بد من النظر لطبيعة الضرر الذي رضي به المضرور وصورته إن كان حالاً أو محتمل، وعليه يتم ترتيب الآثار القانونية.

الفرع الثاني: الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية (التقصيرية):

تتقسم المسؤولية المدنية لقسمين المسؤولية العقدية تنشأ بموجب الإخلال بالعقد والمسؤولية التقصيرية وهي التي تعينني هنا وهي التي بها تقوم المسؤولية على كل من سبب ضرراً للغير¹.

أولاً: ركن الخطأ كأساس لقيام المسؤولية التقصيرية.

تتطلق المدرسة الفقهية اللاتينية في تناولها للمسؤولية التقصيرية - من قاعدة الخطأ أي أن نظرية الخطأ تعد الركيزة الأساسية التي يبنى على أساسها الأحكام والآثار القانونية التي تخص المسؤولية المدنية حتى

¹ - شريف، أحمد شريف حسين: المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء في القانون المدني الأردني. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الأردن. 1994. ص.5.

أنها قد أفرطت في النظريات والتفرعات التي نتجت عنها للحد الذي جعلها قد قسمت الخطأ: " لخطأ تافه ويسير وإلى خطأ جسيم وهذا كله لن يخلف أي أثر في حال لم يقع ضرر أصلاً"¹.

إن الخطأ مهما كان تافهاً إن حدث ضرر جرّاه يقع التعويض على عاتق المسؤول، وكذلك مهما كان جسيماً عظيماً لن يُنظر إليه كونه لم يحدث ضرراً بموجب هذا الخطأ².

ثانياً: ركن الضرر كأساس لقيام المسؤولية التقصيرية.

إنّ الفقه الإسلامي لم يتناول لفظ المسؤولية المدنية فكانت نظرية الضمان في الفقه الإسلامي تقابل المسؤولية التقصيرية كأحد فروع المسؤولية المدنية، إذ أنه أسس كل النتائج والآثار بناءً على حالة وجود الضرر من عدمه³.

لا يُسأل إلا من كان أهلاً للمؤاخذه، فمصطلح المسؤولية لا يلزم عديم الأهلية بتعويض، ولهذا تبني القانون المدني الأردني مصطلح الفعل الضار تيمناً بالفقه الإسلامي الذي قابل هذا المصطلح بنظرية الضمان⁴.

رأي الباحثة: إن اعتبار ركن الضرر أساساً لقيام المسؤولية أو بمعنى أصح ترتيب الآثار القانونية المتمثلة بنشوء الحق في التعويض لهو عين الصواب، فلا تُقبل فكرة استحقاق التعويض من خطأ مجرد لم ينشأ بموجبه ضرر يستوجب التعويض، فالحقيقة أن التعويض يقدر بناءً على الضرر الحاصل، باختصار إن لم يكن هناك ضرر فلا تعويض.

الفرع الثالث: اعتبار رضاء المضرور بالضرر تنازلاً عن حق:

إنّ موضوع الطبيعة القانونية لحالة رضاء المضرور بالضرر يثير جدلية معينة فكيف نتعرف على الطبيعة القانونية لحالة رضاء المضرور بالضرر علماً أنها -كما سبق بيانه- تقع في منزلة وسطى ما بين فكرة العلم بالضرر وفكرة فعل هذا الضرر من قبل المضرور أي " فعل المضرور " وبات

¹-أبو سرور، أسماء: المرجع السابق، ص17

²- مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني. م1 الفعل الضار. ط5. تنقيح حبيب إبراهيم الخليلي. الإسكندرية: (2) منشأة المعارف. 1992. ص3

³-أبو سرور، أسماء: المرجع السابق، ص30

⁴ - الزرقا، مصطفى أحمد: الفعل الضار والضمان فيه، دمشق، دار القلم، ط1، 1988م، ص17.

واضحاً أن المضرور قد رضي بالضرر الواقع عليه، سواء مسَّ هذا الضرر جسده أو ماله وليس هناك خلاف في مسألة رضاء المضرور بالضرر الواقع على المال ولكن في حالة رضاه بالضرر الجسدي، فهنا يثور التساؤلات التالية:

هل نستطيع اعتبار رضاء المضرور بالضرر الجسدي هنا تنازلاً عن حقه في الحياة أو في سلامة جسده؟

سنناقش هذا في صفحات لاحقة لكن هل فعلاً نستطيع القول بأن رضاء المضرور بالضرر تنازل عن حق؟

في حالة رضاء المضرور بالضرر لابد من تفنيد كل حالة على حدة للتعرف على الحق الذي ملكه المضرور حتى يتنازل عنه، وهل يجوز التنازل المسبق عن الحقوق؟، إن الحق قبل أن يملكه المضرور لا يمكنه التنازل عنه، هل يُعقل أن يتنازل المضرور عن حقه في التعويض قبل أن يحصل ضرر من شأنه استحقاق التعويض في ذمة المسؤول (المدعى عليه)؟ ماذا لو تم المساس بحق مصان قانوناً هل الرضاء بالضرر هنا سيحول دون قيام مسؤولية الفاعل " المدعى عليه" كون المضرور كان راضياً؟

رأي الباحثة: ترى الباحثة أنه لا يمكن أن يكون رضاء المضرور بالضرر تنازلاً عن حق إذ أن الحق يجب أن يملكه الشخص ابتداءً حتى يتسنى له التنازل عنه، وفي حالة رضاء المضرور بالضرر فإننا أمام أثر قد يترتب مستقبلاً وقد لا يترتب ألا وهو الضرر، أمّا الحق الناشئ عن هذا الضرر فهو التعويض وهو لا يثبت للمضرور إلا حين وقوع الضرر، فلا يُعقل التنازل عن تعويض لم يتحقق أساساً، والإشكالية أيضاً تتمثل في كون الرضاء وقع على ما هو ليس حقاً للمضرور، كرضاه في إنهاء حياته أو إيذاء جسده، "قالنفس ملك لله -جلّ وعلا- وليس للإنسان الحق في التعدي عليها بأي شكلٍ كان"¹.

¹ - الكيلاني، جمال: التدابير الشرعية لحفظ النفس في الفقه الاسلامي، الاردن مطبعة الهدى، 2010، ص116.

المبحث الثالث: أركان رضا المضرور بالضرر وشروط صحته وكيفية إثباته

ينقسم هذا المبحث لثلاثة مطالب الحديث في المطلب الأول عن أركان رضا المضرور ، والمطلب الثاني يُناقش شروط صحة رضا المضرور ، والثالث يدور حول آلية إثبات رضا المضرور .

المطلب الأول: أركان رضا المضرور بالضرر

يقسم المطلب إلى ثلاثة فروع للحديث عن أركان الرضاء :

الفرع الأول: ركن الإرادة .

الفرع الثاني: محل الرضاء .

الفرع الثالث: سبب الرضاء .

الفرع الأول: ماهية الإرادة ومفهومها بالنسبة لرضاء المضرور بالضرر

*المسألة الأولى: مفهوم الإرادة بشكل عام.

1. الإرادة في اللغة: هي القصد والميل نحو الفعل¹.

2. أما اصطلاحاً: قوة نفسية مدركة تصدر عن تصور لغايات معينة ووسائل ملائمة لإدراكها، ومن طبيعة الإرادة أنها تسيطر على ما يصدر عن صاحبها من سلوك².

تتخذ الإرادة صورتين: الأولى ذات المظهر الإيجابي والثانية تأخذ مظهراً سلبياً، الإرادة في مظهرها الإيجابي تتمثل في الحركة العضوية التي تظهر للعالم الخارجي بطريقة محسوسة مادية، كالنطق بلفظٍ ما، أو بتحريك أحد أطراف الجسم بغية إيصال رسالة معينة³.

¹-ابن منظور، الإمام جمال الدين أبي الفضل: لسان العرب، ج3، مكتبة دار المعارف، 1290م، باب الرء فصل الضاد، ص1663 .

²- حسيني، محمود نجيب: قانون العقوبات القسم العام، ط1962، مرجع سابق، ص197.

³- حسيني، محمود نجيب: قانون العقوبات القسم العام، ط1962، ص198.

كما أن للإرادة **مظهر سلبي** يكون بالإمساك أو الإمتناع حيث أن الإمتناع كذلك يعدُّ سلوكاً إرادياً رغم كونه يمثل حالة سكون وكفَّ عن العمل¹.

رأي الباحثة: ترى الباحثة أن الإرادة سواء اتخذت المظهر الإيجابي أو السلبي قد تتصف بالمشروعية طالما اتفقت مع النظام العام ولم تُخلّ بواجب قانوني ما، لذا يتضح لي أن الإرادة المقصودة هنا هي الإرادة التي ترتب أثراً قانونياً معيناً فقط سواء كان التصرف مشروعاً أو غير مشروع، وليس المقصود الإرادة التي تظهر في المجاملات الاجتماعية كتلبية دعوة صديق أو تقديم عمل مجاني.

يلزم لتحقيق الإرادة أن يكون الشخص مدركاً لما يفعله، ويعلم الحقوق والالتزامات التي ستترتب له أو عليه²، أما فيما يخص المسؤولية المدنية فإن مرتكب الفعل الضار يجب أن يكون مدركاً وقت ارتكاب الفعل أنه يخل بواجب قانوني³، وهذا الشرط عند من ينادون بنظرية الخطأ كأساس تترتب عليه المسؤولية⁴.

وبناءً على كل ما سبق فإن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص عديم التمييز كالمجنون، كما يلزم أن تكون إرادة الشخص حرة صادرة ممن يملك القدرة على الاختيار⁵، فمسلوب الإرادة لسبب عابر كالشخص السكران أو المكره اكرهاً مادياً فلا يعتد بإرادته لأنها إما معدومه أو مسيرة⁶.

وأخيراً يجب أن تكون الإرادة جادة جازمة، وليس مجرد رغبة غير واضحة، فلا عبرة بإرادة الهازل، ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المرتبطة بتحفظ ذهني، فإن الإرادة بجميع هذه الأحوال لم تأخذ منحى جدياً لإحداث أثر قانوني معين⁷.

¹ - أ.د. محمود نجيب حسيني، النظرية العامة للعقد دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، ط1978، ص200.

² - فودة، عبد الحكيم: **الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية**، د.ط، الإسكندرية دار الفكر الجامعي، 1996م، ص21

³ - مرقس، سليمان: **المرجع السابق**، ص278

⁴ - فودة، عبد الحكيم: **المرجع السابق**، ص21.

⁵ - قرار رقم 2017/944 الصادر عن محكمة استئناف رام الله بتاريخ 2017/10/24.

⁶ - أ.د. عبد الفتاح عبد الباقي، **المرجع السابق**، ص91. أ.د. سليمان مرقس، **نظرية العقد**، المرجع السابق، ص134، بند 70.

⁷ - أ.د. عبد الرزاق السنهوري، **الوجيز في شرح القانون المدني**، المرجع السابق، ص53، بند 53. أ.د. حسام الدين كامل الأهواني، **النظرية العامة للإلتزام**، المرجع السابق، ص58.

المسألة الثانية: مفهوم الإرادة بالنسبة لرضاء المضرور بالضرر.

إنه في حالة النظر لمفهوم الإرادة أنها تمثل سلوكاً إرادياً يقوم على حرية الاختيار وإحداث أثر قانوني معين غير كافٍ بل ويشكل مفهوماً ناقصاً إذا ما تمّ بحثه من زاوية رضاء المضرور بالضرر، حيث هنا يجب أن تتجه إرادة المضرور نحو الرضاء بإلحاق الضرر بنفسه أو توقع تضرره من جراء ارتكاب الفعل.

وبناءً على ما سبق بيانه يتضح مفهوم الإرادة بالنسبة لرضاء المضرور بالضرر ذلك أن رضاء المضرور بالضرر يشكل فعلاً ضاراً في جانب المضرور ولا يكفي أن يرضى المضرور بالفعل الضار بل يجب أن يرضى بما يترتب على الفعل الضار من آثار قانونية فيتجه قصده "إرادته" لإحداث الفعل والأثر وهذا الأثر لا يُقدّر إلا بشكل شخصي¹.

المفهوم الذي تقترحه الباحثة:

إرادة المضرور الرّاضي بالضرر: هي أن تتجه إرادة المضرور لإحداث فعل ضار معين مع علمه بالضرر والآثار القانونية المترتبة على رضاه .

الفرع الثاني: محل الرضاء

تنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة، والحقوق العامة هي ما تثبت للفرد بوصفه إنساناً فالفرد يتمتع بها لمجرد كونه إنساناً وهي حقوق دائمة، والحقوق الخاصة هي حقوق تنشأ متى توافر في الشخص سببٌ خاصٌ لاكتسابها وينطوي تحتها بندان هما حقوق غير مالية وهي ما تعرف بالحقوق اللصيقة بالشخصية وحقوق مالية، وهناك من الحقوق المدنية ما يجمع بين الجانب المالي لقابليته للتقدير المالي والجانب المعنوي لإتصاله بالقيم المعنوية للإنسان وهو ما يعرف بالحقوق الذهنية.

تدور المشكلة حول قابلية الحقوق إلى التصرف فيها أو التنازل عنها إن كانت محلاً لرضاء المضرور بالضرر، فلا يكون رضاء المضرور صحيحاً ومشروعاً إلا إذا كان المحل الذي انصبّ عليه الرضاء يجوز التصرف فيه.

¹ - مرقس، سليمان: الفعل الضار، ط2، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1956م ، ص260، بند 99، (الفعل

الضار).

وعليه فقد وجدت الباحثة ضرورة تقسيم هذا الجزء إلى ثلاثة مسائل الأولى تتناول الحقوق غير المالية "الحقوق اللصيقة بالشخصية"، والثانية الحقوق المالية أما الثالثة تتناول الحقوق الذهنية وهنا ستوضح الباحثة ما إذا كانت هذه الحقوق قابلة للتصرف فيها والتنازل عنها من خلال رضا صاحبها أم لا.

المسألة الأولى: الحقوق غير المالية "الحقوق اللصيقة بالشخصية".

1- سلامة البدن: وهو حق الإنسان في سلامة بدنه، حيث ان الإجماع منعقد على أن قبول الإنسان أن يعرض حياته أو سلامة جسده للخطر غير جائز لما للجسد من حرمة فلا يجوز المساس به، وهناك قاعدة رومانية مفادها أن: "رضاء المضرور بالضرر يبطل أثره" وهذه القاعدة لا تنطبق على الرضاء في أدنى يَطال الإنسان أو سلامة جسده¹.

والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا، ماذا لو كان من الضروري المساس بسلامة الجسد؟ كإستئصال عضو من الأعضاء لحفظ حياة الإنسان؟

إنَّ رضاء المريض المضرور حينئذ سيكون مشروعاً، بل إن النظام العام نفسه يقضي بصحة هذا الرضاء².

وهي حالة القبول على مضض: وهو أنَّ الشخص يقبل الأمر ويرضى به إلا أنه غير مرتاح له بشكل كامل، بيدأنَّه مضطّر للرضاء به وإن طال سلامة جسده.

فحالة الضرورة تستدعي المساس بجسم الإنسان إلا أن هذه الضرورة تقدر بقدرها دون تجاوز، فمثلاً العملية الجراحية ستمس جسد الإنسان لكن لتحقيق غايةٍ اسمى وأكبر وهي سلامته الكلية أي أنَّ الفائدة المرجوة وضع صحي أفضل للمريض.

¹ - أ.د. سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المادية دراسة مقارنة في المسؤولية التعاقدية والتنصيرية في القانون الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة 1936، مطبعة الإعتدال، ص311.

² - الأنسة أندريه جاك المشارطات المتعلقة بحياة الإنسان المجلة الإنتقادية، 1933، ص375، مشار إليه في كتاب د. سليمان مرقس نظرية دفع المسؤولية، المرجع السابق، ص312.

2- سلامة الحق المعنوي للإنسان.

للإنسان أعضاء محسوسة ملموسة تشكل الجسد وسلامتها تعني سلامته كما وهناك أمور معنوية تشكل الكيان المعنوي للإنسان كالشرف والعرض والمعتقدات والإنتاج الفكري، والسؤال هنا هل يملك الشخص التنازل عن هذه الأمور والتي تشكل كيانه الأدبي؟

هنا بالذات لا يوجد ضابط محدد لما يجوز ولما لا يجوز التصرف فيه من حقوق، لكن بالمجمل لا يوجد ما يحظر على الشخص أن يفرط بعرضه أو أن يلزم بإعتقاد أمر ما إلا إن كان مخالفاً للنظام العام والآداب¹.

كما تم بيانه إن الحق في الشرف والحفاظ على العرض هي من ضمن الحقوق الأدبية للإنسان، حيث لكل إنسان الحق في صون هذه الحقوق ، فله أن يطالب من اعتدى على شرفه أو عرضه بالتعويض.

الخلاصة هنا أن الحقوق المعنوية والأدبية للشخص هي حقوق قابلة للتنازل ويعد الرضاء سبباً لإباحة فعل الإعتداء عليها إلا إن تعارض التفريط بها مع النظام العام والآداب فلن يعتد بهذا التنازل عندئذٍ.

المسألة الثانية: الرضاء بالتصرف بالحقوق المالية.

تعرف الحقوق المالية : بأنها تلك الحقوق التي لها قيمة يمكن تقييمها بالنقود².

وهي إما أن تكون مادية كالعقارات والاموال المنقولة أو غير مادية كالقيام بعمل أو ما شابه³ والسؤال هنا : هل التصرف بالحقوق المالية متاح على مصراعيه أم هناك قيود؟!

ترى الباحثة من وجهة نظرها الشخصية أن الأمر ليس على إطلاقه بل لا بد أن يقيد هذا الحق بقيود كالتي أحياناً تتدخل للحد من قدرة صاحب المال على التصرف بامواله وكذلك تمكن الدائنين من حجز أموال المدين وغيرها وهناك قيد آخر أراه مهما جداً وهو عدم التعسف في استعمال الحق أي أن تستعمل حقه دون إحداث ضرر فاحش غير مألوف للغير.

¹ - حجازي، عبد الحي: نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة سيد عبد الله وهبة، د.س.ن، د.د.ن، ص 26..

² - المعيار الشرعي رقم (42) ص1061، الحقوق المالية والتصرف فيها.

³ - المعيار الشرعي رقم (42) ص1061، الحقوق المالية والتصرف فيها).

الخلاصة: للمرء الحرية أن يتصرف في أمواله كما يشاء بشرط عدم وجود مانع قانوني وألا يترتب على هذا التصرف أضراراً للغير وعليه إن رضي صاحب المال بالتعدي على أمواله جاز رضاه ويحول هذا الرضا دون تحميل الفاعل أية مسؤولية بل وإعفاءه من أي تعويض يُذكر.

المسألة الثالثة: الحقوق الذهنية:

إن حق المؤلف وبراءة الاختراع حقوق كغيرها بيد أنها تنقسم لحقوق مالية وحقوق أدبية، أما الحقوق المالية فتلك له التنازل عنها كالأرباح جراء رسم شعار لعلامة تجارية فالشئ المالي للحق الذهني يملكه الشخص وله التنازل عنه لغيره بيعاً أو بموجب عقد أو شفاهة، أما الحقوق الأدبية كإسم المؤلف على كتاب ألفه فلا تنازل عنها¹.

الفرع الثالث: سبب الرضاء:

1- مفهوم السبب.

تعريف السبب: "هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه جزاء رضاه بتحمل الإلتزام أو هو الغاية التي يبغى الملتزم تحقيقها"².

وفيما يخص السبب ورد نص في القانون المدني المصري بأنه "إذا لم يكن للإلتزام سبباً أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً"³.

2- تطبيقات على سبب الرضاء.

تحدثت فيما سبق أن رضاء المضرور بالضرر يعد تصرفاً إرادياً، وعليه فإن الإرادة التي تلزم صاحبها يجب أن يكون لها سبب أي باعث، وأن يكون هذا السبب مشروعاً.

¹ - موسى، إيثار، تقرير بعنوان: حماية الحقوق الذهنية في القانون، المنشور بتاريخ 2018/11/19، www.mohamah.net، آخر تاريخ للزيارة 2020/8/6، الساعة 06:15 مساءً.

² - أ.د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص428، بند 205.

³ - نص المادة (136) القانون المدني المصري.

وعليه سأعرض بعض التطبيقات لأسباب كانت مشروعة تم قبول حالة الرضاء بالضرر فيها وأسباب غير مشروعة لن تقبل حالة الرضاء بالضرر فيها.

أولاً: التجربة الطبية:

يلزم لإجراء التجربة الطبية أن يكون سببها اي الباعث على قيامها قصد العلاج، لذا اعتبرت محكمة ليون (Lion) الفرنسية عدم مشروعية إتفاق لم يقصد به سوى إجراء تجارب علمية في جسم امرأة فقيرة، حيث قالت المحكمة أن مثل هذه المشارطة لا تتفق مع الكرامة الإنسانية، حيث أن المستأنفة ورغبة منها في كسب المال قبلت أن تتاجر في جسمها، وأن تسلم بإجراء التجارب فيه، وهي تجارب لن تعالجها من مرض يسكن جسدها بل على العكس فإن هذه التجارب خطرة على صاحبها، ويجريها الخبراء لدعم بحوثهم العلمية ليس إلا¹.

ثانياً: مسألة التلقيح الصناعي:

إن رضاء الزوجين بالتلقيح الصناعي قائم على سبب صحيح ومشروع وعليه يتم إجراء التلقيح بينهما فيختلط مني الرجل ببويضة زوجته، وإن تم التلقيح الصناعي بصورة أخرى فهو غير مشروع لا شرعاً ولا قانوناً، فيجب توفير كافة الضمانات التي تكفل عدم تلقيح هذه البويضة بمنّي آخر غير منّي زوج صاحبة البويضة².

الخلاصة: إن المساس بسلامة جسم الإنسان وإن كان ضرورياً في بعض الحالات وذلك لحفظ حياته كالتدخل الجراحي لعلاج مثلاً، كل هذا مقبول لكن بشروط وهي ألا يترتب على هذا المساس مخالفة للنظام العام، وأن يكون لدرء ضرر أشد قد أحاط به أما في حالة كان هذا المساس بجسده غير ضروري او لا فائدة منه فإن رضاه به لن يكون مشروع.

¹ Lion – 27-6-1913. D 14-2-1914. المشار إليه لدى سليمان مرقس نظرية دفع المسؤولية المدنية، المرجع

السابق، ص312، وما بعدها.

² - أ.د. حسام الدين الأهواني، أصول القانون، ط 1988، دار النهضة العربية، ص490، والذي اشار به أيضاً لفتوى

صدرت بهذا الشأن عن دار الإفتاء بتاريخ 1980/3/23.

المطلب الثاني: شروط صحة رضاء المضرور بالضرر

الرضاء أمر داخلي يتمثل من خلال موقف إرادي يحدث بموجبه آثار قانونية وعليه فيلزم أن يصدر هذا الرضاء صحيحاً وهناك شروط لصحة هذا الرضاء تتمثل بما يلي¹:

1- أن يصدر الرضاء من ذي أهلية.

2- أن يكون الرضاء حُرّاً.

3- أن يصدر الرضاء من ذي صفة أي ممن يملكه قانوناً.

4- أن يكون الرضاء معاصراً أي "بالتزامن مع حدوث الضرر".

5- ألا يكون الرضاء مخالفاً للنظام العام والآداب.

وسيتم الحديث عن هذه الشروط بشيء من التفصيل من خلال هذا المطلب.

أولاً: أن يصدر الرضاء من ذي أهلية

لا يعتد برضاء المضرور بالضرر في حالة كون هذا المضرور غير أهل لهذا الرضاء فمناطق الأهلية الإدراك والتمييز وإنعدام الإدراك أو التمييز يعني أن الشخص عديم الأهلية وإن تجاوز عمره سن الرشد².

بمجرد ولادة الشخص تثبت له أهلية الوجوب فإن وُلِدَ وتنفس ثم مات فإنه يرث ويورث³، بيد أن أهلية الأداء وهي الأهلية التي تخوله إجراء التصرفات القانونية هذه تنمو وتتطور بنمو سنه إلا أنها قد تتعرض لعارض من عوارض الأهلية مما يؤدي لإيقاف نموها وبالتالي انعدامها⁴.

¹ - البكري، محمد عزمي: القانون المدني الجديد، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، القاهرة- مصر، دار محمود، د.ت.ن، ص42.

² - البكري، محمد عزمي: المرجع السابق، ص 43،44.

³ - الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج4، ص 270، الباجي، المنتقى: شرح موطأ مالك، ج8، ص 281

⁴ - قرار رقم 2016/87 الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله بتاريخ 2016/12/4.

إن بلوغ الشخص سنّاً معينة كعمر الواحد وعشرون في مصر¹ وعمر الثامنة عشر في الأردن يعني أن هذا الشخص أصبح قادراً على القيام بالعقود بجميع أنواعها².

سبق وأن تحدثت الباحثة عن محل الرضاء وهو على قسمين الأول الرضاء الذي ينصب على الأمور المالية وهنا لا خلاف أن أهلية الإداء يجب أن تكون كاملة لدى الشخص المضرور إلا أن الإشكالية التي ستثور من وجهة نظر الباحثة حالة ما إذا كان محل الرضاء الأمور غير المالية والتي تمس الجسد تحديداً.

ومثال ذلك حالات التدخل الجراحي بالنسبة للمريض ولا يتطلب منه اهلية أكثر من الأهلية التي تجعله مدركاً ومتفهماً لوضعه الصحي، فلو كان قاصراً هل ننتظر موافقة وليه على اجراء التدخل الجراحي؟، وهل ستصطدم هذه الموافقة مع رغبة المريض نفسه الذي هو الأقدر على هذا الشعور وتقديره أكثر من أي شخص آخر؟.

برأيي إن تبصرة المريض بوضعه الصحي ومدى حاجته للتدخل الجراحي والمضاعفات الصحية التي قد تظهر لاحقاً هو واجب أخلاقي ومهني يقع على عاتق الطبيب، بيد أن المخاطب قد يكون وليّ هذا المريض لعدة أسباب وأهمها عدم استيعابه لصغر سنه أو لعدم أهليته، فيترك القرار لوليه مع سلوك الطبيب سلوك الطبيب المعتاد في تعامله مع الحالة المرضية.

ثانياً: أن يكون الرضاء حراً

بالإضافة لضرورة توافر الأهلية لمن صدر عنه الرضاء إلا أن الأهلية وحدها لن تكون كافية في حالة كان الشخص غير حرّ ليختار ما شاء لنفسه.

حتى يكون الرضاء صادراً عن حرية واختيار لا بد أن يكون غير معيبٍ بعيب من عيوب الإرادة، وعيوب الإرادة: "هي أمور تلحق بإرادة المتصرف فتفسد منه الرضاء دون أن تجهز عليه"³.

وللعيوب التي تمس الرضاء هي الغلط والتدليس، والإكراه، والإستغلال، والغش، وهناك عوارض طبيعیه تعدم وعي واختيار الشخص كالنوم، والإغماء، والغيبوبة والسكر والتخدير.

¹ - نص المادة (44) من القانون المدني المصري.

² - القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 الفقرة الأولى من المادة رقم 43.

³ - أ.د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص269.

ثالثاً: أن يصدر الرضاء من ذي صفة أي ممن يملكه قانوناً

يجب أن يصدر الرضاء ممن يملكه قانوناً وكذلك يكون له الصفة في إصداره، فصاحب الصفة في الرضاء: "هو الشخص صاحب الحق والمصلحة التي يحميها القانون وعليه فإذا صدر الرضاء من غيره كان ليس له أي اثر قانوني ولا يندرج أثره القانوني في إباحة الفعل¹.

فمثلاً لا يعتد برضاء الزوج إجراء عملية جراحية لزوجته والإعتبار بإرادته دون رضاها هي، فهي صاحبة الشأن وهي من تقرر بخصوص حالتها قبولاً أو رفضاً.

الأصل أن يصدر الرضاء من صاحب الحق نفسه إلا أنه يصح وفي بعض الحالات ثبوت الرضاء لأشخاص آخرين غير صاحب الحق نفسه، وذلك الأمر مرجعه للقواعد العامة فيما يخص النيابة في التصرفات.

النيابة: "هي حلول إرادة شخص يُقال له النائب محل إدارة شخص آخر هو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تتصرف آثاره للأصيل لا إلى النائب وكأن الإرادة صدرت منه هو².

من الجدير بالذكر هنا أن النائب ينفذ إرادته هو إلا أن الآثار القانونية الناتجة تتصرف للأصيل وليس له، بيد أن الرسول ما هو إلا: "ناقل لإرادة الأصيل فهو يعبر عن إرادة الأخير وليس عن إرادته هو، فالإرادة والآثار القانونية تعود للأصيل وليس للرسول"³ والنيابة إما أن تكون قانونية كالولي والوصي والقيم والحارس القضائي ووكيل التفليسة، فهؤلاء نواب بموجب القانون حيث رسم القانون صدور نيابتهم، أم أن تكون نيابة اتفاقية وهي التي يقرر الإتفاق وجودها ويعين مداها وحدودها كنيابة الوكيل عن موكله في عقد الوكالة⁴.

رأي الباحثة: أرى أنه لا خلاف على وجود النيابة عند التصرف في الحقوق المالية إلا أنه يثار الخلاف عند الإنابة في الحقوق غير المالية أي الحقوق اللصيقة بالشخصية فلا يجب السماح للإنابة فيها نظراً لما لها من طابع شخصي، وأرى كذلك هنا أنها تجوز في بعض الحالات الضيقة جداً

¹ - مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص256.

² - أ.د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص217.

³ - أ.د. مصطفى عبد الحميد العدوي، النظرية العامة، المرجع السابق، ص158.

⁴ - صالح، فواز، تقرير بعنوان: النيابة في التعاقد، www.arab-ency.sy، تاريخ آخر زيارة 2020/8/12 م ، الساعة:

09:18 مساءً.

والتي تتم مع مراعاة حالة الضرورة ومثال ذلك الرضاء الصادر من الممثل القانوني في إجراء تدخل طبي علاجي عاجل لا يسمح فيه أن نتوقف لفحص رضاء المريض أولاً، حيث أن هذا التدخل سيحقق مصلحة مؤكدة للأصيل المريض.

رابعاً: أن يكون الرضاء معاصراً أي "بالتزامن مع حدوث الضرر".

لن يكون الرضاء منتجاً لآثاره القانونية إذا لم يصدر بالتزامن مع حدوث الضرر وعليه فلا عبء للرضاء السابق على الحادث إلا إذا استمر حتى حدوثه، مما يعني أن العدول عن الرضاء قبل وقوع الضرر جائز، ويجعل الحادث الذي نتج عن الضرر غير مشروع بحق العادل وإذا كان الرضاء لاحقاً على حدوث الضرر فإنه لا يعد رضاء للمضروور بالضرر بل هذا له أهميته في تقدير التعويض في الشق المدني للدعوى ليس إلا¹.

وهنا سأتناول حالة العدول عن الرضاء وحالة الرضاء اللاحق على الضرر بشيء من التفصيل في المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: العدول عن الرضاء بعد البدء في التنفيذ.

إن الرضاء هو التعبير عن الإرادة مما يعني أنه قابل للعدول عنه والرجوع فيه، فمثلاً قبول المريض أن تجرى له عملية جراحية ثم عدوله عن رأيه بعد دخوله غرفة العمليات بإرادة جادة وقد علم الطبيب بهذا العدول فإنه إن أجرى له العملية كان فعله غير مشروع.

لكن المسألة تتعقد في حال رضاء المضروور ثم اعتراضه أثناء التنفيذ ومثال ذلك رضاء الأنثى من أن يواقعها رجل معين وبعد أن ارتكب معها أفعالاً مست حياءها بيد أنها لم تصل للمواقعة، فإن واقعها الفاعل رغم إرادتها فهذا الفعل يعد جريمة إغتصاب².

¹ - عوض محمد: قانون العقوبات القسم العام، ص 199، د. محمد نجيب حسني: قانون العقوبات القسم العام، ص 254.

² - John J. er: Archibald's Pleading Evidence Practice in Criminal Law P. 909.908 أشار إليه في

مرجع أ.د. حسن السيد الجدع، ص 174.

المسألة الثانية: الرضاء اللاحق على الفعل.

لا عبرة بالرضاء اللاحق، لأن إسقاط الحق لا يعني محو الجريمة، واسقاط الحق الشخصي لا يعني سقوط الحق العام، فإن العفو يسقط حق المضرور في المطالبة بالتعويض المدني، لكن إذا كان الفعل بحد ذاته يعد جريمة فإنها تبقى قائمة وإن تنازل المضرور صاحب الحق¹.

إن موقف الشريعة الإسلامية: في هذه المسألة يتمثل فيما إذا كان القاتل أو فاقئ العين نال العفو من المجني عليه، فيبقى حق المجتمع قائماً ولولي الأمر وضع العقوبات الرادعة للفاعل، مما يعني أن وجود العفو لا يمنع القصاص منعاً باتاً، لكنه يمنع العقوبة بالقصاص فقط، أي أن العفو لم يسقط أصل العقاب بل اسقط فقط العقاب الشديد والقاسي².

خامساً: ألا يكون الرضاء مخالفاً للنظام العام والآداب:

لا بد أن يكون الرضاء قد تم على أمر مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب، ويقتصر أثر الرضاء على الحقوق التي يُقبل التصرف فيها، فالرضاء يتوقف على طبيعة الحق، فإذا كان الحق مباحاً كان الرضاء جائزاً وإن لم يكن كذلك كان الرضاء به غير منتج³.

إن أهم ما يُعدّ مخالفاً للنظام العام والآداب أن يتصرف الشخص في حياته أو سلامة جسده، فحق الحياة وسلامة الجسد وامتلاك الشخص لهذه الحقوق لا يعني أنها مما يجوز له هدرها، لكن إن كان المساس بسلامة الجسد يُعدّ ضرورياً لحفظ حياة الفرد فحينئذ يُعتدّ برضاء الضرر، والنظام العام ذاته يجزم بصحة هذه الصورة، حيث أنّ حفظ الحياة من أسمى الحقوق⁴.

الخلاصة: فيما يخص رضاء المضرور بالضرر، لا بد من فحص هذا الضرر الذي رضي به الشخص إذا ما كان متفقاً مع النظام العام والآداب أم لا، ويشار هنا إلى أن النظام العام والآداب يختلف من بلد لآخر ذلك لإختلاف موروثات كل بلد عن غيره فما يُعدّ مباحاً في بلدٍ ليس مباحاً في آخر.

¹ - أ.د. حسني أحمد الجندي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص في جرائم الأموال العامة، ط1985، ص126، وما بعدها.

² - فضيلة الإمام محمد أبو زهرة : الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، ص84، وما بعدها.

³ - عوض محمد، شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص 190.

⁴ - أ.د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني الفعل الضار، المرجع السابق، ص321.

المطلب الثالث: آلية إثبات الرضا

يعرّف الإثبات بأنه: " إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على صحة واقعة قانونية يدعيها أحد طرفي الخصومة، وينكرها الطرف الآخر".¹

يتضح من التعريف أنّ الإثبات هنا يخص إثبات حالة الرضاء التي كان عليها المضرور من لحظة ما قبل حصول الضرر إلى لحظة تحققه، وهنا يلزم تقديم الأدلة من المسؤول الذي أحدث الضرر وإن أنكر المضرور عليه تقديم بينته.

يكون الإثبات عادةً بالطرق التي يحددها القانون، ويلتزم بذلك الخصوم وكذلك قاضي الموضوع، ومن خلال المطلب تطرح الباحثة مسألتين أولاهما كيفية إثبات الرضاء والثانية السلطة التقديرية للمحكمة في إثبات حالة رضاء المضرور بالضرر أو نفيها.

المسألة الأولى: كيفية الإثبات:

يتحمل عبء الإثبات في المواد المدنية المدّعي وذلك امتثالاً لمبدأ: " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".² ومن الجدير بالذكر هنا أنه ليس من الضرورة أن يقوم محدث الضرر برفع الدعوى بل قد يرفعها المضرور وهو بذلك سيصبح مدعياً والطرف الآخر سيكون هو المدّعي عليه.

لابد من الوقوف على أوجه الاختلاف في الإثبات فيما يخص المسائل الجنائية والمسائل المدنية والمتمثلة في ناحيتين:

1. يتميز دور القاضي الجنائي بأنّه دور ايجابي فيتأخّ له في سبيل الوصول إلى الحقيقة إثبات الرضاء بكافة طرق الإثبات، أمّا القاضي المدني فدوره سلبي حيث للخصوم تقديم ما شأؤوا من بيانات وهو كقاضي يتأكد من صحة ما قُدّم له، وليس له توعية الخصوم بشأن أمور غفلوا عن تقديمها، إلا في الحالات التي خولّ القانون فيها القاضي بدورٍ إيجابي.³

¹ - د. جعفر، رضا محمد غنيم: المرجع السابق، ص 243.

² - القاعدة (76) من مجلة الأحكام العدلية.

³ - الحافي، محمد، بحث بعنوان: الدور الإيجابي للقاضي الإداري والقاضي الجنائي في الإثبات، بيروت - لبنان 2012م

2. يقع عبء الإثبات في المسائل الجنائية على عاتق النيابة العامة بوصفها ممثلة للإتهام، بينما في المسائل المدنية فإنَّ عبء الإثبات يقع على عاتق المدَّعي وعلى المدَّعى عليه إثبات العكس، كما أنَّه في حال تمسَّك المدَّعي بالثابت أصلاً فلا يقع عليه عبء الإثبات وحينئذٍ سيكون الإثبات على المدَّعى عليه الذي يدَّعي خلاف الأصل.¹

إذا وظَّفنا كل ما سلف ذكره على حالة رضاء المضرور بالضرر سنكون أمام صورتين :

أولاً: أن يكون المضرور هو المدَّعي وهي الصورة الأكثر حدوثاً من وجهة نظر الباحثة حيث سيتذرع الطرف الآخر "مُحدث الضرر" أي المدَّعى عليه بأن المضرور قد لازمه الرضاء بالضرر قبل حدوثه إلى أن وقع ليتصل هذا المدَّعى عليه من أية التزامات تقع على عاتقه تجاه هذا المضرور سواء تعويض كامل أو جزئي.

ثانياً: أن يكون "مُحدث الضرر" هو المدَّعي وهي الصورة الأقل حدوثاً فغالباً المضرور هو من يبادر لرفع الدَّعوى والإدعاء بالحق المدني، إلا إذا أراد المدَّعي من دعواه هنا أن يبادر لإثبات حالة رضاء المضرور حتى لا يكون أمام مطالبات مستقبلية بالتعويض تجاه هذا المضرور.

المسألة الثانية: السُّلطة التقديرية لقاضي الموضوع:

سيكون دور القاضي هنا هو فحص مدى توافر الرضاء من عدمه، كما سيقوم هذا الأخير بدوره من التأكد من شروط صحة الرضاء الصادر من المضرور كي يسبغ على الواقعة أنها من ضمن حالات رضاء المضرور بالضرر أو أن ينفي ذلك.

رأي الباحثة: ترى الباحثة أن في حالة رضاء المضرور بالضرر سيكون هناك دور مهم للقضاء لا يمكن إغفاله، فعلى القاضي أن ينظر لكل القرائن التي قد تؤدي لإثبات تحقق رضاء المضرور أو تنفيه إذ أنَّ حالة رضاء المضرور بالضرر ليست حالة واحدة يُقاس عليها كل ما هو على شاكرتها بل هي وقائع متعددة يجب أن تُنظر كل حالة على حدة.

¹ - قرار محكمة النقض المصرية: الطعن رقم 1808 لسنة 50 قضائية، جلسة 1987/6/3.

الفصل الثاني

الآثار القانونية لرضاء المضرور بالضرر

المبحث الأول: المعايير والآثار القانونية المترتبة على حالة رضاء المضرور بالضرر.

المطلب الأول: المعايير القانونية التي تنظم حالة رضاء المضرور بالضرر.

المطلب الثاني: أثر رضاء المضرور بالضرر على المسؤولية.

المبحث الثاني : المجال التطبيقي لرضاء المضرور بالضرر مع بيان الأثر القانوني على الحق في التعويض .

المطلب الأول: تطبيقات خاصة على رضاء المضرور بالضرر الحال وأثر كل منها على الحق في التعويض .

المطلب الثاني: تطبيقات خاصة على رضاء المضرور بالضرر المحتمل وأثر كل منها على الحق في التعويض .

المطلب الثالث: تطبيقات خاصة بالفقه الإسلامي.

المبحث الأول: المعايير القانونية التي تنظم حالة رضاء المضرور بالضرر والآثار القانونية المترتبة عليه.

يقسم هذا المبحث لمطلبين يناقش المطلب الأول المعايير القانونية المقترحة للتأكد من تحقق حالة رضاء المضرور بالضرر من عدمه، والمطلب الثاني يتناول الآثار القانونية المترتبة على حالة رضاء المضرور بالضرر من انتفاء المسؤولية أو تخفيفها أو بقائها قائمة.

المطلب الأول : المعايير القانونية لقياس تحقق حالة رضاء المضرور بالضرر.

تعد حالة رضاء المضرور بالضرر من الحالات التي ترد على حوادث عدة فمثلا قد يرضى المضرور الركوب في سيارة ليس فيها فرامل وهو راضٍ تماما بالضرر الذي قد يحدث له وهذه الحالة تدخل في زاوية الحوادث المرورية أو قد يرضى باحتمالية الضرر الذي قد يحدث له جراء تدخل جراحي، وعليه رأت الباحثة أن حالة رضاء المضرور بالضرر حالة مواكبة لكل جديد فمثلا منذ عدة قرون لم يكن هناك ما يعرف بالسرقات الالكترونية ومع ذلك فقد انسجمت حالة رضاء المضرور بالضرر مع هذا التطور فقد يرضى المضرور بسرقة موقعه الالكتروني أو التطبيق الذي صممه وأطلقه على الاندرويد مثلا.

بناء على ما سبق فإننا نحتاج لمعيار يحدد اذا كان من الممكن أن يرضى المضرور بالضرر المعين أم لا ومن خلال هذا المبحث سأحدث عن معيارين سيقاس عليهما مدى اجازة رضاء المضرور بالضرر من عدمه ومناقشة ذلك من خلال فرعين أولهما يتحدث عن النظام العام كمعيار لقياس صحة رضاء المضرور بالضرر، ثانيهما سيكون معيار الخطأ هو المقياس.

الفرع الاول: النظام العام كمعيار لاجازة حالة رضاء المضرور بالضرر

فكرة النظام العام تمثل التعبير عن الروح القانونية لمجتمع ما، فهي كانت ولا زالت قواعد تهدف لاستقرار الجماعة، فهي متصلة بشكل كامل بالنسيج المجتمعي لسكان البلد الواحد، وهي فكرة متطورة متجددة تتعين بالتطور الاجتماعي مما يؤدي لتطور النصوص التشريعية كذلك لارتباط القانون ارتباطا وثيقا بالنظام العام للبلد التي يسكن فيها¹.

¹ - عصفور، محمد: الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي د. د. ن 1961، ص118 - ص119

مفهوم النظام العام: " هو ما يمثل مجموعة المبادئ الأساسية والأفكار والقيم العليا، التي تمثل النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي يقوم عليه تصور الدولة والجماعة لبناء نظامها¹.

لا زالت هناك حالة من عدم الاجماع بما يخص وضع تعريف محدد للنظام العام من قبل الفقهاء، إلا أن فكرة النظام العام تستند الى طبيعة النزعة الاجتماعية والسياسية المنبعثة منها، حيث أنها تتصاغ بصيغة النظام السياسي والاجتماعي السائد في مجتمع معين بزمان معين².

الخلاصة: يعتبر النظام العام أداة قياس لما هو جائز وما هو غير جائز بناء على كل المعطيات السابقة فما هو مباح في مجتمع يعد محرماً في مجتمع آخر، ففي مجتمعنا الفلسطيني على سبيل المثال لا نستطيع القول بأن الخلية التي تركها خليلها امرأة متضررة لأن العلاقة بأساسها علاقة زنا لا يرضاها الشرع ولا النظام العام والاداب.

وكذلك فإن الألعاب الرياضية العنيفة المفضية للموت لا يقبل فيها أن يرضى المضرور بالموت كضرر نتيجة لهذه اللعبة فهذا يعد مخالفاً للنظام العام، حيث أن النظام العام وادابه وليد أفكار وقيم هذا المجتمع يقبل ما يجيزه ويحظر ما ترفضه³.

الفرع الثاني: الخطأ كمعيار لجواز رضاء المضرور من عدمه

يعدُّ الخطأ هو الركن الأساسي الذي ارتكزت عليه نظريات المسؤولية المدنية في الفقه الغربي تحديداً المدرسة الفرنسية منها فمع وجود الضرر إلى جانب الخطأ وعلاقة السببية بينهما إلا أن هذه المدرسة قد أولت إهتماماً أكبر لركن الخطأ، بل وتعمقت به حتى أنها قسمت الخطأ لأقسام واعتبرت أن هناك خطأ جسيماً وآخر تافهاً، وبهذا هي غفلت عن أن الغاية الأساسية لنشوء المسؤولية المدنية (التقصيرية) هو وجود ضرر يستوجب التعويض وهذا ما انتهجته الشريعة الإسلامية وحذا حذوها القانون المدني

¹ - البشري، عماد طاروق: فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي، المكتب الاسلامي، ط(1) ص134

² - نجيب عبد الله نجيب الجبشة، مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني 2017 - جامعة النجاح الوطنية رسالة ماجستير نابلس، فلسطين ص142

³ - نجيب عبد الله نجيب الجبشة: المرجع السابق، ص142

الأردني لما يعرف بنظرية الضمان فلا ضمان " تعويض " دون تحقق الضرر مهما كان الخطأ جسيماً، فالخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما أمر ضروري¹.

ومن خلال المطلب سيتم الحديث عن الخطأ من زاويتين الأولى اعتبار رضا المضرور بحد ذاته خطأ (إنحراف) والثانية أن يكون الخطأ صادراً من المضرور.

أولاً: اعتبار رضا المضرور بحد ذاته خطأ:

أناقش في هذه الصورة حالة ما إذا كان رضا المضرور كان خطأً منه، فكان من الواجب عليه ألا يرضى بالضرر فإن رضي به، سيتحمل حينئذ جزءاً من المسؤولية أو أن تُلقى المسؤولية كاملة على عاتقه²

وفيما يخص تقدير الخطأ الصادر من خلال رضا المضرور فإنه يرتبط بسلوك الشخص المعتاد والذي يمثل سلوك عموم الناس، ولا ينحصر تقدير الخطأ على مسلك المضرور وحده³.

تري الباحثة أنه وفي هذه الصورة لا يمكن أن يكون خطأ المضرور وحده هو المعيار الذي يقاس عليه ما اذا كانت الحادثة أو الواقعة تنطبق عليها حالة رضا المضرور أم لا، فالعبرة حصول الضرر وطالما لم يرق الخطأ ليصبح ضرراً يستوجب التعويض فلا داعي حينئذ للبحث فيما اذا كان المضرور معفى بشكل كلي أو جزئي من التعويض مهما كان رضاه بالضرر يشكل خطأ جسيماً.

ثانياً: خطأ المضرور

إن خطأ المضرور يعد سبباً يعفي من المسؤولية وبالتالي ليس هناك تعويض يقع على عاتق محدث الضرر⁴.

¹ - سلطان، أنور: المرجع السابق، ص

² - انظر les transports gratuits personnes en automobile. Lyon 1929. P. 106, chatillon

في رسالة 18. NO. s. et. P65. op. cit. Durand.

رمضان جمال كامل، رسالة دكتوراة بعنوان: أثر قبول المخاطر على المسؤولية المدنية دراسة مقارنة ص48، 1993

³ - انظر 48. La responsabilité civile Paris 1952. liere. المشار اليه في رسالة الدكتوراة رمضان جمال كامل المرجع

السابق ص49

⁴ - تلمساني، عفاف، رسالة ماجستير خطأ المضرور وأثره في المسؤولية المدنية، 2014، الجزائر، جامعة وهران ص5

وقد عرف البعض خطأ المضرور بأنه :

1. " وهو أن المدعى عليه وهو من وقع منه الفعل الضار اشترك بفعله مع فعل المضرور في إحداث الضرر¹.

2. وعرف أيضا بأنه " الانحراف الذي يصدر من المدعي أو المضرور والذي يؤدي الى حدوث الضرر الذي أصابه أو الى استفحاله².

3. وعرف كذلك بأنه " الضرر الذي يقع من المضرور بالرغم من وجود متسبب له³

من المآخذ على التعريف الثاني حديثه عن خطأ المضرور كأساس يبني عليه نشوء المسؤولية المدنية أو انتفاءها رغم أن العبرة بتحقيق الضرر وليس الخطأ وحده.

أما فيما يخص تعريف الاستاذ وهبة فأرى أنه الادق لو عرف خطأ المضرور ابتداءا بأنه الضرر الذي يقع من المضرور واعتبر أن الطرف الآخر متسبب في هذا الضرر.

والمآخذ المشترك على جميع هذه التعريفات وعلى فكرة خطأ المضرور بشكل عام هو أن فعل المضرور عبارة عن مرحلة أخيرة تأتي بعد العلم بالضرر والرضا به، إذ أن الفعل عبارة عن تحرك سواء كان ايجابياً أو سلبياً كما أن الرضاء بالضرر لا يمكن أن يكون فعلاً صادراً من المضرور إذ أنه يعد " منزلة وسطى ما بين العلم بالضرر وفعل المضرور⁴.

خلاصة القول إن معيار النظام العام لم يعد ناجحاً وإذا شمولية وموضوعية في قياس ما اذا كان رضاء المضرور يرتب آثاره أم لا من تعويض سواء بشكل جزئي أو كلي، إذ أن النظام العام بات مختلف عليه عالمياً ويختلف من مجتمع لآخر فهو غير محدد وواضح ، وفيما يخص فكرة الخطأ فلا تراها الباحثة مناسبة البتة، إذ أننا ابتداءا في فقهننا الاسلامي وفي مدارسنا القانونية لا ننطلق من

¹ - محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة في القوانين العربية الجزائر دار الهدى 2011 ص116

² - بلحاح العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ص205

³ - الزحيلي وهبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ط(1) سوريا دار الفكر 1970م ص36.

⁴ - السنهوري عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام. ج 1. ط1 القاهرة . دار النشر للجامعات المصرية . 1952. ص885

فكرة الخطأ بل من فكرة الضرر الذي بدون تحققه لا معنى أصلاً لرضاء المضرور ولا أثر له، فالمعيار الأصوب هو القانون والذي تعد الشريعة الإسلامية أحد مصادره، فهو أكثر وضوحاً، وهو الأنسب ليكون المعيار الذي يبنى عليه ما إذا كان قد حدث رضا بالضرر الذي وقع على المضرور، كما أن على القاضي فحص كل حالة على حدة فيما يخص الأثر القانوني المترتب على رضا المضرور بالضرر.

المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على حالة رضا المضرور بالضرر.

من خلال هذا المطلب سأورد ثلاثة احتمالات قد تحصل جراء تحقق حالة رضا المضرور بالضرر، فإما أن تنتفي المسؤولية تماماً، أو أن تبقى قائمة، أو أن يتم التخفيف منها.

الفرع الأول: بقاء المسؤولية قائمة وعدم إنقاص شيء من الضمان.

في هذه الحالة يستغرق فعل المسؤول فعل المضرور، فيتحمل الأول كامل المسؤولية، كما ويُلزم بتعويض المضرور.

الفرع الثاني: التخفيف من المسؤولية وإنقاص القاضي مقدار الضمان.

وهنا يأخذ رضا المضرور صورة الفعل المشترك فيتحمل المسؤولية كلا الطرفين أي المسؤول والمضرور، بمقدار تجاوز كلٍ منهما، وتوزيع المسؤولية بينهما وهذا ما جاء بقرار لمحكمة النقض المصرية حيث تتلخص الواقعة بأن الحارس والمضرور قد ساهما في حدوث الضرر لذا وجب توزيع المسؤولية بينهما امتثالاً لنص المادة 216 من القانون المدني المصري¹.

الفرع الثالث: انتفاء المسؤولية وألا يحكم القاضي مقدراً بضمانٍ ما.

وهذا يعني أن رضا المضرور بالضرر قد استغرق فعل المسؤول، مما أدى لتحمل المضرور كامل المسؤولية وانتفائها عن المدعى عليه، فلا تعويض يؤديه الأخير للمضرور.

¹ - محكمة النقض المصرية الطعن رقم 13409، لسنة 79 قضائية، الدوائر المدنية، جلسة 2019/6/8.

الخلاصة: في حقيقة الأمر لا يوجد نص قانوني واحد تحدث عن الآثار القانونية المترتبة على حالة رضاء المضرور، بيد أن القانون المدني الأردني قد أورد نصاً يقضي بأنه: " يجوز للمحكمة أن تُنقص مقدار الضمان، أو أن لاتحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه" (المادة 264 من القانون المدني الأردني، والتي تقابل المادة 216 من القانون المدني المصري)، إن هذا النص يتناول حالة فعل المضرور، لذا قررت الباحثة الخروج بهذه الآثار من خلال القياس، وتوظيف هذه الآثار لتصبح آثار مترتبة على حالة رضاء المضرور بالضرر إذ أنه لا يوجد ما يمنع ذلك، فكثيراً ما يحصل أن يستغرق الرضاء فعل المسؤول " المدعى عليه".

المبحث الثاني: المجال التطبيقي لرضاء المضرور بالضرر مع بيان الأثر القانوني على الحق في التعويض .

إن لرضاء المضرور بالضرر صورتان هما :

1. رضاء المضرور بالضرر الحال.

2. ورضاء المضرور بالضرر المحتمل.

وبالتالي فإن لكل صورة من هاتين الصورتين تطبيقات عملية خاصة بها، وهنا يجب أن نعرض بعضاً من هذه التطبيقات على سبيل المثال لا الحصر وعليه فإن هذا المبحث سينقسم إلى ثلاثة مطالب يتحدث المطلب الأول عن التطبيقات الخاصة برضاء المضرور بالضرر الحال، والمطلب الثاني يناقش تطبيقات خاصة على رضاء المضرور بالضرر المحتمل، والثالث يحتوي على تطبيقات خاصة بالفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تطبيقات خاصة على رضاء المضرور بالضرر الحال وأثر كل منها على الحق في التعويض .

يدور الحديث في هذا المطلب حول التطبيقات العملية لهذه الصورة والتي تم إيرادها على سبيل المثال لا الحصر إذ أنَّ حالات رضاء المضرور بالضرر الحال ليست حالات حصرية بل حالات متجددة ومتطورة باستمرار ومتغيرة كذلك، سيتم تقسيم المطلب لثلاثة فروع يتناول الفرع الأول مسألة رضاء

المضرور بإفشاء السر، أما الفرع الثاني يتناول مسألة رضاء المضرور باستئصال جزء من جسده لزراعته لدى مريض آخر، وفي الفرع الثالث مسألة الرضاء بالمساس في العرض وأثر كل من هذه التطبيقات على الحق في التعويض.

الفرع الأول: رضاء المضرور بإفشاء أسرار وأثر ذلك على حقه في التعويض.

لكل منّا حياته الخاصة وأسراره بما يمنع الآخر أن يقتحم ويعتدي على هذه الخصوصية، لكن إذا ما أفضى الشخص نفسه بسر من أسرار حياته للغير بحكم مهنته فمثلاً: إن أطلع المحامي على بعض أسرار الإجماعية بموجب القضية التي يعرضها عليه أو يطلب استشارته بها وكذلك الطبيب والطبيب النفسي، كان واجباً على هؤلاء أن يحافظوا على السر ولا يبوحوا به أبداً، فلا شك أن كتمان السر والحفاظ عليه واجب أخلاقي، ولذا نجد قوانين العقوبات حرصت على تجريم إفشاء الأسرار بغير رضاء أصحابها.

أولاً: تعريف إفشاء السر.

تعريف السر: ليس هناك تعريف مانع جامع وضعه القانون لمصطلح السر مما أدى إلى زيادة الجدل بين رجال القانون، إلا أنه يوجد رأي فقهي في هذا المجال يعرف السر كالتالي: "تعد الواقعة سراً إذا كانت هناك مصلحة مشروعة في حصر نطاق العلم بالواقعة في شخص أو أشخاص محددين"¹ فمثلاً المريض قد يكون له مصلحة في كتمان مرضه عن الغير أما إن لم يكن له مصلحة في الكتمان فلن يعد هذا المرض سراً، ويصبح إفشاؤه غير محظور، كذلك لا يجوز كتمان الأمور المخالفة للقانون فلو أفضى الشخص لمحاميه أنه يعزم على ارتكاب جناية أو جنحة وقام المحامي بالإبلاغ عن موكله فحينئذ لا يعد المحامي مفشياً للسر.

يقصد بإفشاء السر أنه: "إطلاع الغير على السر وبالتالي فهو نقل للمعلومات أي إخبار للآخر"²

¹ - عمر، أ.د أحمد شوقي: القسم الخاص في قانون العقوبات، جرائم الإعتداء على الأشخاص، ط1993م، دار النهضة العربية ص265-266، بند 264.

² - حسني، أ.د.محمود نجيب: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، 1978م، دار النهضة العربية، ص712.

تحدد عناصر إفشاء السر بأمرين:

أولاً: ماهية السرّ أو مضمونه.

ثانياً: الشخص الذي يتعلق به السرّ.

ففي حال تحدث الطبيب عن حالةٍ طبية قام بعلاجها وفصّل بشأنها ولم يقدّم بذكر إسم هذا المريض فإنه لا يعتبر مفشياً للسرّ.

رأي الباحثة: ترى الباحثة أنه وفي بعض الأحيان يتم الحديث عن حالة مرضية معينة دون ذكر الإسم والتفاصيل وذلك بغرض التعلم أو التوعية.

ومن الجدير بالذكر في هذا السياق أنه لا يشترط ترتب ضررٍ على إفشاء السرّ حتى يعد جريمة، حيث أن إفشاء السرّ جريمة بحدّ ذاته وإن لم يترتب على هذا الإفشاء ضرر يمسّ صاحب السرّ في سمعته وكرامته.¹

ثانياً: إفشاء السرفي الشريعة الإسلامية .

كان للشريعة الإسلامية دور كبير وواضح في المحافظة على الحياة الخاصة للناس، كما وحرّم في ديننا الحنيف انتهاك خصوصية الناس دون إذنهم حيث قال جلّ وعلى في كتابه الحكيم ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ﴾ ﴿١٢﴾ يتضح جلياً من خلال الآية الكريمة أن الله جلّ وعلا ينهى عن التجسس أي تتبع عورات المسلمين والتطلع إلى ما خفي من أسرارهم.

وفي موضعٍ آخر قال سبحانه وتعالى: فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴿٢٨٣﴾ البقرة: ٢٨٣

وقد قال جلّ وعلا: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ النساء: ٥٨

¹ - عبيد، أ. د. رؤوف: جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، ط8، سنة 1985م، دار الفكر العربي، ص392.

ومفاد هذه الآيات أن الأمانات يجب أن تُصان وتُرَدُّ إلى أصحابها ويُحافظُ عليها، فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم: (المستشار مؤتمن) أي أن من استشار شخصاً في أمرٍ، فإنه على من استُشير أن يحفظ هذا السر ولا يعلنه للناس فهو مؤتمن عليه.

قال صلى الله عليه وسلم: (من ستر عورة أخيه ستر الله عورته يوم القيامة، ومن كشف عورة أخيه المسلم كشف الله عورته حتى يفضحه في بيته)¹.

كما نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن إفشاء أسرار الحياة الزوجية، وقد قال في ذلك: (إن من أشر الناس عند الله منزلةً يوم القيامة الرجل يفضي إلى زوجته وتقضي إليه ثم يفشي كل منهما سر صاحبه)².

يثور هنا السؤال التالي: هل يُباح إفشاء الأسرار أو الإطلاع عليها بإذن أو رضاء أصحابها؟

بالنظر إلى ماورد بالسنة النبوية فإننا نجد أن هذا يعدُّ أمراً مشروعاً، بالإستناد للحديث الذي رُوِيَ عن أبي هريرة رضي الله عنه عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: (لو أن رجلاً اطلع في دار قومٍ غير إذنهم ففكقوا عينه فقد هُدرت عينه)³.

ومفاد هذا الحديث أنه وبمفهوم المخالفة لوكان اطلاع هذا الشخص على بيت القوم بإذنٍ منهم، لكان الأمر مباحاً ولم تكن عينه مهدرّة في هذا الحال.

ثالثاً: شروط صحة الرضاء بإفشاء السر.

هناك شروط يجب توافرها ليكون الرضاء الصادر بإفشاء السر صحيحاً وهي كما يلي:

1. أن يكون الرضاء صادراً عن حرية وإدراك تام من الشخص صاحب السر.

¹ - رواه ابن ماجه بإسنادٍ حسن عن ابن عباسٍ مَشاراً إليه في كتاب الترغيب والترهيب، زكي الدين عبد العظيم عبد القوي المتوفى سنة 656هـ، ج3 القاهرة، دار التراث، د.ت.ن، ص 176.

² - للإمام النووي الشافعي، محي الدين بن أبي زكريا بن شرف: رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، ص210، كتاب الأدب، باب حفظ السر.

³ - سنن ابن داود، للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحق، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1403 هـ، 1983م، ص689، الجزء 3.

2. أن يكون الرضاء صادراً بشكل صحيح وعن بينة.

3. أن يصدر الرضاء من صاحب السر ذاته.

4. أن يكون الرضاء سابقاً على الإفشاء أو معاصراً له.

الشرط الأول: أن يكون الرضاء صادراً عن حرية وإدراك تام من صاحب السر.

يعني ذلك أن يكون الرضاء صادراً من شخص كامل الأهلية، ذا إرادة سليمة وحرّة، فمن البديهي هنا أنه لا يُعتدُّ بالرضاء أو الإذن أو التصريح الصادر من مجنونٍ أو صغيرٍ غير مميز وبالتالي يجب أن يصدر هذا الرضاء من شخص عاقل، ولا يعتد كذلك بالرضاء الصادر من الوصيِّ على القاصر ذلك بأن الوصي لا يمثل القاصر إلا بما يخصّ التصرفات المالية دون التي تتعلق بشخصه ومن ضمنها الأسرار الخاصة¹.

رأي الباحثة: ترى الباحثة أن الرضاء يجب أن يصدر من إرادة حرة، فلا يعتد بالرضاء الصادر عن خوفٍ أو إكراهٍ أو تدليس نظراً لما لهذه العيوب من تأثير على حرية الإرادة.

الشرط الثاني: أن يكون الرضاء صادراً بشكل صحيح وعن بينة.

أي أن يصدر ويحدد مضمون السر فينصب الرضاء على إفشاء مضمون وكُنه السرّ، كما أنّ الشخص الذي يرضى بإفشاء سره يجب أن يكون على تبصرة ودراية كاملة بما يحويه هذا السر². فالمريض الذي يسمح للطبيب بإفشاء سره الطبي يجب أن يكون عالماً بتفاصيل المرض الذي يعاني منه وطبيعته وخطورته وإلا سيكون المريض واقعاً في غلط³.

الشرط الثالث : أن يصدر الرضاء من صاحب السر نفسه.

يعدُّ هذا الشرط أمراً بديهيّاً، إذ لا يصرح بإفشاء السرّ إلا صاحبه أو وليه على النفس إن كان صاحب السرّ قاصراً⁴.

¹ - سلامة، أ.د أحمد كامل: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، ط 1988م، دار النهضة العربية ص575.

² - الجدع، أ.د حسني السيد: المرجع السابق، ص448

³ - سلامة، أ.د أحمد، كامل: المرجع السابق، ص575.

⁴ - د.جعفر، رضا محمد غنيم: المرجع السابق، ص 329.

الشرط الرابع: أن يكون الرضاء سابقاً على الإفشاء أو معاصراً له.

حتى ينتج هذا الرضاء أثره يلزم أن يكون قد حصل قبل وقوع فعل الإفشاء، أو بشكل متلازم معه، فإذا ما وقع فعل الإفشاء بدون رضاء صاحب السرّ ثم حصل الرضاء بعد ذلك فإن الرضاء حينئذٍ لا يعدّ سبباً للإباحة ولا يمنع من توافر أركان الجريمة¹.

رابعاً: الأثر القانوني لرضاء صاحب السر بالإفشاء على حقه في التعويض .

يتوجب على أصحاب المهن كالطبيب والمحامي حفظ أسرار المهنة وهم أكثر من يقع على عاتقه توكي الحذر في هذا الأمر وهذا بسبب حساسية الأسرار التي تكون بينهم وبين من يتعاملون معهم من مرضي وموكليين.

بالحديث عن مسؤولية المحامي في حفظ السر المهني، فإن مسؤوليته تعد تحقيق نتيجة وليست بذل عناية²، كما أنه لايجوز للمحامي أن يؤدي شهادة ضد موكله بخصوص الدعوى التي كان وكيلاً فيها، أو إفشاء سر أو تمن عليه أو عرفه عن طريق مهنته المتعلقة بأسرار الموكليين لدى القضاء في مختلف الظروف ولو بعد انتهاء وكالته³.

أطرح هنا عدة تساؤلات حول ما إذا كان هذا الشخص الذي رضي بإفشاء سره ليس له المطالبة بالتعويض، أو أنه للشخص الذي أفشى هذا السر أن يتذرع بأن صاحب السر قد صرح أو أذن له أن يفشي هذا السر، فهل بذلك تسقط المسؤولية الجنائية أو المدنية عن مفشي السر؟

رأي الباحثة: إجابةً عن التساؤلات السالف طرحها فيما يخص قيام المسؤولية على مفشي السر في حال كان الإفشاء ضمن إذن ورضا من صاحب هذا السر، فلا بدّ من اعتماد معيار النظام العام هنا، حيث أن أصحاب المهن كالطبيب والمحامي قد أدّيا قسم المهنة والذي يحتم عليهما الإلتزام بحفظ الأسرار وإن أجاز صاحب السر لهم إفشاء سره، فهذا الإذن أو الرضاء من صاحب السر لن يؤخذ

¹ - سلامة، أ.د أحمد كامل: المرجع السابق، ص586، بند 432.

² - الجنابي، فائق سليم: مسؤولية المحامي المدنية الناشئة عن إفشاء السر المهني، دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2020، ص41.

³ - المادة 28 للقانون رقم 3 لسنة 1999م، بشأن تنظيم مهنة المحاماة.

به كونه مخالفاً للنظام العام والآداب، ويمكن للمدعى عليه المسؤول أن يحتج أمام القضاء بهذا الإذن كونه قد يكون سبباً للتخفيف من مسؤوليته وبالتالي إنقاص مقدار التعويض المستحق لا أكثر.

الفرع الثاني: رضاء المعطي باستئصال جزء من جسده لزراعته لدى مريض آخر، وأثر ذلك على الحق في التعويض.

يتمتع الجسد بمبدأ المعصومية وبذلك فإن جسد الإنسان يخرج عن نطاق المعاملات، سواء كان التصرف بمقابل أو بغير مقابل، فلا يجوز بيع أو هبة جزء من الجسم ، بل وهذا ممنوع أيضا والتناقض هنا يتضح أننا لا نستطيع منع هذا الأمر بشكل مطلق، إذ أن هناك اعتبارات إنسانية قد تطرأ وتقتضيها العلاقات الاجتماعية، مما يحتم أحيانا التضحية لانقاذ حياة شخص آخر من موت محقق ولا يجوز كذلك إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاء قانوني مسبق، كما لا يجوز إخضاع أحد للفحص الطبي أو للعلاج أو لعملية جراحية إلا بموجب قانون. ينظم القانون أحكام نقل الأعضاء وغيرها من مستجدات التقدم العلمي للأغراض الإنسانية المشروعة.¹

للإنسان الاستغناء عن أعضاء معينه من جسده دون أن ينال من سلامته الجسدية وهنا يكون تصرفه جائزاً، كمن يتصرف في أسنانه المخلوعة أو شعره المجذوع، كذلك يستطيع أيضا التصرف في عدد معين من وحدات دمه للغير وذلك لتمكن خلايا الجسم من تعويضه في فترة قصيرة.²

أما في يخص الأعضاء التي يعد نقلها مساسا بسلامة الجسد ، ولا يستطيع الجسم تعويضها كالكلية والرئة مثلا، نجد أن البعض قد حاول الاباحة في الإستئصال إستناداً على ما يعرف في حالة الضرورة أو تحقيقاً للمصلحة الإجتماعية التي تؤدي إلى صيانة السلامة الجسدية الخاصة بجسد المتلقي.³

¹ -المادة (16) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م.

² - د. جعفر، رضا: المرجع السابق، ص 340.

³ - استاذ أ.د. عصام احمد محمد :النظرية العامة للحق في سلامة الجسم دراسة مقارنة، ط2، عام 1988 ص 1064.

أولاً: شروط إباحة عملية نقل أو زراعة الاعضاء بين الأحياء :

1. رضا المعطي بالاستئصال من جسده.
2. ان لا يكون هذا الرضاء تم بمقابل مادي يحصل عليه الشخص المعطي.
3. أن تكون الغاية من هذا الإستئصال هو قصد العلاج للشخص المتلقي.

الشرط الأول: رضا المعطي بالإستئصال من جسده.

من الجدير بالذكر ان الشخص الذي يمنح عضوا من أعضائه يسمى الشخص المعطي بالإستئصال اما الشخص الذي تتم عملية زراعة هذا العضو في جسده يسمى الشخص المتلقي.

يجب أن يكون الشخص المعطي بالاستئصال راضياً ولرضاه عدة خصائص تتمثل فيما يلي:

1. الخاصية الأولى: أن يكون الرضاء بعد تبصّر، أي انه يقع على عاتق الطبيب الجراح إطلاع الشخص المعطي على طبيعة عملية استئصال هذا العضو من جسده وزراعته لدى شخص آخر¹، كما ويجب إطلاعه على جميع المخاطر التي قد تحصل جراء عملية الاستئصال هذه².
2. الخاصية الثانية: أن يكون رضا المعطي بالإستئصال حراً أي ان يكون هذا الرضاء قد صدر بحرية دون أن يشوبه عيب من عيوب الرضاء كالإكراه والتدليس مثلاً، فيجب ان يصدر هذا الرضاء من شخص يتمتع بملكات ذهنية ونفسية سليمة³.
3. الخاصية الثالثة: أن يكون رضا المعطي بالاستئصال صريحاً.

رأي الباحثة: ترى الباحثة ان هذه الخاصية غاية في الأهمية إذ أن عملية استئصال عضو من الأعضاء لا يستساغ بها ان تكون على شكل موافقة ضمنية لما هذا الأمر من حساسية عالية فلا بدّ من أن يكون الشخص المعطي بالإستئصال قد قبل صراحة باستئصال جزء أو عضو من أعضاء جسده لزرعه لدى شخص آخر فيجب أن تكون موافقته صحيحة بشكل لا يحمل مجالاً للشك أو اللبس أو التأويل لغير ذلك.

¹ - مادة 17 من القرار بقانون رقم 6 لسنة 2017م، بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

² - رمضان، جمال كامل، رسالة دكتوراه بعنوان: أثر قبول المخاطر على المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، 1993م، ص40، ص41.

³ - مادة (20) من القرار بقانون رقم (6) لسنة 2017م، بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

الشرط الثاني: إمتناع المقابل المالي لعملية الاستئصال.

رضا الشخص المعطي بالاستئصال وحده لن يكون سبباً كافياً لنقل أو استئصال عضو من الاعضاء لزعره لدى شخص آخر بل يجب أن يكون هذا الاستئصال أسمى وأنبى من ذلك فالشخص المعطي يضحي بجزء من جسده لمساعدة آخر لا للتكسب من هذا الجسد¹.

الشرط الثالث: أن يكون القصد من الاستئصال هو علاج المتلقي .

اي ان يكون هذا الاستئصال بقصد علاج المتلقي فإنه حينما نقوم بزراعة كلية للشخص المتلقي فإن هذه الكلية ستقصد من جسد الشخص المعطي وبالتالي بداهة لا بد من أن يكون الشخص بحاجة ماسة إلى هذا العضو وبإتمام زراعته سيكون علاجه ، كما يجب أن يكون تم اللجوء للإستئصال كحل أخير ليس له بديل آخر للعلاج إلا عملية الزراعة هذه أي أن إنقاذ حياة الشخص المتلقي يكون متوقفاً على عملية الزراعة هذه.

ثانياً: أثر عملية الاستئصال على الحق في التعويض للشخص المعطي بالاستئصال:

رأي الباحثة: ترى الباحثة أنه لا يمكن ان يكون الشخص المعطي بالاستئصال مخطئاً او يعد تصرفه انحرافاً حينما رضي باستئصال جزء من أعضاء جسده ومنحه لآخر وذلك لغاية مساعدته وعلاجه، فهو قام بفعل نبيل وسامي، لذا في حال حصول مضاعفات وأضرار له جراء هذا الإستئصال، يجب أن يتم تعويضه أو على الأقل دفع كامل نفقات علاجه من قبل الشخص المتلقي.

الفرع الثالث: الرضاء بالمساس بالعرض وأثر ذلك على الحق في التعويض.

يعرف العرضُ بأنه الطهارة الجنسية، أي التزام الشخص سلوكاً جنسياً يبعد به عن أن يواجه لوماً اجتماعياً ومن ثم يعد مساساً بالعرض في هذا المدلول كل فعل يخل بهذه الطهارة².

¹ - أ.د. احمد شرف الدين: مقدمة في القانون المدني نظري الحق المرجع السابق ص 201 بند 16 المشار اليه لدى د. جعفر، رضا

محمد غنيم: المرجع السابق، ص 369

² - قاموس المعاني الجامع، المعنى الفقهي للعرض، www.almaany.com تاريخ آخر زيارة 2019/2/11، الساعة 03:18 مساءً.

أما العرض في القانون فله تعريف مختلف، فهو لا يرادف الفضيلة الاجتماعية السابقة، إنما يعني فحسب الحرية الجنسية، ومن ثم يعد الفعل اعتداءً على العرض إذا تضمن المساس بهذه الحرية.¹ ينقسم الفرع لمسألتين: يناقش في المسألة الأولى الرضاء ببعض أفعال هتك العرض دون البعض الآخر، أم المسألة الثانية فسنتناول بها الأثر القانوني لرضاء الزوج بزنا زوجته، وأثر أحدهما بزنا الآخر على الحق في التعويض.

المسألة الأولى: الرضاء ببعض أفعال هتك العرض دون البعض الآخر.

في حال ارتكاب الجاني عدة أفعال مخلة بالحياء على جسم المجني عليه، فإن جميع هذه الأفعال ستكون جريمة واحدة متتابعة، باعتبارها استهدفت ذات الغرض، أما التساؤل الذي يطرح نفسه هنا بأنه " ماذا لو رضي المجني عليه ببعض أفعال هتك العرض دون البعض الآخر؟ هل هنا تقوم جريمة هتك العرض؟

رأي الباحثة: أرى أن كل الأفعال التي تمت بموجب رضاء المجني عليه لا يستطيع هذا الأخير أن يطالب بالتعويض جرائها، وكل فعل لم يرضَ به وقام بمقاومته يعد جريمة هتك عرض.

والسؤال الآخر الذي ارتأته الباحثة هنا ماذا لو بدأ الأمر بأفعال تمس العرض دون أن تصل إلى الواقعة التامة؟، وحصل ذلك في قرار صادر عن محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله حيث قررت تعديل وصف التهمة الموجهة للمتهم من وصف هتك العرض إلى وصف جريمة المداعبة المنافية للحياء، فطالما لم تصدر أي مقاومة من الطرف الآخر يعنى أنه رضي ضمناً بهذه الأفعال.²

هنا في حال رضي المجني عليه بالواقعة التامة وكان يقاوم الأفعال الأولى والتي لا تصل لأن تكون واقعة فحينئذ لن يكون المعتدي قد قام بجريمة تُذكر، حيث أن الرضا بالفعل الثاني ينسحب على الفعل الأول، كون الفعل الثاني كان أشد جسامة وفُحشاً من الفعل الأول، وقد لاقى قبولا واستسلاماً من المجني عليه، وبالتالي لا يستطيع أن يتذرع أنه قام برفض الأفعال الأولى التي تعد هتكاً للعرض، أما في الحالة التي يقبل بها المجني عليه أفعال هتك العرض البسيطة التي لا تعد أفعالاً فاحشة، ففي حال قام الجاني بالإعتداء بقوة أي أن تبلغ هذه الإعتداءات درجة الفحش وقام المجني عليه

¹ - حسني أ.د. محمد نجيب : الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص ط1993، دار النهضة العربية ، بند 666

² - قضية رقم 2019/91 المنعقدة في محكمة استئناف القدس في رام الله بتاريخ 2019/3/24.

بالممانعة وعدم الرضا فهذه ستكون جريمة هتك عرض بالقوة وقد تحقق بها انعدام رضا المجني عليه، حينها ستقوم مسؤولية الفاعل الجنائية والمدنية إلا أنه يجب هنا أن لا يكون تعويض المجني عليها كاملاً بل منقوصاً إذ أنها سمحت بجزء من أفعال هتك العرض ورفضت الجزء الآخر¹.

المسألة الثانية: الأثر القانوني برضاء الزوج بزنا زوجته وأثر رضا أحدهما بزنا الآخر على الحق بالتعويض.

تعتبر جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية أوسع نطاقاً من جريمة الزنا في القانون الوضعي، إذ أنها تعاقب على الزنا سواء كان مرتكبه محصناً أو غير محصن، مع التفريق في الحد المقرر، فالشريعة الإسلامية تعاقب على الرذيلة في ذاتها بغض النظر عن تعدي أثرها للغير² وتعرف جريمة الزنا بأنها اتصال شخص متزوج رجلاً كان أو امرأة اتصالاً جنسياً بغير زوجه³

لكن السؤال الذي يثور هنا ما هو الأثر القانوني لرضا الزوج مقدماً بزنا زوجته أو العكس؟ ثم ما هو أثر رضا أحد الزوجين بزنا الآخر على الحق في التعويض؟

رأي الباحثة: أرى أن كلا الزوجين لا يستطيعان التذرع أو الدفع برضاء الزوج السابق على وقوع فعل الزنا، وأن كل ما تستطيع أن تملكه المحكمة في هذه الحالة أن تعتبر رضا الزوج بزنا زوجه ظرفاً مخففاً للعقوبة ليس إلا، ومن غير المستساغ بشكل أو بآخر حينئذ أن يطالب الزوج الذي رضى بالزنا بأي تعويض عن ما قام به زوجه كونه هو من رضى بهذا الفعل.

المطلب الثاني: تطبيقات خاصة على رضا المضرور بالضرر المحتمل وأثر كل منها على الحق في التعويض .

الفرع الأول: الرضاء بالتأديب:

التأديب لغةً: التهذيب والمجازاة⁴.

¹ - قضية رقم 2019/91 المنعقدة في محكمة استئناف القدس في رام الله بتاريخ 2019/3/24.

² - حسني أ.د. محمود نجيب: الموجز في شرح قانون العقوبات القسم الخاص ط1993 دار النهضة العربية ص500 بند 759

³ - حسني أ.د. محمود نجيب: المرجع السابق، ص500 بند 759

⁴ - ابن منظور: المرجع السابق، باب الألف فصل الباء، ص 43.

التأديب اصطلاحاً: هو الفعل الذي يقوم به المربي من أجل تهذيب خلق الطفل، ومجازاته على خطأ فعله، أو عمل لم يقم به بعد الأمر، أو عصيان متزايد¹. كما أن الصبي يعزر تأديباً لا عقوبةً لقوله صلى الله عليه وسلم: "مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا واضربوهم عليها إذا بلغوا عشراً"².

رأي الباحثة: إن الغاية المرجوة من ضرب الطفل هو تصحيحه وتأديبه فالضرب ليس له بالعقوبة، فالعقوبة للجناية، وفعل الصبي لم يصل لكونه كذلك، إذ أن الحديث عن تنشئة وتربية لهذا الطفل، حضه على فعل الخير وردعه عما يجانب الصواب، فلا انتقام في التأديب، بل ما هو إلا وسيلة تربوية. الأصل الرفق واللين في التعامل مع الطفل، إذ ينبغي ألا يلجأ للتأديب بالضرب إلا في أضيق الحدود.

مواصفات طريقة التأديب:

- 1- أن يكون الضرب في المرات الأولى غير شديد.
- 2- أن يكون مفرقاً لا مجموعاً في مكان واحد.
- 3- أن يكون بين الضربتين زمن يخف به ألم الأول.
- 4- أن يرفع الضارب ذراعه لينقل السوط لأعلى حتى يرى بياض الإبط، فلا يرفعه لئلا يعظم ألمه. ويشار هنا لقوله تعالى " فاجلدوهم " أن الجلد من الجلد أي سطح البشرة فلا يصل إلى اللحم وكل جلد يقطع اللحم أو ينتزع الجلد مخالف لحكم القرآن الكريم³.

مواضع الضرب:

لا ينبغي أن يكون الضرب في مكان واحد من الجسد، بل ينبغي أن يفرق على الجسد كله، عدا الوجه والفرج، والرأس أيضاً عند الحنفية، فعن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا ضرب أحدكم فليترك الوجه"⁴.

¹ - شهيون، محمد، تقرير بعنوان: الضمانات الأساسية في مجال تأديب المحامي، منشور بتاريخ 2010/11/13.

² - عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مُرُوا صِبْيَانَكُمْ بِالصَّلَاةِ لِسَبْعِ سِنِينَ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا لِعَشْرِ سِنِينَ، وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ رَوْاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ

³ - الجرجاني، أحمد بن محمد: المنتخب من كُنَايَاتِ الْأَدْبَاءِ وإشارات البلغاء، ص9.

⁴ - حديث رقم، 4857، من كتاب صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب.

يعترف المربون المسلمون بأهمية العقاب ويقرّونه¹. إذ أن التأديب دورٌ مهم في تعديل السلوك وتوجيه الطفل، على أي يستخدم عند الحاجة مع مراعاة نوع العقوبة ومقدارها².

لهذا كان لزاماً على الأب الواعي أن يتدرج في إيقاع العقوبة على الطفل فيبدأ بعدم التشجيع مثلاً، ثم الإعراض عنه وإعلامه بعدم الرضا عنه ثم الزجر ثم الهجر وحرمانه مما يحب وهكذا حتى يصل للعقوبة البدنية مع التدرج فيها من الضرب الخفيف إلى الأشد³.

أمر عليه السلام (بتعليق السوط في البيت)⁴. عمر العقوبة البدنية، اختلف بها التربويون⁵.

بعضهم أيد إيقاعها بعد عمر العاشرة إذ أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر بضرب الطفل على الصلاة - وهي أهم من غيرها - بعد سن العاشرة فمن باب أولى أي يضرب على أي أمر آخر بعد هذا السن⁶.

هناك من يرى أن قضية الثواب والعقاب والقيم الأخلاقية وتقبل معاييرها يكون ما بين عمر 3-7 سنوات⁷.

أولاً: موانع ضمان الجناية على النفس بغرض التأديب

حث الاسلام على التربية الاخلاقية وتحسين الخلق، وشرع الوسائل التربوية التي تعين على ذلك ومن هذه الوسائل التي شرعها قضية التأديب عند الحاجة باستخدام أسلوب العقاب البدني، وهذا النوع من

¹ - سويد، محمد نور: منهج التربية النبوية للطفل، ص339

² - مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد في مرحلة الطفولة عدنان حسن صالح باحارث، دار المجتمع للنشر والتوزيع، ط10-

2005، السعودية، مكة المكرمة، رسالة ماجستير ص84

³ - مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد في مرحلة الطفولة عدنان حسن صالح باحارث، دار المجتمع للنشر والتوزيع، ط10-

2005، السعودية، مكة المكرمة، رسالة ماجستير ص85

⁴ - قطب، محمد: منهج التربية الإسلامية، ج2، ص136، 140-142.

⁵ - مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد في مرحلة الطفولة عدنان حسن صالح باحارث، دار المجتمع للنشر والتوزيع، ط10-

2005، السعودية، مكة المكرمة، رسالة ماجستير ص85

⁶ - البخاري، الأدب المفرد باب تعليق السوط في البيت، حديث رقم 234، ص405.

⁷ - مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد في مرحلة الطفولة عدنان حسن صالح باحارث، دار المجتمع للنشر والتوزيع، ط10-

2005، السعودية، مكة المكرمة، رسالة ماجستير ص86.

العقاب قد يترتب عليه الحاق ضرر بالمؤدب، مما يؤدي الى ترتب الضمان عليه، لذلك سوف نتعرف الى موانع الضمان في حل الجناية على النفس لحاجة التأديب وذلك من خلال التالي:

فعل ما فيه مصلحة.

يعد فعل ما فيه مصلحة للصغير ونحوه مانعا من ترتب الضمان، ويظهر ذلك من خلال المسائل الآتية:

سؤال: اذا ضرب الاب او الوصي او المعلم - باذن الاب - تأديبا في الموضع المعتاد فمات المؤدب وهو الصغير، فهل يضمن ذلك ام لا ؟ اختلفت اراء الفقهاء على قولين:

القول الاول: لا ضمان ولا دية على المؤدب، وبذلك قال الحنيفة¹، والحنابلة²، وبعض الزيدية³.

القول الثاني: يجب الضمان وبذلك قال جمهور الفقهاء كأبي حنيفة في الاب والوصي دون المعلم⁴.

الراجح: هو القول الاول فلا ضمان على المؤدب اذا أتلّف من يؤدبه سواء أكان أباً أو معلماً وذلك للأسباب التالية:

- 1- لأنه بتأديبه يفعل ما فيه مصلحة للصغير، فهو محسن في ذلك والمحسن لا يترتب عليه ضمان.
- 2- لان تأديب الاب لولده لا يكون لمنفعة نفسه فقط وإنما فيه عدة مصالح، فمنها ما يعود على الصبي المؤدب، ومنها ما يعود على المجتمع الاسلامي بوفرة بطاقات مؤدبة، تحافظ على ديمومة هذا المجتمع وصلاحه.
- 3- لان المعلم اذا أذن له الاب ان يضرب الولد فلا ضمان على المعلم، فمن أعطي الان من باب أولى أن لا يضمن اذا أدب فأهلك ولده.

¹ - السرخسي، شمس الدين: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1989 ج(30) ص48

² - ابن قدامة، المقدسي: المغني، مكتبة القاهرة، د.ط، ج(10) ص349

³ - المرتضى: شرح الازهار، مكتبة التراث الإسلامي ج(4) ص40

⁴ - الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج(7) ص305

فالمانع من الضمان هنا هو فعل ما فيه المصلحة للصغير وللمجتمع، فالأُم تُعامل معاملة الأب والمعلم هنا فلا ضمان عليها اذا ما أدبت ولدها¹.

رأي الباحثة: يلاحظ هنا أن التأديب ليس مصطلحاً مرادفاً للضرر فمن رضي وأذن بالتأديب لابنه رضي له أمر يعود على ولده وعليه وعلى المجتمع بالخير، فان كان التأديب وفق أصوله ولا يرمي اليه من غايات فلا يشترط ابداً أن ينتج عنه ضرر فالضرر في التأديب ليس حتماً لكن من رضي بالتأديب يرضى بكل ما قد ينتج عنه سلباً أو ايجاباً، ففي حال حدوث ضرر للمؤدّب هل تقوم مسؤولية المؤدّب ؟

ثانياً: إذن الولي ورضاه في تأديب المولى عليه:

هنا وبهذه المسألة يتضح أن المولى عليه غير مميز أو عديم الاهلية وسمح وليه أو أذن بتأديبه من أستاذه في المدرسة أو قريب له أو أي كان ومما جاء في الحديث الشريف والسنة وكتب الفقه يظهر أن التأديب حق للولي على المولى عليه ضمن حدود وشروط دقيقة، فلو سمح للولي بتأديب ابنه فالمؤدّب يلزم حدود التأديب ولو تجاوزها تقوم مسؤوليته² كما أباحت الشريعة للمعلم تأديب تلميذه، بشرط أن يأذن وليه بذلك، وفي كل الاحوال يجب أن يكون التأديب بضرب غير ذي أثر أي أن يهدف الى التنبيه والزجر أكثر مما يهدف الى العقاب والايلام.

وفي الاردن مثلاً بقي الامر كذلك الى أن حرم التأديب بتاتا وفي هذه الحالة ان أذن الولي للمدرس فأدب الاخير المولى عليه قامت مسؤوليته كونه خالف القانون³ وفي بعض القوانين الغربية يصل الامر لمنع الولي ذاته من التأديب ضرباً، كما أن التأديب بوسيلة الضرب ممنوع في المدارس، فان أذن الولي بات بحد ذاته مخالفاً للقانون وعليه فحينئذ ستقوم مسؤولية المؤدّب في حال أقدم على ضرب المولى عليه.

¹ - مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد في مرحلة الطفولة عدنان حسن صالح باحارث، دار المجتمع للنشر والتوزيع، ط10-

2005، السعودية، مكة المكرمة، رسالة ماجستير، ص315

² - فوزي فيض الله، محمد، نظرية الضمان في الفقه الاسلامي العام، الكويت، كلية الحقوق، 1982م، ص200

³ - تبني الاردن لاتفاقيات حقوق الطفل ومنع الضرب في المدارس

http://factjo.com/pages/newsdetails.aspx?id=25859 اخر موعد للزيارة 2015/10/27 الساعة 02:30.

ثالثاً: أثر رضاء الولي بالضرر الواقع على المولى عليه في القانون الوضعي:

ماذا لو تم إلحاق الأذى بالأطفال نتيجة لتجاوز الحد في عقابهم؟ وهل تلحق بالآباء جنائية نتيجة لهذا التجاوز؟ وهل يلزمهم عقوبة معينة أو غرامة مالية أو نحو ذلك؟ الاعتدال في التأديب وعدم التجاوز يعني الوالد من المسؤولية حيث أنه إذا تحقق من الأب الالتزام بالقواعد الشرعية في الضرب، وتدرج في تأديب ولده فلا مسؤولية عليه، حتى وإن تأثر الولد وأصيب بجرح أو غيره ما دامت الغاية من الضرب التأديب والتهذيب وإصلاح حال الصغير، أما إذا استهدف الأب بفعل الضرب الانتقام من الولد أو ذويه أو دفعه إلى منكر، أو تجاوز القواعد الشرعية، فإنه حينئذ تقوم المسؤولية الجنائية كاملة عن هذا الفعل تجاه الأب مثله مثل غيره.

الأب إذا أدب ولده في حدود القواعد والضوابط الشرعية وحصل أذى للولد فإنه في هذه الحالة لا ضمان عليه، فإذا تجاوز القواعد المعروفة في التأديب، والتي حددتها الشريعة والقانون، وأدى ذلك إلى إصابة الولد في جسده، ففي هذه الحالة يتحول الأمر إلى جريمة عامة تتولاها نيابة الحق العام، وتنتظر فيها باعتبارها قضية حق عام، ولها بعد ذلك رفع القضية إلى القضاء، حيث يحق للقاضي في هذه الحالة توقيع ما يراه مناسباً، فقد يوقع عقوبة، وقد لا يوقع العقوبة¹.

وفي فلسطين يمنع استخدام العنف كوسيلة تأديبية، ويتوجب توفير الحماية لكافة الطلبة².

الفرع الثاني: رضاء اللاعب بالضرر الناتج عن الألعاب الرياضية وأثر ذلك على الحق في التعويض.

إن اقبال اللاعب على ممارسة بعض الألعاب الرياضية تحديداً تلك التي تنطوي على أضرار محققة بحكم طبيعتها يترتب عليه عدة آثار ، ومن خلال هذه السطور توضح الباحثة ماهية هذه الألعاب والآثار القانونية المترتبة على رضاء اللاعب أن يكون طرفاً في هذه الألعاب.

¹ - تقرير بعنوان: تعدي الوالدين في تأديب الأبناء هل يوجب العقوبة؟، منشور بتاريخ ٢٧/٢/٢٠٠٣ على الموقع الإلكتروني:

www.bab.com آخر تاريخ للزيارة ١٠/٢/٢٠٢٠، الساعة ٢٠:٢٠ مساءً.

² - النقطة الخامسة عشر من المادة الرابعة للقرار بقانون رقم (8) لسنة 2017م بشأن التربية والتعليم العام.

تعرف فكرة قبول الأخطار الرياضية بأنها: قيام شخص بممارسة نشاط رياضي وفقا للائحته التنظيمية بحرية كاملة وإدراك للمخاطر وطبيعتها التي يمكن أن تحدث من الممارسة ويترتب عليها إعفاء الفاعل من تحمل مسؤوليته جراء الضرر¹.

وحتى يتسنى لنا فهم الآثار المترتبة على رضا اللاعب بالاضرار الناتجة عن الالعب الرياضية فلا بد لنا أولا من النظر للشروط الواجب توافرها في هذه اللعبة الرياضية.

الشروط الواجب توافرها في اللعبة الرياضية التي يقبل اللاعب الاضرار الناتجة عنها:

إن القانون هو الذي يضيف الشرعية على كثير من الاعمال ومنها الالعب الرياضية، فهو الذي يمنح التراخيص القانونية لهذه الالعب، وهو كذلك الذي رفض ترخيص بعضها، وكذلك قد يمنح اللعبة ترخيصا لكن ليس على اطلاقه بل يقيد بها بشروط وهي:

1- أن تكون اللعبة الرياضية معترفا بها:

لا بد من اعتراف النظام القانوني للأنشطة الرياضية المسموح بها باللعبة الرياضية، حيث أن هذا الاعتراف يتضمن وضع قواعد ممارسة هذه اللعبة والاصول الواجب اتباعها وأن يتم ذلك وفق اللوائح التي تنظمها².

2- مراعاة القواعد والاصول الاساسية الخاصة في اللعبة الرياضية:

يعد من الضروري مراعاة الاصول الفنية في اللعبة دون تجاوز، فاللاعب يتحمل المخاطر الناتجة بشكل ينسجم مع طبيعة اللعبة وقواعدها ولا يتحمل الاضرار التي تنشأ جراء مخالفة اللاعب لقواعد اللعبة، فالذي يمارس اللعبة بالطريقة المعتادة وضمن القواعد لن تقوم مسؤوليته حينها الا اذا كان غير متبصرٍ بطريقة تجاوزت الخطر العادي³.

¹ - لطفي البلشي المرجع السابق ص 49

² - أ. د. لطفي البلشي، المرجع السابق ص 48

³ - أ. د. سعيد جبر، المرجع السابق ص 130

إذن نستنتج مما سبق أن رضا اللاعب ينصب على المخاطر التي تعد شرطاً ضرورياً لممارسة اللعبة، وبالتالي فإن هذه المخاطر مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بممارسة هذه اللعبة حيث لا يمكن فصلهما.

أيضاً مما يعد ضمن قواعد اللعبة الرياضية أنه لا بد من أن تمارس اللعبة الرياضية في داخل الملاعب المخصصة لها فناطق الإباحة يقتصر على كل الأفعال التي صدرت داخل مكان اللعبة¹.

كذلك مما يعد خرقاً لقواعد وأصول اللعبة، تناول اللاعب منشطات من شأنها الزيادة - ولو بشكل وقتي ومصطنع - النشاط وقدرة اللاعب، ذلك لأن استعمال مادة منشطة في المسابقة الرياضية يؤدي لانتفاء شرط من شروط الإباحة وهو رضا اللاعب، فالرضا حتى يكون صحيحاً يجب أن يكون مبنياً على العلم بكافة الظروف التي تؤدي للمخاطر التي يقبلها، فاللاعب ما كان ليوافق على الاشتراك في اللعبة وهو يعلم أن منافسه قد تعاطى منشطاً قد ساهم في زيادة قواه ولو بشكل وقتي ومصطنع، وهنا نحن أيضاً أمام مخالفة صريحة لما جاءت من أجله الرياضة بأنواعها وهو الحث على المنافسة الشريفة وتنمية اللياقة البدنية والمعنوية لأفراد المجتمع، بينما إذا استخدمت المنشطات الرياضية فإنها تكون وسيلة للاضرار بالصحة العامة ومدعاة للغش².

3- رضا اللاعب وقبوله للمخاطر الرياضية:

ويندرج هذا العنوان تحت مبدأ طوعية المخاطر ويقصد بذلك قبول اللاعب وموافقته على الخطر، الناتج عن الألعاب الرياضية³.

¹ - أ. د. عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق ص 59

² - أ. د. محمود كبّيش، المسؤولية الجزائية عن استعمال المنشطات في المسابقات الرياضية، ط1، 1991، دار الفكر العربي ص 30 بند 10

³ - زعتر، يسرى نضال: المسؤولية المدنية الناشئة عن الألعاب الرياضية، كلية القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، 2018م، ص 14.

ان رضاء اللاعب يعد شرطاً أساسياً لاضفاء طابع المشروعية على ممارسة الرياضة، وهنا سينظر للرضاء ان كان صريحاً أو ضمناً منطقياً لا يجبر الانسان أن يتحمل الاضرار الناتجة عن الالعب الرياضية لمجرد أحقية محدث هذه الاضرار في ممارسة الالعب الرياضية، فلا بد أن يرضى اللاعب المضرور ويتسامح في الضرر الذي يسببه النشاط الرياضي¹.

وهذا ما توصلت اليه حينما أجريت مقابلة مع أحد لاعبي المصارعة الامريكية الحرة حينما سألته عن دوافعه في ممارسة هذا النشاط الرياضي الخطير وما اذا كان يخشى الاضرار المترتبة فأجاب حينها أن عامل الاثارة والتشويق لديه أعلى من أن يلتفت لهذه الاضرار وعليه فلن يترك المنافسة رغم علمه بحجم الضرر الذي قد يحصل².

موقف الشريعة الإسلامية من ممارسة الالعب الرياضية .

ما يعرف حالياً بمسمى الالعب الرياضية يسمى ألعاب الفروسية في الشريعة الاسلامية حيث اهتمت الشريعة الاسلامية بهذه الالعب باعتبار أنها تساهم في تقوية بنية الجسم، وحضت عليها كونها تنشط العقول وكذلك فهي مظهر من مظاهر المهارة ودعوة للشجاعة والقوة³.

والفروسية لغة⁴: هي الحظق والمهارة بركوب الخيل وعند علماء الاصول فهي جميع الافعال التي يظهر الشخص من خلالها مهارته الفردية وحكمها الشرعي أنها مندوبة، فاذا أدت الى اصابة المتبارين ولم يكن محدثها متعمداً أو متجاوزاً حدود اللعب المتعارف عليه بشأنها فلا عقاب عليه ولا ضمان⁵.
يندرج كذلك تحت وصف الفروسية ووفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية الالعب التي تتطلب من اللاعب قدراً من المران والتدريب والقوة، ومثالاً على ذلك سباق الاقدام وسباق الخيول وسباق السفن والطائرات والسيارات وسباقات السباحة والمسابقة والرماية والمصارعة والملاكمة ورفع الاثقال⁶.

¹ - أ. د. عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق ص 69

² - بشتاوي، عبد الرحمن: مقابلة، نابلس، 2021/2/16

³ - أ. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي، المرجع السابق ج 1 ص 524

⁴ - ابن منظور: المرجع السابق، باب الفاء فصل السين، ص 3379.

⁵ - الفروسية لابن قيم الجوزية، مطبعة الانوار ص 7

⁶ - المغني لابن قدامة المرجع السابق ج 8 ص 666

أولاً: الأساس الشرعي لإباحة الألعاب الرياضية.

تستند إباحة الألعاب الرياضية للكتاب والسنة والاجماع، فقد قال جل وعلا في كتابه الكريم ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِمْ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ (الأنفال: ٦٠) يظهر في الآية الكريمة معنى جلياً في الحث على التدريب والفروسية¹.
وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في سفر مع عائشة رضي الله عنها، فسابقته على رجلها فسبقته، وقالت فلما صلت اللحم سابقته فسبقني فقلت هذه بتلك².

وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر على أصحاب له ينتضلون فقال " ارموا وأنا مع ابن الادرع فأمسك الآخرون وقالوا كيف نرمي وأنت مع ابن الادرع ؟ قال: ارموا وأنا معكم كلكم"³.
كل ما سبق كان عن سنة النبي صلى الله عليه وسلم الفعلية والتقريرية وأما عن السنة القولية فقال صلى الله عليه وسلم: " المسلم القوي خير وأحب الى الله من المسلم الضعيف " وقال أيضا صلى الله عليه وسلم: " ألا أن القوة الرمي ألا أن القوة الرمي"⁴.

تعد الأفعال الرياضية من المباحات طالما توافرت بها الشروط الفرعية والتزم اللاعبون بقواعدها.

ويرجع سند الإباحة في اطار قواعد الشريعة الإسلامية لاذن الشارع بممارستها⁵.

تفرق الشريعة الإسلامية بين نوعين من الإصابات الناجمة عن ممارسة الألعاب الرياضية فتبيح الإصابات التي تحدث جراء الألعاب الرياضية التي تقتضي ممارستها حدوث هذه الإصابات كالملاكمة والمصارعة مع عدم تعدي اللاعب قواعد وأصول اللعبة⁶.

أما فيما يخص الألعاب الرياضية التي لا تحتاج أثناء ممارستها قدرا من العنف كالألعاب التي سبق الحديث عنها فهذه وإن حدث بها إصابات عنيفة بين الزملاء أثناء اللعبة فهنا سيكون اللاعب الذي

¹ - سورة الأنفال الآية رقم 60

² - أحمد(39/6)، أبي داود(2578)، والنسائي في الكبرى (303،304/5) وابن ماجه (1979)

³ - رواه البخاري: صحيح البخاري، 2899، حديث صحيح.

⁴ - عن عقبة ابن عامر: صحيح مسلم، 1917، حديث صحيح.

⁵ - أ. د. عصام احمد محمد، المرجع السابق ص 947

⁶ - أ. د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، المرجع السابق ص 527 ص 528 بند 371

أحدث هذه الاصابة تجاوز حدود الاباحة وبالتالي سيكون مسؤولاً، لأن فعله لم يكن من الضروريات التي لا تسير اللعبة بدونها ونعتبره متعمداً إلا اذا أثبت خلاف ذلك¹.

ثانياً: الشروط اللازم توافرها لصحة رضاء اللاعب بالضرر الناجم عن اللعبة.

1- يلزم أن يكون رضاء اللاعب حُرّاً:

ان ممارسة الرياضة تكون في الاساس نتيجة اختيار حر من جانب اللاعب اذ انها تجلب له السعادة لما لها من فوائد صحية ونفسية ستعود عليه².

قضت احدى المحاكم في فرنسا في قضية مفادها أن الطالب الذي أصيب في مسابقة مدرسية لا تنطبق عليه نظرية الرضاء بالضرر كونه لم يكن في استطاعته أن يرفض المشاركة في مباراة قد اختاره استاذة للمشاركة بها فهنا رأى القضاء الفرنسي أن الطالب كان مكرهاً³.

أرى أن هذا لا يعد اكرهاها فهو لم يقترب بعمل مادي من اعمال التهديد أو الضغط فالطالب امتثل لقرار استاذة أدبيا وكذلك احتراماً للأستاذ وعليه فهذا ليس اكرهاها.

2- أن يصدر الرضاء من ذي أهلية:

يلزم أن يصدر الرضاء بكافة صوره من شخص ذي أهلية وكذلك هذا الشرط ينطبق على حالة العلم التي تسبق الرضاء فلا ينسب العلم لشخص غير مميز سواء كان غير مميزا لصغر سنه أو لكونه مجنوناً⁴.

إذاً حتى يعتد بالرضاء فلا بد أن يصدر عن ذي أهلية فان كان المصاب قاصراً أي ناقص الأهلية فلا بد أولاً أخذ اذن وليه أو وصيه، ويجب التشديد في ثبوت رضاء الاخير كلما ازدادت خطورة اللعبة، فلا يعول على رضاء الصغير بالاشتراك في مباراة لكرة القدم، أو الملاكمة الا بموافقة أبيه أو وليه على ذلك⁵.

¹ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل - المرجع السابق ج3 ص390 نهاية المحتاج شرح المنهاج، مرجع سابق ج4 ص215

² - أ. د. سعيد جبر، المرجع السابق ص119 وما بعدها

³ - 492-1-198 Nov Aix28، S. D. 1978 مشار اليه لدى أ. د سعيد جبر، المرجع السابق ص122

⁴ - أ. د سعيد جبر، المرجع السابق ص123

⁵ - أ. د سليمان مرقس، الفعل الضار، المرجع السابق ص318 بند 121

إنَّ إذنَ الوليِّ القاصر قد يكون صريحا أو ضمنيا إلا أن القاصر لا يستطيع ممارسة الألعاب الرياضية الخطيرة كالملاكمة والفروسية والمصارعة إلا باذن صريح من الولي وليس اذنا ضمنيا، إذ إنَّ الاذن الضمني يؤخذ به في حالة كانت اللعبة عادية وليست خطيرة، وإن انعدام الإذن الصريح والضمني من الولي فان ممارسة القاصر للرياضة وتضرره جراءها لن يكون له أي أثر قانوني¹.

3- أن يصدر الرضاء من اللاعب عن علم وبينة بأخطار اللعبة:

انه لمن البدهاة أن يكون اللاعب عالما ومدركا للأضرار المصاحبة للعبة التي يمارسها والا فلن يعتد برضاه.

فالرضاء لا يكون صحيحا الا ان صدر عن علم لا يشوبه أي لبس، فان المصاب لن يعرض نفسه لأي علاج لابد أن يتم تبصيره بالمخاطر التي قد يتعرض لها والا فان رضاه لا يعول عليه².

لابد أن تكون الأضرار الناتجة عن اللعبة ويعلمها اللاعب أضرارا عادة مما تكون جسيمة نوعا ما وليست أضرارا لا تذكر، فالأصل أن الألعاب العنيفة ينتج عنها أضرار ملائمة لطبيعة هذه الألعاب قد تصل الى الرضوض والكدمات بل وأكثر من ذلك، لذا ليس المقصود هنا الألعاب الرياضية البسيطة كالتنس وكرة القدم.

ومما لا شك فيه أن هذه الألعاب في الدول الاسلامية غايتها التدريب وبناء الجسد وتكون بحدود مرسومة وتجاوز هذه الحدود - وان رضي المضرور بالضرر - لا تنفي مسؤولية الفاعل حيث تبقى قائمة بمقدار هذا التجاوز.

ثالثاً: أثر رضاء اللاعب وقبوله للمخاطر الرياضية على حقه في التعويض.

يتعين على الباحثة هنا تبين الأثر القانوني لقبول اللاعب للمخاطر الرياضية على الحق في التعويض سواء في الألعاب الخطيرة بطبيعتها أو الألعاب العادية.

¹ - أ. د سعيد جبر، المرجع السابق ص127

² - أ. د سليمان مرقس الفعل الضار القسم الاول ط88 المرجع السابق ص318 بند 121

لا بد أن يكون هناك فرق واضح بين الأضرار المترتبة عن الألعاب الرياضية البسيطة التي لا تتطلب على مخاطر في الوضع العادي ككرة السلة والقدم مثلا والألعاب الرياضية الخطيرة بطبيعتها كالمصارعة الأمريكية الحرة وبناء على ذلك بلا شك سيكون هناك اختلاف في الأثر القانوني لكل ضرر حاصل جراء كلا النوعين من هذه الألعاب وبالمحصلة اختلاف التعويض المترتب على هذا الضرر.

1- الألعاب الرياضية البسيطة " الغير خطيرة بطبيعتها".

ترى الباحثة: أنَّ اللاعب حينما يدخل لعبة كرة القدم مثلا يعلم أنه قد يصاب بقدمه أو رأسه جراء تصادم مع أحد اللاعبين أو جراء انزلاق معين فهو يعلم بهذا الخطر ولكن علمه وحده لن يجعل اللاعب يرضى بهذا الضرر، الا أن هذه الإصابات ليست نتيجة طبيعية لممارسة كرة القدم، والقصد بذلك أنَّ لعبة كرة القدم لا تُصنَّف أنها لعبة خطيرة بطبيعتها، فالإصابات فيها محتملة لا محققة الحصول.

فمثلا في لوائح (الفيفا)¹ تأكيد صريح على أن الاتحاد الدولي لكرة القدم يتحمل قيمة رواتب اللاعبين في حال تعرضهم لإصابات مؤثرة في البطولات القارية وفقا لفترة غياب كل لاعب والضرر الواقع على فريقه سواء فنيا أو ماديا، وعلى اثر ذلك تلقت إدارة النادي الاهلي في مصر عام 2019 مبلغ 148 ألف دولار من الاتحاد الدولي لكرة القدم حيث تم ايداع المبلغ في حساب النادي وهو ما يعادل راتب المهاجم في الفريق الاول لكرة القدم عن فترة غيابه عن الملاعب بسبب اصابته بقطع في الرباط الصليبي أثناء مشاركته ضمن صفوف المنتخب الوطني في كأس الامم الافريقية عام 2017.²

2- الألعاب الرياضية الخطيرة بطبيعتها:

في مقابلة أجرتها الباحثة مع أحد لاعبي المصارعة الأمريكية الحرة في فلسطين في مدينة نابلس حيث سبق وأن تعرض لإصابة في أنفه أثناء التدريب مما ترتب عليه اجراء عملية جراحية في

¹ - الفيفا هي: الاتحاد العالمي لكرة القدم.

² - تقرير صادر عن النادي الاهلي بتاريخ 10-9-2019 بقلم محمد كمال www.elahly.com

آخر تاريخ للزيارة 12-4-2020

الانف وأوضح اللاعب خلال المقابلة أنه حينما يدخل التدريب يكون عالماً بأنه قد يتضرر لما تنطوي عليه هذه اللعبة من مخاطر لكنه يرضى بهذا الضرر قياساً بالمتعة وعامل التشويق الذي تخلقه هذه اللعبة بين الشباب في سنه، رغم أن العنصر الأساسي من وجودها هو التدريب وبناء الجسد.

كما أضاف أن لهذه اللعبة حدوداً يحظر على اللاعبين تجاوزها حيث وضح الأخير أن إصابته كانت نتيجة خطأ من مدربه الذي لم يوفق في توجيه الضربة لمكانها المألوف مما أسفر عن إصابته، كما تم علاج البشتاوي كاملاً على نفقة المدرب وأصدقاء النادي ليس بحكم نظام معمول به أو بموجب لائحة تنظيمية في النادي بل لطبيعة العلاقة الودية بين اللاعبين والمدرب، رغم رفضه ابتداء أي نفقات منهم¹.

أما بما يخص التعويض المادي فإنه وفي ضوء ما تقدم فإنه حتى وإن كانت اللعبة الرياضية خطيرة بطبيعتها إلا أن محدث الضرر لن يعفى من التعويض في حال أخطأ في ممارسة هذه اللعبة أو كان مخالفاً للوائح التنظيمية والتعليمات الخاصة فيها.

الفرع الثالث: رضاء المضرور بالضرر في ضوء الخطأ الطبي.

إن الرضاء في الأعمال الطبية التي تمس جسد المريض لإصلاح خلل فيه تأتي على نوعين:

أولهما: أعمال طبية دون تدخل جراحي وثانيهما: أعمال طبية بتدخل جراحي.

أما الأولى فهي تتطلب أمرين ضروريين:

- 1- يكون الطبيب ملزماً في الحصول مقدماً على رضاء المريض حيث أن المريض إنسان له حقوقه المقدسة على جسده فلا يجوز المساس بها بغير رضاه، كما أن كل اعتداء على حرية المريض أو حقوقه على جسده حتى لو كان الدافع من هذا الاعتداء هو مصلحة المريض ذاته فإنه يثير مسؤولية من قام به متى كان باستطاعته الحصول على رضا المريض².

¹ - بشتاوي، عبد الرحمن: مقابلة، نابلس 2015/10/23

² - سميرة حسن محيسن الطائي، رضاء المريض في الأعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة عام 2016 دار الفكر - مصر - المنصورة ص 94.

2- لا يعفى الطبيب من الأخطاء المهنية التي تصاحب العمل العلاجي إلا في حال قيامه بعمله وفق ما تمليه عليه أصول العمل الطبي وأخلاقيات المهنة¹.

3- من الضروري أن يقوم الطبيب بإجراء ولو شرح مبسط عما سيقوم به من علاج وإن كان لن يصل الى التدخل الجراحي، كما يجب أن يسرد المضاعفات أو الاعراض الجانبية وكافة النتائج المترتبة عن هذا العلاج².

عرف مشروع قانون المسؤولية الطبية الاردني الخطأ الطبي على أنه " أي نشاط سواء بالفعل أو بالترك لا يتفق مع القواعد المهنية وينتج عنه ضرر " وعرف ذات المشروع المضاعفة الطبية بأنها: " تقاوم وضع الحالة الطبية بالرغم من الاحتياطات التي يتخذها مقدم الخدمة "³.

أناقش في هذا القسم الخطأ الطبي من زاوية رضا المضرور بالضرر حيث سأخصص الحديث حول الحالة التي يكون بها المضرور هو المريض الذي يتلقى العلاج ويرضى بكل مما سينتج عن هذا العلاج وسيتحمل كافة المسؤولية سواء هو ذاته أو وليه في حال حصول ضرر نتيجة هذا العلاج أو التدخل الجراحي.

إلى جانب هذه الحالة أتناول مسألة الخطأ الطبي الذي لم يكن في الحسبان، فالمريض المضرور لم يتم تبصرته بأمر ما أو حدث جراء عدم التبصرة خطأ طبي فهل هنا يدرج الخطأ الطبي ضمن الاضرار التي رضي بها المضرور، أم يعد أمراً يستوجب مساءلة الطبيب المخطئ قضائياً بل ومطالبته كذلك بالتعويض جراء هذا الخطأ؟؟

بداية وقبل التفصيل في شأن التساؤلات السابقة، يجب أن نركز على ضرورة التفرقة ما بين ما يعتبر خطأ طبياً بحد ذاته وما يدخل في حكم المضاعفات الطبية : "والتي تحدث تباعاً عند معالجة اي مرض"⁴.

¹ - حسن صادق المرصفاوي، الاجهاض في نظر المشرع الجنائي، المسجلة الجنائية المصرية، المجلد الاول العدد الثالث عام 1993.

² - د. عبد الحي حجازي المدخل لدراسة العلوم القانونية ج(2) مطبعة جامعة الكويت 1970 ص427.

³ - المادة رقم (2) من مشروع قانون المسؤولية الطبية الاردني لعام 2001 والمشار اليه تقرير رقم (177) الصادر عن الهيئة المستقلة لحقوق الانسان " ديوان المظالم بعنوان الاخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لاطراف الاخطاء الطبية ص15 المحامي معن شحدة ادعيس.

⁴ - ابرار الغنامي، مقال بعنوان " الاخطاء الطبية وماذا بعد ؟؟ منشور على الموقع الالكتروني www.scdbh.com تاريخ

أما فيما يخص الاعمال الطبية التي هدفها علاج وإصلاح خلل معين في الجسم من خلال التدخل الجراحي والذي ينطوي عليه قرارٌ بالمجازفة والمخاطرة التي تتعلق بحياة المريض، فهنا هذه المخاطرة تعد حماية لسلامة جسد المريض وصحته على المدى الاطول، ولا تعد تقريظاً بجسده حيث يتم اللجوء للجراحة عادة بعد استنفاد كل الوسائل العلاجية التقليدية، مما يجعل حياة المريض في خطر يستوجب رضاء المريض في قبول التدخل الجراحي أو رفضه¹.

ترى الباحثة أنه لا بد من تبصرة المريض بطبيعة العملية الجراحية والمخاطر التي تنطوي عليها وتصابها، وهنا إن رضي المريض فإنه حينئذ يتحمل جزءاً من المسؤولية لأنه قد شارك الطبيب في اتخاذ القرار، حيث أنه لا بد من التوفيق بين المحافظة على سلامة جسد المريض واحترام ارادته وحرية في الاختيار.

وفي قرار لمحكمة التمييز الاردنية في هذا الشأن تسرد المحكمة وقائع وفاة الأم وجنينها جراء خطأ طبي، حيث تم تشكيل لجنة تحقيق في ظروف معالجة ووفاة المرحومة منال وطفلها والتي خلصت بان الاجراءات الطبية كانت غير مقبولة وأن هناك أخطاء طبية عديدة، ونتيجة لهذه الاخطاء الطبية فقد لحق بالمدعين زوج المرحومة وابنها أضراراً مادية ومعنوية ونفسية بالغة، حيث حكمت لهم محكمة بداية حقوق المفرق بمبلغ خمس وثلاثين الفا واربعمئة دينار للمدعين².

أكثر ما يهم الباحثة من هذا القرار هو أن المرحومة قبلت العلاج متحملة كافة النتائج المترتبة عليه وهنا على الطبيب بذل عناية الرجل المعتاد في مجاله، ولن يعفى هذا الطبيب من التعويض في حال ارتكابه لخطأ مهني، ليس للمتوفاة شأن به فرضاها لم يكن مُنصباً على أخطاء الطبيب المهنية البعيدة كل البعد عن مشكلتها الصحية.

¹ - د. سميرة حسن محيسن الطائي، رضاء المريض في الاعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة عام 2016 دار الفكر - مصر - المنصورة ص96.

² - قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم القضية 2020/503 استئناف حقوق اربد في الدعوى ذات الرقم 2019/6193

وفي هذا السياق لابد من إظهار موقف الشريعة الإسلامية من الأخطاء الطبية:

قاعدة (ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه)¹، ومعنى ذلك:

كل ما لا يمكن معرفته مسبقاً أو الاحتراز عنه لا يكون سبباً موجباً للضمان، ومثال ذلك: أن الطبيب الجراح لا يضمن التلف الحاصل بسريان الفعل إلى الهلاك إذا تمت المعالجة أو العملية الجراحية على النحو المعتاد المعهود المأذون فيه دون تجاوز أو إهمال، لأن حدوث مضاعفات غير متوقعة هو أمر لا يمكن الاحتراز عنه².

المطلب الثالث: تطبيقات خاصة بالشريعة الإسلامية .

أولاً: الرضاء بالضرر الواقع على المال.

ومثال ذلك: رضا المشتري بالعيب:

إذا رضي المشتري بقبض السلعة المعيبة فهذا الرضاء يعد مانعاً من ترتيب الضمان ويظهر ذلك من خلال المسألة التالية:

إذا اشترى شخص شاة من شخص آخر وقبل بيعها قام البائع بقطع يدها، ثم قبضها المشتري سواء أكان القبض بأذن البائع أم بغير إذنه، فماتت الشاة ففي يد المشتري بسبب أثر جناية البائع عليه، فيتحمل البائع نصف الثمن بسبب قطعه ليدها، ولا ضمان عن الشيء فيما هلك في يد المشتري بسبب جناية البائع، وبذلك قال الحنفية والزيدية³.

وحجتهم في ذلك أن المشتري بإقدامه على القبض قد رضي بما بقي منه والرضاء قاطع لحكم سرية جناية البائع⁴، فالمانع هنا من الضمان هو الرضاء بالعيب.

¹ - الزحيلي، محمد مصطفى: القواعد الفقهية الكلية عند المالكية، القاعدة 154، ج1، ص658، الباب الرابع.

² - السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، ص123، السرخسي، المبسوط ج15، ص81، الزحيلي نظرية الضمان، ص223 - ص224

³ - ابن قدامة: المرجع السابق، 111، 112.

⁴ - السرخسي، المبسوط، ج13 ص176، الكاساني، بدائع الصنائع، ج5 ص303

ثانياً: الرضا بضرر النفس:

حفظ النفس يأتي في المرتبة الثانية للضروريات الخمس، بل هو أهمها، فكل المقاصد الاساسية تدور حولها وترجع اليها¹، ونفس المكلف داخلة في حقوق الله اذ ليس له التسليط عليها²، كما قد قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ البقرة: ١٩٥³، وكما قال أيضا جل جلاله: { قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ النساء: ٢٩

فمثلا ما يخص ألعاب المبارزة كالمصارعة والملاكمة والتايكوندو، والكارتية، كل هذه تجعل من يدخلها يعلم بالضرر بل ويرضى به، وهي ألعاب طالما كانت مشروعة ومنظمة ضمن نطاق النظام العام دون تجاوز فهي لا تقيم المسؤولية المدنية على المدعى عليه.

فلو ركزنا مثلا على لعبة المصارعة الامريكية الحرة لوجدنا أنها في بعض الدول وخصوصا أمريكا يفتح للمبارزين بها الباب على مصراعيه فإما قاتلا أو مقتولا، وهذا يعد موافقا لنظامها العام، فوفاة الشخص تنفي مسؤولية القاتل.

فبحسب ما جاء في اجتهادات الفقهاء المسلمين المصارعة المودية لهلاك النفس حرام شرعا، بل وغير منظمة لدينا ولا تنفي مسؤولية القاتل نهائيا فهي تخالف الشرع، حيث قال صلى الله عليه وسلم: " كان فيمن قبلكم رجل فيه جرح فجزع، فأخذ بها يده فما رقأ⁴ الدم حتى مات"، وقال الله تعالى: "بادرني عبدي بنفسه حرمت عليه الجنة"⁵.

وقد نص فقهاء الشريعة الاسلامية أنه في الجرائم التي تقع على النفس: " لا عبرة بقبول المجني عليه، لأن عصمة نفس الانسان مما لا يحتمل الاباحة بحال، ولذا لو قال أحد لآخر اقتلني فقتله فالضمان واجب⁶ ".

¹ - الكيلاني، جمال التدابير الشرعية لحفظ النفس في الفقه الاسلامي، الاردن مطبعة الهدى، 2010، ص116

² - الشاطبي، الموافقات ج2 ص17

³ - سورة البقرة اية 195

⁴ - رقأ: رقأ دمه او رقأت عينيه، اي انقطع وارتفع عن النزول، الزمخشري، جاد الله، اساس البلاغة، ج1، 538هـ ص88 ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص88، مادة رقأ

⁵ - القسطلاني، شهاب الدين، ارشاد الساري في شرح صحيح البخاري، ط6، ج2، ص446، 923هـ

⁶ - البغدادي، ابو محمد بن حامد، مجمع الضمانات في مذهب الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان، ط1، مطبعة مصر الخيرية،

1803هـ، ص160

يُشار في هذا السياق لأهم موانع ضمان الجناية ضمن الحدود وهو عدم مباشرة الفعل فإذا لم يباشر شخص فعل الجناية بنفسه، فعدم المباشرة تعد مانعا من ترتيب الضمان ويظهر ذلك من خلال المسائل التالية:

المسألة الأولى: إذا ألقى شخص شخصا آخر في ماء يسير يقدر على الخروج منه، فلبث فيه باختياريه حتى مات فلا قصاص ولا يضمن ديته، لأن فعل الرمي بالماء لم يقتله، وإنما حصل موته بمكوته فيه فهو فعله نفسه، فلم يضمنه غيره، وبذلك قال جمهور الفقهاء من الحنفية¹، والشافعية²، والحنابلة³.

فالمانع من الضمان عدم مباشرة الشخص الفعل الذي أدى الى موت من ألقاه في ذلك الماء.

المسألة الثانية: إذا ترك رجل شخصا في نار يمكنه التخلص منها لقلتها، أو لكونه في طرف منها يمكن الخروج بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قصاص، لكن هلا يضمن ديته أم لا؟ اختلفت آراء الفقهاء على قولين:

1- لا يضمنها، لأنه مهلك نفسه باقامته فلا يضمنه، كما لو ألقاه في ماء يسير، لكن يضمن ما أصابت النار منه، وبذلك قال الشافعية في قول⁴.

2- يضمن ديته، لأنه جانٍ بالإلقاء المفضي إلى الهلاك، وترك التخلص لا يسقط الضمان، كما لو جرحه فترك مداواة جراحه، وفارق الحياة ؛ لأنه لا يهلك بنفسه، ولهذا يدخله الناس للسباحة والصيد، وأما النار فقليلها يهلك، وبذلك قال الشافعية في قول والحنابلة⁵.

المناقشة والترجيح، الراجح هو القول الأول فلا يضمن ديته في هذه الحالة، لأن فعله لا يعد اطلاقا من قبله وإنما المتروك هو من اختار ذلك، فالمباشرة ستقدم على السبب، فالمانع من الضمان عدم مباشرة الشخص للفعل الذي أدى للموت.

¹ - ابن نجيم، البحر الرائق، ج9، ص7

² - المطيعي، تكملة المجموع، ج19، ص10

³ - ابن قدامة، المغني، ج9، ص326

⁴ - العموش، محمد محمود رسالة ماجستير بعنوان: موانع الضمان في الفقه الإسلامي، الجامعة الأردنية، 2005م ص214.

⁵ - العموش، محمد محمود: المرجع السابق، ص215، 216.

والفقه الاسلامي قسم الرضا بالاعتداء على النفس لقسمين القتل والايداء على النحو التالي:

أولاً: القتل:

وهو قد يكون نتيجة طلب الراضي بالقتل، أو نتيجة شيء مستحدث وعولج في المسائل الفقهية ألا وهو القتل الرحيم وسنفصل كلا نوعي القتل على النحو التالي:

1- القتل: القتل مرفوض في كل الشرائع، ومخالف لكل الانظمة والاعراف، ورضاء المضرور بالقتل لا ينفي المسؤولية المدنية بأي شكل عن القاتل فنجد في الفقه الاسلامي أنه لو رضي شخص بأن يقتله آخر فحسب الراجح هنا قول أبو حنيفة وأصحابه وبعض الشافعية¹، إنه في حال رضي الشخص بالقتل فهذا لا يبيح بحال ولكن الرضا يعد شبهة تدرأ القصاص للتعزير وتعذر العقوبة للدية.

2- القتل الرحيم: هو نوع من القتل يرتكبه شخص قد يكون طبيباً وقد لا يكون، لتخليص مريض لا يرجى شفاؤه ولم يعد يطبق تحمل آلامه .

إن هذا النوع من القتل قد تم تحريمه في التشريع الإسلامي وفقط سمح بإزالة أجهزة الإنعاش في حالتين²:

1. إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

2. إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل .

وهذا معمول به في الاردن وفي معظم الدول العربية الا ان الدول الغربية تأخذ بالقتل الرحيم وتعدده سبباً مسقطاً أو مخففاً للمسؤولية على الفاعل ونجد هذا في بعض القوانين العربية³.

¹ - الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص236.

² - القرضاوي، يوسف: جواز نزع أجهزة الإنعاش عن المريض الميؤوس من شفاؤه، فتوى صادرة بتاريخ 2011/7/25.

³ - المادة (96) من قانون العقوبات الاماراتي رقم (3) لسنة 1987.

يعتبر دافع الشفقة في القتل عذرا قانونيا مخففا للعقوبة في بعض القوانين التي تجعل من بين نصوصها أساسا لذلك فإن اقترنت الرحمة والشفقة بالقتل البسيط وجب على القاضي أن يأخذ هذا الطرف بالاعتبار وفقا لما بين يديه من نصوص¹.

كما قد نص قانون العقوبات اللبناني على أنه: " يعاقب بالاعتقال عشر سنوات على الأكثر من قتل انسانا قصدا بعامل الاشفاق بناء على الحاحه في الطلب "

ثانيا: الإيذاء²

وهو: " أن يرضى الانسان بالجرح أو الضرب"، تم الاجماع في الفقه الاسلامي الى أن الضمان لمادون الدية أي الارش يبقى قائم على الشخص الذي جرح أو ضرب المضرور، وفي القوانين الوضعية سلامة البدن من النظام العام، فمن قال لآخر اجرحتني لاي سبب كان فمجرد اذنه لا يحول دون كون الجرح الذي قام به الطرف الاخر خطأ، كما يستطيع المضرور هنا العودة على الجارح بالتعويض.

ولو ذهب شخص الى طبيب طالبا منه قطع يده لغير العلاج، قامت مسؤولية الطبيب كاملة .
اذا ما قبل اجراء العملية بما أن سلامة البدن من النظام العام، أما ان كان للعلاج فتكون المخاطرة باستئصال عضو مقبولة .

ثالثاً: الرضاء بضرر العرض:

يترتب على هذه المسألة في الاسلام حفظ النسل، والرضا به هو زنا لا يباح بحال ، وجاء في القوانين الوضعية كالقانون المصري فيما يخص العرض فرضا الشخص بانتهاك عرضه يجعله هو مخترقا للنظام العام حيث قام بفعل غير مشروع فلو أقامت امرأة علاقة غير مشروعة وعاشرتة معاشرة الأزواج برضاها فهذا لن يسمح لها بالمطالبة بأي نوع من التعويض .

¹ - المادة (552) من قانون العقوبات اللبناني على أنه رقم (340) لسنة 1943.

² - الزرقا، مصطفى أحمد: المرجع السابق، ص136.

الخاتمة

خُلِصَت الباحثة من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات أجملتها فيما يلي:

النتائج:

أولاً: لم تجد الباحثة تعريفاً مانعاً جامعاً لمصطلح رضا المضرور بالضرر اعتمده القانون وأجمع عليه الفقهاء، حيث تباينت التعريفات بشأنه تبعاً لتباين المدارس القانونية التي يتبعها كل فقيه، كما أنَّ المصطلح يعد مصطلحاً مركباً مكوناً من أكثر من كلمة، فجميع هذه الأسباب حالت دون وجود تعريف واضح لحالة رضا المضرور بالضرر.

ثانياً: خُلِصَت الباحثة من خلال دراستها، أن مبدأ الإستمرارية في الرضاء بالضرر يجب أن يبدأ ما قبل حدوث الضرر ويستمر إلى مابعد وقوعه، فإنتفاء استمرار الرضاء من المضرور في أي لحظة تسبق تحقق النتيجة (الضرر)، هذا من شأنه أن يلغي صدور رضاء من المضرور بشكل نهائي وبالتالي ليس لمحدث الضرر أن يحتج أمام القضاء بوجود رضاء من المضرور وبالتالي تحمل الأخير كل أو جزء من المسؤولية عن الضرر الحاصل.

ثالثاً: الرضاء بالضرر ليس مجرد العلم بوجوده كما أنه لم يصل إلى أن يكون فعلاً قد صدر من المضرور بل هو واقعٌ بين حالة العلم والفعل مما أفردته بتوليفة خاصة من طبيعة وآثار.

رابعاً: ظهور نظرية قبول المخاطر كجزء لا يتجزأ من صورة الرضاء بالضرر المحتمل، مع أنَّ المخاطر لم تصبح أضراراً بعد.

خامساً: هناك صورتان حصريتان لحالة الرضاء بالضرر هما: الرضاء بالضرر الحال والرضاء بالضرر المحتمل، إلا أن حالات رضاء المضرور بالضرر على كلتا الصورتين لم ترد على سبيل الحصر فهي حالات متجددة ومتغيرة باستمرار، وبالتالي نحن بحاجة لمعيار قانوني لنفحص وجود حالة الرضاء بالضرر في الواقعة المعروضة على القاضي من عدمها.

توصيات الباحثة:

أولاً: يجب المسارعة في اعتماد مصطلح جامع مانع لحالة رضاء المضرور بالضرر، فنحن لسنا قاصرين عن ذلك والأمر ليس هامشياً لعدم اتمامه وقد اقترحت الباحثة التعريف التالي: "إختيار المضرور بشكل كامل للضرر الواقع على مصلحته التي يحميها القانون مع اتجاه إرادته لإحداث كامل الآثار القانونية المترتبة على ذلك مع عدم مخالفته النظام العام والقانون".

ثانياً: فحص مبدأ الإستمرارية بالرضاء في كل واقعة تعرض على القاضي يتذرع بها محدث الفعل أن المضرور قد رضي بالضرر، للتأكد من أن الرضاء بالضرر كان صحيحاً.

ثالثاً: ضرورة تأكد القاضي من توسط حالة رضاء المضرور بالضرر ما بين العلم بالضرر وفعل المضرور في الحالة المعروضة عليه.

رابعاً: أفراد دراسة خاصة تبين أوجه الاختلاف ما بين صورة رضاء المضرور بالضرر المحتمل ونظرية قبول المخاطر.

خامساً: تعتقد الباحثة أن المعيار الذي اعتمدته في فحص حالة وجود الرضاء بالضرر هو الأنسب حيث اعتمدت معيار القانون ، وهي بذلك توصي القضاة باعتماده في فحص الوقائع التي مفادها حصول رضاء من المضرور ، فهناك نوعٌ من الرضاء وإن حصل لن يتم الأخذ به كونه مخالفاً للقانون والأعراف والشرعية الإسلامية التي تعد مصدر من مصادر القانون.

المصادر والمراجع

المصادر

- القرآن الكريم.
- مجلة الأحكام العدلية.
- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، المنشور في الصفحة 2 من العدد 2645 في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1976/8/1 م .
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 الذي صدر بقصر القبة بتاريخ 9 رمضان 1367م، 16 يوليو 1948م.
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م، المنشور بمجلة الوقائع الفلسطينية بالعدد الثامن والثلاثون.
- القانون الأساسي الفلسطيني المعدلة لسنة 2003 بتعديلاته لسنة 2005.
- القرار بقانون رقم (8) لسنة 2017م بشأن التربية والتعليم العام.
- القانون رقم (3) لسنة 1999م، بشأن تنظيم مهنة المحاماة.
- القرار بقانون رقم (6) لسنة 2017م، بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

المراجع

أولاً: كتب الشريعة الإسلامية

- البخاري، عبد العزيز أحمد بن محمد: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، المتوفى سنة 73هـ، ج4
- البشري، عماد طاروق: فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الاسلامي، المكتب الاسلامي، ط(1)

- البغدادي، ابو محمد بن حامد، مجمع الضمانات في مذهب الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان، ط1، مطبعة مصر الخيرية، 1803هـ.
- حومد، عبد الوهاب: دراسات معمقة في الفقه الجنائي الإسلامي، ط2، دمشق ، المطبعة الجديدة 1407 هـ .
- الخضري، الشيخ محمد: أصول الفقه، ط2، 1933م
- الرازي، الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1986م
- الزحيلي ، وهبة : النظرية العامة للضمان ط9، دمشق ،دار الفكر المعاصر ، 2012م.
- الزحيلي وهبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ط(1) سوريا دار الفكر 1970م.
- زكي الدين، عبد العظيم عبد القوي: الترغيب والترهيب، المتوفى سنة 656هـ، ج3 القاهرة، دار التراث، د.ت.ن
- سنن ابن داود، للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحق، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1403 هـ، 1983م.
- السيوطي، الإمام جليّ الدين بن عبد الرحمن بن أبي بكر: الأشباه والنظائر، والمتوفى سنة 911هـ
- الشاطبي، ابراهيم بن موسى اللخمي ،الشهير بأبي اسحق الشاطبي: الموافقات في اصول الشريعة ، دار المعرفة ، بيروت 790 هـ .
- فيض الله ، محمد فوزي: نظرية الضمان في الفقه الاسلامي، ط1، الكويت، دار التراث، 1983.
- القرطبي، يوسف بن عبد الله، الكافي، في فقه الامام المالكي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1987م.
- القسطلاني، شهاب الدين، ارشاد الساري في شرح صحيح البخاري، ط6، ج2، 923هـ.

- الكاساني . الإمام علاء الدين أبي بكر ابن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2، بيروت ، دار الكتاب العربي ، 1974م.
- الكيلاني، جمال التدابير الشرعية لحفظ النفس في الفقه الاسلامي، الاردن مطبعة الهدى، 2010م.
- مطلوب، عبد العزيز: نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، ط1991
- مطلوب، عبد المجيد: نظرية الإرادة في الفقه الإسلامي، بحث مقارنة بين المذاهب، ط1987م.
- النووي الشافعي، محي الدين بن أبي زكريا بن شرف: رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية.

ثانياً: كتب القانون

- الأهواني، أ.د. حسام الدين كامل: النظرية العامة للإلتزام، ج1، مصادر الإلتزام ط2، سنة 1995م.
- الأهواني، حسام كمال الدين: الحق في إحترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، د.ت.ن.
- الجندي، حسني أحمد: شرح قانون العقوبات القسم الخاص في جرائم الأموال العامة، ط1985م.
- حسني، محمود نجيب: النظرية العامة للعقد دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، ط1978م.
- حسني، محمود نجيب: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، 1978م، دار النهضة العربية.
- حسني، محمود نجيب: قانون العقوبات القسم العام، ط1962م.

- الدسوقي. محمد ابراهيم. تقدير التعويض بين الخطأ والضرر .ط1. دار الفكر ، العربي ،1998م.
- سلامة، أحمد كامل: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، ط 1988م، دار النهضة العربية.
- سلامة، مأمون: قانون العقوبات القسم العام
- سلطان، أنور: الموجز في مصادر الإلتزام، 1996م، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- سميرة حسن محيسن الطائي، رضاء المريض في الاعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة عام 2016 دار الفكر - مصر - المنصورة.
- السنهوري، أ.د. عبد الرزاق: الوجيز في شرح القانون المدني، ج1 نظرية الإلتزام، 1997م.
- السنهوري، أ.د. عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، ج1، ط2، 1964م.
- عبد الحي حجازي المدخل لدراسة العلوم القانونية ج(2) مطبعة جامعة الكويت 1970م.
- عبد الفتاح، عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط1984م.
- عبيد، رؤوف: جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، ط8، سنة 1985م، دار الفكر العربي.
- العدوي، جلال علي: أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزام، ط1997م.
- عدوي، مصطفى عبد الحميد: النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ط1، سنة 1996م.
- العرعاري، عبد القادر: المسؤولية المدنية، مصادر الإلتزامات، الكتاب الثاني، ط3، 2011م، الرباط، دار الأمان.
- عصام احمد محمد :النظرية العامة للحق في سلامة الجسم دراسة مقارنة، ط2، عام 1988م.
- عمر، أحمد شوقي: القسم الخاص في قانون العقوبات، جرائم الإعتداء على الأشخاص، ط1993م، دار النهضة العربية.
- عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق.

- كبيش، محمود: المسؤولية الجزائية عن استعمال المنشطات في المسابقات الرياضية، ط1، 1991، دار الفكر العربي.
- محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة الالتزامات مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة في القوانين العربية الجزائر دار الهدى.
- مرقس، سليمان: الوافي - نظرية العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط4، القاهرة- مصر 1987م.

ثالثاً: كتب اللغة

- ابن منظور، الإمام جمال الدين أبي الفضل: لسان العرب، ج3، مكتبة دار المعارف، 1290م.

رابعاً: الرسائل الجامعية

- تلمساني، عفاف، رسالة ماجستير خطأ المضرور وأثره في المسؤولية المدنية، 2014، الجزائر، جامعة وهران.
- الجدع، حسني محمد السيد: رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، رسالة جامعة القاهرة 1983م.
- جعفر، رضا محمد غنيم: رضاء المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، رسالة دكتوراه، 2003م.
- الجنابي، فائق سليم: مسؤولية المحامي المدنية الناشئة عن إفشاء السر المهني، دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2020.
- خريسات، كمال عبد الرزاق فلاح: رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، رسالة جامعة الإسكندرية، 1993م.
- رمضان جمال كامل، رسالة دكتوراة بعنوان: أثر قبول المخاطر على المسؤولية المدنية دراسة مقارنة 1993م.

- مرقس، سليمان: ، نظرية دفع المسؤولية المادية دراسة مقارنة في المسؤولية التعاقدية والتقصيرية في القانون الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة 1936م.
- مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد في مرحلة الطفولة عدنان حسن صالح باحارث، دار المجتمع للنشر والتوزيع، ط10-2005، السعودية، مكة المكرمة، رسالة ماجستير.
- نجيب عبد الله نجيب الجبشة، مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني 2017 - جامعة النجاح الوطنية رسالة ماجستير نابلس، فلسطين.

خامساً: المجلات والمقالات والتقارير

- تقرير رقم (177) الصادر عن الهيئة المستقلة لحقوق الانسان " ديوان المظالم بعنوان الاخطاء الطبية نحو حماية قانونية متوازنة لاطراف الاخطاء الطبية ص15 المحامي معن شحدة ادعيس.
- حسن صادق المرصفاوي، الاجهاض في نظر المشرع الجنائي، المسجلة الجنائية المصرية، المجلد الاول العدد الثالث عام 1993م.
- زعتر، يسرى نضال: المسؤولية المدنية الناشئة عن الألعاب الرياضية، كلية القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2018م.
- المساعدة، نائل علي: بحث منشور بعنوان "الضرر في الفعل الضار وفقاً للقانون الأردني، دراسة مقارنة"، جامعة آل البيت، مجلة المنارة، مجلد 12، عدد3، عام2006م

سادساً: المواقع الإلكترونية

- www.elahly.com
- www.scdbh.com
- www.bawabat-el9anon.com

سابعاً: المقابلات

– البشتاوي، عبد الرحمن 2021/2/16م.

ثامناً: قرارات المحاكم

- قرار رقم 2016/87 الصادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله بتاريخ 2016/12/4.
- قرار رقم 2017/944 الصادر عن محكمة استئناف رام الله بتاريخ 2017/10/24، استئناف حقوق.
- قرار محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله رقم القضية 2019/91، جزاء.
- قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم القضية 2020/503 استئناف حقوق اربد في الدعوى ذات الرقم 2019/6193م.
- قرار محكمة النقض المصرية: الطعن رقم 1808 لسنة 50 قضائية، جلسة 1987/6/3.

An-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

**The Satisfaction of the Victim with the
Damage and it's Legal Effects:
A Comparative Study**

By

Ruba Walid Al-Shilleh

Supervisor

Dr. Ali Sartawi

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies, An-
Najah National University, Nablus, Palestine.**

2021

The Satisfaction of the Victim with the Damage and it's Legal Effects:

A Comparative Study

By

Ruba Walid Al-Shilleh

Supervisor

Dr. Ali Sartawi

Abstract

This study deals with the case of consent of the victim with the harm and the legal implications of this case, where the researcher mentioned the necessary amount of civil positive laws in this regard with a comparison with what was stated in Islamic jurisprudence.

This study was based on two chapters; the first chapter dealt with explaining what is meant by the victim is consent with the harm, as each term in this phrase was defined separately, being a compound term, and then came out with a comprehensive definition suggested by the researcher.

It is also included in this chapter the images of consent of the victim with the harm, and the talk about the scope and legal nature of the case of consent of the victim with the harm.

The researcher, through this study, reached the elements of the case of consent of the victim with the harm, adding also the conditions that must be met for the validity of the consent of the victim with the harm, as well as the mechanism for proving this case all which is covered in the same chapter.

The second chapter of this thesis dealt with the legal standards that regulate the case of the consent of the victim with the harm, namely the public order

standard, the criterion of the fault of the injured and the legal effects of the case of consent of the injured with the harm. The researcher also mentioned practical applications, for example, for this case, indicating the legal effect of each case, and devoted a complete application to the applications of Islamic jurisprudence.

The study concluded with a set of findings and recommendations that were reached through this study.