

جامعة البحرين
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص

مبدأ حجية العقد

دراسة مقارنة

إعداد الطالب
علي فيصل علي

رسالة ماجستير
وهي جزء من متطلبات نيل درجة
الماجستير في القانون الخاص

بإشراف الاستاذ الدكتور
صبري حمد خاطر
استاذ القانون المدني - جامعة البحرين

٢٠١٢م

جامعة البحرين
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص

مبدأ حجية العقد

دراسة مقارنة

إعداد الطالب
علي فيصل علي

رسالة ماجستير
وهي جزء من متطلبات نيل درجة
الماجستير في القانون الخاص

بإشراف الاستاذ الدكتور
صبري حمد خاطر
استاذ القانون المدني - جامعة البحرين

٢٠١٢م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ
وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ وَتُعِزُّ مَنْ تَشَاءُ وَتُذِلُّ مَنْ تَشَاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرُ
إِنَّكَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ (٢٦) تُوَلِّجُ اللَّيْلَ فِي النَّهَارِ وَتُوَلِّجُ النَّهَارَ
فِي اللَّيْلِ وَتُخْرِجُ الْحَيَّ مِنَ الْمَيِّتِ وَتُخْرِجُ الْمَيِّتَ مِنَ الْحَيِّ وَتَرزُقُ
مَنْ تَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ (٢٧)

صدق الله العظيم

سورة آل عمران

إلى والديّ ...

أطال الله في عمرهما ..

وأمدّهما بالصحة والعافية ..

وجزاها خير الجزاء ..

أهدي هذا الجهد المتواضع

شكر وتقدير

يسرني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى الاستاذ الدكتور صبري حمد خاطر، الذي كان لي أبا وأخاً وصديقاً قبل أن يكون مشرفاً ، فلم يتردد يوماً في إسداء النصائح والتوجيهات، وقد كان سبباً في أن أعلم ما لم أعلم، وكان لي نعم المعلم الذي تأثرت بشخصيته وبأبحاثه العلمية وآراءه الفقهية وبفكره وأسلوبه البحثي، ولن أنسى ما قام به من ترجمة لبعض المراجع الفرنسية لأستفيد منها في إعداد هذه الرسالة، مما أسهم في تنوع الآراء وكان له أبلغ الأثر في بيان الإتجاهات الفقهية والقضائية الحديثة، فله مني جزيل الشكر والعرفان.

كما أتقدم بالشكر والتقدير لجميع أساتذتي في كلية الحقوق بجامعة البحرين الذين كانوا لي بستاناً أقطف منه العلم والمعرفة طوال فترة دراستي بالكلية، سأبقى مديناً لهم بالفضل على ما صنعوه، ولهم مني كل التقدير والإحترام والشكر.

كما يسرني أن أتقدم بخالص الشكر إلى أخي وصديقي الأستاذ عبدالرحمن جاسم المحمد، الذي اقتطع جزءاً من وقت دراسته في جامعة السربون بالجمهورية الفرنسية، ليتحمل عناء البحث عن بعض المراجع المتعلقة بالموضوع وإرسالها إلى البحرين، فقد ساهمت تلك المراجع وبشكل كبير في إثراء هذه الرسالة بالمعلومات والأفكار الحديثة، فله مني جزيل الشكر والتقدير على ذلك.

والشكر موصول إلى كل من ساعدني على إيجاد مرجع يتعلق بالموضوع، سواء من داخل البحرين أو خارجها، كما أشكر كل من أسدى لي نصيحة أو كلمة أسهمت في تنوير الطريق نحو إتمام هذا العمل.

علي فيصل علي

المحرّق – يونيو ٢٠١١م

ملخص الرسالة

هذه الرسالة تتحدث عن (مبدأ حجية العقد) الذي ينظم الإطار الخارجي للعقد، إذ أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يتناول موضوع العقد من حيث الآثار العقدية الملزمة التي يرتبها، وينظم مبدأ نسبية أثر العقد النطاق الشخصي لهذه الآثار، فإن مبدأ حجية العقد يعتبر أمراً مكملاً لهذين المبدأين، بحيث يضطلع بتنظيم الآثار التي يرتبها العقد في مواجهة الغير والتي تتسم بطابع مادي يختلف عن الآثار العقدية الملزمة التي تفرض على المتعاقدين من حيث المبدأ، لذلك فإن دراسة مبدأ حجية العقد تعالج حقيقة وجود العقد بالنسبة للغير دون أن يكون هذا الغير دائماً بموجب العقد أو مديناً.

وإذا كان الفقه الفرنسي قد عرف الحجية منذ أمد و صار مبدأ حجية العقد من المبادئ التي يعتمد عليها القضاء، فإن مبدأ الحجية لم يزل في الفقه العربي من المبادئ التي يكتنفها الغموض، لذلك فإن هذه الرسالة تعتمد على منهجية البحث المقارن، بحيث تركز على القانون البحريني مع الإشارة إلى القانون الفرنسي والقانون المصري، وكذلك إلى موقف الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، بالإضافة إلى أحكام محكمة التمييز البحرينية.

وعلى ذلك فقد قسمت الرسالة إلى ثلاثة فصول، تناول الفصل الأول منها تأصيل مبدأ حجية العقد، باستعراض الظروف التاريخية والفكرية التي مر بها في ظل المفاهيم التقليدية للمبادئ القانونية السائدة، وصولاً إلى تطور هذه المبادئ وظهور الحاجة إلى مبدأ الحجية، ومن ثم يستعرض المحاولات الفقهية لتأسيس مبدأ الحجية والإنقادات التي وجهت إليها، إنتهاءً بتوضيح نطاق هذا المبدأ وحدوده.

وتناول الفصل الثاني دراسة مبدأ حجية العقد في مواجهة الغير، والذي يستعرض المضمون التقليدي لمبدأ الحجية من خلال طبيعة الأثر التي ترتبها العقود، فتحدث عن العقود التي ترتب أثراً عينياً، ومدى إرتباط حجية العقود العقارية بالتسجيل (أو القيد) ، ومدى إرتباط العقود التي ترد على المنقولات بالحيازة، من ثم تناولت حجية العقود التي ترد على الأثر الشخصي من خلال بيان حجية هذه العقود بشكل عام باعتبار أنها تكتسب حجيته بمجرد إبرامها تبعاً لإرتباطها بالذمة المالية للمدين، ومن ثم بيان الحالات التي وضعها المشرع لتجريد هذه العقود من حجيته سواء كان التجريد على أساس جميع تصرفات المدين أو بعض منها. وإنتهى هذا الفصل ببيان التطور الذي حصل على هذا المضمون عندما ظهرت مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، من خلال المحاولات الفقهية لتأسيس هذه المسؤولية ، مروراً بالخصوصية التي تتمتع بها هذه المسؤولية من حيث أركانها وشروط إقامتها ونظام التعويض فيها.

ويتحدث الفصل الثالث عن مبدأ حجية العقد في مواجهة المتعاقدين، فيتناول فكرة إحتجاج الغير بالعقد في مواجهة المتعاقدين في ظل مبدأ الحجية، ليوضح أساس مسؤولية المتعاقد تجاه الغير عن الإخلال بالعقد (أو سوء تنفيذ العقد) ومقوماتها والإجتهاادات القضائية التي قيلت فيها وطبيعة هذه المسؤولية، وصولاً إلى السلبيات التي تعتري تطبيقها على الشكل الأمثل عندما نكون بصدد عقود مترابطة بحيث يكون كل من الطرف المسؤول والطرف المضرور في مركز المتعاقد رغم عدم وجود عقد بينهما، ومن ثم بيان الحلول المطروحة من قبل الفقه لمعالجة ذلك. ومن ثم يتطرق هذا الفصل إلى مبدأ حجية العقد في إطار حجية المجموعة العقدية، من خلال بيان ماهية النظرية وما تؤدي إليه من آثار تتناول مبدأ النسبية ومبدأ الحجية، ومن ثم تعرض الإنتقادات الموجهة إليها، المتعلقة بأساس هذه النظرية أو بالنتائج التي ترتبها، ومن ثم نتناول موقف القضاء من تطبيق هذه النظرية بالنسبة للمجموعات العقدية الناقلة للملكية، وبالنسبة للمجموعات العقدية غير الناقلة للملكية. وتنتهي الرسالة ببيان أهم النتائج التي توصل إليها الباحث في إطار دراسته لمبدأ حجية العقد، ويعقب ذلك مجموعة من التوصيات المقترحة والتي تتعلق بالقانون المدني البحريني سواء بتعديل نصوص أو إضافة نصوص.

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
١	مقدمة
٢	أهمية البحث وأسباب اختياره
٢	منهجية البحث
٣	خطة البحث
٤	الفصل الاول : تأصيل مبدأ حجية العقد
٥	المبحث الأول : ظهور فكرة الحجية
٥	المطلب الأول : مدى إرتباط فكرة الحجية بالحق
٦	الفرع الأول : مدى حجية الحق في الإطار التقليدي
٦	أولاً : تقرير الحجية للحق العيني دون الحق الشخصي
٨	ثانياً : محاولة إدماج الحق الشخصي في الحق العيني
١٠	الفرع الثاني : تغيير جوهر الحق نحو تعميم حجيته
١٠	أولاً : نظرية جينوسار
١٠	١ - عرض نظرية جينوسار
١٢	٢ - تقويم نظرية جينوسار
١٣	ثانياً : نظرية دابان
١٣	١ - عرض نظرية دابان
١٥	٢ - تقويم نظرية دابان
١٧	المطلب الثاني : معوقات ربط فكرة الحجية بالعقد
١٧	الفرع الأول : المضمون التقليدي لمبدأ نسبية أثر العقد
٢٣	الفرع الثاني : المضمون التقليدي لفكرة الغير
٢٦	المبحث الثاني : التأسيس لمبدأ حجية العقد
٢٦	المطلب الأول : اسناد الحجية للعقد ذاته
٢٦	الفرع الأول : فكرة الواقعة المادية
٢٦	أولاً : عرض فكرة الواقعة المادية
٣٠	ثانياً : تقويم فكرة الواقعة المادية
٣٠	الفرع الثاني : فكرة القوة الملزمة للعقد
٣١	أولاً : عرض فكرة القوة الملزمة للعقد
٣٢	ثانياً : تقويم فكرة القوة الملزمة للعقد
٣٥	المطلب الثاني : اسناد الحجية إلى القواعد القانونية
٣٦	الفرع الأول : فكرة اسناد الحجية إلى القواعد القانونية
٣٦	أولاً : كيفية الاسناد إلى النص القانوني
٣٧	ثانياً : طرح التطبيقات القانونية
٤٠	الفرع الثاني : تقويم اسناد الحجية إلى القواعد القانونية

٤٤	المبحث الثالث : نطاق مبدأ حجية العقد
٤٤	المطلب الأول : حجية وجود العقد
٤٤	الفرع الأول : حجية العقد كدليل إثبات
٤٧	الفرع الثاني : حجية العقد بوصفه مصدراً للمعلومات
٤٨	المطلب الثاني : حجية مضمون العقد

٥١ الفصل الثاني: مبدأ حجية العقد في مواجهة الغير

٥٢	المبحث الأول : المضمون التقليدي لمبدأ حجية العقد في مواجهة الغير
٥٢	المطلب الأول : حجية العقود ذات الأثر العيني
٥٣	الفرع الأول : حجية العقود الواردة على عقار
٥٣	أولاً : مدى إرتباط الحجية بالتسجيل (أو القيد)
٥٣	١ - في عقد بيع العقار
٥٦	٢ - في عقد الرهن التأميني
٥٨	ثانياً : مدى إرتباط الحجية بحسن النية
٥٨	١ - في عقد بيع العقار
٥٩	(أ) موقف الفقه
٦٠	(ب) موقف القضاء
٦٤	٢ - في عقد الرهن التأميني
٦٦	الفرع الثاني : حجية العقود الواردة على منقول
٦٦	أولاً : مدى إرتباط الحجية بالحيازة
٦٦	١ - في عقد بيع المنقول
٦٦	(أ) المنقول المعين بالذات
٦٨	(ب) المنقول المعين بالنوع
٦٩	٢ - في عقد الرهن الحيازي
٧١	ثانياً : حجية شرط الاحتفاظ بالملكية
٧١	١ - حجية الشرط في مواجهة الخلف الخاص
٧٣	٢ - حجية الشرط في مواجهة الدائنين
٧٥	المطلب الثاني: حجية العقود ذات الأثر الشخصي
٧٦	الفرع الأول : الحجية بصورة عامة
٧٨	الفرع الثاني : التجريد من الحجية (عدم السريان)
٧٨	أولاً : التجريد بالنسبة لجميع التصرفات
٧٨	١ - تجريد حجية تصرفات المدين في حالة الغش
٧٩	(أ) فيما يتعلق بالدائن
٨١	(ب) فيما يتعلق بالمدين
٨٣	٢ - تجريد حجية تصرفات التاجر المفلس
٨٤	(أ) تجريد حجية التصرفات من ناحية الزمن
٨٧	(ب) تجريد حجية التصرفات من الناحية الموضوعية
٨٧	ثانياً : التجريد بالنسبة لبعض التصرفات
	١ - في حالة التصرفات الصورية
٨٨	
٨٨	(أ) مدلول الحجية في التصرفات الصورية
٩٠	(ب) الغير بالنسبة للتصرفات الصورية

٩١	٢ - بالنسبة لقاعدة ثبوت التاريخ
٩٢	(أ) مدلول الغير بالنسبة لقاعدة ثبوت التاريخ
٩٤	(ب) تطبيقات التجريد في إطار قاعدة ثبوت التاريخ
٩٨	المبحث الثاني: تطور مبدأ حجية العقد في مواجهة الغير
٩٨	المطلب الأول : ظهور مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد
٩٩	الفرع الأول : الوقائع العملية لظهور المسؤولية
١٠١	الفرع الثاني : التأسيس لمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد
١٠١	أولاً : النظريات ذات النزعة الشخصية
١٠١	١ - نظرية الغير الشريك
١٠١	(أ) عرض النظرية
١٠٢	(ب) تقويم النظرية
١٠٣	٢ - نظرية سبب الإلتزام العقدي
١٠٣	(أ) عرض النظرية
١٠٤	(ب) تقويم النظرية
١٠٥	ثانياً : النظريات ذات النزعة الموضوعية
١٠٥	١ - نظرية الانضمام للعقد
١٠٥	(أ) عرض النظرية
١٠٥	(ب) تقويم النظرية
١٠٦	٢ - النظريات الأخرى
١٠٦	(أ) التعسف في استعمال الحق
١٠٧	(ب) الغش البوليصي
١٠٨	(ج) نظرية التواطؤ
١٠٨	المطلب الثاني : التنظيم القانوني لمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد
١٠٩	الفرع الأول : طبيعة المسؤولية ومضمون ركن الخطأ
١٠٩	أولاً : مضمون ركن الخطأ
١٠٩	١ - التوصيف القانوني لعنصر السلوك
١٠٩	(أ) الاتجاه الضيق
١١١	(ب) الاتجاه الواسع
١١٣	٢ - التوصيف القانوني لشرط العلم
١١٣	(أ) كفاية العلم
١١٤	(ب) عدم كفاية العلم
١١٦	(ج) موقف القضاء البحريني
١١٧	ثانياً : الطبيعة القانونية للمسؤولية الناجمة عنه
١١٨	١ - الطبيعة العقدية
١١٩	٢ - الطبيعة التقصيرية
١٢٠	الفرع الثاني : ركن الضرر وما يترتب عليه من آثار
١٢٨	الفصل الثالث : مبدأ حجية العقد في مواجهة المتعاقدين
١٢٩	المبحث الأول : إحتجاج الغير بالعقد وفق مبدأ حجية العقد
١٢٩	المطلب الأول : المضمون التقليدي لفكرة إحتجاج الغير بالعقد
١٢٩	الفرع الأول : التأسيس لفكرة إحتجاج الغير بالعقد

- أولاً : التأسيس في إطار مبدأ نسبية أثر العقد
 ١٣٠ ١- التفسير القديم لمبدأ نسبية أثر العقد
 ١٣٠ ٢- التفسير الحديث لمبدأ نسبية أثر العقد
 ١٣١ ثانياً : التأسيس باستبعاد الخطأ العقدي
 ١٣٢ ١- الإطار التقليدي للخطأ العقدي
 ١٣٢ ٢- الموقف الفقهي من طبيعة الخطأ العقدي
 ١٣٤ الفرع الثاني : وضع فكرة الإحتجاج موضع التطبيق
 ١٣٦ أولاً - موقف القضاء
 ١٣٦ ١- موقف القضاء الفرنسي
 ١٣٧ (أ) الإخلال بواجب قانوني تجاه الغير
 ١٣٩ (ب) الإخلال بواجب عقدي تجاه الغير
 ١٤٢ ٢- موقف القضاء البحريني
 ١٤٤ ثانياً - تقويم الإتجاهات العامة
 ١٤٤ ١- محاولة استبعاد مبدأ حجية العقد
 ١٤٨ ٢- تكريس مبدأ حجية العقد
 ١٥٠ المطلب الثاني : تطور فكرة إحتجاج الغير بالعقد
 ١٥٠ الفرع الأول : سلبيات المضمون التقليدي
 ١٥٠ أولاً : الإخلال بالتوازن العقدي
 ١٥٤ ثانياً : عدم الاستجابة للضرورات العملية
 ١٥٥ الفرع الثاني : الحلول المقترحة بين النزعة الشخصية والنزعة الموضوعية
 ١٥٦ أولاً : الحلول ذات النزعة الشخصية
 ١٥٧ ١- عرض الحلول ذات النزعة الشخصية
 ١٥٧ ٢- تقويم الحلول ذات النزعة الشخصية
 ١٥٨ ثانياً - الحلول ذات النزعة الموضوعية
 ١٦٠ ١- عرض الحلول ذات النزعة الموضوعية
 ١٦١ ٢- تقويم الحلول ذات النزعة الموضوعية
- المبحث الثاني : إحتجاج الغير بالعقد في إطار حجية المجموعة العقدية
 ١٦٤ المطلب الأول : ماهية المجموعة العقدية وحجيتها
 ١٦٤ الفرع الأول : تأسيس المجموعة العقدية
 ١٦٤ أولاً : ظهور المجموعة العقدية
 ١٦٦ ثانياً : تقسيمات المجموعة العقدية
 ١٦٦ ١. سلسلة العقود
 ١٦٧ (أ) سلسلة العقود المتعاقبة
 ١٦٧ (ب) سلسلة العقود المتفرعة
 ١٦٨ ٢. التجمع العقدي
 ١٧٠ الفرع الثاني : إنتقاد حجية المجموعة العقدية
 ١٧٠ أولاً : رفض الأساس الذي تقوم عليه
 ١٧٣ ثانياً : رفض النتائج المترتبة عليها
 ١٧٣ ١. تجاوز إطار مبدأ النسبية و مبدأ الحجية
 ٢. قصور المجموعة عن أداء التوازن المطلوب
 ١٧٥ وإفتقارها لنظام قانوني خاص
 ١٧٥ (أ) قصور المجموعة عن أداء التوازن المطلوب

١٧٧	(ب) إفتقار المجموعة العقدية لنظام قانوني خاص
١٧٨	المطلب الثاني : موقف القضاء من حجية المجموعة العقدية
١٧٨	الفرع الأول : في إطار حجية العقود الناقلة للملكية
١٧٨	أولاً : موقف القضاء الفرنسي
١٧٩	١ - موقف دوائر المحكمة
١٧٩	(أ) موقف الدائرة الأولى
١٨١	(ب) موقف الدائرة الثالثة
١٨٢	٢ - موقف الهيئة العامة للمحكمة
١٨٣	ثانياً : الموقف في ظل القانون البحريني
١٨٤	الفرع الثاني : في إطار حجية العقود غير الناقلة للملكية
١٨٥	أولاً : موقف القضاء الفرنسي
١٨٥	١ - موقف دوائر المحكمة
١٨٥	(أ) موقف الدائرة الأولى
١٨٦	(ب) موقف الدائرة الثالثة
١٨٧	٢ - موقف الهيئة العامة لمحكمة النقض
١٨٨	ثانياً : موقف القضاء البحريني

١٩١ خاتمة

١٩٥ المراجع

مقدمة

كان يعتقد أن العقد ما دام وُلِدَ اتفاق إرادتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني معين، فإن مؤدى ذلك انصراف آثاره إلى أطرافه وليس للغير، بل لا يتأثر الغير به سلباً أو إيجاباً. ويعبر العقد بهذه الصورة عن أفكار تتسم بطابع فردي بحت، تمنع تدخل الغير في نطاقه، سواء كان التدخل متعلقاً بالآثر العقدي الملزم للعقد أم بآثره المادي.

غير أن الواقع العملي الذي أفرز بعضاً من المعطيات التي تقتضي التأمل قليلاً في مركز الغير إزاء عقد لم يكن طرفاً فيه، والذي أدى إلى ظهور حالات تجاوزت الطابع الفردي للعقد، لتقتضي عن مفاهيم وأفكار حديثة لا تقوم على تلك القيم الفردية، بل تعطي للجماعة اعتباراً ومركزاً كلما اقترب فرد من هذه الجماعة من عقد لا يعنيه من حيث الأصل. وقد أفضى ذلك إلى اعتراف الفقه والقضاء على حد سواء بحقيقة وجود العقد بالنسبة للغير فيما يتعلق بآثره المادي ولو لم يساهم هذا الغير في إبرامه، وهو ما يطلق عليه بـ "الحجية".

وقد عرّف الفقيه الفرنسي (جاك غستان) الحجية بأنها (ظاهرة عامة تنزع إلى تحقيق الاعتراف بوجود العقد من قبل الغير).¹ وعرف (كورنو) Cornu الحجية بشكل عام بأنها (قابلية الحق، أو التصرف، أو مركز قانوني، أو فعل في أن يكون له أثر في مواجهة الغير. ليس في أن يتحمل الغير الإلتزامات الناشئة مباشرة عن تلك العناصر. ولكن بإلزامه بالاعتراف بوجود الأفعال أو الحقوق أو التصرفات التي توصف بالحجية. وعلى الزامه باحترامها بوصفها عناصر في نظام قانوني وفي تحمل آثارها مع التحفظ في معارضتها عندما يمنحه القانون حقاً إزاءها).²

ولم يكن ظهور حجية العقد بالأمر السهل، ذلك أن ثمة ظروفًا تاريخية وفكرية ساهمت في وجودها، حيث تبلورت أعقاب مخاض عسير تنازعت فيه الأفكار الفردية مع غريمتها الجماعية وصولاً إلى الإقرار من قبل الفقه بوجود الحجية كمبدأ لصيق ومكمل لمبدأ نسبية أثر العقد، ويدور معه إنطلاقاً من أن الحجية تنظم العلاقة بين المتعاقدين والغير على أساس الآثار المادية في حين ينظم مبدأ النسبية هذه العلاقة بالنظر إلى الآثر العقدي الملزم لها.

ويتحدد مبدأ الحجية على وفق هذا التفسير من خلال وجهين، الأول إحتجاجاً من قبل المتعاقدين بالعقد في مواجهة الغير، بمعنى أن الحجية تلقي إلتزاماً على الغير بإحترام حقيقة وجود العقد الذي لم

¹ . جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيو، المطول في القانون المدني بإشراف جاك غستان، مفاعيل العقد وآثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الثانية 2008،

ص 475

² . G.Cornu, (dir), vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 3^eed, Quadrige, 2002, p. 26

يساهم في إبرامه، سواء كان ذلك العقد من العقود التي ترتب أثراً عينياً أم كانت العقود التي ترتب أثراً شخصياً، وصولاً إلى تقرير المسؤولية المدنية للغير عن إخلاله بالعقد.

والثاني مدى إمكانية احتجاج الغير بالعقد على أطرافه، رغم أنه لم يكن طرفاً فيه، ذلك أن الفقه لم يدخر وسعاً في تحديد معالم فكرة احتجاج الغير بالخطأ العقدي الذي يسبب له ضرراً، وصولاً إلى ظهور فكرة المجموعة العقدية التي أدخلت أطرافاً في صميم العقد على الرغم من أنهم يعتبرون من الغير تقليدياً، بحيث أدى ذلك إلى تطور مبدأ حجية العقد في مواجهة المتعاقدين، وإكتسابه مفهوماً جديداً يتجاوز مبدأ الحجية ومبدأ النسبية على حد سواء.

أهمية البحث وأسباب اختياره

أن لهذا الموضوع أهمية بارزة تظهر حينما يقترب الغير من العقد ويدور في محيطه، حيث تظهر الإشكاليات والمعوقات إزاء تطبيق القواعد القانونية التقليدية.

وإذا كان الفقه الفرنسي قد عرف الحجية منذ أمد و صار مبدأ حجية العقد من المبادئ التي يعتمد عليها القضاء، فإن مبدأ الحجية لم يزل في الفقه العربي من المبادئ التي يكتنفها الغموض، وما زال التمييز بين هذا المبدأ ومبدأ نسبية أثر العقد ضرورياً في نطاق التطبيق.

ومن هنا فإن أسباباً عملية تكمن وراء البحث في مبدأ حجية العقد كون هذا الموضوع الذي شد اهتمام الفقه الفرنسي، ما زال حديثاً بحاجة إلى البحث بما يسبر أغواره ويبين فوائده في تطور القواعد القانونية انعكاساً لتطور الواقع، كما أن علاقة الغير بالعقد توسعت إلى حد تجاوزت نطاق مبدأ نسبية أثر العقد، ومن ثم ظهرت الحاجة إلى مبدأ الحجية ليساهم مع مبدأ النسبية في تنظيم هذه العلاقة.

كما أن العديد من الإشكاليات قد ظهرت ولم تضع القواعد القانونية التقليدية حلولاً لها، لذلك فإن البحث في هذا الموضوع يعد مساهمة جادة في سبيل وضع حلول مقترحة، لا سيما وأن المكتبة القانونية البحرينية تكاد تخلو من هذا النوع من الموضوعات، فكان ذلك دافعاً للبحث فيه ضمن إطار القانون المدني البحريني، وأحكام القضاء.

منهجية البحث

يعتمد هذا البحث على منهجية البحث المقارن، فهو يركز على القانون البحريني دون أن يهمل الإشارة إلى القانون الفرنسي والقانون المصري، وكذلك إلى موقف الفقه والقضاء في فرنسا ومصر،

مع التركيز بطبيعة الحال على ما تيسر من أحكام محكمة التمييز البحرينية، وتسليط الضوء عليها كلما كان ذلك ممكناً. ونظراً للعمق الذي يتضمنه الموضوع فقد كان حتماً أن يتناول قدراً من التحليل وفق أسس علمية في حدود إمكانيات الباحث وقدراته على إبداء للرأي. ولم يكن السبيل ميسراً في هذا البحث نظراً لإفتقار المكتبة القانونية البحرينية للمراجع المتخصصة في هذا المجال، وقلة الأحكام القضائية المنشورة في شأنها، ولكن حاول الباحث أن يبذل ما في وسعه من جهود سواء بالرجوع إلى المكتبات الأخرى أو الاستفادة من الترجمة.

خطة البحث

قسمت هذه الرسالة إلى ثلاثة فصول، يتناول الفصل الأول منها دراسة تأصيل مبدأ حجية العقد، ثم يتطرق فصلها الثاني إلى مبدأ حجية العقد في مواجهة الغير، والفصل الثالث يتناول مبدأ حجية العقد في مواجهة المتعاقدين. ثم تنتهي الرسالة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي يتم التوصل إليها من خلال الدراسة.

والله الموفق

الفصل الاول

تأصيل مبدأ حجية العقد

الفصل الاول

تأصيل مبدأ حجية العقد

ظهر مبدأ حجية العقد في ظروف تاريخية وفقهية أفرزت تفسيرات عدة لهذا المبدأ وخلقت جدلاً فقهيًا كبيراً، بل ولا زال هذا الجدل يلقي بظلاله على الفقه الحديث، ولم يكن غريباً أن تكون فكرة الحق وفلسفته محلاً لجدل كهذا في ظل تباین في وجهات النظر والآراء، وصولاً إلى التأسيس لمبدأ حجية العقد.

ومن هنا فلا بد من تأصيل مبدأ حجية العقد في هذا الفصل كطريق لدراسته على وفق تطبيقاته التشريعية والقضائية التي سنتناولها في الفصلين اللاحقين، ومن هذا المنطلق نتناول في هذا الفصل تأصيل مبدأ حجية العقد، وذلك في ثلاثة مباحث يتناول الأول ظهور فكرة الحجية، ويتناول الثاني التأسيس لمبدأ حجية العقد، ويتحدث الأخير عن نطاق مبدأ حجية العقد، وذلك وفقاً لما يلي:

المبحث الأول

ظهور فكرة الحجية

لقد ظهرت الحجية ابتداءً في إطار النظرية العامة للحق، وكان ثمة معوقات تحول دون وصف العقد بها. ومن هنا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول مدى إرتباط فكرة الحجية بالحق، ثم نخرج في المطلب الثاني إلى معوقات ظهور حجية العقد، وفقاً لما يأتي :

المطلب الأول

مدى إرتباط فكرة الحجية بالحق

إن إرتباط فكرة الحجية بالحق يستلزم البحث في مدى حجية الحق في الإطار التقليدي، وهو ما نتناوله في الفرع الأول، ثم نبين المحاولات التي ظهرت لتغيير جوهر الحق نحو تعميم حجيته، وهذا ما نبينه في الفرع الثاني، وفقاً لما يأتي:

الفرع الأول

مدى حجية الحق في الإطار التقليدي

نبين في هذا الفرع ما يتمتع به الحق العيني من حجية دون الحق الشخصي، لنتناول بعد ذلك محاولة إدماج الحق الشخصي في الحق العيني، وفقاً لما يلي:

أولاً : تقرير الحجية للحق العيني دون الحق الشخصي:

إن التفرقة التقليدية بين الحق الشخصي والحق العيني تقوم على أساس أن الحق العيني يخول لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء فلا يوجد فيه إلا عنصران : شخص وهو صاحب الحق، وشيء هو محل الحق.³ أما الحق الشخصي فيتمثل برابطة قانونية بين شخصين، بمقتضاها يقوم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء مالي معين.⁴

بيد أن الحق العيني يتضمن صلة أخرى بين صاحب الحق والغير، وذلك بالاحتجاج بحقه في مواجهة الكافة.⁵ بينما ليس للحق الشخصي حجية إلا في مواجهة المدين ، بمعنى أن الغير ليس ثمة واجب يلقي على عاتقه لكي يخل به لأن الحق الشخصي لا حجية له تجاهه.⁶ فالحق العيني مطلق يحتج به في مواجهة الكافة ، بينما الحق الشخصي نسبي لا ينتج أثره ولا يحتج به إلا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين.⁷

ذلك أن الحق الشخصي هو رابطة ذات وجهين، حق ودين، فالحق الشخصي والإلتزام كما يذهب البعض (وجهان متقابلان لرابطة قانونية واحدة، كل ما في الأمر أن الحق الشخصي هو وجهها الإيجابي المتمثل في سلطة الإقتضاء المعطاة للدائن، والإلتزام هو وجهها السلبي المتمثل في الإلتزام المحمل به المدين).⁸ فحق الدائن ينصب على ذمة المدين بما تحويه من عناصر إيجابية وسلبية

³ . د. حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، دون تاريخ نشر ، ص 470

⁴ . د. عبدالمنعم فرج الصده ، أصول القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1979 ، ص 331

⁵ . M.Leveis, L'opposabilite du droit reel. De la sanction judiciaire des droit, ed. Economica, 1989

نقلاً عن د. نبيل ابراهيم سعد ، المدخل إلى القانون : نظرية الحق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 66

⁶ . (Aubry et) نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ،

عمان - الاردن ، 2001 ، ص 318

⁷ . د. حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 475

⁸ . المرجع نفسه ، ص 469

باعتبارها تمثل الضمان العام للوفاء بالدين، والمدين ملزم بالحفاظ على هذا الضمان، إذ لو كان الحق الشخصي حجة على الغير لوجب إلزامه إلى جانب المدين بالحفاظ عليه.⁹

ومن هنا يختلف الحق العيني عن الحق الشخصي في علاقة الغير بهما، حيث أن الحق العيني يمثل في ذاته سلطة يباشرها صاحبها على شيء محدد، أي محل الحق، فإلزام الغير بإحترام ممارسة هذه السلطة على الشيء لا يعني أنه ملزم بإعطاء هذا الشيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عنه وإنما يعني أن يتخذ موقفاً سلبياً فلا يتحرك بالاتجاه الذي يعيق صاحب الحق من الإنتفاع بحقه أو إستغلاله أو التصرف فيه.¹⁰ ذلك أن الحقوق العينية عرضة للاعتداء عليها من الناس كافة فوجب أن يكون احترامها واجباً على الكافة، ومن ثم يقع عليهم واجب سلبى بأن لا يتعرضوا لصاحب الحق في إستعمال حقه.¹¹ فسلطة صاحب الحق العيني مطلقة سارية وناذرة في حق الكافة مادامت لا تتوقف على عمل أو تدخل من جانب أحد منهم.¹²

وعليه فإن الحق الشخصي طالما كان مستقراً في الذمة المالية ويمثل علاقة شخصية لا تكون له في الفقه التقليدي حجية في مواجهة الغير، وبعبارة أخرى فإن الغير لا شأن له بالحق الشخصي ولا يستطيع أن يعيق التصرف بهذا الحق أو إستغلاله لأن هذا الحق لا يحاط بخطر خارجي كما هو الحال في الحق العيني.

ويرتبط العقد بفكرة الحق الشخصي، فمادام العقد ينتج آثاره من حقوق والتزامات فإنه يمثل علاقة شخصية بين المتعاقدين ولا ينصرف أثرها إلى الغير. إذ يحدد مبدأ نسبية أثر العقد إطار العقد من حيث أشخاصه، فينصرف أثره إلى عاقيه، أما الغير الأجنبي عن العقد، فإنه يستطيع أن يتحصن دائماً بمبدأ النسبية في مواجهة أي إلتزام يدعى عليه به يكون ناتجاً عن هذا العقد، الذي لم يشارك في صنعه، ولم يكن طرفاً فيه، بل ويستطيع الدائن في العقد أيضاً أن يتمسك بهذا المبدأ ليختص وحدة بالحقوق الناتجة عن هذا العقد.¹³ فالعقد ليس له حجية بهذا المعنى تبعاً لإنتفاء حجية الحق الشخصي.

وقيل في ذلك بأن (حجية العقد – بمعنى مكنة الأطراف أو الغير من الإستفادة من المركز القانوني – هي قائمة عندما يكون للعقد طبيعة مطلقة، أي له حجية في مواجهة الكافة وقد ذهب الفقه في البداية إلى أن العقد الذي ينشئ حقاً عينياً أو ينقله تكون له حجية في مواجهة الكافة ومتى تحققت

⁹ .د. صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص 319

¹⁰ Lampens (j.) De L'opposabilite des contrats A l'egard des tiers, Article precitee, pp 55-56.

¹¹ نقلاً عن المرجع نفسه ، ص 319-320

¹² .د. عبدالحى حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي " 2- الحق " ، مطبوعات جامعة الكويت، 1970، ص 224

¹³ .د. حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 475

¹³ .د. محمد ابراهيم دسوقي ، التصرفات العقارية غير المسجلة في قانون الشهر العقاري والسجل العيني ، دون ناشر ، 2009، ص 9

الشكلية حين تستلزم فيه، فلو نقل العقد الملكية تكون هذه الملكية عند المالك الجديد ذات حجية فيستطيع هذا الشخص أن يسترد الشيء الذي يملكه في أي يد يكون).¹⁴ كما قيل بأن (حجية العقد بالنسبة للغير تفرضها محكمة النقض بوصفها مبدأ مستقراً، وحجية العقد لا تثير أية مشكلة عندما يكون أثر العقد أثراً عينياً، ينشأ أو ينقل أو ينهي حقاً عينياً : فحق الملكية له حجية في مواجهة الكافة ولذلك ليس صعباً القول أن العقد الذي ينقل الملكية له حجية في مواجهة الكافة، والإلتزام بالتسليم في البيع على سبيل المثال ذو تقنية تؤكد حجية حق الملكية أو نقلها والذي يتحقق بالعقد ذاته).¹⁵ وهذا أمر غير متحقق بالنسبة للعقود التي ترتب أثراً شخصياً.

ثانياً : محاولة إدماج الحق الشخصي في الحق العيني :

ظهرت بعض المحاولات التي تصبو إلى إدماج الحق الشخصي في الحق العيني، الأمر الذي يرتب على ذلك الإقرار بوجود حجية للحق الشخصي كما الحق العيني، وقد تزعم هذا المذهب الفقهاء الألمان وعلى رأسهم (جيريك) ونشره في فرنسا الفقيه (سالي) و(لامبير)، فقد حاول هؤلاء الفقهاء تقريب الحق الشخصي من الحق العيني، فذهبوا إلى أن العنصر الجوهرى في الحق هو موضوعه، والأمر واضح بالنسبة للحق العيني.¹⁶ فالحقوق جميعها عبارة عن عناصر في الذمة المالية، لذلك فهي تتساوى في أنها قيم مالية، ومن ثم لا ينظر للحق الشخصي على أنه رابطة بين شخصين، وإنما ذمتين، عنصر مالي في الذمة ترد عليه سائر التصرفات التي ترد على الحق العيني.¹⁷

¹⁴ Francois Terre, et philipe simler et yves lequette, Droit civil, Les obligations, D.2005, p. 493

وفي هذا السياق يذكر BERTAND Fages (إن هذه الحجية لا تثير أي مشكلة إذا كان العقد ينشئ حقاً عينياً أو ينقل هذا الحق. فهذه الحقوق إذا وردت على الشيء فإنها تكون بطبيعتها حجة على الغير الذي ليست له علاقة مع هذا الطرف أو ذاك من أطراف العقد. مثال البيع لا يرتب إلتزامات إلا على البائع والمشتري فهم أطرافه، ولكن للأثر العيني وهو إنتقال الملكية يعد حجة على الكافة "على أن نأخذ بنظر الاعتبار الشكلية بالنسبة لانتقال ملكية العقار").

BERTAND Fages, Droit des obligations, L.G.P.J , 2009, p.226

¹⁵ Daniel MAINGUY , Jean-Louis Respad , droit des obligations , cours magistral , ellipses , 2008 , p.176

¹⁶ د. سعيد جبر ، المدخل لدراسة القانون : الجزء الثاني – نظرية الحق ، دون ناشر ، 2000 ، ص 52

¹⁷ د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 97-98

يرى الأستاذ السنهوري في حديثة عن تقريب الحق الشخصي من الحق العيني إلى أنه (لا يوجد سبب فني يمنع من كسب الحق الشخصي بالتقادم. ولكن لما كان ذلك لا تتحقق فائدته العملية إلا نادراً، فقد أغفلته الصياغة القانونية، وهي لم تغفل في الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة إليه من ذلك كما نرى في نظرية الوارث الظاهر وفي الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حياته) ينظر د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : (1) المجلد الأول – نظرية الإلتزام بوجه عام (مصادر الإلتزام) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة ، 2000 ، ص 118 ، هامش رقم (1) / ونرى من جانبنا بأنه يمكن مقاربة الحيابة والتقادم في حق الملكية أو الحقوق العينية بالحقوق الشخصية، فالتقادم في حق الملكية مكسب، إلا أن تقادم الحقوق الشخصية مسقط، بمعنى عدم سماع =

ولم يلق هذا الموقف نجاحاً لدى الفقه لأنه تجاهل حقيقة أن الدائن لا يستطيع استيفاء حقه إلا بتوسط المدين، فضلاً عن أنه إذا تصرف المدين بأي عنصر من عناصر ذمته المالية فإن الدائن ليس له حق التتبع في يد الغير، في حين لو كان حقه منصباً على عنصر معين في الذمة لأمكنه ذلك.¹⁸ إذ أن أصحاب هذا المذهب بالغوا في تقدير أهمية القيمة المادية لمحل الحق الشخصي على حساب الرابطة بين طرفيه رغم أن هذه الرابطة هي العنصر الجوهرية فيه.¹⁹

ومع ذلك كان لأصحاب هذا المذهب فضل في إظهار القيمة المالية للحقوق الشخصية، وما ترتب عليه من مرونة في المعاملات وسرعة في تداول الأموال، وبصفة خاصة عن طريق حوالة الحق وحوالة الدين والإشتراط لمصلحة الغير،²⁰ إلا أنهم عجزوا عن هدم التفرقة بين الحق الشخصي والعيني.

وعلى ذلك بقي العجز عن تغيير المفهوم التقليدي للحق الشخصي إلا أن الطريق لم يغلق أمام محاولات أخرى للإعتراف بحجية الحق الشخصي تفسح المجال لإضفاء الحجية على العقد. ومن هنا حاول بعضهم بين الفينة والأخرى إنتقاد النظرية التقليدية للحق، بإعتبار أنها تميز بين الحق الشخصي والعيني، دافعاً باتجاه إعطاء الحق الشخصي حجية في مواجهة الكافة، ولكن هذه التوجهات لم تقدم أساساً كافياً تبني عليه حجية هذا الحق، ومثلاً يرى (ديموج) بأن (الحقوق النسبية لها حجية أيضاً في مواجهة الكافة بمعنى أن الجميع يجب عليه أن يأخذ بنظر الاعتبار وجود هذه الحقوق).²¹ إلا أنه لم يذهب إلى أبعد من ذلك وبقيت النظريات التقليدية على حالها.²² حتى أتت محاولات حديثة حاولت تغيير جوهر نظرية الحق برمتها باتجاه تعميم حجيته، وتناولها بالتفصيل في الفرع الثاني.

= الدعوى بشأن ذلك الحق الشخصي، ووجه المقاربة حسبما نرى أن في كلا الحقيقتين تقادم مكسب وآخر مسقط، ففي الحق الشخصي تقادم مسقط وهو المألوف، يترتب عليه كنتيجة تقادم مكسب للمدين مالم يتنازل هو عن حقه في ذلك، مثلما يتنازل صاحب الحق العيني عن حقه، وفي حق الملكية تقادم مكسب وهو الأصل وآخر مسقط، أي يسقط دعاوى حماية الملكية بمرور سنتين عاماً نظراً لإنتفاء صفته كمالك، ولا يغير من ذلك القول بديمومة دعاوى حماية الملكية، فهذه الدعاوى لا تسقط طالما كان حق الملكية باقياً، فإذا سقط سقطت معه دعاوى حمايته. ولا ينال من ذلك فكرة الحيازة، فالحيازة في الحق العيني لها خصائصها لتتفق مع طبيعة هذا الحق، في الوقت الذي تكون فيه الحيازة في الحق الشخصي معنوية أو حسية أو حتى إفتراضية، وتمتاز بالهدوء الذي يتمثل بعدم مطالبة الدائن بدينه، وتستمر مدة من الزمن تختلف باختلاف طبيعة الحق الشخصي ذاته.

V.Carbonnier, Droit civil, T.3, les biens, 6 ed, pp. 47-84

¹⁸ نقلاً عن د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 321-322

¹⁹ د. سعيد جبر، المرجع السابق، ص 53

²⁰ د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 98

²¹ Demogue (R.), les notions fondamentales du droit prive, Paris, 1911, P.420

²² نقلاً عن د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 322

²² د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 322

الفرع الثاني

تغيير جوهر الحق نحو تعميم حجيته

جاءت محاولات فقهية حديثة حاولت أن تغير هيكله نظرية الحق برمتها،²³ فأطلق (جينوسار) نظريته في تغيير تعريف الملكية تغييراً جوهرياً، ومن بعده (دابان) الذي إنتقد (جينوسار) ولكنه تقدم بنظرية الحق إلى خطوة للأمام عندما جعل الإستثنائ والتسلط والحجية من عناصر الحق، مما أدى إلى تطور واضح في سبيل الحجية ، وهذا ما نبينه تباعاً.

أولاً : نظرية جينوسار :

نعرض هذه النظرية ثم تقويمها فيما يلي :

1- عرض نظرية جينوسار :

إرتكز (جينوسار) على أن حق الملكية لا يمكن تعريفه بأنه السلطة المعترف بها لصاحب الحق في الحصول على كل المزايا التي يمكن أن يخولها الشيء.²⁴ وذهب الى أن ذلك يعجز عن تفسير الحالة التي يعطى فيها الشخص صفة المالك في الوقت الذي يفقد الإتصال المادي بالشيء(كما في حالة الإيجار)، أو عندما لا يكون له كافة السلطات على هذا الشيء (كحق الإرتفاق)، فوصل الى نتيجة مفادها بأن حق الملكية يمكن أن يكون غير كامل أو غير دائم، تأسيساً على أنه إذا كان حق الملكية ليس

²³ . يذكر أن بعض الفقه طرح نظريات أخرى حديثة للحق، غير أننا لم نتعرض إليها بسبب الزاوية التي تنتظر منها للحق، فما تعرضه في هذا المقام تلك النظريات التي تمهد الطريق لإعطاء الحق الشخصي حجية في مواجهة الكافة، بيد أن نظريات النظريات الأخرى التي لم نتعرض لها لا تتناقص فكرة الحق من هذه الزاوية. ومن باب الإستثنائ نذكر نظرية (روبيه) للحق الذي اقترح فيها تضيق نطاق الحق وأصر على استخدام لفظ الحقوق بدل الحق، فالحقوق والواجبات تتقاطع في المراكز القانونية، ومن ثم يرى أن المراكز القانونية نوعان : الأول يحتل عنصر الميزة أو المكنة المرتبة الأولى بالنسبة لصاحب المركز وهي المراكز الذاتية أو الشخصية ، وتهدف إلى إنشاء الحقوق بدل الواجبات. والنوع الثاني نجد عنصر الواجب أو التكليف هو الغالب وهذه المراكز الموضوعية التي تهدف إلى إنشاء الواجبات بدلاً من الحقوق. ينظر في ذلك تفصيلاً د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 35 وما بعدها. ومما تجدر الإشارة إليه أن بعضاً من الفقه العربي تبنى هذه النظرية. ينظر تفصيلاً د. جلال علي العدوي و د. رمضان أبو سعود ود. محمد حسن قاسم ، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 ، ص 39 وما بعدها.

²⁴ . S. Ginossar, Droit reel, propriete et creance; elaboration d'un systeme rationnel des droits patrimoniaux, L.G.D.J. 1960

نقلاً عن د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 99

إلا سلطة معينة لشخص معين على شيء معين.²⁵ فإن الحق الشخصي يمثل حق ملكية هو الآخر، لأن الدين شيء يعود للدائن ويرتبط بذمته المالية بإعتباره أثراً لحق الملكية، وفسر ذلك بأن المظهر الجوهري لحق الملكية يكمن في عائدة هذا الحق، فالحق الشخصي عائد للدائن وبذلك يمثل ملكيته على الدين.²⁶

والملكية تتجلى في مظهرين، أولهما مظهر داخلي وهو إمتيازات حق الملكية التي تعطى للدائن من حيث قدرته على التصرف في الدين كمالك كالحالة، أو أن يتقل ملكيته بحق عيني كالرهن، وثانيهما مظهر خارجي لا يبرر اعتبار الحق الشخصي حق ملكية ولكنه تكييفه كذلك ضرورة تستدعيها حماية هذا الحق.²⁷ فحق الدائنية حق نسبي من زاوية أن هناك شخصاً واحداً وهو الملتزم، ويكون في نفس الوقت حق مطلق، يحتج به في مواجهة الكافة من زاوية أنه مالك لهذا الحق.²⁸ والدليل على ذلك أن للدائن أن يمارس دعوى غير مباشرة في مواجهة مدين مدينه لحماية حقه الشخصي، وله أن يرجع على مدينه بضمان الإستحقاق، والدعوى البوليصة والصورية، وهنا لا يختلف مركزه عن مركز مالك العقار الذي يمارس دعوى منع المعارضة (التعرض) واسترداد الحيازة لحماية حق الملكية.²⁹

ويدعم (جينوسار) رأيه من خلال تحليل الحق العيني والذي قد يظهر فيه عنصر الإلتزام. فهذا الحق الذي يرد على شيء مملوك للغير (كحق الإرتفاق والرهن العقاري) يشتمل على علاقتين، الأولى مطلقة بحجيتها في مواجهة الكافة كما ذكرنا، والثانية نسبية تتمثل بالإلتزام العيني الذي يلزم به مالك الشيء الذي يرد عليه الحق العيني، وأن نقطة الخلاف بين الحق الشخصي والعيني هي طبيعة العلاقة النسبية، إذ تكون شخصية في حالة الحق الشخصي يلزم بها المدين بصفة شخصية وتنصب على ذمته المالية برمتها، في الوقت الذي تكون العلاقة النسبية في الحق العيني ذات طبيعة عينية لا يلزم بها الشخص إلا بوصفه مالكا وفي حدود قيمة هذا الشيء.³⁰ فمالك الأرض هو الملتزم، بصفته مالكا، بمعنى أن كل من سيصبحون من بعده ملاكاً لهذه الأرض سيلزمون بدورهم بنفس هذا الإلتزام، لأنه متعلق بملكية شيء معين.³¹

ويلاحظ (جينوسار) بأن فكرة الإلتزام العيني سبق وأن كانت محل إعتبار في ظل النظريات التقليدية، حيث أن الشخص قد يلتزم ببعض الإلتزامات لا بصفته الشخصية، وإنما بصفته مالكا كإلتزام

25 . د. نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 99

26 . (S. Ginossar) نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص 323

27 . المرجع نفسه

28 . د. نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 100

29 . د. صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص 324

30 . المرجع نفسه ، ص 324 - 325

31 . د. نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 101

الشريك في الحائط المشترك بتحمل نفقات صيانة إصلاح هذا الحائط، ومالك العقار المرتفق به بهذا الإلتزام.³²

ويخلص (جينوسار) من ذلك إلى نظام معين للحقوق المالية: الملكية بإعتبارها علاقة إختصاص أو إستثناء، يحتج بها في مواجهة الكافة، يمكن أن ترد على أشياء مادية أو غير مادية، وتشمل الأشياء غير المادية الحقوق الذهنية أو حقوق نسبية (حق الدائنية)، وهذه الحقوق النسبية يندرج تحتها ثلاث طوائف من الحقوق، حقوق شخصية وحقوق عينية، وحقوق مختلطة، وعندما يتعلق الأمر بحق الملكية بأن يرد على شيء معين أو حق ذهني، فإنه يتضمن علاقة قانونية وحيدة تترجم بالإحتجاج في مواجهة الغير.³³

2- تقويم نظرية جينوسار :

انطلق الفقيه الفرنسي (جينوسار) في طرح نظريته من أساس واضح يتجلى في إكتساب الحق الشخصي، شأنه في ذلك شأن الحق العيني، حجية في مواجهة الكافة. ورغم المحاولة الجريئة التي أتى بها إلا أنها لم تسلم من النقد، إذ يعاب عليها أن التعريف الجديد لحق الملكية والحقوق العينية يمثل إنقطاعاً مع الماضي، ويؤدي بالتالي على زعزعة أنظمة قانونية كثيرة مستقرة قانوناً وفقهاً وقضاءً دون فوائد علمية أو نتائج قانونية ملموسة.³⁴ فضلاً عن كونها قاصرة في تحديد "السلطات على الشيء" حيث وضع (جينوسار) الملكية في أعلى مستوى بالرغم من ذلك يجعلها على قدم المساواة مع الحق الشخصي المالي.³⁵ إذ أن ممارسة السلطات تختلف في إطار الحق الشخصي عن الحق العيني، بمعنى أن الحق الشخصي يفرض على المدين القيام بعمل أو إمتناع أو إعطاء، في حين أن حق الملكية يمثل سلطة أو سيطرة على شيء، فالإنتفاع بالشيء يتوقف على إرادة مالكة أو صاحبه، في حين لا يمكن ذلك في الحق الشخصي، حيث أن إرادة المدين لا يمكن إهمالها بأي حال من الأحوال عند ممارسة هذا الحق، بل أن الحق قد ينتهي بالتعويض.³⁶ فضلاً عن أن نظام الحق الشخصي يختلف عن حق الملكية فيما يتعلق بالحيازة والتقدم، فالحيازة والتقدم من أسباب كسب الملكية، ولا يمكن كسب ملكية الحق الشخصي بذلك.³⁷

32 . د. صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص 325

33 . د. نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 102

34 . المرجع نفسه

35 . المرجع نفسه ، ص 104

36 . د. صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص 331

37 . (Bertrand) نقلاً عن المرجع نفسه ، ص 331 – 332

ومن جهة أخرى يرى البعض توسعه في حق الملكية مادامت قد جعلت من عائدة الدين معياراً لحق الملكية، مما يعني أن كل حق يعتبر حق ملكية، ومن هنا يتساءل (دابان) أنه (إذا كان كل شيء ملكية فإنه لا توجد ملكية وذلك لأن حق الملكية بمعنى النوع ينتهي).³⁸

ثانياً : نظرية دابان :

نعرض نظرية دابان ثم تقويمها وفقاً لما يلي :

1- عرض نظرية دابان :

يذهب (دابان) إلى أنه ليس من الضروري الرجوع الى فكرة الملكية لكي ندرك أن وجود الحق الشخصي يفرض على الغير التزاماً سلبياً عاماً باحترام حق الدائن. ويضيف بأن البناء الذي شيده (جينوسار) لا يستقيم لأن الحق الشخصي لا يتكون من علاقيتين وإنما من علاقة واحدة، والغير يعتبر أجنبياً عن هذه العلاقة التي تنشأ وتنفذ بصورة كاملة دون أن يساهم الغير في تنفيذها.³⁹ ومن هنا خرج (دابان) بنظرية جديدة للحق، فقد عرف الحق بأنه ميزة يخولها القانون الشخص ويضمنها بوسائله، بمقتضاها يتصرف في قيمة معترف بثبوتها له، إما باعتبارها مملوكة له أو باعتبارها مستحقة له.⁴⁰ واستند (دابان) في تعريفه للحق الى أنه يشمل أساساً عنصري الاستثناء والتسلط، وأن هذا الاستثناء هو الذي يسبب ويحدد التسلط.⁴¹ كما أضاف إليهما عنصرين آخرين وهما احترام الغير لهذا الحق والحماية القانونية له.

فالاستثناء هو الذي يميز الحق، فالحق ينشأ علاقة بين صاحب الحق ومحل هذه العلاقة تمثل الاستثناء، بمعنى أن الحق هو ما يختص به صاحبه.⁴² فالحق ليس مصلحة يحميها القانون،⁴³ وإنما هو الاستثناء بمصلحة، أو بمعنى أدق استثناء بشيء يمس الشخص ويهمه، بصفة أن هذا الشيء يخصه.⁴⁴ ومن ثم ينبغي ألا يكون للشيء موضوع هذا الاستثناء مفهوماً ضيقاً، فالاستثناء لا يرد فقط على المال

³⁸ . (Dabin) نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص 331

³⁹ . المرجع نفسه ، ص 332

⁴⁰ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 314

⁴¹ . د. نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 30

⁴² . (Dabin) نقلاً عن المرجع نفسه ، ص 31

⁴³ . وهذا ما قال به (ارهنج).

⁴⁴ . (Dabin) نقلاً عن د. نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 31

المادي، وإنما يشمل الأموال والقيم اللصيقة بالشخص الطبيعي أو المعنوي، ويمتد إلى الأموال المادية وغير المادية التي تصير خارجة عن الشخص ولكنها كانت من إنتاجاته، وأيضاً هي الادعاءات المستحقة لشخص آخر وحتى الواجبات والوظائف.⁴⁵

أما التسلط وهو الوجه الآخر للحق فهو متلازم مع الوجه الأول – الإستثناء – لأن ثبوت القيمة للشخص يؤدي حتماً إلى التسلط، والفرق بينهما في أن الإستثناء خاصية في الشيء والسلطة خاصة في الشخص،⁴⁶ ويحدد (دابان) معنى التسلط بأنه القدرة على التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق، ولا يراد بالتصرف هنا مباشرة الحق، فالولي يباشر الحق ولكنه لا يتصرف فيه.⁴⁷ ويختلف مدى القدرة على التصرف باختلاف الحق، فمثلاً في حق الملكية على شيء مادي تكون القدرة كاملة، يستطيع المالك مباشرة جميع السلطات، وفي حق الدائنية – أي الحق الشخصي – تكون القدرة وسطاً، حيث يكون للدائن أن يطالب أو لا يطالب، كما يمكنه النزول عن حقه أو يحوله لشخص آخر، وفي الحقوق التي يكون محلها الإنسان نفسه تكون القدرة في أضيق حدود.⁴⁸

ويضيف (دابان) إلى ما تقدم بأن هذين العنصرين هما عند صاحب الحق، أما في مواجهة الغير فيجب أن يتوفر عنصر ثالث لقيام الحق وهو وجوب احترام الناس جميعاً لهذا الحق واستطاعة صاحب الحق أن يقيم هذا الاحترام.⁴⁹ فصاحب الحق يعيش في مجتمع وهو يستأثر بالشيء أو القيمة دون سائر الأشخاص في هذا المجتمع وله سلطة التصرف فيه بحرية، ولكنه لا يستطيع أن يتمكن من هذا الإستثناء أو يمارس تلك السلطة إذا تعرض له سائر الأشخاص ونازعه في حقه، ومن هنا وجب كفالة احترام هذا الحق.⁵⁰ فالحق لا يوجد إلا بالنظر إلى الأشخاص الآخرين.⁵¹ فلا ينشأ الحق إلا بوجود الغير، وقبل ذلك لا يوجد إلا إستثناء وسلطة، ولا يوجد حق.⁵²

ويرى (دابان) أخيراً أن الحق لا يوجد في نطاق القانون الوضعي إلا بتوفر هذه الحماية، وذلك بأن يخول صاحب الحق دعوى يستطيع بها أن يقتضي احترام هذا الحق.⁵³ ذلك أن الحق لا يكون كاملاً إلا

45 . د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 31

46 . د. عبدالحى حجازي ، المرجع السابق ، ص 100

47 . د. عبدالمعظم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص 314

48 . المرجع نفسه

49 . المرجع نفسه ، ص 314

50 . د. سعيد جبر ، المرجع السابق ، ص 15

51 . د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 32

52 . د. عبدالحى حجازي ، المرجع السابق ، ص 105

53 . د. عبدالمعظم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص 315

إذا قامت الجماعة بحمايته، فإذا لم تتول الجماعة حمايته فلا يوجد حق من الناحية القانونية ولو اعتبر موجوداً من الناحية الأخلاقية.⁵⁴

2- تقويم نظرية دابان :

لقد انتقدت نظرية (دابان) لأن تعريف الحق على أنه إستثنائ أو سلطة لا ينسجم مع طبيعة بعض الحقوق، وبصفة خاصة عنصر التسلط باعتباره سلطة تصرف حرة في الشيء محل الحق حيث يصعب تصور ذلك عندما يمنع القانون أي نوع من التصرفات، كما هو الحال في الحقوق اللصيقة بالشخص كحقه في الحياة أو الحريات.⁵⁵ فضلاً عن أن فكرة الإستثنائ والتسلط كما عرضها (دابان) تؤدي في الواقع إلى فكرة موسعه للحق.⁵⁶ فقد يتعرض صاحب الحق الذي يكون محله عملاً لمزاحمة غيره من أصحاب هذا النوع من الحقوق بحيث يكون لأي منهم أن يستأثر بمال من أموال المدين، ويتقاسمون قسمة غرماء، وهذا التزام ينفي الإستثنائ لأنه نقيضه.⁵⁷

وعلى أي حال فإن (دابان) حاول إضفاء حجية للحق الشخصي، يقتضي معها احترامه من قبل الكافة، دون أن تقتصر على الحق العيني فحسب، وهذه الحجية تصلح بالتالي أساساً لتبرير حجية العقد. فقد وصل إلى فكرة حجية الحق الشخصي، وأصبح الفقه يقر بهذه الفكرة ويقر بوجود الحماية القضائية للحق دون أن يميز بين حق شخصي وآخر عيني، وبحجية هذا الحق دون تمييز أيضاً.

وفي تقديرنا أن كل من (جينوسار) و(دابان) أضفيا على الحق الشخصي حجيته من منطق واحد، وإن اختلفت الألفاظ والمنطقات، فالملكية تتضمن في حقيقتها تسلاً واستثنائاً، ذلك أن ما قال به (دابان) في تحديد عناصر الحق بالتسلط والإستثنائ بالدرجة الأولى وإرتباطهما مع بعضهما البعض، يدل على الملكية في مضمونها إذا ما نظرنا إلى اليهما من زاوية أخرى، فجوهر الملكية الذي قال به (جينوسار) يقوم في حقيقته على التسلط والإستثنائ الذي قال بهما (دابان)، إذ أن (دابان) وإن إنتقد (جينوسار) في رجوعه إلى فكرة الملكية لإضفاء حجية للحق الشخصي، فإنه في جوهر نظريته وصل إلى النتيجة ذاتها مضموناً وليس إصطلاحاً.

إن نظرية (جينوسار) منتقدة بالضرورة لأنه اعتبر الحقوق جميعها حق ملكية وإن في هذا النظر المتطرف عيوباً جسيمة سبق ذكرها سلفاً، أدت إلى إنتقاد نظريته من قبل جمهور عريض من

54 . د. عبدالحى حجازي ، المرجع السابق ، ص 107-108

55 . د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 34

56 . المرجع نفسه

57 . د. جلال علي العدوي و آخرون ، المرجع السابق ، ص 36

الفقه، وهذا ما جعل (دابان) ينتقي مصطلحاته بدقة، فعمم فكرة الحق دون أن يوجد تفرقة بين الحق العيني والشخصي باعتبار أن لكل منهما نظاماً خاصاً، وأضفى عليهما الإحترام الواجب من قبل الكافة، دون أن يميز بين الحق الشخصي والحق العيني.

وعليه نرى أن الفقه في ظل اتجاهاته الحديثة يقر باكتساب الحق الشخصي حجية في مواجهة الكافة، الأمر الذي يترتب عليه وجوب احترام الحق الشخصي، شأنه في ذلك شأن الحق العيني، وأن لا يأتي الغير عملاً من شأنه إعاقة الشخص في ممارسته لهذا الحق.

وباستقراء آراء الفقه العربي، يبدو أن فكرة حجية الحق الشخصي فكرة مقبولة لدى الكثير منهم، إذ يرى بعض الفقه أن (هذا الواجب العام - ويقصد واجب إحترام حق الغير - موجود بالنسبة الى جميع أنواع الحقوق، وإن الواجب الخاص إن وجد في بعض هذه الحقوق فإنما يوجد زيادة على الواجب العام. ومن ثم فجميع الحقوق سواء في إمكان الاحتجاج بها على جميع الناس. فكما يلتزم الغير باحترام حق الملكية يلتزم كذلك باحترام الحق الشخصي، فلا يفعل ما من شأنه الإضرار بصاحبه. ويزيد على ذلك أن في هذا الحق الأخير يكون لصاحبه أن يطالب شخصاً معيناً هو المدين بعمل معين، وهذا هو الواجب الخاص الذي من أجله وصف الحق بأنه نسبي).⁵⁸ وقيل بأنه (لا شك ان الحق يفترض بالإضافة إلى وجود صاحبة وجود آخرين يلتزمون باحترامه، فالإنسان كائن اجتماعي بطبعه، والقانون انما ينظم علاقة الشخص بغيره من افراد المجتمع. ومن ثم فإن الاستثناء يعني اختصاص الشخص بمال او بقيمة معينة على سبيل الانفراد دون غيره من أفراد المجتمع وفي مواجهتهم، كما ان اقرار القانون وما يقتضيه من حماية، انما يقتضي حماية الاستثناء ليس في مواجهة صاحب الحق وإنما في مواجهة الغير).⁵⁹ وقيل بصدد الحديث عن نسبية الحق الشخصي وتمييزه عن الحق العيني المطلق أن (إختلاف هذا المعنى للإطلاق والنسبية من حيث مضمون الحق وممارسة سلطاته عن معنى آخر للإطلاق من حيث مدى إحترام الحق تشترك فيه الحقوق جميعاً).⁶⁰

وعلى الرغم من أن الفقه كما تقدم يذهب إلى إعطاء حجية للحق الشخصي كما هو حال الحق العيني مما يقود إلى حجية العقد، ومع ذلك طرحت معوقات وصفت بأنها تحول دون أن يكتسب العقد حجتيه في مواجهة الغير تبعاً لكونه مصدراً للحقوق الشخصية أو الإلتزامات، وهذا ما نتناوله تبعاً.

58. د. عبدالمنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 334 - 335، هامش رقم (1)

59. د. عوض أحمد الزعبي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، الطبعة الثانية، 2003، ص 315

60. د. حسن كيره، المرجع السابق، ص 475، هامش رقم (1)

المطلب الثاني

معوقات ربط فكرة الحجية بالعقد

بعد أن أقرت حجية الحق الشخصي، قيل بأن هذه الحجية لا يمكن أن تكون حجية عقد لوجود معوقات معينة لا بد من معالجتها قبل القول بحجية العقد، وعليه نبين هذه المعوقات في الفرعين التاليين.

الفرع الأول

المضمون التقليدي لمبدأ نسبية أثر العقد

لقد ورد مبدأ نسبية أثر العقد ابتداء في المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على أن (الاتفاق لا أثر له إلا بين المتعاقدين فهو لا يضر ولا ينفع الغير)، وقد كان الإتجاه السائد في القرن التاسع عشر يفسر هذا المبدأ بالمعنى الدارج لكلمتي "يضر" و"ينفع"، بمعنى أن أثر العقد لا يمس الغير مادياً أو قانونياً. وبذلك صار معنى القاعدة أن الإتفاقات لا يمكن أن تحدث ضرراً للغير ولا تجلب له نفعاً، ومن ثم انتهى الفقه الى القول بأن الإتفاق يعتبر غير موجوداً قانوناً في مواجهة الغير، فلا يستطيع الإفادة منه بالتمسك به ولا يحتج به عليه فيلحقه الضرر.⁶¹ حتى وصفه (ديمولوب) بأنه (مبدأ بسيط الى حد يبدو ساذجاً، ويدعو للتساؤل عما اذا كانت هناك فائدة لفرضه بموجب نص قانوني).⁶² وفي ذلك قيل بأن مبدأ نسبية أثر العقد ظهر (في هذه المرحلة بوصفه فردياً، بمعنى أن الغير لا علاقة له مطلقاً بالعقد، فلا يمكن له أن يحتج بالعقد ولا يمكن للمتعاقد أن يحتج عليه بهذا العقد).⁶³

⁶¹ د. عبدالحكم فوده ، النسبية والغيرية في القانون المدني (دراسة عملية في ضوء الفقه وقضاء النقض) ، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية ، دون تاريخ نشر ، ص 42 / وفي نفس المعنى ينظر جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 430 يذكر أن أصل مبدأ النسبية يرجع الى القانون الروماني، حيث يقضي بأن الإتفاق لا يمكن أن يلزم الغير الذي لم يكن طرفاً فيه كما لا يمكن أن يكسبه حقاً، وذلك في نطاق الأثر الملزم للعقد بالنسبة لشخصه، إذ أنه لا يمنع الغير من الإحتجاج به الى العاقدين ولا العاقدين به على الغير. د. عبدالحكم فوده ، النسبية والغيرية ، المرجع السابق ، ص 42 ويشير جاك غستان إلى أن (صيغة المادة 1165 من القانون المدني مستلهمة مباشرة من القول اللاتيني المأثور العقود المبرمة من قبل بعضهم لا يمكن أن تضر بالآخرين أو تفيدهم). جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 424 ويذكر البعض في هذا الشأن أن الفقه الفرنسي يفسر المادة 1165 تفسيراً حرفياً أدى إلى إنحراف مضمونه الأساسي في القانون الروماني. د. محمد محي الدين ابراهيم سليم ، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد في القانونين الانجليزي والمصري - دراسة مقارنة ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق - جامعة المنوفية ، العدد الرابع عشر - السنة السابعة ، اكتوبر 1998م ، ص 122

⁶² نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص 58

⁶³ د. صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية - دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب القانونية ، 2010 ، ص 16

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى هذا المعنى في إحدى القضايا التي عرضت أمامه ، حيث كان لأحد التجار علاقة عمل مع عضو في إحدى الشركات، ولأن مدينة - عضو الشركة - أفسس، فأقام دعوى مباشرة على الشركة مدعياً بأن =

وقد ظل النص الفرنسي - بهذا المفهوم - رديحاً طويلاً من الزمن بديهياً، لا يحتاج الى بيان أو تفسير، ولكن الفقه بدأ منذ وقت ليس ببعيد يثير الشكوك حول سلامته.⁶⁴ حيث أن العزلة التي عاش بها العقد - بإعتباره غير موجود في مواجهة الغير - لم تستطع أن تقاوم تطور الظروف والعلاقات العقدية.⁶⁵ وأبرز الواقع العملي تطورات عديدة على صعيد العلاقات القانونية، لا يمكن معها القول بعدم وجود العقد في مواجهة الغير، إذ لابد أن يتأثر الغير بعقد لم يكن طرفاً في إبرامه، فلو أبرم شخص عقد بيع عقار، وقبل تسجيله بادر البائع ببيعه مرة أخرى على مشترٍ ثانٍ سيء النية سارع بالتسجيل، لا يمكن في الحقيقة القول بعدم وجود العقد الثاني بمواجهة المشتري في العقد الأول، وكذلك لو أبرم صاحب عمل عقداً مع أحد عمال منافسه، فالعقد الأول يعد حقيقة موجودة في مواجهة صاحب العمل ولو كان غيراً، ولا يمكن عندئذ التحجج بأن العقد لا يعنيه، بل يظهر جلياً في هذه الأمثلة أن الغير يتأثر بوجود عقد لا علاقة له به في الأصل.

ولا يقف الأمر عند حد إبرام عقود تتناقض مع تنفيذ عقود أخرى سابقة عليها، إذ أن وجود العقد في مواجهة الغير قضية تتعدد مجالاتها وصورها ولا يمكن في واقع الحال حصرها. فوجود العقد في مواجهة الغير قد يفرض نفسه في مجال الصورية والغش في التصرفات كذلك، وقد يكون الخطأ العقدي ذو أثر في مواجهة الغير، يضار به هذا الأخير مثلما يضار به المتعاقد الآخر.

فالمضمون التقليدي لمبدأ نسبية أثر العقد خلط بين الأثر العقدي للعقد وأثره المادي، ويلاحظ ذلك من خلال ما عرضه البعض عند الحديث حول مفهوم نفاذ العقد وسريانه في مواجهة الغير. فالفرنسي (جايو) يرى بصدد الحديث عن التفرقة بين البطلان وعدم السريان (أي عدم الاحتجاج بالعقد) أن البطلان يعمل من خلال آثار التصرف ولا يتناول التصرف ذاته، وأن الآثار الذي يمسها البطلان قد تكون كل آثار التصرف، وقد تكون جزءاً منها بقدر ما يراه المشرع كافياً لتحقيق المصالح

= له الحق في الحصول على مقابل ما استفادت به الشركة وهو مجمل ما جهز به العضو الذي تعامل معه، فقضت محكمة الموضوع لصالحه، ومن ثم طعننت الشركة في قرار المحكمة إستناداً إلى أنها لم تكن طرفاً في العقد الذي أبرمه مع هذا المدين (عضو الشركة)، وعليه تعتبر من الغير عن العقد وأن إلزامها بقيمة ما آل إليه من فائدة من خلال تجهيز ذلك العضو يستلزم أن يكون للعقد وجود ما في مواجهتها، فلا تتعرض للمسؤولية بموجبه. وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الطعن قائلة (إن معرفة الشركة بأحد أعضائها وضع البضائع بين العناصر الإيجابية لذمتها لا يعني وجود أي عقد ولا شبه عقد أو علاقة يمكن أن تلزم بموجبها تجاه الشخص الذي حصلت منه على البضائع. وحيث أن الفائدة التي حصلت عليها لا يمكن أن تنشأ عنها دعوى مصلحة البائع الأصلي الذي يتعامل معها وحيث أن العقود لا أثر لها إلا بين المتعاقدين، فإن المتعاقد لا دعوى له إلا في مواجهة من تعاقد معه، وليس ضد الغير وإن كان يستفيد من نتائج العقد الذي لم يكن طرفاً فيه). Cass civ, 12 mar 1850 نقلاً عن د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار، المرجع السابق، ص 17

وأكد هذا التشدد حكم آخر عام 1952 ذكرت فيه الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية أن (الاتفاقيات غير قابلة للاحتجاج بها في وجه من لم يكونوا فرقاء عنها). نقلاً عن جاك غستان، المرجع السابق، ص 433

⁶⁴ د. عبدالحكم فوده، المرجع السابق، ص 42

⁶⁵ د. محمد حسين عبدالعال، مسئولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعات العقدية (دراسة تحليلية في القانون الفرنسي على ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 143

التي تهدف القاعدة القانونية المقررة للبطلان حمايتها، فنظر الى عدم السريان فوجده عبارة عن حرمان للتصرف من إنتاج بعض آثاره أو كلها قبل بعض الأشخاص دون البعض الآخر، ومن ثم يرى بأن عدم السريان هو حينئذ ذلك البطلان الخاص الذي يقصد به حماية الغير من النتائج المالية للتصرفات التي لم يكونوا أطرافاً فيها، وهو لذلك بطلان في حق الغير، فالخلاف بين البطلان وعدم السريان عنده ليس مطلقاً وإنما هو خلاف في المدى.⁶⁶ وهذا يعني أن التصرف متى ما تم صحيحاً فإنه ينتج أثره في مواجهة المتعاقدين وكذلك الغير.

والخلط الذي وقع فيه (جايو) في أنه إعتبر عدم السريان جزءاً من البطلان ولكنه يقتصر على أشخاص الغير دون أطراف العلاقة، على الرغم من أن البطلان يمس الآثار العقدية الملزمة في الوقت الذي يمس عدم السريان الآثار المادية التي ترتبها العلاقة العقدية في مواجهة الغير.

وعلى هذا الأساس يرى الفقيه (سافاتييه) أن مبدأ النسبية ماهو إلا تعبير عن الفردية البحتة لنظام الإلتزامات، فالمبدأ يقوم على فكرة مضمونها أن الشؤون الفردية لكل إنسان لا تخص أحداً سواه، ولا يجوز - من ثم - للمجتمع ولا حتى الغير أن يتدخل أو ينشغل بذلك، وأن هذه النظرية القاصرة تؤدي في واقع الأمر الى أن يصبح الفرد في معزل عن جميع أفراد المجتمع، على الرغم من تشابك العلاقات بينهم.⁶⁷

ولاحظ (سافاتييه) أن الإعتراف بالعقد بوصفه واقعة ذات إحتجاج تجعله سارياً في مواجهة الكافة يستلزم وجود علاقة بين الغير والعقد، تنظمها نصوص محددة الى أن وصل الى نتيجة مفادها إنتهاء مبدأ نسبية أثر العقد وإنهياره حينما وصفه بأنه مبدأ مزمع.⁶⁸ ومن جهة أخرى رأى الفقيه الفرنسي (في) بأن إعتبار العقد كأنه لا يوجد في نظر الغير أمر يتناقض مع الضرورات العملية ويؤدي الى إعاقة نشاط الأفراد، الأمر الذي يجعل مبدأ النسبية خالياً من المعنى، فالتصرف القانوني في نظر (في) يمكن أن يلحق ضرراً بمصالح الغير مثلما يمكن أن يستفيد منه.⁶⁹

وهذا ما أدى إلى تجديد مفهوم نسبية أثر العقد، بمعنى أن ما قيل في تفسير مبدأ الحجية على اعتبار أنه يمثل استثناءً على مبدأ النسبية، واستتبع بالتالي تهديد مبدأ النسبية بالزوال، جعل الفقه - في

⁶⁶ د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 145 - 146

⁶⁷ نقلاً عن د. محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 11

⁶⁸ Savatier: Lepretendu principe de l'effet relative du contrat, R.T.D. civil, 1, 34 p525

نقلاً عن محمد عبد سليمان الحراش، فكرة عدم سريان التصرف القانوني - دراسة مقارنة في الفقهين الإسلامي والغربي والقوانين المدنية العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 26

⁶⁹ (Weill) نقلاً عن د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 60

إطار دفاعه عن مبدأ النسبية – يتجه إلى بلورة مفهوم الحجية، بوصفه مبدأ يحدد الإطار الخارجي للعلاقة العقدية، ولا يتعارض مع مبدأ نسبية أثر العقد.⁷⁰

فقد قيل بأن Savatier (سافاتيه) وقع في الخلط بين مبدأ النسبية ونفاذه، بمعنى أن لا يحمل الغير التزاماً ولا يكتسب حقاً وهذا هو مبدأ النسبية، ويصف العقد في هذه الحالة بأنه واقعة قانونية، أما الحجية فيقول أن العقد باعتباره واقعة اجتماعية يجب على الغير احترامه سواء باحترامه ذاته أو احترام الآثار الناشئة عنه بحيث لا يستطيع الغير تجاهله.⁷¹

والحق أن (سافاتيه) لم يكن يخلط بين مبدأ نسبية أثر العقد وحجيته كما يدعي Weill (في)، ذلك أن ما ذهب إليه (سافاتيه) يأتي ضمن ما كان يتبناه الفقه الفرنسي وقتها من تفسير لمبدأ نسبية أثر العقد، حيث أن التفسير السائد وقتها وفق المعنى الحرفي لكلمة (يضر) و(ينفع) كانت دافعاً لانتقاد مبدأ النسبية وفق هذا التفسير، وأن ما قال به (سافاتيه) هو الذي حفز الفقه على مراجعة تفسير المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي.

ومن هنا أصبح الفقه يقر بوجود العقد في مواجهة الغير، بمعنى أن الفقه أخذ ينحو منحى التفسير الصحيح لمبدأ نسبية أثر العقد باعتباره منظماً للأثر العقدي الملزم لأطراف العلاقة العقدية دون الأثر المادي لها، وقيل في وصف ذلك بأنه (لم يتم التخلي عن مبدأ نسبية أثر العقد بالرغم من النقد الذي تعرض له. بل أدى النقد إلى تطوير هذا المبدأ ومن ثم الإبقاء عليه بوصفه معياراً لتحديد نطاق المسؤولية العقدية. وانصب هذا التطور إلى صياغة فكرة جديدة، وهي حجية العقد لتستوعب ما اعتبر من قبيل الثغرات في مبدأ النسبية).⁷²

ومن هنا وجدت فكرة التمييز بين الأثر العقدي الملزم للعقد وبين أثره المادي قبولاً لدى الفقه الفرنسي،⁷³ فقد ذكر (فيليب مالوري) Philippe Malaurie بأن تعدد آثار الاتفاق تعرض التمييز بين

⁷⁰ ينظر في نفس المعنى محمد عبد سليمان الحراشة، المرجع السابق، ص 37

⁷¹ المرجع نفسه، ص 38

⁷² د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار، المرجع السابق، ص 18

⁷³ ويذكر البعض بأن فكرة حجية العقد ظهرت عند (في) Weill و(كلاسترنك) Colastreng، وذلك بإقتراح ما يأتي: العقد ملزم لأطرافه (مبدأ القوة الملزمة للعقد) وللأطراف فقط (مبدأ نسبية أثر الإتفاقات). أما الغير، فالعقد له حجية عليه، وهذا يعني أنه رغم مبدأ نسبية أثر العقد فإن العقد يمكن أن يؤدي إلى نتائج معينة بالنسبة للغير. ونقطة الإنطلاق هي بعض الآثار التي قد تنصرف إلى الغير استناداً إلى الحجية، والفقه المعاصر في فرنسا يميز الآن بين حجية العقد ومبدأ نسبية أثر العقد.

Robert Wintgen, 'étude critique de la notion d'opposabilité', Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand, these, L.G.D.J., 2004, p.85

ويذكر آخرون بأن لا يعني مبدأ نسبية أثر العقد أن العقد معزول عن العالم، على العكس فإن العقد والالتزامات التي يتضمنها والتي تدخل في نطاقها قد يدور في محيط عقود أخرى تحيط به. وبذلك فإن مبدأ الأثر النسبي قد يقيد أو بعبارة أدق قد يكمل بمبدأ حجية العقد في مواجهة الغير الذي يجيز قياس آثار العقد تجاه الغير، وهذا لا يعني أنه الغير يمكن أن يصبح دائناً أو مدينناً مثلما يصبح أطراف العقد، وإنما الغير قد يستفيد أو يتحمل أثر العقد، ومع ذلك فإن القانون المدني لم ينص على هذا المبدأ وإنما هو نتاج الجهد الفقهي.

Daniel MAINGUY, ibid, p.174

الالتزامات وغيرها من الآثار. فالالتزام هو علاقة بين الدائن والمدين يلزم المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء. فعندما يكون الالتزام عقدياً فإن مبدأ استقلال الإرادة يفرض أن لا يلزم الأطراف إلا بما انصرفت إرادتهم إليه. فالأثر الملزم هو نسبي فلا يطل إلا من قبل به، فالالتزام الذي ينشأ عن العقد تكون له حجية في مواجهة الغير وللغير. وهذا ما يستلزم التمييز بين الأثر الملزم وغيره من الآثار. فالغير يتعرض للمسؤولية إذا ساهم بالاخلال بالعقد مع المتعاقد، وينتهي بالقول أن العقد لا ينفذ إلا من قبل المتعاقدين "مبدأ نسبية أثر العقد" ولكن وجود العقد وأثاره من غير الإلتزامات يفرض على الكافة ويمكن للكافة أن يثيروا وجوده.⁷⁴

وقيل أيضاً في هذا الصدد أن (مبدأ الحجية يفسر كل الآثار التي يمكن أن يرتبها العقد في مواجهة الغير عدا الآثار التي تنصرف إلى الغير استناداً لمبدأ نسبية أثر العقد).⁷⁵

وبذلك أخذ الدور الحيادي للغير يتلاشى تبعاً لضعف المفاهيم الفردية وتراجعها أمام حاجات اجتماعية بحيث أصبح اعتبار الغير ممن لهم حق التمسك بالعقد.⁷⁶ فالعقد بما ينشئه من حقوق لا يجوز للغير الاعتداء عليها أو إنكارها، ويستوي في ذلك الحقوق الشخصية والعينية.⁷⁷ وأصبحت حجية العقد هي تكملة لمبدأ نسبية أثر العقد، ومن ثم ليس للعقد إلا أثر نسبي لا يلزم به الغير ويلزم به المتعاقد، وهما وجهان لحماية الحرية الفردية، ولكن لأن للعقد حجية يجب على الغير احترام وجوده كما يمكن أن يستند إليه الغير من حيث هذا الوجود، وإذا فقد العقد حجتيه فإنه من الناحية العملية لا يكون قابلاً للحياة: فعندما لا يكون بيع العقار حجة على دائن البائع فهذا يعني أن البائع يمكنه أن يحجز على هذا العقار وبيعه في المزاد العلني لسداد الدين.⁷⁸

وفي الفقه العربي نجد أنه تأثر بالمضمون التقليدي لمبدأ النسبية في الفقه الفرنسي، وخلط على ضوء ذلك بين الأثر العقدي الملزم للعقد وبين أثره المادي، حيث تم النص على مبدأ النسبية الذي يتناول الأثر العقدي في نص المادة 145 من القانون المدني المصري،⁷⁹ والذي يقضي بأن (ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث. مالم يتبين من العقد أو من طبيعة

Philippe Malaurie, Les obligations, 2 e'd . 2005, p.396

Robert Wintgen, ibid , p.87

74

75

76 د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 160

77 د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن ، الدراسات البحثية في نظرية العقد : في ضوء الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 590

78 Michel Grimaldi , Le contrat et les tiers , libres propos sur les sources du droit , D. 2006, p. 174

79 . وتقابها المادة 133 من القانون المدني البحريني حيث تنص على أن: (أ- تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث. ب- على أن آثار العقد لا تنصرف إلى الخلف العام لأحد المتعاقدين أو لكليهما، إذا اقتضى ذلك العقد أو طبيعة التعامل أو نص في القانون). الصادر بالمرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001

التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام).⁸⁰ فيمكن ملاحظة الخلط الذي وقع فيه بعض الفقه العربي عندما قيل بأن (العقد ينتج آثاره في مجال محدد، وهو ذاك الخاص بالمتعاقدين وخلفائهما ودائنيهما، ولا ينتج أثراً ما خارج هذا المجال أي لا ينتج أثراً في مواجهة الغير يمكن الاحتجاج به في مواجهته).⁸¹ كما قيل بصدد التفرقة بين البطلان وعدم النفاذ بأن البطلان (يفترق عن عدم النفاذ في أن الأول لا يرتب آثاره لا بين طرفي التعاقد ولا بالنسبة للغير، بينما عدم النفاذ يترك التصرف صحيحاً يرتب آثاره بين عاقيه، ولكنه لا يرتب هذه الآثار في ذمة الغير).⁸²

وعلى الرغم من ذلك فقد عرف جانب آخر من الفقه هذه التفرقة بين الأثر العقدي الملزم والأثر المادي للعقد، إذ فرق الأستاذ عبدالحى حجازي على سبيل المثال بين المعنى العادي لأثر العقد من حيث الأشخاص والمعنى غير العادي له عندما ذكر بأن (المعنى غير العادي "لأثر العقد من حيث الأشخاص" فهو أن العقد بإعتباره واقعة قانونية fait juridique يكون حجة على الغير opposable فلا يجوز لهم أن ينكروا وجوده. صحيح أن العقد لا يرتب في هذا المعنى أن يكون الغير بمقتضاه دائناً أو مديناً ، وإنما تنحصر حجيته عليهم في أنهم لا يستطيعون أن ينكروا وجوده ، باعتباره واقعة قانونية. وعلى هذا المعنى تكون القاعدة أن العقد يحتج به على الغير ، أي لا يجوز للغير أن ينكروا وجوده).⁸³ وقيل أيضاً بأن (حكم العقد وحقوقه تفرض وجودها على الناس قاطبة بحيث يكون عليهم إحترامها، والتعامل مع بعضهم البعض على أساس من التسليم بها. وهي تفرض وجودها كذلك على أطراف العقد أنفسهم في مواجهة من عداهم، كما تفرض وجودها على هؤلاء قبل الأطراف وقبل بعضهم البعض. وهذا مايعرف بسريان العقد).⁸⁴

⁸⁰ القانون المدني المصري الصادر بقانون رقم 131 لسنة 1948

⁸¹ د. رضا متولي وهران ، إنتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص : دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،

1999 ، ص26

⁸² د. عبدالحكم فوده، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض - المجلد الأول : البطلان في

القانون المدني والقوانين الخاصة ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، ص 60

⁸³ د. عبدالحى حجازي ، النظرية العامة للتزام وفقاً للقانون الكويتي ، الجزء الأول : مصادر الإلتزام - المصادر

الارادية : العقد والارادة المنفردة ، المجلد الثاني : دراسة وظائف عناصر العقد - الارادة المنفردة ، بإعتناء د.محمد

الألفي ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1982، ص 735

⁸⁴ د. مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني في ثوبه الإسلامي - مصادر الإلتزام ، دون ناشر ، الطبعة الأولى ،

ص406- 407

الفرع الثاني

المضمون التقليدي لفكرة الغير

كان المضمون التقليدي لفكرة الغير من المعوقات التي واجهت ربط فكرة الحجية بالعقد تبعاً لحجية الحق الشخصي، ويأتي مضمون الغير التقليدي في هذا السياق كنتيجة على المضمون التقليدي لمبدأ نسبية أثر العقد، ذلك أن مبدأ النسبية بمضمونه التقليدي منع الغير من أن يتأثر بالعقد على الإطلاق، وهو ما استدعى الخلاف حول مركز بعض الأشخاص من العقد الذي يتأثرون به في الواقع. إذ على الرغم من أن مبدأ نسبية أثر العقد يقصر الأثر الملزم على المتعاقدين وخلفائهما، فإن الفقه لم يستقر على رأي واحد حول مدى اعتبار الدائن العادي من الغير، لكونه قريباً من أحد المتعاقدين، على نحو قد يستفيد أو يضار بتصرفات أي منهما. ذلك أن عدم التمييز بين حجية العقد وأثره الملزم جعل من مركز "الدائن العادي" مفهوماً ليس ثابتاً فيما يتعلق بمدى كونه غيراً بالنسبة لأثر العقد.⁸⁵

وقد انعكست هذه النظرة في آراء الفقه الفرنسي، إذ يرى (بودري-لاكنتيني) أن الدائن خلف عام لوجود شبه بينه وبين الوارث، حيث أن حق الدائن ينصب على ذمة مدينه المالية باعتبارها ضماناً عاماً للوفاء، وليس على عنصر محدد.⁸⁶ في حين يرى (لابورد-لاكوست) إلى اعتبار الدائن العادي خلفاً خاصاً باعتبار أن العلاقة بين الخلف والسلف تمثل قيمة اقتصادية يقدمها السلف إلى خلفه، وينتقد اعتبار الدائن خلفاً عاماً بسبب ما للخلافة العامة من مفاهيم اجتماعية وأسس أخلاقية، ومن أنه – أي الخلف العام – يمثل إمتداداً لشخصية سلفه، وبالتالي فيرجح إعتباره الدائن خلفاً خاصاً لكونه يتلقى حقاً من مدينه نتيجة نشاط إقتصادي معين.⁸⁷ وقد أيد في ذلك (بونكاز) الذي يرى بأن حق الدائن شخصي وعام سواء أكان مصدره عقد أم واقعة قانونية، وهو لا يرد على مجموع أموال المدين وإنما على شيء محدد فيها، ومن جهة أخرى فإنه يراقب نشاط مدينه فإذا أهمل كان له حق المطالبة نيابة عنه بموجب الدعوى المباشرة.⁸⁸

ويرى إتجاه آخر بأن الدائن يعتبر فئة ثالثة من الخلف، حيث يرى Weill (في) أن الدائن العادي ليس خلفاً عاماً ولا خاصاً، وإنما يمثل فئة ثالثة مادام يجمع مواصفات تنسب لكل منهما، ومن ثم

⁸⁵ .د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 148

⁸⁶ . نقلاً عن المرجع نفسه، ص 136-137

⁸⁷ Laborde-Lacoste (m), la notion d'ayants cause a titre particulier en droit prive francais, Bordeaux, 1, 16, p.77-87

⁸⁸ . نقلاً عن د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 140-141

لا ينطبق عليه مبدأ النسبية، إلا أن Weill (في) يرى بأنه يعتبر غيراً إذا تعلق الأمر بالغش، ومن ثم تثبت له الدعوى البوليصية.⁸⁹

وتأثر الفقه العربي بهذه النظرة، ذلك أن عدم التمييز بين الأثر العقدي والأثر المادي أدى بالضرورة الى إختلاف حول طبيعة مركز الدائن العادي من العقد الذي يتأثر به. إذ على الرغم من تأكيد بعض الفقه العربي على صفة الغيرية التي يتمتع بها الدائن، إلا أن البعض يعتبره ممن تنصرف إليه آثار العقد، فقد ذهب البعض الى اعتباره خلفاً عاماً بقوله أن (تصرفات المدين سارية على طائفة الدائنين العاديين الذين يعتبرون من حيث انصراف أثرها بمنزلة الخلفاء العامين ..)،⁹⁰ وينتهي إلى عدم اعتباره من الغير ، ومن ثم انصراف آثار العقد إليه.⁹¹

ومن جانب آخر يرى الأستاذ السنهوري ازدواج وصف الدائن العادي، حيث يرى بأن الدائن لا يعتبر من الغير وإنما فئة ثالثة عندما ذكر بأن له (مركزاً متميزاً) على حد قوله،⁹² فالضمان العام للمدين وفقاً لرأيه (هو الذي يجعل الدائن ينصرف إليه في الأصل أثر العقد الذي يبرمه المدين)،⁹³ ويرى من جهة أخرى أن (الدائن لا يعتبر خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً للمدين، وإنما هو ممن يسري في حقهم تصرف المدين باعتبار أن هذا التصرف هو واقعة مادية أنقصت أو زادت في ضمانه العام. لا باعتبار أنه تصرف قانوني أنشأ حقاً أو إلزاماً في جانبه).⁹⁴ ومن ثم ينتهي إلى اعتباره غيراً في حالات أخرى.⁹⁵

ويميل البعض الى القول باضطراب مركز الدائن العادي، فيقربه تارةً من الخلف العام في الضمان العام ويعتبره غيراً في مسألة أخرى الى أن ينتهي الى أنه (لا يعتبر خلفاً للمدين سواء كان خلفاً عاماً أو خاصاً إلا أنه قد يشبه الخلف العام في عدم إنتقال الإلتزامات إليه)،⁹⁶ مما يستنتج مع هذا القول – الذي يبقى في إطار فكرة الخلافة – إعتبار الدائن فئة ثالثة من الخلف.⁹⁷

وقد إنعكس ذلك على اتجاهات القضاء، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن : (مؤدى المادة (152) مدني من أن مبدأ نسبية أثر العقد يهيمن على قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص والموضوع بما

89. د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 142

90. د. مروان كساب ، الخطأ العقدي وآثار العقد ، دون ناشر ، الطبعة الأولى 2000 ، ص 73

91. المرجع نفسه ، ص 74

92. د. عبدالرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 597 ، هامش رقم (1)

93. د. عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة بالفقه الغربي – (5) أثر العقد بالنسبة إلى الأشخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثانية الجديدة ، 1998 ، ص 20

94. المرجع نفسه ، ص 21

95. المرجع نفسه ، ص 22

96. د. رضا متولى وهران ، المرجع السابق ، ص 34-35

97. ينظر أيضاً في عرض هذه الآراء لدى د. عبدالحى حجازي ، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 850 وما بعدها.

يقتضي أن أثر العقد إنما يقتصر على طرفيه والخلف العام والخلف الخاص أو الدائن في الحدود التي يبينها القانون).⁹⁸

أما على صعيد الفقه والقضاء في البحرين، فلا توجد - حسب اطلاعنا - دراسات متخصصة ومعمقة تناولت مركز الدائن العادي من العقد، إلا أن البعض حاول تفسير مركز الدائن العادي من العقد بالقول أنه لا يعد خلفاً خاصاً أو عاماً لأي من المتعاقدين وبالتالي لا تنصرف إليه مباشرة آثار العقود التي يبرمها المتعاقدين إلا أن ذلك (لا يفي تأثير الدائنين بما يصدر عن مدينهم من تصرفات بطريقة غير مباشرة، وذلك بقدر تأثير هذه التصرفات على عناصر الذمة المالية لهذا المدين، والتي تشكل الضمان العام لجميع الدائنين).⁹⁹ بينما ورد رأي آخر أكثر وضوحاً حول مركز الدائن صنف الدائن على أنه "غير"، باعتبار أن تأثيره بتغييرات الذمة المالية حملت على إعتقاد البعض أنه بحكم المتعاقد (حين كان يعتقد أن مبدأ نسبية أثر التصرف يحول دون انصراف الأثر المادي إلى الغير. ولكن مادام هذا المبدأ يحول دون أن تتمكن الإرادة من نقل أثر التصرف إلى الغير، فإن الدائن يحتفظ بهذا الوصف أي الغير).¹⁰⁰

وعلى أي حال فإن فشل محاولة ربط الحجية بالعقد تبعاً لحجية الحق الشخصي¹⁰¹ أدت إلى ظهور محاولة التأسيس لمبدأ حجية العقد على نحو مستقل عن التبعية لحجية الحق الشخصي، وهو ما يتناوله المبحث الثاني من هذا الفصل.

⁹⁸ . نقض مصري - جلسة 1971/2/21 مشار إليه لدى د. عبدالحكم فودة ، النسبية والغيرية ، المرجع السابق ، ص 13 وقد تكرر هذا الموقف لمحكمة النقض المصرية في حكم آخر برقم 331 صادر بجلسة 1991/1/ 24 السنة 53

قضائية ، الموقع الإلكتروني لوزارة العدل المصرية (قاعدة التشريعات والإجتهادات) www.arablegalportal.org ⁹⁹ . د. خالد جمال أحمد حسن ، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني البحريني "دراسة مقارنة" - مصادر

الإلتزام ، مطبوعات جامعة البحرين ، الطبعة الثانية 2002، ص 127 ¹⁰⁰ . د. صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام : دراسة مقارنة ، مطبوعات جامعة البحرين،

2010م ، ص 185-186 ¹⁰¹ . ويذكر البعض حول إسناد حجية العقد للحق الشخصي بالقول أن (حجية الحق الشخصي لا تبرر جميع جوانب الحق الشخصي، وذلك للأسباب التالية: (1) إن العقد الذي يؤدي إلى إنشاء شخص معنوي لا يكتسب الحجية من الحق الشخصي، لأن هذا الحق يكسب الشخص بعد أن يكتسب الشخصية المعنوية. (2) إن نقل هذا الحق أن نشوءه بواسطة العقد يكسب الحجية من العقد الذي يبرم قبل ظهور هذا الحق أو نقله). ويستطرد بالقول أنه ومع ذلك فإن (الحجية العامة للحق الشخصي تفسر مسؤولية الغير، فليس صحيحاً أن نعترف لشخص بحق شخصي ثم نجيز للغير المساس به، ولكن هل كل مساس بالحق الشخصي يؤدي إلى المسؤولية؟ والواقع أن هذا يستلزم وجود التزام مقابل للحق الشخصي على عاتق الغير). ويذكر أيضاً بأن تفسر (حجية الحق الشخصي بأنه هذا الحق يؤول لشخص معين مما يعني منع الغير من المساس بهذا الحق مادام لا يجوز استعمال هذا الحق إلا من قبل صاحبه، وفكرة منع الغير تعني حجية هذا الحق في مواجهته). Robert Wintgen, ibid , p.127-129

وعلى الرغم من ذلك لا يزال بعض الفقه الفرنسي يعتبر حجية العقد إمتداداً للحق الشخصي، حيث يرى (أوبرت) Aubert في تفسير ذلك أن مبدأ حجية العقد والحقوق والواجبات التي ينشئها في مظهرين، الأول الحجية تجاه الغير ويشكل بذلك الإمتداد الضروري لمفهوم الحق الذاتي أو الشخصي ويؤكد الإمتياز الفردي من جهة بأن ليس له معنى إلا بحجتيه في مواجهة الغير، والمظهر الثاني حجتيه العقد في مواجهة المتعاقدين فيشكل العقد بموجبها أداة يعهد بها القانون لمن هم أهل للحق لتنظيم علاقاتهم القانونية وحقوقهم، وفيما يتعلق بحجية العقد في مواجهة المتعاقدين يرى فيه الضريبة =

المبحث الثاني

التأسيس لمبدأ حجية العقد

يتناول هذا المبحث التأسيس لمبدأ حجية العقد، حيث قام الفقه بمحاولة تبرير مبدأ حجية العقد ووضع السند الذي يقوم عليه لتنظيم العلاقة الخارجية للعقد بين المتعاقدين والغير فيما يتعلق بالآثار المادية، ونتناول ذلك من خلال إسناد الحجية للعقد ذاته في المطلب الأول، ونتناول في المطلب الثاني اسناد الحجية للقواعد القانونية، وفقاً لما يلي :

المطلب الأول

اسناد الحجية للعقد ذاته

تحدد هذا النوع من التأسيس وفق اتجاهين، اتجاه يسند الحجية للعقد ذاته بوصفه واقعة مادية تنتج أثراً، بحيث لا يستطيع الغير تجاهلها، واتجاه آخر يرى أن احترام الغير للعقد إنما يكون للقوة الملزمة التي يتمتع بها. وهذا ما نبينه فيما يلي :

الفرع الأول

فكرة الواقعة المادية

نعرض في هذا السياق فكرة الواقعة المادية ، ثم نتناول الانتقادات التي وجهت إليها من قبل الفقه، وفقاً ما يلي.

أولاً : عرض فكرة الواقعة المادية :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مبدأ حجية العقد يتمتع باستقلالية في مواجهة مبدأ النسبية ومبدأ القوة الملزمة للعقد، فالعقد ينتج نوعين من الآثار، آثار مباشرة وتتعلق بالآثار الملزمة للعقد، وتخص طرفيه، وآثار غير مباشرة وهذه هي حجية العقد، أي بإمكان المتعاقدين التمسك به في مواجهة الغير

= الضرورية على منح القانون السلطة للإرادات المنفردة لتكوين التصرفات. نقلاً عن جاك غستان ، المرجع السابق ، ص436، هامش رقم (1)

وتمسك الغير به في مواجهة المتعاقدين.¹⁰² فالعقد بين أطراف العلاقة يكون بمثابة القانون، أما خارج هذه العلاقة فإن العقد يتحول في مواجهة الغير إلى مجرد واقع قائم أو موجود أو إلى مجرد واقعة اجتماعية،¹⁰³ ورغم أن العقد يتميز بعنصر الإرادة باعتبار أنها تؤدي إلى نتائج عقدية وتضفي له طابعاً موضوعياً،¹⁰⁴ إلا أن الحجية في حقيقة الأمر لا تستند إلى إرادة الطرفين كما هو الحال في القوة الملزمة، ولا إلى إرادة الغير.¹⁰⁵ فالحجية مجردة من أي طبيعة قانونية،¹⁰⁶ بمعنى أنها ليست تصرفاً قانونياً في مواجهة الغير.

ويعني ذلك أيضاً تطوراً جديداً لمفهوم الغير في علاقته القانونية مع أحد أطراف العقد، لا على أساس أنه يلزم بالعقد أو يكتسب منه حقاً وإنما لأن الغير يتأثر بالعقد كواقعة قانونية تحدث في محيط اجتماعي.¹⁰⁷ فالحجية تستند إلى نظرة واقعية لتشابك المصالح والعلاقات المختلفة في مجتمع ما، حيث أن العقد يغير من الأوضاع القائمة ومن الذمم المالية، ويخلق حقوقاً عينية أو شخصية أو مراكز قانونية، ليس في مكنة الغير تجاهها في علاقته بأطراف العقد، ولا يمكن لهؤلاء أن يتصلوا من هذا الوضع تجاه الغير.¹⁰⁸ وهذا ما أدركه أيضاً القضاء الفرنسي عندما إهتم بالحقيقة الاجتماعية التي يمثلها العقد.¹⁰⁹

ويبرر مبدأ حجية العقد بأن العقد هو واقعة (un fait) تفرض على الكافة، بأن العقد يؤدي إلى نشوء حقوق، هي شخصية بطبيعتها وكذلك يؤدي إلى ظهور القوة الملزمة للإلتزام¹¹⁰ في مواجهة أطرافه. ولكن أطراف العقد لا يمكن أن يعيشا في معزل عن المجتمع ولا يمكن تصور أن اتفاقهما غير مؤثر في الكيان الذي يعيشون فيه، والقول بغير ذلك يفترض أن طرفي العقد هما في معزل كامل عن الناس،¹¹¹ وهذا ما لا يمكن تصوره.

وقد تبنى هذه الفكرة ALAIN BENABENT (بينابنت) عندما قال بأنه (ليس في وسع الغير ولا يمكنه، حتى ولو لم يتوجب الاشتراك في تنفيذه، أن يجهل وجود العقد والوضع القانوني

102 . د. محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 35

103 . المرجع نفسه

104 . د. أيمن إبراهيم العشماوي ، مفهوم العقد وتطوره - دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ،

ص 107

105 . د. محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 35

106 . د. محمد حسين عبدالعال ، المرجع السابق ، ص 142

107 . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 150

108 . د. محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 35

109 . د. محمد حسين عبدالعال ، المرجع السابق ، ص 143

110 . Jaciues Ghestin, preface, pour la these, e'tude critique de la d'opposabilite,

Robert Wintgen, L.G.D.J, Paris, 2004, P. VI

111 . د. محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 38

والواقعي (الناجم عنه).¹¹² وقيل أيضاً بأن (مبدأ نسبية أثر العقد لا يمنع العقد من أن يكون واقعة اجتماعية أو اقتصادية، تكون لها آثار في مواجهة الغير : وهذه هي حجية العقد. ففي الوقت الذي يرتب العقد فيه إلتزامات بين أطرافه تكون له حجية، كحقيقة قانونية في مواجهة الكافة).¹¹³

وذكر (دانيال) Daniel MAINGUY بأن (مبدأ حجية العقد يعني : أنه يجب على الغير أن يحترم المركز القانوني الذي ينشأه العقد، ومع ذلك فإن هذا الاحترام يجب أن يكون بوسائل عقدية، فالعقد لا ينشئ إلتزاماً في مواجهة الغير وإنما ينشئ ببساطة مركز واقع، واقعة قانونية تكون حجة عليه، أي عليه احترامها، وبالمقابل فإن الغير يمكن أن يحتج بالعقد في مواجهة المتعاقدين).¹¹⁴

وقد وجدت هذه الفكرة تطبيقاً لدى القضاء الفرنسي في العديد من الأحكام، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه (إذا لم يكن الشخص مديناً أو دائناً فهو من الغير عن العقد الذي يمكن أن يستند إليه لمصلحته، بوصف العقد واقعة قانونية، أي المركز الذي أنشأ بواسطة العقد).¹¹⁵

ومن ذلك ما ذهبت إليه الغرفة التجارية بمحكمة النقض من أن (الواقعة ذاتها، القابلة لأن تشكل تخلفاً عن موجب موجود بين الفريقين المرتبطين بعقد، يمكن أن تكون بمثابة خطأ شبه تقصيري يجعل فاعلة مسؤولاً تجاه الغير الأجنبي عن العقد).¹¹⁶ وقضت ذات الدائرة بأنه (بإمكان الغير الأجنبي عن العقد، إذا لم يكن دائناً أو مديناً، التمسك لمنفعته، كواقعة قانونية، بالوضع الذي خلقه العقد).¹¹⁷

وفي الفقه العربي يرى الأستاذ سليمان مرقس إلى أنه (يجب التمييز بين هذا المعنى – ويقصد إنصراف أثر العقد – وبين ثبوت وجود العقد ووجوب إعراف الكافة به كواقعة قانونية حدثت وأنتجت آثاراً قانونية. فإن العقد المسلم به من عاقيه وذوي الشأن فيه لا يجوز للغير انكاره أو عدم الاعتراف بآثاره – فيما عدا الحالات التي يشترط فيها القانون شهر العقود لنفاذها في حق الغير – وليس معنى ذلك أن أثر العقد ينصرف إلى الكافة).¹¹⁸ ويفرق الأستاذ عبدالحى حجازي بين المعنى العادي لأثر

¹¹² آلان بينابنت ، القانون المدني – الموجبات (الإلتزامات) ، ترجمة : منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الناشر : منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى 2004 ، ص 187

وقال في موضع آخر بأنه (الغير لا يمكن أن يتجاهل وجود العقد وما ينجم عنه من واقعة أو حق. إذ يقال أن العقد حجة ولكن الغير لا يمكن أن يلغي العقد لأنه لا يكون مديناً أو دائناً بموجبه، ولكن الغير يمكن أن يثير فكرة العقد على إعتبار أنه واقعة قانونية). ALAIN BENABENT, Droit civil, Les obligation, lo e'dition, p.185

¹¹³ BERTAND Fages, ibid , p.226

¹¹⁴ Daniel MAINGUY, ibid , p.175

¹¹⁵ cass, com . 22 oct 1991, Bull.civ.n. 302

نقلاً عن Michel Grimaldi , ibid, p.178

¹¹⁶ 16 كانون الثاني 1973 ، نقلاً عن جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 434

¹¹⁷ 22 تشرين الأول 1991 ، نقلاً عن المرجع السابق ، ص 434 / مشار إليه لدى آلان بينابنت ، المرجع السابق ، ص 187

¹¹⁸ د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني : في الإلتزامات "نظرية العقد والإرادة المنفردة" (2) ، دار الكتب القانونية (مصر) ، مكتبة صادر (بيروت) ، الطبعة الرابعة ، ص 567

العقد من حيث الأشخاص والأثر غير العادي ، حيث يرى بأن (المعنى غير العادي "الأثر العقد من حيث الأشخاص" فهو أن العقد بإعتباره واقعة قانونية *fait juridique* يكون حجة على الغير *opposable* فلا يجوز لهم أن ينكروا وجوده. صحيح أن العقد لا يرتب في هذا المعنى أن يكون الغير بمقتضاه دائناً أو مديناً ، وإنما تنحصر حجته عليهم في أنهم لا يستطيعون أن ينكروا وجوده ، باعتباره واقعة قانونية . وعلى هذا المعنى تكون القاعدة أن العقد يحتج به على الغير ، أي لا يجوز للغير أن ينكروا وجوده).¹¹⁹

ويرى البعض الآخر بأنه (يجب التفرقة بين حجية العقد وأثر العقد فالعقد لا يعتبره واقعة قانونية حجة على كافة فلا يجوز شخص أن يجحد وجوده. أما أثر العقد فمعناه أن يصبح الشخص دائناً أو مديناً بمقتضى العقد).¹²⁰ أو أن (العقد يؤثر في المحيط الاجتماعي، فمن الضروري إحترامه لاستمراره، ويعطي هذا الحق لكل من المتعاقدين والغير ، في الاحتجاج به).¹²¹ كما قيل بأن (العقد باعتباره واقعة قد يرتب أثراً مادياً يضار به الغير أو ينتفع، دون أن يكون لإرادة المتعاقدين دور بهذا الشأن).¹²²

ولا يغير من ذلك تسميته بسريان العقد أو نفاذه¹²³ أو الاحتجاج المطلق بالعقد،¹²⁴ إذ قيل بأن (نفاذ العقد يعد مبدأ قانونياً متكاملأً ومستقلاً عن نسبية العقد ولا يقل أهمية عنه باعتباره عدم امكانية اقتصار النظر إلى العقد من زاوية داخلية فقط، فهو حتماً يؤثر في الحياة كواقعة يحتج بها سواء من

119 . د. عبدالحى حجازي ، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 735

120 . د. محمد محي الدين ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 120

121 . د. زواوي فريده ، مبدأ نسبية العقد ، رسالة دكتوراه مقدمه إلى معهد الحقوق والعلوم الإدارية – جامعة الجزائر – بن عكنون ، 1992 ، ص 73

122 . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 149

123 . يقول الدكتور عبدالحكم فوده بصدد حديثه عن عدم النفاذ بأن (عدم النفاذ *L'inopposabilite* وعدم السريان *L'inefficacite* عبارتان مترادفتان، ويعني بهما عدم الإحتجاج بأثار التصرف القانوني في مواجهة الغير. فالتصرف وإن كان صحيحاً منتجاً لأثاره بين عاقديه، إلا أنه غير نافذ في حق الغير الذي لم يشارك فيه)، ويضيف بأن (مقتضى عدم النفاذ أن يتجاهل الغير التصرف ولا يدخله في حسابه) . د. عبدالحكم فوده ، البطلان ، المرجع السابق ، ص 57-

58

124 . علماً بأن بعض الفقه العربي أخذ بمصطلح حجية العقد، ينظر في ذلك د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق / أيضاً د. محمد حسين عبدالعال ، المرجع السابق / أيضاً د. محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق / د. محمد محي الدين ابراهيم ، المرجع السابق / د. سعد ربيع عبدالجبار ، حجية العقود وأثرها في استقرار العلاقات القانونية (دراسة قانونية مقارنة) ، رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية الحقوق بجامعة النهرين – الجمهورية العراقية ، 2008م.

ونفضل من جانبنا مصطلح حجية العقد أو حتى الإحتجاج بالعقد بدلاً من سريان العقد أو نفاذ العقد، ذلك أن مصطلح السريان أو النفاذ يشير إلى حجية العقد في مواجهة الغير دون حجته في مواجهة المتعاقدين، ومن ثم نرى أن مصطلح حجية العقد أو الإحتجاج بالعقد مصطلحان يعدان أكثر شمولاً ويعبران عن حقيقة مبدأ الحجية بوجهيه، وهو ما لا يتحقق في مصطلح سريان العقد أو نفاذه، بل أن هذه المصطلحات الأخيرة تعد جزءاً من كل، بمعنى أن السريان والنفاذ يعدان جزءاً من مبدأ الحجية.

الطرف المتعاقد لإقامة مسؤولية الغير أو من طرف الغير لإبراز مسؤولية المتعاقد).¹²⁵ كما قيل بأن نفاذ العقد وسريانه يتعلق بالإطار الداخلي للعلاقة العقدية، في حين يتناول الإحتجاج المطلق بالعقد تنظيم العلاقة الخارجية، فالتمييز فيما يتعلق بأثر العقد، (بين نفاذه وترتيب آثاره، وهذا هو المقصود بنفاذ العقد بالمعنى الدقيق، وبين التمسك والإحتجاج به من الجميع وعلى الجميع بإعتباره حقيقة وواقع إجتماعي).¹²⁶

ثانياً : تقويم فكرة الواقعة المادية :

لم يسلم الفقه بكفاية فكرة الواقعة المادية للعقد وحدها لتفسير مبدأ حجية العقد، حيث يرى (وينتجن) بأن العقد هو واقعة، ولكن الواقعة لا يمكن أن تنتج أثراً قانونية في مواجهة الغير ما لم يجر القانون ذلك.¹²⁷ ومن هنا لم يرجح وجود نظرية عامة للحجية بإيجاد حجية للوقائع القانونية (بالمقابل مع حجية التصرفات القانونية).¹²⁸ وانتقد من قال بها لأنه لا يوجد ما يميز بين حجية الوقائع وحجية التصرف القانوني.¹²⁹

وينتقد (أنسل) هذه الفكرة أيضاً بالقول أن إسناد الحجية إلى أن العقد واقعة في مواجهة الغير يؤدي إلى الخلط بين الواقع والقانون، حيث يرى أن الواقعة القانونية لا تؤدي إلى قواعد قانونية جديدة وإنما تؤدي إلى تطبيق قواعد موجودة سلفاً على المركز المعين.¹³⁰

الفرع الثاني

فكرة القوة الملزمة للعقد

إن عدم الاجماع على وصف العقد بأنه واقعة مادية دفع الفقه إلى البحث عن الحجية في إطار القوة الملزمة للعقد، وهذا ما نعرض فكرته ومن ثم تقويمها فيما يأتي.

¹²⁵ د. محمدي سليمان ، نفاذ العقد ، رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية الحقوق – جامعة الجزائر – بن عكنون ، 2003-

2004 ، ص 5

¹²⁶ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، نظرية الإلتزام (1) المصادر الإرادية للإلتزام – العقد والإرادة المنفردة (التصرف القانوني)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت 1995 ، ص 328

Robert Wintgen, ibid, P. VI

J. Duclo, l'opposabilite (essai d'une theorie generale) , J.G.D.J 1984

Robert Wintgen, ibid , p.91 نقلاً عن

Robert Wintgen, ibid, p.91

P.Ancel, force obligatoire et conteru obligationnel du contrat, RTD-viv,1999, p.52

أولاً : عرض فكرة القوة الملزمة للعقد :

يستند هذا الاتجاه إلى المذهب الوضعي الذي ينكر أن الفرد هو غاية القانون، فالفرد ليس كياناً مستقلاً بذاته، وإنما يندمج في الجماعة، وأن القانون واحد هو القانون الوضعي الذي يفرض على الجماعة النظم التي تؤدي إلى استقرار المجتمع ويوفق بين المصالح الفردية والمصلحة العامة، فلا يترك احترامه إلى ضمير الفرد أو إرادته، ومن ثم فإن أساس القوة الملزمة للعقد هو القانون، فهو يسمح للأفراد بالدخول في نطاق القاعدة القانونية المسماة بالعقد بإعلان إرادتهم في ذلك، ويتكفل بتحديد آثار العقد والإطار العام لمضمونه.¹³¹

فالقانون يفرض الإلتزام بالعقد على طرفيه وعلى الغير، على حد سواء، كل مافي الأمر أن التزام الطرفين بالعقد ينصب على أداء موضوعه وما يترتب عليه من حقوق، بينما ينصب إلتزام الغير على المركز القانوني الناشئ عنه، وهذا الأمر لا يتعارض مع القول بأن العقد يفرض إلتزاماً في ذمة الغير باحترام العقد وعدم هدم المركز القانوني الناشئ عنه، وهذا ليس التزاماً يقع في ذمة هذا الغير، ولا هو عنصراً سلبياً فيها، حيث أن التزامه ليس ذا قيمة مالية ولا ديناً حقيقياً على الغير. وهذا يعني أن أساس الإلتزام بالعقد ومصدر قوته الملزمة هو القانون، وليس ما يمنع إمتداد هذه القوة الملزمة إلى الغير، ودليل ذلك أن المشرع نفسه يقرر في حالات عديدة إمتدادها إذا كان ضرورياً لعدم انهيار المركز القانوني الناشئ عن العقد.¹³²

ويبرر بعض الفقه الفرنسي هذا الرأي بأن (حجية المركز العقدي في مواجهة الغير هي تكملة ضرورية للقوة الملزمة للعقد، فعندما يفتقر العقد للحجية فإنه يكون على خطر فقدان فاعليته مادام يستطيع الغير أن يتجاهل وجوده).¹³³

ويرى البعض الآخر أن (للعقد قوة ملزمة في مواجهة الغير مثلما في مواجهة أطرافه أنفسهم ، وهذه القوة الملزمة في مواجهة الغير تسمى حجية العقد ...، ومن المعلوم أن مضمون القاعدة العقدية لا تخص مباشرة إلا أطراف العقد أنفسهم، ولكن كقاعدة عامة فإن القانون لا يمكن المتعاقدين من فرض القواعد التي تنشأ حقوق وإلتزامات بينهم، وهذا يأتي فيما يتعلق بالمضمون الملزم، فقاعدة العقد لا تجعل مديناً أو دائناً إلا المتعاقدين فالبيع لا يجعل مالكاً إلا المشتري وشرط الاختصاص لا يعطي الاختصاص إلا للمحكمة التي حددت من قبل الطرفين، ولكن هذه القواعد – بسبب أنها تجد أصلها في

¹³¹ . د. محمد ابراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 13

¹³² . المرجع نفسه ، ص 14

¹³³

القانون الخاص، ليس لها إلا أثر شخصياً مقيداً .. ولكنها تفرض في مواجهة كافة من جهة أن الكل ملزم باحترامها).¹³⁴

ويُفسر البعض الآخر إستنباط الحجية من القوة الملزمة بأنه من المعروف أن القوة الملزمة للعقد تفرض على الأطراف ولكن أيضاً على القاضي حيث أنها تتحول إلى قاعدة تتمتع بالإلزام، ومن ثم فإن القاضي إذا رفض فكرة الحجية فإن ذلك سيؤدي بالضرورة إلى إنكار وجود العقد ومن ثم عدم إلزام الأطراف أنفسهم باحترام اتفاقهم.¹³⁵ فإذا وضعنا الأطراف في مواجهة الغير فإن الحجية توجه نحو إنتاج العقد لكل آثاره، ويستتبع من ذلك أن الحجية لا يمكن أن تكون لها آثار بمعنى أن تمكن الأطراف في مواجهة الغير من حقوق غير التي تم التعاقد عليها فيما بينهم، فالعقد لا يمنح الأطراف في مواجهة الغير حقاً مطلقاً إذا كان الحق الذي تم التعاقد عليه هو حق شخصي وليس إلحاقاً نسبياً. وفي هذا السياق قد يكون للحجية آثار ملزمة في مواجهة الغير ولكن هي في الإطار الذي تبرره القوة الملزمة للعقد، فالحجية تعتمد على طبيعة ونطاق الالتزامات النافذة والناشئة عن العقد.¹³⁶

ثانياً : تقويم فكرة القوة الملزمة للعقد :

لم يسلم الفقه بهذا التفسير باعتبار أن الحجية التي بموجبها يلتزم الغير باحترام العقد لا يمكن أن تستتبع من القوة الملزمة للعقد، لأن مبدأ نسبية العقد يحول دون ذلك،¹³⁷ إذ أن مبدأ نسبية أثر العقد يحدد الإطار الشخصي للقوة الملزمة للعقد التي تتناول الأثر الملزم للعقد على طرفية، باعتبار أن أحدهما دائناً، والآخر مديناً، بخلاف الحجية التي لا تظهر الغير بصورة دائن أو مدين بطبيعة الحال.¹³⁸ ويرى (دوكلو) أن القوة الملزمة مقصورة على الإطار العقدي، فالعقد بوصفه مصدراً للإلزام، بينما الحجية تتمتع بنطاق أشمل من ذلك، إذ تتوفر للوقائع المادية، والعقد والحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق التي ترد على أشياء غير مادية، والمراكز القانونية للأشياء والأشخاص.¹³⁹ كما أن القوة الملزمة للعقد تجد جزءاً لها في نظرية العقد، فإن أحل المدين بالتزامه العقدي يجوز للدائن اللجوء

P. AMESELEK , la pense'e de ch. Eisenmonn, Economica, 1986, n.53

134

Robert Wintgen, ibid, 2004, p.725 نقلاً عن

ibid,p. 725

135

ibid,p. 224

136

ibid,p. VII

137

138 . وقريباً من هذا المعنى يرى (Bertrant) أن القوة الملزمة للعقد يمكن ان تفسر قاعدة نسبية المفعول الملزم للعقد

الذي ليس في وسعه أن يجعل الغير مديناً أو دائناً. نقلاً عن جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 435

139 . هذا ما ذهب إليه (دوكلو) في رسالته حول الحجية، باريس ، 1984 ، ص 22 نقلاً عن د. محمد إبراهيم دسوقي ،

المرجع السابق ، ص 36

الى طلب التنفيذ العيني أو الفسخ أو التنفيذ بمقابل، بينما جزاء الحجية فيتردد بين عدم السريان والبطلان والإسترداد والمسؤولية، وذلك بسبب تعدد الصور التي يخالف فيها مبدأ الحجية.¹⁴⁰

وينتقد (كوتال) الإستناد إلى القول الملزمة للعقد بقوله أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يبقى (عاجزاً عن تسويغ واجب الغير في احترام الموجب تحت طائلة اعتباره مسؤولاً تقصيراً. وهذه المسؤولية لا تولد من العقد ذاته، إذ ليس فيه مصدرها بشكل مباشر، إنها تولد من الخطأ الذي ارتكبه بعدم مراعاة حق يعرف أنه موجود عن طريق إبرام العقد. ولا يستهدف مبدأ قوة العقد الملزمة ومبدأ سلطان الإرادة سوى المتعاقدين وهما غير قابلين للتطبيق في حقل الغير).¹⁴¹

وحاول أنصار فكرة القوة الملزمة كأساس للحجية الدفاع عن موقفهم، فقد ذهب (أنسل) إلى التمييز بين الأثر المنشئ للإلتزامات والقوة الملزمة للعقد حيث يرى أن (الأثر المنشئ للإلتزامات ما هو إلا المضمون الذي يحدده المتعاقدان للعقد. والقوة الملزمة للعقد هي أن العقد يؤدي إلى نشوء القاعدة القانونية الجديدة التي تفرض على المتعاقدين أيأ كان مضمون العقد، والتي يجب على القاضي أن يطبقها عندما يفصل بين الخصومات العقدية).¹⁴² ويستطرد بأنه في عقد الإطار الذي يمثل قوة ملزمة للمتعاقدين قبل تحديد مضمون الإلتزام، إذ أن (للعقد قوة ملزمة في مواجهة الغير مثلما بالنسبة للأطراف. وهذه القوة الملزمة هي التي تسمى حجية).¹⁴³

وذهب (غستان) إلى أن هذه الانتقادات غير مبررة إلا بشكل جزئي، حيث أن ثمة رابطاً فعلياً بين القوة الملزمة للعقد وحجيته، دون أن يعني ذلك أن الحجية مجرد تطبيق لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فالمبدأ أن القوة الملزمة والحجية هما في الواقع أساسان متكاملان يهدفان إلى تأمين فعالية العقد.¹⁴⁴

ورداً على ذلك يذكر البعض البعض بأنه إذا كانت القوة الملزمة تفرض على الغير فإنها تفرض بوصفها واقعة، وأن الحجية التي بموجبها يلتزم الغير باحترام العقد لا يمكن أن تستنبط من القوة الملزمة للعقد، لأن مبدأ نسبية العقد يحول دون ذلك. ويمكن، علاوة على ذلك، التمسك بأنه مثلما القوة الملزمة للعقد، ترد الحجية إلى فاعلية العقد *utilite du contrat* إذ تظل فكرة أثر العقد في مواجهة الغير قائمة، ولكن فاعلية العقد لا تكفي للحكم بين مصالح الغير ومصالح المتعاقدين، لأن الفصل بين هذه المصالح يكون عندما يراد فرض أثر على الغير.¹⁴⁵

¹⁴⁰ د. محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 36-37

¹⁴¹ (Goutal) نقلاً عن جاك غستان، المرجع السابق، ص 435

P.Ancel, ibid, P.771

ibid

Robert Wintgen, ibid, p. VII

¹⁴⁴ جاك غستان، المرجع السابق، ص 435

¹⁴⁵

إن القوة الملزمة لا توجه إلا للمتعاقدين، إذ أن مبدأ نسبية أثر العقد يحول دون امتداد القوة الملزمة للعقد. فالبنك على سبيل المثال لا يمكن أن يحتج بالاتفاق بين الزوجين على أن أحدهما يقوم بتسديد القرض الذي أبرماه بالتضامن في مواجهة البنك ولا يستطيع المستأجر أن يحتج هو الآخر بالشروط الواردة في عقد بيع العقار.¹⁴⁶

صحيح أن فاعلية العقد تكمن في حجته في مواجهة الغير، فالحق عندما ينقل الملكية فإن نقل الملكية لا معنى له مالم تكن له حجية في مواجهة الغير، ولكن ذلك ليس كافياً لبناء الحجية على القوة الملزمة للعقد، لأن القوة الملزمة للعقد ترتبط بأثر العقد وهذا الأثر نسبي لا ينصرف إلى الغير بموجب مبدأ نسبية أثر العقد، كما أن هذه النسبية لا تمنع القاضي من تطبيق حكم القوة الملزمة للعقد.¹⁴⁷

ولا شك بأنه إذا رفضت الحجية فإن ذلك يؤدي بالضرورة إلى إنكار وجود العقد وبالنتيجة أن لا يحترم أطراف العقد اتفاقهم، ولكن الحجية هي ليست من أثر العقد وإنما تبني على العقد من حيث الوجود، وحتماً لو كان القاضي هو "غير" بالنسبة للعقد ولكن عليه أن يطبق القانون إلى جانب تكيف العقد من حيث الوجود، فالعقد بوصفه واقعة هو ذا حجية يجيز للقاضي أن يأخذ بنظر الاعتبار وجود العقد ويستنبط من هذا الوجود نتائج، وأكثر من ذلك فإن العقد يمكن أن ينتج آثاره المختلفة في مواجهة الغير إذا فرض القانون ذلك، فالقانون يمكن أن يجعل العقد قابلاً أن ينقل حقاً يفرض على الغير ولكن ذلك ليس نتيجة للقوة الملزمة للعقد.¹⁴⁸

إن القول بأن الحجية تستنبط من القوة الملزمة للعقد يخفي أصل هذه الحجية، فالقوة الملزمة للعقد تجعل أطرافه يخضعون لقاعدة العقد التي أوجدتها إرادتهم. فالقانون يجيز للأطراف أن يضعوا قاعدة العقد، ولكن القاعدة التي يضعها الأطراف بهذه الصورة لا تلزم الغير، فثمة قواعد متميزة عن القوة الملزمة للعقد يمكن أن ترتب آثاراً أخرى. فنقل الحق العيني أو تكوين شخص معنوي لا يعني القوة الملزمة للعقد، وإنما يعني فرض احترام الغير للمركز الجديد وهذه هي الحجية التي تختلف بطبيعتها عن الأثر الملزم.¹⁴⁹

والرأي أنه إذا كان صحيحاً أن مبدأ الحجية يختلط مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث يأتي المشرع أحياناً ليقرر إمتداد القوة الملزمة للعقد الى الغير، بهدف حماية العقد إزاء تجاهل الغير لوجوده،

Robert Wintgen, ibid, P.74

ibid, p.145

ibid, p.145-146

ibid, p.146

146

147

148

149

إلا أن العقد لا تمتد قوته الملزمة إلا بنص تشريعي يقرر ذلك.¹⁵⁰ وإذا كان الأمر كذلك فإن أي امتداد لهذه القوة الملزمة يجب أن يأتي بنص تشريعي يقرره، وهذا يعني أن القوة الملزمة للعقد تقتصر على أطرافه وإذا امتدت إلى غيرهم فإن ذلك على سبيل الإستثناء وبحكم القانون، وهذا لا يعني أن القوة الملزمة للعقد أساس الحجية، فالأجدي أن نبتعد عن دواخل وكوامن العقد بين أطرافه، فلا يتم الزج بمبدأ القوة الملزمة الذي يحدد إطاره مبدأ النسبية في الحدود التنظيمية لمبدأ الحجية الذي يعنى بتنظيم العلاقة الخارجية له، إذ قد يترتب على ذلك القول بامتداد القوة الملزمة للعقد إلى الغير أن يصبح الغير بموجبه دائئاً أو مدينأ، وهذا المعنى يختلف عن مفهوم حجية العقد.

فالأثر النسبي للعقد يعني أن هذا الأثر لا يلزم إلا أطراف العقد، وبصورة عامة فإن القاعدة ينشأها العقد، وقد استند هذا المبدأ إلى الحرية الفردية والعدالة والأمن القانوني، وهذه المبادئ ذاتها قد تؤدي ، في حالات معينة، إلى القبول بقواعد قد تمت الآثار الملزمة للعقد إلى الغير، وبموجب القوة الملزمة للعقد يصبح لأطرافه صفة الدائن والمدين، وفي القانون الفرنسي فإن الأثر الناقل هو أثر يعد من قبيل الإلتزامات : فعندما ينقل العقد الحق العيني أو الملكية فإنه في ذلك يكون حجة قي مواجهة الكافة.¹⁵¹

وإزاء ذلك طرح جانب آخر من الفقه فكرة إسناد الحجية بالإستناد إلى النصوص القانونية، تبعأ لعجز الفقه في إسناد الحجية إلى العقد ذاته، وهذا ما نتناوله في المطلب الثاني وفقاً لما يلي.

المطلب الثاني

اسناد الحجية إلى القواعد القانونية

نظراً للإنتقادات التي واجهت إسناد الحجية للعقد ذاته ، ظهر إتجاه آخر حاول اسناد الحجية إلى القواعد القانونية المقررة في النصوص التشريعية، ونتناول في هذا المطلب فكرة اسناد الحجية إلى القواعد القانونية، ثم نتطرق إلى تقويم ذلك وفقاً لما يأتي:

¹⁵⁰ . د. محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 23 / وفي هذا الإطار – أي تدخل المشرع ليقرر امتداد القوة الملزمة للعقد – ظهرت "أزمة العقد" عندما تنبأ البعض بنهاية العقد في ظل الفكر الاشتراكي. ينظر في ذلك لدى د. أيمن إبراهيم العشماوي ، المرجع السابق ، ص 156

Robert Wintgen, ibid , p.152

الفرع الأول

فكرة اسناد الحجية إلى القواعد القانونية

أسند هذا الإتجاه الحجية إلى النص القانوني، على اعتبار أن العقد يفقد قوته القانونية في مواجهة الغير دون نص، وعليه نبين في هذا الفرع كيفية الاسناد إلى النص القانوني، ونتبعه بتطبيقات ذلك الاسناد وفقاً لما يلي:

أولاً : كيفية الاسناد إلى النص القانوني :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن وجود العقد هو الحجية ، ولكن هذه الحجية هي وصفية ، إذ لا تبرر انصراف أثر العقد إلى الغير. صحيح أن العقد هو واقعة، ولكن الواقعة لا يمكن أن تنتج آثاراً قانونية في مواجهة الغير مالم يجز القانون ذلك. ومن هنا فإن العقد لا يتميز عن غيره من الوقائع.¹⁵² ومن ثم يجب البحث عن القواعد التي تمنح العقد هذا الأثر وليس في فكرة الحجية ذاتها. فعلى سبيل المثال ، للإجابة على السؤال: بأي الشروط يمكن للعقد أن ينشئ شخصاً معنوياً له القدرة على التمثيل ونقل الحق العيني؟ ويجب بأنه لا يكفي أن نثير فكرة وجود العقد وإنما يجب أن نستند إلى القواعد القانونية التي تمكنه من إنتاج هذا الأثر. إذن فوجود العقد لذاته لا يكفي لتبرير الأثر القانوني، ومن ثم لكي يكون للحجية مضمون قانوني، ولكي تكون مبدأ، يجب أن نبحت عن أساس آخر لها.¹⁵³

وينتقد أصحاب هذا الإتجاه الرأي الذي يذهب إلى أن الأساس يكمن في أن العقد ينتج حقوقاً شخصية والتي تصبح بطبيعتها حجة في مواجهة الكافة، في حين أن فكرة الحق الشخصي تتضمن حصر الحجية في نطاق محدود بمن يكون له الحق الشخصي، بينما استثنى هذا الشخص بالحق لا يؤدي إلى الحكم المسبق على الطرق التي تتم بها حماية الحق.¹⁵⁴ وبصورة عامة فإن الحقوق الشخصية تتم حمايتها بطريقة "المنع". أي منع الغير من المساس بالحق، بمعنى أن أي ممارسة لهذا الحق من قبل الغير لا يكون لها أثر. وتتمثل هذه الحماية بوسائل أخرى، منع المساس بالمادة التي يرد عليها الحق، وفرض الجزاءات على الغير بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية. وهذه ميزة من ميزات النظام القانوني، ولكن هذا النظام لا تفرضه طبيعة الحقوق الشخصية.¹⁵⁵

Robert Wintgen, ibid, p. VI

ibid

ibid

ibid

152

153

154

155

إن الرجوع إلى أن العقد بوصفه واقعة يمكن أن يرتب النظام القانوني عليها آثاراً قانونية، خاصة في مواجهة الغير، وذلك بموجب قواعد قانونية تنص على هذا الأثر. ومن ثم ليس القصد الاختيار بين حجية وعدم حجية العقد، ولكن فيما إذا كان الأثر الذي ينتجه العقد مبرراً، وهذا يؤدي إلى فهم الحقيقة ونظام الآثار المختلفة للعقد في مواجهة الغير.¹⁵⁶ كما أن تلك المحاولات وإن كانت تفسر فرضية احتجاج المتعاقدين بعقدتهم في مواجهة الغير، باعتبار أن من واجبه احترام العقد، إلا أنها فرضيات لا تفسر رجوع الغير على المتعاقدين بالإستناد على عقدتهم، بمعنى أن هذه المحاولات وإن فسرت مبدأ حجية العقد في مواجهة الغير، إلا أنها تبقى عاجزة عن تفسير مبدأ الحجية في مواجهة المتعاقدين ذاتهم.

ثانياً : طرح التطبيقات القانونية :

ورد بشأن إسناد الحجية إلى النصوص القانونية بعض التطبيقات من ذلك أن إنتقال ملكية العقار بين المتعاقدين - اثر ملزم للعقد - يؤثر بنظام الإشهار، والإشهار يخضع الحجية على تحقيق شكليات معينة، إذ أن أثر العقد الناقل للملكية يستند هنا إلى الإشهار، وينتج عن عدم حجية الأثر الناقل للملكية أن الغير يمكن أن يكتسب ملكية المال أو العقار من المالك ذاته. وهذا البيع يصبح نافذاً حتى وإن كان الغير يعلم بالبيع الأول الذي لم يتم إشهاره، وإن كان سيء النية يمكن أن ينقل الملكية بصورة نافذة إلى مشتري آخر، ولكن هذا العقد، مع ذلك، قد ينتج أثره في مواجهة الغير فيعرض الغير نفسه للمسؤولية التقصيرية في مواجهة المشتري الأول، وقد يؤدي ذلك إلى إبطال العقد كجزاء يوقع على الغير (هذا يعد تعويضاً عينياً). ولكن المشتري الذي تلقى الملكية بحسن نية لا يقلق من ذلك، ومن ثم نلاحظ آثاراً مختلفة للعقد.¹⁵⁷

فالعقد الذي لا يتم إشهاره لا ينتج أثره في مواجهة الغير، حتى في مواجهة من يعلم به، ولكن يمكن أن لا ينتج أثراً استناداً إلى الحجية عندما يكون محمياً بواسطة المسؤولية التقصيرية لمواجهة الغير سيء النية، وأثار هذا العقد تتميز بعضها عن الآخر طبقاً لكل نظام.¹⁵⁸ ومن هنا يتوصل أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الحجية ليست ملزمة لذاتها.

Robert Wintgen, ibid, P. VIII

ibid

ibid

156

157

158

وتبرر مسؤولية الغير في مواجهة المتعاقدين على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية،¹⁵⁹ فالحجية لا تزودنا بإجابة بشأن درجة الحماية المناسبة لمصلحة المتعاقدين، وأن حماية الحقوق الناشئة عن العقد في مواجهة فعل الغير مبررة، فيمكن أن نستنتج من الحق الشخصي مثلما وضع من رد الحجية إلى هذا الحق، بأن مركز صاحب الحق هو مركز شرعي أو قانوني. وفيما يتعلق بإخلال الغير بالعقد عندما يحث المدين على الإخلال بالتزامه بإغرائه بالتعاقد بشروط أفضل، يجب رفض ذلك، لأن هذه الفكرة تؤدي إلى المساس بالفاعلية الاقتصادية للحق، ومع ذلك فإن المسؤولية التقصيرية ليست الوسيلة الوحيدة لحماية الحق الناشئ عن العقد، وليس الأكثر فاعلية، ومن ثم فإن النظام القانوني يمنح الحقوق حماية مانعة (تمنع الغير من المساس بها)، وتترجم هذه الحماية بعدم فاعلية التصرفات التي تبرم بتجاهل وجود تلك الحقوق. فعندما يوجد نظام للإشهار، خاصة بالنسبة للعقارات، يجب أن نرجح هذه (الحماية المانعة). ومن المؤسف حسب هذا الاتجاه أن القانون الفرنسي، يجهل حالياً، إمكانية حماية الحقوق بهذه الطريقة. فالمسؤولية التقصيرية يجب أن لا تطبق إلا إذا كانت الحماية المانعة غير فعالة، أو لا يمكن تطبيق أحكامها. ويجب أن نأخذ بنظر الاعتبار مصلحة الغير مثلما يؤخذ بنظر الاعتبار مصلحة المتعاقدين. فالموازنة بين المصلحتين تعتمد على درجة الحماية التي يجب أن تمنح للعقد بواسطة المسؤولية التقصيرية.¹⁶⁰

وفيما يتعلق بمسؤولية المتعاقدين في مواجهة الغير يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يمكن تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية، وذلك عكس رأي البعض الذي استمده من بعض قرارات القضاء الفرنسي، إذ يعتبر أن حجية العقد لا تتضمن أن كل خطأ عقدي يجب أن يوصف بأنه خطأ تقصيري، وأن هذا الرأي غير مبرر ويؤدي إلى الافتقار إلى الأمن القانوني.¹⁶¹ فيجب تطبيق أحكام مبدأ نسبية أثر العقد على الخطأ العقدي أيضاً، ولكن هذا المبدأ لا يمنع الحكم بالمسؤولية التقصيرية في مواجهة الغير، ولكن هذا يستلزم البحث عن فعل يؤدي إلى المسؤولية، وهذا الفعل يتميز عن عدم التنفيذ، إذ أن عدم التنفيذ يمكن أن يتعاصر مع فعل تقليدي أو يتطابق معه، ولكن ليس هو مبرر وجود الفعل التقليدي.¹⁶² ويرى البعض بهذا الصدد أن الواجب القانوني على الأطراف في مواجهة الغير يصطدم بمعوقات، هي :

¹⁵⁹ . نتناول هذه المسؤولية فيما بعد ، ينظر ص 98 وما بعدها من هذه الرسالة.

Robert Wintgen, ibid, P. IX

ibid

ibid, p.X

¹⁶⁰

¹⁶¹

¹⁶²

- لا يوجد في القانون أو الفقه قاعدة قانونية تخص تعريف ما هو غير مشروع، فلا يوجد في القانون المدني الفرنسي تعريف للفعل الذي يؤدي إلى المسؤولية، ولا يوجد في القضاء تعريف للخطأ في المسؤولية الشخصية.

- أن عدم تبرير المسؤولية التقصيرية عندما يؤدي تطبيقها الى عدد من دعاوى المسؤولية تمارس بين أطراف المجموعة العقدية.¹⁶³ وهذا ما يصطدم بتعريف الواجب القانوني الذي يلقي على عاتق أطراف العقد في مواجهة الغير، إذ لا بد من معيار يميز بين الحماية التقصيرية لمصلحة الغير، وامتداد الأثر العقدي بواسطة الدعوى المباشرة.¹⁶⁴

واقترح البعض الآخر تبني المبدأ الألماني كمعيار وهو يكمن في التمييز بين المصلحة المنظمة التي تتم حمايتها بواسطة المسؤولية التقصيرية، والمصلحة المعادلة e'quivalence التي تحمي بواسطة العقد، حيث اقترح أعمال هذا التمييز بأن لا تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية إلا على أولئك الذين عند تنفيذهم للعقد يلحقون ضرراً بالشيء الذي هو محل العقد وذلك بالتححرر من منح الغير المالك للشيء دعوى مباشرة.¹⁶⁵

وحسب هذا الإتجاه فإن فكرة الحجة مفيدة من الناحية التاريخية لأنها أدت إلى الاعتراف بأن العقد قد ينتج أثراً في مواجهة الغير، رغم أن مبدأ نسبية أثر العقد الذي اشتملت عليه المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي، ولكن مع ذلك يرى أصحاب هذا الإتجاه بأن المبررات الحقيقية لانصراف هذه الآثار لا نجدها من خلال البحث في طبيعة العقد ذاته، وإنما تستنبط من قواعد مختلفة، وهي التي تنظم الأثر الناقل للعقد، وقواعد المسؤولية التقصيرية، ولفهم إنصراف أثر العقد إلى الغير لا بد من التمييز بين هذه القواعد.¹⁶⁶ ويستشهدون على ذلك بموقف بعض الفقه الفرنسي الذي يذهب إلى أن الأساس الحقيقي لحق الغير في الحصول على تعويض الضرر الذي يتعرض له بسبب الخطأ العقدي هو مبدأ حجية العقد، وهذا يعني أن كل خطأ عقدي يصبح في مواجهة الغير خطأ تقصيري، ويكمل ذلك بأن الغير إذا ارتكب فعلاً يمس بالعقد رغم علمه بالعقد فإن فعله يشكل خطأ تقصيرياً، ومن هنا يستنتج أن

¹⁶³ . المجموعة العقدية نظرية طرحها بعض الفقه الفرنسي وتسمح بإدخال أطراف من الغير في إطار علاقات عقدية مترابطة من حيث المحل أو السبب، بحيث يستطيع كل طرف في هذه المجموعة الرجوع على الآخر بدعوى عقدية مباشرة رغم عدم وجود عقد بينهم. وتتناول تفاصيلها في الفصل الثالث من هذه الرسالة.

Robert Wintgen, *ibid*, p. XI

ibid

ibid

¹⁶⁴

¹⁶⁵

¹⁶⁶

الحجية تظهر بوصفها فكرة تفسيرية تثار كمبدأ يفسر إنصراف الأثر المادي للعقد (الذي ليس هو الحقوق والإلتزامات) إلى الغير، خاصة فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية.¹⁶⁷ إن إستبعاد العقد في تأسيس الحجية، ومن ثم رد هذه الحجية إلى القواعد القانونية، أمر ليس محل تسليم، ومن هنا نتناول تقويم هذه الفكرة في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

تقويم إسناد الحجية إلى القواعد القانونية

قيل أن فكرة إسناد الحجية إلى القواعد القانونية المختلفة، وإنصراف الآثار المادية للعقد لا نجدها من خلال البحث في طبيعة العقد ذاته، وإنما تستنبط من قواعد مختلفة، بمعنى أن الحجية لا تثبت للعقد لذاته وإنما تتجلى كوصف تفسيري مجرد من الأثر القانوني، ذلك أن الأثر القانوني يوجد في القواعد المختلفة في القانون.

ولو أمعنا النظر في هذه الفكرة لوجدنا أنها تحاكي أفكاراً عالجهها المشرع في ظل أوضاع قانونية مختلفة، حيث لا تكون الحجية إلا مجرد أوضاع إنتبه لها المشرع من أن الغير قد يتأثر بوجود العقد من الناحية المادية، فالرجوع إلى تلك القواعد يعني أن الحجية تظهر كحالة تفسيرية للأفكار تناولها المشرع بالتنظيم كفكرة الصورية وعلاقة الغير بها، والدعوى البوليصية وأحكام تصرفات المفلس، وغيرها من الحالات التي جاءت أحكام القانون لتضع حلولاً لها.

وتعتبر هذه الفكرة واضحة في حالات نص عليها المشرع وتداركها فيما يتعلق بالأثر المادي للعقد، إلا أن الغموض يشوبها عندما لا تستند إلى نصوص قانونية قائمة، كما هو الحال في مسؤولية الغير التقصيرية عن إخلاله بالعقد.¹⁶⁸ وسبب هذا الغموض وفق هذا الاتجاه أن الحجية لا تعتبر نظرية عامة مستقلة لها أحكامها التي تعالجها دون الرجوع للنصوص القانونية المتناثرة في القانون المدني أو أي قانون آخر، وإنما هي تفسير يطلق على حالات موجودة سلفاً تناولتها التشريعات بالتنظيم ووضع الحلول للأثر المادي للعقد.

وتطبيقاً لذلك يمكن رد حجية العقود في مواجهة الغير إلى أنظمة قانونية قائمة كما هو الحال في العقود التي ترتب أثراً عينياً من خلال تقرير نظام التسجيل العقاري وقيد الرهن التأميني بإعتبار أن التسجيل والقيد من الوسائل القانونية التي تمنح الحجية للعقود، والقواعد القانونية المنظمة للحيازة في

Robert Wintgen, ibid, p.3

¹⁶⁷

¹⁶⁸ ينظر في ذلك ص 108 وما بعدها من هذه الرسالة.

حالة العقود التي ترد على المنقولات بإعتبار أن الحيازة مرتبطة بالحجية،¹⁶⁹ فهذه النصوص القانونية موجودة سلفاً تبعاً لتدارك المشرع لها بالتنظيم.

والحال ذاته في العقود التي ترتب أثراً شخصياً حيث يمكن ردها إلى أنظمة ونصوص موجودة سلفاً، وضعت لتدارك العقد بوصفه واقعة مادية، كالدعوى البوليصة التي يمارسها الدائن بغرض وقف حجية تصرفات مدينه وما ترتبه من أثر مادي، وكذلك نظام شهر إفلاس التاجر الذي يوقف حجية تصرفاته في مواجهة جماعة الدائنين، ونظام الصورية في العقود الذي يعطي الحجية لعقد دون الآخر تبعاً لفكرة الأوضاع الظاهرة، وقاعدة ثبوت تاريخ التصرفات القانونية التي تمنح التصرفات حجية في مواجهة الدائنين الذي لا يعلمون بوجود العقد بمجرد أنه ثابت التاريخ.

ففي هذه الحالات يظهر مبدأ حجية العقد كظاهرة تفسيرية تتناول كل هذه الحالات التي كانت موجودة بنص القانون سلفاً قبل ظهور مبدأ الحجية ذاته، وهذا ما جعل أصحاب هذه الفكرة يذهبون إلى هدر تأطير هذه الحالات المختلفة وفق منهج منطقي تمهيداً إلى وضع نظرية عامة.

غير أن المشكلة التي تواجه من أسندوا العقد للقواعد القانونية القائمة دون أن يضعوا بعين الاعتبار إلى كون العقد واقعة مادية في حقيقة الأمر، فقد تبين أن العجز في تفسير مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد والحجية المقررة له، إذ ليس ثمة نصوص قانونية يمكن العمل بموجبها للقول بأن مبدأ الحجية يظهر بوصفه حالة تفسيرية في هذه الحالة.

وعلى هذا الأساس يرى أنصار إسناد الحجية لهذه النصوص القانونية بأن الحقوق الشخصية تتم حمايتها بطريقة "المنع". أي منع الغير من المساس بالحق، بمعنى أن أي ممارسة لهذا الحق من قبل الغير لا يكون لها أثر. وتتمثل هذه الحماية بوسائل أخرى، منع المساس بالمادة التي يرد عليها الحق، وفرض الجزاءات على الغير بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية. وهذه ميزه من ميزات النظام القانوني، ولكن هذا النظام لا تفرضه طبيعة الحقوق الشخصية.

و"المنع" الذي قيل لا يتأتى من فراغ، فالمنع من المساس بالحقوق الشخصية لا يمكن أن يأتي مجرداً طالماً لم يكن هنالك ثمة نص قانون واضح وفق منطق هذا الإتجاه، حيث لا يوجد منع بالمساس بالحقوق الشخصية في القواعد القانونية إلا بنص، لأن المنع من المساس يعني الحجية، ومن ثم فإن إخلال الغير بالعقد لا يرتب جزاءه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية إستناداً إلى هذه الحجية المقررة للعقد، دون نص قانوني بذلك وهو غير موجود تقليدياً.

وتطبيقاً لذلك حاول البعض أن يلجأ إلى الإلتفاف على أحكام المسؤولية التي تخلو من نصوص قانونية بالبحث عن أفكار قانونية أخرى تؤدي الغرض ذاته، وهذا ما ذهب إليه أصحاب هذه الفكرة

¹⁶⁹ سنأتي لبيان هذه الموضوعات وعلاقتها بالحجية لاحقاً.

عندما لجأوا إلى فكرة التنفيذ العيني المقررة في القانون في حال بيع العقار مرتين مع علم المشتري في العقد الثاني بوجود العقد، حيث يرون أن أثر العقد الناقل للملكية يستند هنا إلى الإشهار، وينتج عن عدم حجية الأثر الناقل للملكية أن الغير يمكن أن يكتسب ملكية المال أو العقار من المالك ذاته. وهذا البيع يصبح نافذاً حتى وإن كان الغير يعلم بالبيع الأول الذي لم يتم إشهاره بالقيّد، وإن كان سيء النية يمكن أن ينقل الملكية بصورة نافذة إلى مشتري آخر، ولكن هذا العقد، مع ذلك، قد ينتج أثره في مواجهة الغير فيعرض الغير نفسه للمسؤولية التقصيرية في مواجهة المشتري الأول، وقد يؤدي ذلك إلى إبطال العقد كجزاء يوقع على الغير (هذا يعد تعويضاً عينياً). ولكن المشتري الذي تلقى الملكية بحسن نية لا يقلق من ذلك.¹⁷⁰

وفيما يتعلق بإخلال الغير بالعقد عندما يحث المدين على الإخلال بالتزامه بإغرائه بالتعاقد بشروط أفضل، يذهب أصحاب الاتجاه الحديث بأنه يجب رفض ذلك لأن هذه الفكرة تؤدي إلى المساس بالفاعلية الإقتصادية للحق، ومع ذلك فإن المسؤولية التقصيرية ليست الوسيلة الوحيدة لحماية الحق الناشئ عن العقد، وليس الأكثر فاعلية باعتبار أن النظام القانوني يمنح الحقوق حماية مانعة (تمنع الغير من المساس بها)، وتترجم هذه الحماية بعدم فاعلية التصرفات التي تبرم بتجاهل وجود تلك الحقوق.

ومن هنا نعتقد بأن هذه الفكرة التي قيلت في مبدأ حجية العقد بوصفه حالة تفسيرية للرجوع إلى قواعد قانونية قائمة بموجب نصوص متناثرة في القانون المدني أو أي قوانين أخرى فكرة مقبولة إلى حد كبير، غير أن عجزها عن تفسير مسؤولية الغير التقصيرية عن الإخلال بالعقد والتي لم تجد تنظيمًا خاصاً في القواعد الموجودة سلفاً قد يعيدنا مرة أخرى إلى إسناد الحجية للعقد ذاته، أي العودة مرة أخرى لفكرة الواقعة المادية أو فكرة احترام القوة الملزمة للعقد.

ومن نافلة القول أن بعض الفقه يرى بأن الحجية لم تظهر إلا حديثاً، فقد قيل بأن حماية الدائنين على سبيل المثال هي مشكلة وجدت قبل ظهور الحجية ولم تلعب الحجية دوراً في هذه المشكلة، وهكذا فإن القانون الفرنسي لم ينظر إلى الدعوى البوليصية إلا بوصفها استثناء على مبدأ حجية العقد. العقد الذي يؤدي إلى إفسار المدين وليس بوصفها مظهر من مظاهر حجية العقد.¹⁷¹

وعلى هذا الأساس يبدو مقبولاً أن العقد يعتبر واقعة مادية ولكن هذه الواقعة المادية لا يمكنها أن تنتج أثراً بمجرد تحققها كما يذهب أصحابها، بل إن هذه الواقعة المادية أدت حال ظهورها منذ وقت طويل إلى تدارك المشرع لها وتنظيم أحكامها وما تؤدي إليه من آثار في مواجهة الغير، وذلك قبل أن

¹⁷⁰ ينظر في ذلك ص 60 من هذه الرسالة.

¹⁷¹

تظهر فكرة الحجية كفكرة مستقلة تتجلى في مبدأ مكمل لمبدأ نسبية أثر العقد وينظم العلاقة الخارجية له من ناحية الآثار غير العقدية للعقد.

وفي مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد نجد أن العقد ظهر بوصفه واقعة مادية في مواجهة الغير في حين لا يمكن لهذه الواقعة أن تنتج أثراً مستقلاً دون اللجوء إلى نص قانوني صريح. وعلى هذا الأساس نعتقد بأن العقد بوصفه واقعة مادية في هذا السياق يوجب ظهور قواعد قانونية جديدة أو تطور في بعض النصوص على أقل تقدير، ذلك أنه إذا كانت الحالات السالفة وجدت تداركاً من المشرع لوجود العقد كواقعة في مواجهة الغير، فينبغي على المشرع أيضاً أن يوجد نصوصاً قانونية لهذا العقد الذي يعتبر أيضاً واقعة مادية ولكن ليس في مكنة هذه الواقعة أن تنتج أثراً مجرداً دون نصوص قانونية وقواعد مساندة.

ونظراً لكون القواعد القانونية في فكرة الخطأ الموجب للمسؤولية قواعد تتسم بالثبات، إلا أن ذلك لا يمنع من تدخل المشرع بنص جديد يلزم الغير باحترام العقد بوصفه واقعة حدثت، ولحين التدخل التشريعي فنعتقد أنه لا مناص من اعتبار أن قاعدة كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم بالتعويض من القواعد التي يمكن تطبيقها في هذا المجال، بالتوسع في تحديد الخطأ الموجب للمسؤولية والانحراف عن سلوك الشخص المعتاد، بتقرير المسؤولية على الغير عن إخلاله بالعقد طالما كان عالمياً بوجوده.

ومن جهة أخرى فإذا تناولنا الشق الثاني من مبدأ حجية العقد الذي يتناول الحجية في مواجهة المتعاقدين، ومدى إحتجاج الغير بالخطأ العقدي في مواجهة المتعاقدين ومسؤولية الأخير عن هذا الخطأ، نجد أن الحجية هنا فعلاً تظهر كحالة لاحقة لوجود عقد يمثل واقعة مادية في مواجهة الكافة.

الخلاصة أن مبدأ حجية العقد ما هو إلا حالة أو ظاهرة تعمد إلى تفسير الرجوع إلى النصوص القانونية المتفرقة والتي تعالج تأثير الغير مادياً من عقد لم يكن طرفاً فيه، غير أن هذه المعالجة لم تظهر مسبقاً كما يرى أصحابها، بل أن العقد بوصفه واقعة مادية فرض على المشرع تدخلاً كهذا في نصوص قانونية واضحة تداركاً للآثار المادية التي ترتبها هذه الواقعة، ولا يعني ذلك أن هذه القواعد القانونية مجرد تفسير لا يتمتع بقوة قانونية معينة، بل أنها قواعد قانونية ملزمة نتجت عن وجود حالات استثنائية وجد بها العقد في مواجهة الكافة بصفة الواقعة المادية. وأن القصور الذي يعترى بعض الحالات كمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، لا يمكن رده إلى فكرة الحجية كأساس مستقل بذاته، بل يتطلب وجود قواعد قانونية جديدة ملزمة تنظم ذلك، ولحين إصدار هذه القواعد فلا مناص من الرجوع إلى أحكام وقواعد المسؤولية التقصيرية التي نص عليها القانون، ولكن بنوع من التطوير.

ولكن التساؤل المطروح حول حدود مبدأ حجية العقد ونطاقه؟ فهل يعتبر مبدأ حجية العقد دليل إثبات لوقائع معينة أو مصدراً للمعلومات؟ أم أنه يتعدى ذلك إلى حجية مضمون العقد والحق الناشيء عنه؟ وهذا ما نتناوله في المبحث الثالث.

المبحث الثالث

نطاق مبدأ حجية العقد

ظهرت حجية العقد في بداية المطاف كمظهر موجود للعقد، يستخدمه أصحاب الشأن في الإثبات كدليل في قضية معينة أو مصدر للمعلومات في أحيان أخرى، غير أن هذه الحجية لم تقف عند هذا المعنى، بل تعدت ذلك إلى حجية تتعلق بمضمون العقد والأثر الذي يترتب على وجوده، فأصبح نطاق مبدأ حجية العقد مختلفاً عما كان عليه في بداية الأمر، ومن هنا نتناول في هذا المبحث نطاق مبدأ الحجية من خلال حجية وجود العقد كموضوع للمطلب الأول، ويتناول المطلب الثاني حجية مضمون العقد، وذلك وفقاً لما يأتي:

المطلب الأول

حجية وجود العقد

نتناول في هذا المطلب مبدأ حجية العقد بوصفه دليلاً للإثبات، وبوصفة مصدراً للمعلومات، وفقاً لما يلي :

الفرع الأول

حجية العقد كدليل إثبات

برز نطاق حجية العقد في بداية الأمر بصورة تمكين الغير أو الأطراف الاحتجاج بهذا العقد كدليل إثبات وقائع معينة. ومثال ذلك الاستناد للعقد لتحديد قيمة الشيء، أو لإثبات حالة العقار بين المستأجر والمؤجر بالرجوع إلى عقد إيجار سابق.¹⁷²

Francois Terre, ibid , p.498

ينظر أيضاً BERTAND Fages, ibid , 2009, p.233

وتعني حجية العقد وفقاً لذلك مكنة الإحتجاج بالعقد بوصفه دليل إثبات، فللغير أن يحتج به في مواجهة المتعاقدين لإثبات مسألة ما، مثلما للمتعاقدین الاحتجاج به في مواجهة الغير، وقد ظهرت هذه المسألة بشكل واضح في إطار اثبات ملكية العقارات. فقد أثارت هذه المسألة أكثر من موقف في القضاء الفرنسي باعتبار أن العقار المتنازع فيه عادةً يكون تحت يد حائز متحصن بقاعدة الحيازة قرينة على الملكية، وأن تطبيق مبدأ الحجية يستدعي احترام الحائز لهذا العقد والاعتراف بالملكية، في الوقت الذي قد يكون هذا العقد صادراً من غير مالك أو من مالك سابق.¹⁷³ ومن جهة أخرى فإن تجريد العقد من قوته أمام القضاء من شأنه تجريد مدعي الملكية، أي المشتري، من السند الوحيد الذي يدعمه في حين أنه اشتراه ودفع ثمنه.¹⁷⁴

ويرى الفقه أن العقد بموجب الحجية يمكن أن يكون وسيلة لإثبات حق، خاصة حق الملكية، ويمكن أن يؤدي إلى تكوين وقائع أخرى، وهذا ما يسمى بالحجية ذات القوة في الإثبات.¹⁷⁵ وفيما يتعلق بنقل الحق، فالعقد لا يكون حجة فقط في الإثبات وإنما بموجب حجيته يجعل إنتقال الحق قد تحقق بالنسبة للكافة، أي أنه يؤدي إلى نشوء مركز قانوني مطلق له الحجية في مواجهة الكافة، مثلما عليه الحال بالنسبة لنشوء الشخص المعنوي.¹⁷⁶

وقد استقر القضاء على اعتبار أن العقد الذي يقدمه المدعي في نزاعه مع الغير حول الملكية، والذي نقل إليه الملكية من شخص آخر غير المدعي عليه، الذي يصبح من الغير عن هذا العقد، فإنه لا يقدمه بصفته عقداً ناقلاً للملكية، ولكنه في الواقع يقدم دليل إثبات يقبل المناقشة والتفنيد شأنه شأن أي دليل آخر.¹⁷⁷ وسار القضاء الفرنسي على ذلك باضطراد وهو يسمح بنقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر، فله أن يحض السند بإثبات أن الملكية لم تنتقل إلى المدعي كما لو كان قد اشتراه من غير مالك أو ممن لا صفة له بنقل الملكية، أو كان العقد باطلاً أو مفسوخاً.¹⁷⁸ وقد طبق القضاء الفرنسي هذا من أمد بعيد، فقد قضت غرفة العرائض في حكم لها أن المادة 1165 – التي تنص على مبدأ النسبية – غير قابلة للتطبيق (على العقود التي تثبت اكتساب الملكية أو نقلها والتي يحتج بها، في هذا الصدد، تجاه الأشخاص الثالثين).¹⁷⁹ وفي حكم للغرفة المدنية لمحكمة النقض ذكرت فيه المبدأ التالي: (إن العقود التي تصلح كسند وبينه (على الملكية) هي العقود التي أبرمت بين مكتسب الملكية والبائع. وسيبقى حق

¹⁷³ داكلو، الحجية، رسالة عن باريس، 1984 نقلاً عن د. محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 42

¹⁷⁴ د. محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 42

Robert Wintgen, ibid, p. 87

ibid, P.87-88

¹⁷⁵ د. محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 42

¹⁷⁶ Weill، في القانون المدني للأموال، 1983 نقلاً عن المرجع السابق، ص 43

¹⁷⁷ 20 شباط 1900 نقلاً عن المرجع نفسه، ص 430-431

الملكية مهتزاً دائماً إذا كانت العقود الهادفة إلى إثباته لم تكن لها قيمة إلا تجاه أشخاص كانوا فيها
فرقاء).¹⁸⁰

ويبدو أن الفقه والقضاء في مصر ينحو ذات المنحى، فيعتبر العقد مجرد دليل إثبات يخضع
لتقدير المحكمة، دون إعطائه حجية في مواجهة الغير، إذ يرى الأستاذ عبدالرزاق السنهوري بأن
(الحيازة على كل حال طريق لإثبات الملكية ذو دلالة يقينية، إذ هي تفرض في الحائز أنه مالك، وتنقل
عبء إثبات الملكية من عاتقه إلى عاتق خصمه، لولا أنها دليل غير قاطع، فيجوز للخصم غير الحائز
أن يقيم الدليل على أنه، دون الحائز، هو المالك).¹⁸¹ وقضت محكمة النقض المصرية بأن : (المفاضلة
بين مستندات الملكية التي يعتمد عليها أحد طرفي الخصومة وبين مستندات ملكية الطرف الآخر والتي
صدرت لإثبات تصرفات قانونية هي من المسائل القانونية يتعين على المحكمة أن تقول كلمتها فيها.
ومن القواعد المقررة في هذا الخصوص أنه إذا كان سند طرفي النزاع متعادلين وصادرين من
شخصين مختلفين والحيازة لأحدهما محققة ومستوفية لشرائطها فإنه يفضل خصمه بهذه الحيازة إلا إذا
أثبت الطرف الآخر أن سلفه الذي تلقى منه السند كان يفوز على السلف الذي تلقى منه الحائز سنده لو
أن دعوى الإستحقاق أقامها أحدهما على الآخر ففي هذه الحالة يفضل هذا الطرف خصمه الحائز).¹⁸²
ومن هذا الحكم يتبين أن محكمة النقض المصرية ناقشت العقود التي أبرمت بوصفها أدلة إثبات وعملت
على وزنها وترجيحها، دون أن تعتد بمبدأ حجية العقد، ودليل ذلك أنها لم تتخذ من أسبقية تاريخ السندين
أو حتى العلم بهما معياراً تفصل بها النزاع ليكون السابق حجة على اللاحق.

وعلى أي حال فإن جمهوراً عريضاً من الفقه يؤيد اعتبار العقد له حجية كدليل للإثبات، إذ قيل
بأن (الإحتجاج بالعقد هنا يعني النظر إليه على أنه وسيلة إثبات لما أنشأ من مراكز قانونية جديدة).¹⁸³
وقيل بأن (استعمال العقد كوسيلة إثبات باعتباره مجرد واقعة موجودة دون قصد تحميل الغير التزاماً أو
إكسابه حقاً يعد تطبيق لمضمون النفاذ).¹⁸⁴

ومن ثم يترتب على هذا القول بالضرورة نتائج هامة من بينها خضوع العقد للقواعد العامة
للإثبات من حيث قوته وشروط حجيته والإستناد إليه ودحضه وإنكاره، وفيما يقوم مقامه، وهذا ما لا

¹⁸⁰ 22 حزيران 1864 نقلاً عن جاك غستان ، المرجع السابق ، ص430

¹⁸¹ د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : (8) حق الملكية - مع شرح مفصل للأشياء
والأموال ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة ، 2000 ، ص 604 - 605

¹⁸² نقض مصري : الطعن رقم 0552 لسنة 45 قضائية ، المكتب الفني 29 صفحة رقم 1171 ، بتاريخ 4-5-1978
نقلاً عن الموقع الإلكتروني لدار العدالة والقوانين العربية www.justic-lawhome.com

¹⁸³ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص 328

¹⁸⁴ د. محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 10

يمكن قبوله بالنسبة لحجية العقد محل الدراسة، إذ أن مبدأ حجية العقد لا يعني خضوعه لقواعد الإثبات التي قد تدحض حجيته لمجرد مخالفته للشروط اللازمة كشرط الكتابة، أو قد يستعاض عنه بدليل آخر. لم يقف تحديد نطاق مبدأ حجية العقد إلى إعتبره دليل إثبات فحسب، بل تعدى ذلك إلى إعتبره مصدراً للمعلومات قد يستعين به القضاء، وهذا ما نتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

حجية العقد بوصفه مصدراً للمعلومات

تطورت علاقة الغير بالعقد بأن دخلت في نطاق الحجية مكنة إعتبر العقد مصدراً للمعلومات قد يستعين به القضاء في دعوى مرفوعة أمامه. إذ يمكن أن يستخدم العقد بوصفه مصدراً للمعلومات، فالعقد في وجوده ومضمونه وتنفيذه هو وقائع قد تكون لها نتائج بالنسبة للغير.¹⁸⁵

وفي هذا السياق يمكن ملاحظة أن القضاء الفرنسي بعد أن كان متشدداً في قبول فكرة الإحتجاج بالعقد، بدأ يأخذ دوراً حيادياً بأن اكتفى بالحكم في قضية بأنه (إذا لم يكن للإتفاقيات، من حيث المبدأ، مفعول إلا تجاه الفرقاء، فلا ينتج عن ذلك أن القاضي ليس في وسعه البحث في الأعمال الأجنبية عن أحد الفرقاء المقحمين في القضية عن المعلومات التي من شأنها تنوير قراره، أو ليس بإمكانه إعتبر اشتراطات العقد منشئة وضعاً واقعياً تجاه الغير).¹⁸⁶ ومن هنا فإن الشروط العقدية – وفقاً لمحكمة النقض الفرنسية – يمكن إستخدامها كمعلومات. فالقاضي يستطيع الإستناد إلى عقد ما كمصدر للمعلومات في تبرير حكمه رغم أن أطراف الدعوى من الغير بالنسبة لهذا العقد.¹⁸⁷

وتطبيقاً لذلك يمكن للقضاء أن يستند في حكمه إلى عقد أجنبي عن أطراف النزاع، فلو أن عقد بيع عقار ما، يستطيع القاضي أن يستند إليه لمعرفة القيمة الفعلية لعقار مماثل له مطروح أمامه في نزاع، كما أن القاضي قد يستند إلى عقد عمل شخص ما للحصول على معلومات تفيد في تحديد النفقة العائلية الواجبة على شخص آخر يمارس نفس العمل.¹⁸⁸

ويميل الفقه العربي إلى إمكانية إعتبر العقد مصدراً للمعلومات حيث قيل بأن القاضي يستطيع (الأخذ بعين الاعتبار عقداً كان فيه المتنازعين من الغير – حتى ولو لم يتمسك به أطراف النزاع –

Robert Wintgen, ibid, p.96

¹⁸⁵

¹⁸⁶ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض الفرنسية، 21 آذار 1972، النشرة المدنية، 111، رقم 193، ص 136 نقلاً عن جاك غستان، المرجع السابق، ص 433

¹⁸⁷ (Goutal) نقلاً عن د. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 66

¹⁸⁸ ينظر في ذلك (Weill) و (Starck) نقلاً عن المرجع نفسه، ص 66-67

كقرينة قضائية لأنه ملزم بالأخذ بعين الاعتبار كل واقعة قانونية لتحقيق العدالة بما في ذلك العقد كمصدر معلومات).¹⁸⁹

وعلى الرغم مما تقدم إلى أن مبدأ حجية العقد لم يقف عند حدود اعتباره مصدر معلومات، إذ أن الحجية تتعلق بمضمون العقد والحقوق الناشئة عنه، وهذا ما نبينه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

حجية مضمون العقد

على الرغم من أن العقد يعد دليل إثبات تارة ، ومصدراً للمعلومات تارة أخرى، إلا أن مبدأ الحجية الذي نعينه في هذه الدراسة لا يقتصر على ذلك، فلو كان صحيحاً أن مبدأ الحجية ما هو إلا تعبير عن التمسك بالعقد بوصفه مصدراً للمعلومات أو دليل إثبات، لما كانت هناك حاجة من البحث في تبريره وتأسيسه على النحو الذي أدى إلى جدل فقهي واسع بشأنه، بإعتبار أن النظرية العامة للإثبات كانت كفيلة بتأسيس المبدأ وتحديده. فالتسليم بذلك يجعل البحث في مبدأ حجية العقد مجرد تكرار وترديد للنظرية العامة للإثبات.

ومن هذا المنطلق يقر الفقه الحديث أن مبدأ حجية العقد لا يعد مجرد دليل إثبات لبعض الوقائع، حيث أن تحديد نطاق مبدأ حجية العقد يتمثل بمظهرين : أن العقد يحتج به أطرافه على الغير، كما يحتج به الغير على المتعاقدين، وقد يظهر بصورة عرضية مظهر ثالث وهو حجية العقد من قبل الغير تجاه الغير،¹⁹⁰ ذلك إلى أن حجية العقد من قبل الغير تجاه الغير لا ترتبط بالقوة الملزمة للعقد بمعنى أنها لا تؤثر فيه بأي شكل من الأشكال، فالأمر مجرد حجية مسماه "حجية صالحة للإثبات"،¹⁹¹ لا علاقة لها بآثار العقد ، وهي لا تعيننا في مبدأ حجية العقد محل الدراسة.

ومن ثم فإن مبدأ حجية العقد يقتضي بصورة رئيسية مكنة إحتجاج المتعاقدين بعقدهم في مواجهة الغير من جهة، واحتجاج الغير بالعقد في مواجهة عاقيه من جهة أخرى، ومن هنا فإن تحديد نطاق مبدأ الحجية يستلزم تمييز هذا المبدأ عن فكرة اعتبار العقد دليل إثبات.

يطرح بعض الفقه مثلاً لتوضيح الفرق بين حجية العقد وبين اعتباره دليل إثبات، بأن يتقدم مضرور الى المحكمة – وهو بصدد طلب التعويض عن إتلاف سيارته – عقد شراء السيارة ليثبت

¹⁸⁹ . د. محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 10 / ينظر أيضاً في هذه الأفكار د. زواوي فريدة ، المرجع السابق ،

ص 66 وما بعدها

¹⁹⁰ . وهذا ما قال به (Goutal) نقلاً عن جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 477

¹⁹¹ . المرجع نفسه

أمامها القيمة التي اشترى بها السيارة، فالمضرور هنا يتمسك بالعقد تجاه المسؤول – الذي يعد من الغير عن العقد – ليثبت مدى الضرر، لذا فإنه يريد في احتجاجه بهذا العقد إثبات أمر ما بعيد عن مضمون العقد، ويستطيع إثبات ذلك بطرق الإثبات الأخرى حسب القواعد العامة للإثبات، في حين أنه إذا استخدم العقد ذاته في نزاعه من دائن البائع الذي يريد الحجز على المبيع، فهو يحتج هنا بالعقد وما ترتب عليه من آثار، فيجب على الدائن "الغير" احترام هذا العقد،¹⁹² وهذا هو مفهوم الحجية. فالتطبيقات القضائية في فرنسا تدلل على إعطاء الحق للاحتجاج بالعقد تجاه الغير واحتجاج الغير به كدليل إثبات منذ زمن طويل خلافاً لمبدأ الحجية الذي يعبر عن مضمون الالتزام العقدي.¹⁹³

إذا كان التمسك بالعقد بوصفه دليل إثبات، فلا يمكن للغير أن يتمسك بمبدأ النسبية ليتوصل الى أن يكون هذا العقد بعيداً عن النزاع. وبناءً على ذلك يرى بعض الفقه الفرنسي أنه إذا قدم أحد المتعاقدين العقد الذي اشترى به الشيء ليثبت قيمته في دعوى معينة، فإن القاضي يجوز له أن يقيم هذا الدليل كما يقيم أي دليل آخر للإثبات، فيرفض هذا الدليل لأن الثمن المذكور في العقد مغالي فيه الى درجة كبيرة، ويجوز للغير أن يجادل في مدى الضرر الذي وقع على المضرور ولو قدم هذا المضرور عقده.¹⁹⁴ ويطرح البعض مثال آخر للتوضيح بأن تمسك المشتري بالعقد الذي حقق له الإثراء لإثبات السبب المشروع لإثرائه وذلك في مواجهة المفتقر الذي أقام عليه الدعوى،¹⁹⁵ وهذا احتجاج بالعقد دون آثاره. لأن المشتري في هذه الحالة يستطيع إثبات إثرائه سواء بعقد أو بدون عقد.

وفي هذا السياق يذهب البعض أنه في أحوال لا يهم الغير إلا التمسك بالعملية القانونية، دون آثارها، بمعنى كفاية القول بأن بيعاً قد حدث أو ديناً قد نشأ دون التعرض لما رتبته العقد من حقوق والتزامات على الطرفين، أو لما نشأ عنه من حقوق شخصية أو عينية. فالعقود التي يبرمها المدين تكون لها حجية تجاه دائنيه العاديين، إذ قد يبيع شيئاً أو يقترض مالاً، فإن عقده يتمتع بحجية في مواجهتهم، وتقتصر هذه الحجية على العقد دون آثاره، باعتبار أن لهم الحق في الضمان العام فقط ولا يختصون بمال معين، ومن ثم للمتعاقد الجديد أن يحتج بالعملية القانونية، بمعنى أنه يتمسك بأنه أصبح شريكاً لهم في الضمان العام، ولا يحتج بحقه الشخصي.¹⁹⁶

ونعتقد بأن هذا القول لا يستقيم، حيث أن التفرقة في هذا الخصوص لا مبرر لها، وتنصب على تمييز نظري بحت، ومن جهة أخرى فإن هذا التمييز يعيدنا الى الخلط بين مفهوم مبدأ حجية العقد وبين الاحتجاج بالعقد بوصفه دليل إثبات على أمر ما. فالدائن الذي يحتج على بقية الدائنين بالعقد لا

192 . د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 40

193 . والذي نتناوله بقدر من التفصيل في الصفحات القادمة.

194 . فيل وتيريه، الالتزامات، 1975 نقلاً عن د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 41

195 . المرجع نفسه، ص 45

196 . المرجع نفسه، ص 44

يمكن أن يحتج بواقعة بيع أو قرض حدثت دون الإحتجاج بمضمون الإلتزام الذي نشأ عنه، فإذا ما جردنا الإحتجاج بالعقد من مضمون الإلتزام الناشئ عنه، فلن يضار من حيث المبدأ بقية الدائنين، فالدائن هنا لا يحتج بعقد مجرد من الآثار الناشئة عنه، وهذا يعني أنه لا يحتج بذلك العقد بوصفه دليل إثبات على واقعة البيع أو القرض التي حدثت، فلا يمكن في حقيقة الأمر تجريد العقد – بإعتباره حجة – من الحقوق الناشئة عنه، بل وماهي فائدة العقد دون المضمون الناشئ عنه.

ولا يغير من ذلك ما يذكر من أمثلة في أن احتجاج المضرور بالعقد القائم بين المسؤول وبين طرف آخر والذي أخل فيه المسؤول بالتزامه العقدي، مما رتب ضرراً يطالب بالتعويض عنه، أو الإحتجاج على الشركة صانعة السيارة التي ارتكبت الحادث بوجود عيب في التصنيع أضر بالمشترى.¹⁹⁷ فكل هذه الأمثلة تتضمن في حقيقتها إحتجاجاً بالتزامات ناشئة عن العقد، كالإلتزام بضمان العيوب الخفية في المثال الأخير، وأن تجريد العقد من هذه الإلتزامات يعني إعتبار العقد مجرد دليل إثبات.

وقد وجدت التفرقة بين إعتبار العقد دليل إثبات وبين إعتباره تعبيراً عن مضمون الإلتزام صدى لدى بعض الفقه العربي، حيث يذهب البعض إلى ما إنتهى إليه الفقه المعاصر من تمييز بين حجية العقد بإعتباره دليل إثبات أو مصدراً للمعلومات، وبين حجية العقد بالنظر إلى مضمون الإلتزام بالقول بأنه (لايثير الإحتجاج بالعقد في ذاته صعوبة تذكر في الفقه. فالرأي مستقر على أن العقد، بإعتباره واقعة، يمكن الإحتجاج به سواء لإثبات وجود حق ما، أو للحصول على بعض المعلومات عنه، أو بهدف التوصل إلى رفض دعوى معينة بينما تكمن الصعوبة في الإحتجاج بالحق الناشئ عن العقد).¹⁹⁸

وتأسيساً على ما تقدم فإن نطاق مبدأ حجية العقد يشمل مضمون الإلتزام العقدي وأيضاً ما يرتبه من آثار مادية، بما يتيح مكنة إحتجاج المتعاقدين بعقدتهما تجاه الغير، واحتجاج الغير بالعقد في مواجهة أطرافه، مع الحذر من أن يختلط هذا المفهوم مع إعتبار العقد كدليل إثبات مجرد بغض النظر عن الحق الشخصي النسبي الذي يمثله، أو مدى إعتباره مصدراً للمعلومات يستعين به القضاء في دعوى مرفوعة أمامه.

¹⁹⁷ . د. محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 45

¹⁹⁸ . د. محمد حسين عبدالعال ، المرجع السابق ، ص 145

الفصل الثاني
مبدأ حجية العقد
في مواجهة الغير

الفصل الثاني

مبدأ حجية العقد في مواجهة الغير

تناولت النصوص القانونية المختلفة مبدأ حجية العقد في مواجهة الغير بشكل كبير، وبيّنت الأثر المادي الذي من الممكن أن يترتب عليه العقد في مواجهة ذلك الغير، والحلول التي سبقت من أجل معالجة هذه الأوضاع، غير أن هذه المعالجات بقيت في إطار تقليدي خاضع لعموم النظرية العامة للالتزام، وظهرت مستجدات على صعيد العلاقات جعلت من تطوير هذه القواعد أمراً لا مفر منه، وعلى هذا الأساس نتناول في هذا الفصل مبدأ حجية العقد في مواجهة الغير الذي يقسم إلى مبحثين يتناول الأول المضمون التقليدي لمبدأ حجية العقد في مواجهة الغير، ويخصص المبحث الثاني لتطور مبدأ حجية العقد في مواجهة الغير، وفقاً لما يلي .

المبحث الأول

المضمون التقليدي لمبدأ حجية العقد في مواجهة الغير

برزت الحلول التقليدية لحجية العقد وأثره المادي في مواجهة الغير في نصوص قانونية متناثرة، شملت كل أنواع الآثار المترتبة على العقد من الناحية التقليدية، عينية كانت أم شخصية، ومن ثم يستلزم البحث في المضمون التقليدي لمبدأ حجية العقد في مواجهة الغير طرح هذه الحجية حسب طبيعة الأثر الذي يترتب عليه العقد، فيتناول المطلب الأول حجية العقود ذات الأثر العيني، وي طرح المطلب الثاني حجية العقود ذات الأثر الشخصي، وفقاً لما يلي.

المطلب الأول

حجية العقود ذات الأثر العيني

العقود التي ترتب أثراً عينياً لا تخرج عن كونها ترد على عقار أو منقول، لذلك قسم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الأول الحجية في إطار العقود الواردة على عقار، ويبين الفرع الثاني الحجية في إطار العقود الواردة على منقول، وهذا ما نتناوله فيما يلي.

الفرع الأول

حجية العقود الواردة على عقار

عادةً ما يشترط المشرع لإنشاء أو نقل الحقوق العينية العقارية إجراء عملية قانونية أخرى مكتملة، ومن ثم يثور التساؤل عن مدى ارتباط الحجية بالتسجيل (أو القيد) في التسجيل العقاري، وعن مدى ارتباط الحجية بحسن النية. وهذا ما نتناوله حسب ما يلي:

أولاً : مدى إرتباط الحجية بالتسجيل (أو القيد) :

إن العقود التي ترتب أثراً عينياً وترد على عقار، قد أفرد لها المشرع أحكاماً خاصة تتعلق بآثارها تبعاً لطبيعتها، فجعل من التسجيل أو القيد إجراءً هاماً وجوهرياً لترتب هذه العقود آثارها بشكل كامل في مواجهة الغير، ونتناول في هذا السياق مدى ارتباط الحجية بالتسجيل أو القيد وفقاً لأحكام العقود التالية:

1- في عقد بيع العقار:

قد يتلقى الخلف الخاص حقاً عينياً أو شخصياً من السلف، غير أن المشرع وضع بعض القواعد القانونية الخاصة بانتقال بعض الحقوق العينية، فقرر نظام التسجيل العقاري لبعض هذه العقود.¹⁹⁹ إن من أهداف السجل العيني وما يترتب عنه من أثر منشيء إعلام الغير بكل حق عيني عقاري مما يؤدي إلى استقرار المعاملات وضمان الائتمان العقاري.²⁰⁰ فإذا ما ألزم المشرع صاحب الحق أن يقوم بإشهار أو تسجيل حقه فيترتب على ذلك أن هذا الحق -دون إشهاره أو تسجيله- لا يكون حجة على الغير، حيث أن افتراض علم الغير بهذا الحق لا يقوم على قرينة قانونية يجوز هدمها بطرق

¹⁹⁹ . وإن كانت قواعد التسجيل تتعلق بالحقوق العينية بصورة كبيرة إلا أن ذلك لا ينفي فكرة التسجيل في العقود التي ترتب حقاً شخصياً، إذ تنص المادة (11) من القانون رقم 114 لسنة 1946 بشأن تنظيم الشهر العقاري المصري على أن (يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالفات والحوالات بأكثر من أجره ثلاث سنوات مقدماً، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك).

ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلي الإيجارات والسندات وفيما زاد على أجره ثلاث سنوات بالنسبة علي المخالفات والحوالة).

ولا يوجد مقابل لهذه المادة في قانون التسجيل العقاري البحريني رقم 15 لسنة 1979م.

²⁰⁰ . د. محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 195

الإثبات ولكن يقوم على قاعدة موضوعية قوامها أن شهر الحق أو تسجيله يؤدي إلى علم الغير بوجوده حتماً وبقوة القانون.²⁰¹

وأبرز مثال على هذه الحقوق التي يستلزم شهرها وفق القانون الفرنسي أو تسجيلها في القانون البحريني هو حق الملكية، حيث يستلزم المشرع لإكتساب عقد بيع العقار الحجية في مواجهة الغير أن يتم تسجيله في السجل العقاري،²⁰² إذ لا تنتقل الملكية بمجرد إبرام العقد وإنما يجب إتمام ذلك لتحقيق حجيته في مواجهة الغير،²⁰³ ولا شك بأن ذلك لا يعني البتة أن عقد بيع العقار من العقود الشكلية، حيث أن ما اشترطه المشرع من أن نقل الملكية لا يتم إلا بالتسجيل لا يعني إخراجها من دائرة العقود الرضائية.²⁰⁴ فمتى ما سجل الحق فإنه يكون نافذاً في مواجهة الغير، ودونه لا يكون لعقد البيع سوى آثار شخصية.²⁰⁵ فالحق إذاً يستلزم له المشرع شكلاً معيناً لنفاذه في مواجهة الغير، يجب أن يتحقق فيه ذلك الشكل. وورد ذلك في تطبيقات محكمة التمييز البحرينية التي قررت في حكم لها بأن (النص في المادة الرابعة عشرة من قانون التسجيل العقاري رقم 15 لسنة 1979 على أن الحقوق الناشئة عن التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله لا يكون لها اثر بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم مالم يتم قيد هذه التصرفات في السجل العقاري لا ينفي عن عقد البيع غير المسجل طبيعته بل تترتب عليه اثاره بوصفه بيعاً).²⁰⁶

ويترتب على ذلك أن مشتري العقار لا يصبح مالكا طالما لم يكن عقد البيع مسجلاً ومن ثم لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى إستحقاق يطالب بتثبيت ملكيته على العقار المبيع وإن كان له أن يرفع على البائع دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع.²⁰⁷ وهذا ما طبقته محكمة التمييز البحرينية حين قضت بأن (الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع هي دعوى إستحقاق مآلاً يقصد بها تنفيذ

201 . د. محمد ابراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 58

202 . إذ تنص المادة (14) في فقرتها الثانية من قانون التسجيل العقاري البحريني على أن (ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير)

203 . جبروم هوييه ، المطول في القانون المدني بإشراف جاك غستان : العقود الرئيسية الخاصة – المجلد الأول ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، توزيع : منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى 2003 ، ص 181

204 . ينظر في نفس المعنى د. ليلي عبدالله سعيد ، الوجيز في شرح القانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001م – العقود المسماة : عقد البيع ، مطبوعات جامعة البحرين ، الطبعة الأولى 2003م ، ص 119

205 . ينظر المادة (17) من قانون التسجيل العقاري البحريني ، تقابلها المادة (9) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري.

206 . الطعن رقم 96 لسنة 1996 – جلسة 15 ديسمبر 1996

وفي هذا السياق تذهب محكمة التمييز البحرينية إلى القول بأنه (لئن كان عقد بيع العقار قبل قيده في السجل العقاري وفقاً لأحكام قانون التسجيل العقاري لا ينقل بذاته ملكية المبيع لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم إلا أنه يولد التزاماً شخصياً على البائع بنقل الملكية إلى المشتري الذي يحق له إجباره على تنفيذ هذا الالتزام بدعوى صحة ونفاذ البيع).

الطعن رقم 218 لسنة 2006 – جلسة 15 يناير 2007

207 . د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : (4) العقود التي تقع على الملكية – البيع والمقايضة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة ، 2000 ص 481-482

التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار بشأن ملكية البائع للمبيع كلع أو بعضه ولا يجاب فيها المشتري إلى طلبه إلا إذا كان إنتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الصادر في الدعوى ممكنين).²⁰⁸

وبناء على إكتساب الحق حجية بالتسجيل فإن الدائن الحاجر أو الذي تدخل في إجراءات الحجز إذا أوقع حجرة على العقار بعد تسجيله، لا يمكن له أن ينفذ على العقار المرهون، في حين أنه لو أوقع الحجز قبل تسجيله، فإن بإستطاعته التنفيذ على العقار المحجوز عليه.

وكذلك الأمر بالنسبة للدائن المرتهن حيث لا يمكنه التمتع بمزايا الرهن إذا لم يقيم بقيد الرهن قبل وقوع التسجيل، فمتى ما سجل عقد بيع العقار فلا يمكن للدائن المرتهن قيد رهنه على ذات العقار. والتسجيل في مواجهة الغير يمنح حجية مطلقة للعقد المسجل منذ وقت تسجيل هذا العقد، ذلك أن الملكية تنتقل من وقت التسجيل وليس للتسجيل أثر رجعي، فالملكية لا تنتقل إلا بتسجيل العقار كما أن التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم.²⁰⁹

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للدائنين، فإن الخلف الخاص قد يكون غيراً هو الآخر عن عقد البيع، فقد يتنازع خلف خاص مع آخر على ذات العقار، وقد حسم قانون التسجيل العقاري في البحرين ذلك بتقرير الأفضلية بين الخلفين المتنازعين لمن كان أسبق بالتسجيل.²¹⁰ والحل ذاته ذكرته محكمة النقض المصرية عندما قالت بأنه (إذا كان الشيء محل التصرف مملوكاً لشخص واحد وتصرف فيه بعقود متعددة إلى عدة أشخاص مختلفين، فإن المفاضلة بينهم تكون على أساس الأسبقية في تسجيل عقودهم. ولا تثور صعوبة إذا تم تسجيل العقود في تواريخ مختلفة، أما إذا تم التسجيل في يوم واحد، فإن العبرة بأسبقية رقم التسجيل).²¹¹

ويشترط لتفضيل المشتري الأسبق في التسجيل أن يكون البيع صادراً من مالك، وأن يكون البيع حقيقياً وصحيحاً، فإن ثبتت صورته²¹² أو كان باطلاً أو أبطل فلا عبرة بأسبقية التسجيل.²¹³ ذلك

²⁰⁸ الطعن رقم 47 لسنة 1994 - جلسة 5 يونيو 1994 / ينظر أيضاً الطعن رقم 58 لسنة 2006 - جلسة 11 ديسمبر

2006 م / الطعن رقم 455 لسنة 2007 - جلسة 5 مايو 2008 م

²⁰⁹ د. محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي،

2006، ص 172

²¹⁰ ينظر المادة (34) من قانون التسجيل العقاري البحريني ، وتقابلها المادة (33) من قانون تنظيم الشهر العقاري

المصري ، والمادة (1/30) من المرسوم رقم 1955 الفرنسي.

²¹¹ نقض مصري 1980/5/19 ، طعن 1589 س 48 ق نقلاً عن د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ،

ص 174

²¹² فالعقد الصوري لا يكتسب حجية بالتسجيل، وهذا ما إستقر عليه قضاء النقض المصري والتمييز البحريني، حيث

قضت محكمة النقض المصرية بأنه (متى كان عقد البيع موضوع النزاع صورياً صورية مطلقاً قوامها الغش والتدليس =

أن مناط المفاضلة بين العقود المتزاحمة أن تكون جميعها صحيحة وجدية، فلا مجال للمفاضلة بين عقد صحيح وآخر باطل، أو بين عقد حقيقي وآخر صوري.²¹⁴

وعلى أي حال فإن لكل من الدائن والخلف الخاص أن يطعن في عقد البيع – ولو كان مسجلاً – بدعوى عدم نفاذ التصرفات متى تحققت شروطها التي سوف نتحدث عنها لاحقاً، وهي دعوى إذا كسبها أي منهما تؤدي إلى عدم حجية العقد في مواجهتهما.

2- في عقد الرهن التأميني:

إشترط المشرع البحريني أن يفرغ عقد الرهن التأميني في ورقة رسمية وإلا كان باطلاً،²¹⁵ وذلك بهدف ضمان التعبير عن الإرادة بشكل مأمون.²¹⁶ وبمجرد إنعقاد عقد الرهن بهذه الصورة يصبح العقد صحيحاً بين المتعاقدين، إلا أنه يشترط لنفاذه في حق الغير أن يقيد في السجل المعد لذلك،²¹⁷ حيث تنص المادة (965/أ) من القانون المدني البحريني على أن: (لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس).²¹⁸

= لا يكون له وجوداً قانوناً فتسجيله وعدمه سواء) نقض مدني 9 فبراير 1956 مشار إليه لدى د. علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1986، ص 216، هامش رقم (2) وكذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه (من المقرر أن العقد الصوري لا وجود له سجل أو لم يسجل ولكل دائن أن يتجاهله رغم تسجيله) طعن رقم 318 لسنة 2001 الصادر بجلسة 30 سبتمبر 2002

²¹³ د. محمد حسن قاسم، القانون المدني – العقود المسماة: البيع – التأمين (الضمان) – الإيجار: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2005، ص 256

²¹⁴ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 175

²¹⁵ حيث نصت المادة (943) الفقرة (أ) من القانون المدني البحريني على أن (لا ينعقد الرهن التأميني إلا بورقة رسمية).

²¹⁶ د. محمد حسين عبدالعال، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية في القانون المدني البحريني، مطبوعات جامعة البحرين، الطبعة الأولى 2004، ص 33

²¹⁷ فالقيد يختلف عن التسجيل، إذ أن التسجيل إجراء لإنشاء الحقوق العينية الأصلية بينما القيد يتعلق بالحقوق العينية التبعية. ينظر في ذلك تفصيلاً لدى د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (10) في التأمينات الشخصية والعينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 2000، ص 436 وما بعدها

²¹⁸ فإذا صدر حكم بشهر الإفلاس لا يجوز القيد بعد ذلك حتى وإن كان عقد الرهن صحيحاً منعقداً، أما إذا تم قيد الرهن قبل صدور حكم شهر الإفلاس يعد القيد صحيحاً ونافذاً إذا حصل قبل فترة الرية، أما إذا تم القيد خلال فترة الرية فيجب عندئذ التفريق بين فرضين: الأول – إذا انقضت مدة 15 يوماً أو أكثر بين تاريخ عقد الرهن وقيدته، فإن للمحكمة أن تقضي بعدم نفاذ الرهن في مواجهة الدائنين إذا قدرت أن هناك تواطؤ، ومن ثم إذا تبين لها إنتفاء التواطؤ فلا تثريب عليها إن حكمت بنفاذه. الفرض الثاني – إذا تم قيد الرهن خلال فترة الرية ولم تنقضي المدة المذكورة، فيصبح إحتمال التواطؤ كبيراً وقوياً، ومن ثم يجب عليها أن تحكم بعدم نفاذ العقد بشكل وجوبي. ينظر المادة (46) من قانون الإفلاس البحريني رقم 11 لسنة 1987. وتجدر الإشارة إلى أن عقد الرهن ذاته إذا تم إبرامه خلال فترة الرية ضماناً لدين سابق على إنشاء الرهن، يتعين على المحكمة أن تقضي بعدم نفاذ الرهن في مواجهة بقية الدائنين. وللمزيد من الشرح حول الموضوع ينظر د. محمد حسين عبدالعال، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها.

ويأتي هذا الحكم إتساقاً مع ما يقرره المشرع من ضرورة تسجيل جميع التصرفات التي ترتب حقاً عينياً تبعياً طبقاً لنص المادة (16) من قانون التسجيل العقاري البحريني.

فالقانون لم يوجب قيد الرهن لصحة العقد أو لنشوء حق الرهن بين المتعاقدين، بل لإحاطة الغير علماً بنشوء هذا الحق لينفذ في مواجهتهم،²¹⁹ ومظهر نفاذ الرهن في حق الغير هو حق الدائن المرتهن في التقدم والأفضلية على غيره من الدائنين بحيث يستوفي الدائن المرتهن حقه مفضلاً على غيره من الدائنين العاديين أو المرتهين المتأخرين في المرتبة،²²⁰ وهذا ما نصت عليه المادة (970) من القانون المدني البحريني حيث نصت على أن: (يستوفي الدائن المرتهن حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار. بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد). كما يقتضي قيد الرهن منح الدائن المرتهن حق التتبع بمعنى حقه في إتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون في أي يد يكون، وإستعمال هذا الحق يفترض أن العقار المرهون قد خرج من ذمة الراهن إلى شخص آخر يطلق عليه الحائز.²²¹ ومؤدى هذا أن حق الدائن يعلق بهذا العقار على نحو يحول دون خلوصه للشخص الذي انتقل إليه.²²²

فإذا ما تزامن عدة دائنين مرتهين، فإن الأسبق في قيد الرهن يمكنه الإحتجاج على من بعده، وله حق التقدم عليه، ولا يمكن التذرع بأسبقية إبرام عقد الرهن. فقد حصر القانون طريقة إعلام الغير بوجود الرهن على العقار بقيده.²²³ وبذلك فإن مرتبة الرهن تتحدد من تاريخ القيد حتى ولو لم يكن الدين المضمون بالرهن قد أنشأ بعد كأن كان ديناً مستقبلاً أو إحتمالياً أو معلقاً على شرط،²²⁴ ومن هنا فقد جعل المشرع جزاء إغفال القيد عدم جواز الإحتجاج بالرهن على الغير، فإذا لم يقيد الدائن رهنه لم يجز الإحتجاج بوجوده على من يشتري العقار المرهون بعد ذلك أو على دائن مرتهن آخر.²²⁵

وفي مواجهة بقية الدائنين العاديين فإن عدم قيد الرهن يسمح وفقاً لما يراه البعض من إعتبار الدائنين العاديين من الغير بحيث يمكنهم الإحتجاج على الدائن المرتهن بعدم قيد رهنه بأن يتمسكوا بعدم أحقيته في التقدم عليهم مادام رهنه لم يقيد لأن الأصل أن جميع الدائنين متساوون.²²⁶

²¹⁹ . (بيدان وفواران) نقلاً عن د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني : في الحقوق العينية – الحقوق العينية التبعية "حق الرهن الرسمي وحق الإختصاص" الجزء الثاني (11) ، دار الكتب القانونية (مصر) ، مكتبة صادر (بيروت) ، الطبعة الثالثة ، ص209

²²⁰ . د. سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 ، ص 228

²²¹ . د. محمد حسين عبدالعال ، التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق ، ص 115

²²² . د. عبد الحميد عثمان ، أثر حق الغير على خلوص الشيء للمتصرف إليه ، www.profosman.com ، ص 43

²²³ . د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (10) : التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 428

²²⁴ . د. سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 229

²²⁵ . د. سليمان مرقس ، الحقوق العينية التبعية ، المرجع السابق ، ص 209

²²⁶ . المرجع نفسه ، ص 210

وعلى أي حال فإنه يترتب على اعتبار القيد شرطاً لنفاذ الرهن في مواجهة الغير وليس لهذا القيد أثر في صحة عقد الرهن ذاته، ومن ثم إذا وقع القيد باطلاً فإن ذلك لا يؤثر في صحة العقد ولا يمنع من إجراء قيد جديد بمقتضى العقد ذاته، إذ أن غاية الأمر أن الرهن في هذه الحال لا يحتج به على الغير إلا من تاريخ إجراء القيد الجديد.²²⁷

ثانياً : مدى إرتباط الحجية بحسن النية :

إذا كان التسجيل (أو القيد) يعتبر عاملاً حاسماً لفض النزاع بين الأغيار وفقاً لقاعدة الأسبقية، فإن السؤال المطروح حول أثر حسن النية في هذا الصدد، بمعنى هل يتغير حكم قاعدة الأسبقية لو كان الغير عالمًا بوجود العقد في حقيقة الأمر قبل قيده، وهذا ما نبينه وفقاً لما يلي:

1- في عقد بيع العقار:

على الرغم من أن المشرع حسم تنازع العقود الواردة على عقار واحد في تفضيل الأسبق بالتسجيل، إلا أنه من المتصور أن يبرم بائع عقد بيع عقار وقبل تسجيله يقوم هذا البائع ببيعه مرة أخرى لمشتري آخر سيء النية يسارع بالتسجيل، فهل يعتبر علم المشتري في العقد الثاني بوجود العقد الأول أو تواطؤه مع البائع ذو أثر في صحة عقده وتسجيله؟²²⁸

²²⁷ د. سليمان مرقس ، الحقوق العينية التبعية ، المرجع السابق ، ص 211-212
²²⁸ تجدر الإشارة الى أن القانون البحريني اعتبر بيع العقار مرتين جريمة. إذ قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه (لما كان ذلك ، وكان دفاع المطعون ضده أمام محكمة أول درجة قد جرى على أنه قدم بلاغاً للدعاء العام يتهم فيه الطاعن بالاحتيال عليه بإعادة بيعه العقار موضوع الدعوى لآخر وقدم صورة من لائحة الاتهام التي رفعت بموجبها الدعوى الجنائية ضد الطاعن بتلك التهمة طبقاً للمادة 391 من قانون العقوبات لتصرفه في عقار مملوك للمطعون ضده إلى) وهو يعلم أنه ليس له حق التصرف فيه ، بما مفاده أن الفعل المكون للأساس المشترك في الدعوتين المدنية والجنائية ، وهو بيع الطاعن للعقار الذي سبق أن باعه للمطعون ضدها واحد ومعروض على المحكمة الجنائية للفصل فيه ، فإنه كان يتعين على محكمة الموضوع وقف نظر الدعوى لحين الفصل في الدعوى الجنائية سالفة الذكر ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك ، فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون بما يوجب نقضه دون حاجه لبحث باقي أوجه الطعن). الطعن رقم 247 / 2004 – جلسة 2 / 7 / 2005 – غير منشور
وعلى الرغم من ذلك إلا أن محكمة التمييز تؤكد في حكم حديث لها أن من شروط بيع العقار مرتين المكون لجريمة الإحتيال والنصب أن تنتقل الملكية بتسجيلها، فقد ذكرت المحكمة بأنه (وإذ كان من المقرر أيضاً أنه لأجل ان يكون البيع الثاني للعقار مكوناً لجريمة النصب يجب أن يثبت أن هناك تسجيلاً مانعاً من التصرف مرة أخرى إذ أنه بهذا التسجيل وحدة الحاصل طبقاً لأحكام قانون التسجيل نزول حقوق البائع بحسب طبيعة التصرف موضوع التسجيل. لما كان ذلك ، وكان البين من الحكم المطعون فيه أن البيع الحاصل من الطاعن لبنك قد تم بموجب عقد بيع عرفي لم يسجل ومن ثم فإن العقار المبيع لا يزال على ملكية موكله الطاعن ويكون تصرفه فيه بالبيع مرة أخرى نيابة عنها تصرفاً وارداً على مال يملك سلطة التصرف فيه باعتبار أن هذه السلطة من عناصر حق الملكية، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه. لما كان ذلك ، وكانت الوقائع حسبما أثبتتها الحكم تفيد =

وعلى ذلك نتناول في هذا السياق موقف الفقه القانوني من دور العلم في حجية عقد بيع العقار، ثم نبين الموقف القضائي منها، وسنبين ذلك تباعاً وفقاً لما يلي.

(أ) موقف الفقه :

ظهرت في الفقه عدة اتجاهات تعالج هذه المسألة:

الاتجاه الأول : يرى هذا الاتجاه بأن للتسجيل حجية مطلقة تحول دون التمسك بما يعتور العقد من عيوب بعد تمام القيد.²²⁹ فالأسبق بالتسجيل يفضل على غيره من المشترين حتى ولو كان يعلم بسبق بيع العقار لمشر آخر، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع على الإضرار بحقوق المشتري الأول.²³⁰ ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه يضع حداً للمنازعات التي تثار حول حسن أو سوء النية، كما أنه يساعد على استقرار الملكية العقارية.²³¹ فالعلم بالبيع مسألة باطنية يصعب التأكد منها ومن شأن الأخذ به أن يزرع الثقة في المعاملات العقارية.²³² لذا فإن الأمر يقتضي أن يفسر القانون بما يخدم هدف تثبيت وإستقرار الملكية العقارية.²³³

الاتجاه الثاني : يرى اتجاه آخر بوجوب أن يؤخذ العلم بعين الاعتبار، فمجرد العلم بسبق التصرف يكفي بحد ذاته لإنعدام أثر التسجيل اللاحق، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن التسجيل وإن كان لازماً لنقل ملكية العقار حتى بيع المتعاقدين، إلا أن الملكية لا تنتقل بناء على التسجيل وحده، بل بناء على العقد المسجل، والعقد يجب أن يتوافر فيه وفقاً للمبادئ القانونية حسن النية، ولم يرد في قانون تنظيم الشهر العقاري ما يوحي بخروج المشرع على هذه المبادئ، بل أن النصوص توحي بعكس ذلك حيث جاءت حريصة على مبدأ حسن النية.²³⁴

= أن ما أتاه الطاعن لا يعد جريمة فإنه يتعين القضاء في موضوع الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف وببراءته مما أسند إليه). الطعن رقم 185 لسنة 2007 – جلسة 21 أبريل 2008م.

229 . د. محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 258

230 . المرجع نفسه ، ص 261

231 . المرجع نفسه

232 . محمد عبد سليمان الحراشة ، المرجع السابق ، ص 121

233 . د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق ، ص 229

234 . د. عادل جبري محمد حبيب ، التنفيذ العيني للإلتزامات العقدية (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة) ، دار الفكر

الجامعي ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 228

ويستند بعض الفقه المصري في ذلك على المادة (17) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري والتي نصت على أنه (يترتب على تسجيل الدعاوى بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجية على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه العيني بحسن نية قبل التسجيل أو التأشير المشار إليهما) ينظر في ذلك المرجع نفسه ، ص 228

الإتجاه الثالث : ظهر إتجاه ثالث يرى وجوب الموازنة بين الرايين السابقين، تزعمه في مصر الأستاذ عبدالرزاق السنهوري عندما ذهب الى أنه (يجب الوقوف عن الرأي الوسط، وهو الرأي الذي يدعم نظام التسجيل دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر. فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية، حتى لا يتزعزع نظام التسجيل بإدخال عناصر نفسية فيه تهدد إستقراره. ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ، فكل تصرف يكون ثمرة للتواطؤ لا يسري تسجيله في حق الغير، وبذلك تحمى مصالح الناس من أن يعرضها للضياع التدليس والغش).²³⁵ حيث أنه مما يجافي العدالة ألا يكون للغش والتواطؤ أي جزاء، فالتواطؤ بين البائع والمشتري في العقد الثاني إضراراً بالمشتري في العقد الأول يستوجب مسؤوليتهما، وخير تعويض له هو التعويض العيني الذي يتمثل في إبطال التسجيل.²³⁶

الإتجاه الرابع : حاول البعض أن يطرح تأسيساً آخر لإنصاف الخلف الخاص (المشتري في العقد الثاني) المضرور، دون أن يكون ذلك على حساب قوة التسجيل العقاري، إذ يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى أن علم المتعاقد الثاني الفعلي بوجود عقد بيع العقار، أو تواطؤه لا يمكن أن يبطل التسجيل، باعتبار أن العقد الذي سجل يعتبر عقداً صحيحاً طالما توافرت فيه كل مقوماته، بيد أن للمشتري في العقد الأول أن يلزم البائع بتنفيذ العقد، ولما كان الأصل في التنفيذ أن يكون عينياً، فإن هذا التنفيذ العيني يستلزم أن ينزع العقار من تحت يد المشتري الثاني.²³⁷

(ب) موقف القضاء :

اختلف موقف القضاء من العلم بوصفه شرطاً لحجية العقود الواردة على حق عيني، فقد كان القضاء الفرنسي يشترط توافر التواطؤ، ذلك أن محكمة النقض الفرنسية لم تهدر أثر التسجيل إلا إذا ثبت إشتراك المتعاقدين في الغش، بمعنى أن الغش الفردي من جانب البائع، أو حتى مجرد علم المشتري الثاني بسبق التصرف بالعقار لا يكفي لتجريد التسجيل من أثره الناقل للملكية.²³⁸ فالتراحم تحكمه أسبقية التسجيل، حتى لو ثبت أن هذا المشتري كان على علم مسبق لتصرف في العقار.²³⁹ بل وإن القضاء الفرنسي تطرف عندما قرر بأن المشتري حسن النية لا يعتبر غيراً، وإن أشهر عقده، إذا تلقى العقار من مشتري متواطئ، وذلك على أساس أن الغش يفسد كل شيء، وأن حسن نيته شابها غش

²³⁵ د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (4) : المقايضة والبيع ، المرجع السابق ، ص 554 / ويؤيد هذا الرأي د. ليلي عبدالله سعيد، العقود المسماة ، المرجع السابق ، 125 - 126

²³⁶ د. علي حسين نجيدة ، المرجع السابق ، ص 227

Robert Wintgen, ibid, p. VIII

²³⁷ د. عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 220

²³⁸ د. عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 220

²³⁹ Civ. 28 oct. 1952, Gas. Pal. 1952, 11, 441. مشار إليه لدى المرجع نفسه ، ص 220

فعله سلفة.²⁴⁰ إلا أنه سرعان ما تخلى عن هذا الموقف وذلك للإنتقاد الذي وجه إليه من أن الغش لا يجوز أن ينتج آثاره إلا في مواجهة من إرتكبه، وليس ضد من يكون حسن النية، والقول بغير ذلك يؤدي إلى زعزعة إستقرار المعاملات.²⁴¹

وقد استمر قضاء محكمة النقض الفرنسية على إشتراط التواطؤ وفقاً لما تقدم، حتى صدر حكم شهير لمحكمة النقض غيرت به الموقف القضائي عندما إكتفت بالعلم، وذلك عندما اعتبرت أن الشخص إذا علم بالبيع الوارد على عقار والذي لم يتم إشهاره واشترى العقار مرة أخرى على الرغم من ذلك فإنه يرتكب خطأ جزاؤه أن ينفذ البيع الأول في حقه فلا يعتبر من الغير ولا تجب حمايته.²⁴² شريطة أن لا يكون المشتري الثاني قد تصرف الى شخص ثالث حسن النية.²⁴³ ومن هنا يتبين أن القضاء الفرنسي وضع وزناً للعلم الفعلي بوجود العقد، فيرجح العلم الفعلي وقت توافره على العلم الإفتراضي المقرر في قواعد التسجيل.²⁴⁴

ومن جهة أخرى لم يعتد القضاء المصري والبحريني بالتوازن الذي أخذ به القضاء الفرنسي، ومن ثم تبني كل منهما إتجاهاً متشدداً في منح التسجيل العقاري قوة لا يغير منها العلم الفعلي وسوء نية المشتري في العقد الثاني. فقد ذهب القضاء المصري في ظل قانون الشهر العقاري إنكاره أثر التواطؤ أو حتى العلم على تسجيل البيع الثاني،²⁴⁵ فاستقر قضاء محكمة النقض على ذلك، وقضت بأن (الملكية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة تنتقل بالتسجيل ولو نسب إلى المشتري الذي بادر بالتسجيل التدليس أو التواطؤ مع البائع مع البائع طالما أنه تعاقد مع مالك حقيقي لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله).²⁴⁶

أما بالنسبة للقضاء البحريني²⁴⁷ فإنه يمكن استخلاص موقف محكمة التمييز من خلال ما نظره من قضايا، فقد ورد في حكم لمحكمة التمييز البحرينية في قضية تتلخص وقائعها في أن:

240 . Civ , 10 mai 1949, J.C.P. 1949-4972 . مشار إليه لدى د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 216

241 . Civ, 10 mars 1968 . مشار إليه لدى المرجع نفسه ، ص 216

242 . Civ, 22 mars 1968, D. 1968,412 . مشار إليه لدى د. عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 220

243 . المرجع نفسه ، ص 220 - 221

244 . وفي هذا السياق يذكر (جاك غستان) أن نظام حجية العقود بعوض التي تتناول الحقوق العينية العقارية بدون إتمام أي شكل من أشكال العلنية قد إنتهى بوضوح، ويبين التطور التاريخي أن العلنية العقارية للنقل بعوض لم تنظم لضمان حجية عقد البيع تجاه الغير وإنما لكسر قاعدة الحجية بقوة القانون تجاه الجميع بهاجس ضريبي ولتعزيز دور علنية الرهونات العقارية. جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 535

245 . وتجدر الإشارة الى أن موقف الفقه والقضاء المصري إختلف تبعاً للتدرج الذي جاء في قوانين التسجيل العقاري المصري عام 1923 وعام 1946 / ينظر في تفاصيل موقف الفقه والقضاء المصري من هذه المسألة لدى د. عادل جبري محمد حبيب ، المرجع السابق ، ص 221 وما بعدها

246 . نقض مصري 1970/4/7 مج ي 21 ص 581 مشار إليه لدى د. محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 262

247 . ولم يتعرض قانون التسجيل العقاري البحريني في المواد الخاصة بالتصرفات المنشئة للحقوق العينية لشرط حسن النية في هذا المجال. ينظر في ذلك د. ليلي عبدالله سعيد ، المرجع السابق ، ص 125

- (أ) رفع دعوى على (ب) لدى المحكمة الكبرى طالباً الحكم بصحة ونفاذ العقد المبرم بينهما والذي اشترى بموجبه البيت المملوك له مقابل 74442 دينار. اتفق على سدادها بأقساط شهرية لمدة خمس سنوات. وقد أوفاه كامل الثمن بعرض بقية الأقساط وإيداعها خزانة المحكمة.
- حكمت المحكمة بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها.
- استأنف (أ) الحكم لدى محكمة الاستئناف العليا والتي حكمت بإلغاء الحكم المستأنف واجابة المستأنف لطلباته.
- قرر (ب) الطعن في الحكم بطريق التمييز، ونعى على الحكم المطعون فيه بعدة أسباب كان من بينها أن الحكم المطعون فيه شابه مخالفة القانون والقصور في التسبب باعتبار انه تمسك في دفاعه امام محكمة الموضوع بأن العقار قد بيع بعد صدور حكم برفض دعوى سابقة، وتم تسجيله باسم المشتري، مما يعني "استحالة" نقل ملكيته للمطعون ضده - أي (أ) .
- وقررت محكمة التمييز قبول هذا الطعن ونقضت الحكم قائلةً أن (هذا النعي في محله ذلك انه لما كانت دعوى صحة التعاقد هي سبيل مشتري العقار لإجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية إليه تنفيذاً عينياً فمتى قضى نهائياً بصحة العقد وتأثر بالحكم في سجل العقار انتقلت ملكيته إلى المشتري . فإذا كانت قد انتقلت إلى مشتر آخر بادر إلى تسجيل عقده بطلب سابق على التأشير في السجل بلانحة الدعوى أصبح انتقالها إلى المشتري الأول غير ممكن فلا يجديهِ الحكم الذي يصدر في الدعوى لصالحه مما يوجب رفضها . فإذا كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بأن باع العقار إلى مشتر آخر بعقد رسمي بادر إلى تسجيله بالمقدمة رقم 2001/..... فإن الحكم المطعون فيه إذ أعرض عن هذا الدفاع الجوهري وقضى بصحة عقد المطعون ضده دون التحقق مما إذا كان المشتري الثاني قد اكتسب ملكية العقار بتسجيل عقده بإجراءات صحيحة يحتج بها على المطعون ضده أم أنها لا زالت للطاعن ويمكن نقلها إليه فإنه يكون قاصر التسبب مما يعيبه ويوجب نقضه).²⁴⁸
- وقد ورد الموقف ذاته في قرار حديث لمحكمة التمييز تناول عبارات متشدة أيضاً، حيث تقول بأنه (لما كان الطاعن لم يستكمل إجراءات تسجيل عقدهما فإن ملكية العقار المبيع تظل معقودة على ذمة أصحابه البائعين لهما فإذا قاموا ببيعه وتسجيله لآخر فإن هذا البيع يقع صحيحاً وتنتقل إليه ملكيته لصدوره من مالك وبإجراءات صحيحة ويضحي تنفيذ التزام المطعون ضدهم البائعين للطاعنين

²⁴⁸ . الطعن رقم 309 لسنة 2002 - جلسة 2 يونيو 2003

مستحيلاً فلا يجاب لطلبهما بصحة ونفاذ عقدهما وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد التزم صحيح القانون).²⁴⁹

وباستقراء موقف محكمة التمييز يمكن القول بأنها وإن لم تشر إلى موقفها صراحة، إلا أنها تميل إلى اعتبار التسجيل ذا قوة لا يمكن معها القول بإبطال التصرف الوارد عليه إلى مشتري آخر حتى وإن كان المشتري في العقد الثاني والبائع سيئي النية أو متواطئين، بل ولم تبحث عن مدى وجود العلم أو التواطؤ من عدمه، ودليل ذلك أن العبارات المستخدمة يستشف منها تشدد المحكمة فيما يتعلق بمسألة التسجيل خاصة عندما قررت نقل الملكية غير ممكن وبعدم جدوى الحكم لصالحه، فضلاً عن استحالة التنفيذ العيني.

ولما كان الإتجاه القضائي يميل إلى منح التسجيل قوة لا يزعمها العلم الفعلي بوجود العقد، غير أن ذلك لا يعني البتة إهدار القيمة القانونية للعلم الفعلي، حيث أن توافر العلم الفعلي بوجود عقد بيع العقار غير المسجل، يقتضي مسؤولية البائع عن الإخلال بهذا العقد، ويحق - من ثم للمشتري أن يطلب فسخ العقد وإسترداد الثمن،²⁵⁰ والتعويض على أساس تقصيري إن كان له مقتضى،²⁵¹ غير أن علم المشتري في العقد الثاني وسوء نيته خلقت نوعاً من التصادم مع القواعد العامة في المسؤولية حيث أن ثمة إنتهاك للعقد غير المسجل بوصفه حقاً شخصياً حصل من جانب الغير (المشتري سيء النية)، ظهرت على إثره تطورات على صعيد المسؤولية سوف نتناولها فيما بعد.²⁵²

وبدورنا نؤيد الرأي الذي يذهب إلى الموازنة بين إشتراط العلم وبين إنكار أثر سوء النية كليةً، وهو الرأي الذي يدعم نظام التسجيل دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية، حتى لا يتزعزع نظام التسجيل بإدخال عناصر نفسية فيه تهدد إستقراره ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ، وهو الرأي الذي تزعمه الأستاذ السنهوري في مصر، حيث أنه

²⁴⁹ الطعن رقم 58 لسنة 2006 - جلسة 11 ديسمبر 2006 م/ ينظر قريباً من هذا المعنى الطعن رقم 455 لسنة 2007 - جلسة 5 مايو 2008م

²⁵⁰ حيث قضت محكمة التمييز البحرينية بأن (عقد البيع قبل قيده في التسجيل العقاري لا يرتب سوى التزامات شخصية بين أطرافه وليس للمشتري في هذه الفترة أي حق في ملكية العقار المبيع وإنما مجرد أمل فيها ومن ثم فلا يجوز للبائع أن يتخلص من التزامه بنقل الملكية بمجرد القول بأن المشتري تراخى في اتخاذ إجراءاتها عدة سنوات وضعت خلالها شارة القيد على العقار المبيع وإلا ترتب على ذلك تخلصه من التزام مترتب على عقد بغير سند من القانون. لما كان ذلك . وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أحقية المطعون ضده في استرداد المبلغ المدفوع كتمن للمبيع ... لإخلال الطاعنة بالتزامها بنقل الملكية إليه فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة تتفق وصحيح القانون ويكون النعي عليه بأسباب الطعن على غير أساس). الطعن رقم 223 لسنة 2001 - جلسة 15 أبريل 2002م.

²⁵¹ حيث تذهب محكمة التمييز البحرينية إلى أن (الحكم بالتعويض المترتب على فسخ العقد إنما يكون على أساس المسؤولية التقصيرية لزوال العقد ومن ثم عدم صلاحيته ليكون أساساً للتعويض). الطعن رقم 249 لسنة 2002 - جلسة

14 أبريل 2003م

²⁵² ينظر في ذلك ص 98 وما بعدها من هذه الرسالة.

ليس من العدالة في شيء أن يفلت من المسؤولية صاحب الغش والتواطؤ إضراراً بالمشتري في العقد الأول.

2- في عقد الرهن التأميني:

قد يحدث في الواقع أن يبرم عقد الرهن صحيحاً، وقبل قيده يبرم الراهن عقداً آخر مع دائن مرتهن ثاني يعلم بسبق رهن العقار ذاته، فهل يستطيع الدائن المرتهن الإحتجاج بعقده في مواجهة الدائن المرتهن الثاني، ومن ثم يتقدم عليه في مرتبة الرهن. بمعنى هل يتم الإعتداد بالعلم الفعلي بوجود عقد الرهن في هذا الصدد؟

يذهب بعض الفقه في هذا الخصوص إلى أن إعتبار القيد الوسيلة الرسمية لشهر الرهن بحيث لا يغني أن يكون الغير قد علم بالرهن من أي طريق آخر.²⁵³ وهذا ما ورد في تطبيقات القضاء الفرنسي من أن قيد الرهن هو إجراء جوهري لنفاذه في حق الغير وبدونه لا يمكن الإحتجاج بالرهن على الغير، كما لا يغني عنه أن يكون الغير قد علم بوجود الرهن بطريق آخر.²⁵⁴ ومن هنا فلم تقم محكمة النقض الفرنسية - وعلى خلاف عقد البيع العقاري - توازناً بين العلم الفعلي وشهر الحق كما يتبين من الحكم المذكور، ومن ثم أعطت الحجية المطلقة للقيد دون إعتداد بالعلم الفعلي بوجود عقد الرهن.

ويلاحظ من جهة أخرى أن القضاء الفرنسي أكثر حذراً في التعامل مع القضايا التي يثبت فيها الإهمال، ففي قضية تتلخص وقائعها في أن بنكاً قام بقيد حقه على عقار باعتباره مقرض ثمن العقار ولكنه لم يقم بتجديد القيد مما أدى إلى سقوطه، وفي هذه الفترة قام المقترض بالتصرف بالعقار، فتمسك البنك بحقه في التتبع وأصدرت محكمة النقض حكماً بأن (علم المشتري بالقرض وبحق البنك على العقار لا يمكن أن يعوض عدم القيد الذي هو الوسيلة القانونية للشهر).²⁵⁵ وفي ذلك يرى بعض الفقه الفرنسي أن القضاء يأخذ بعين الإعتبار العلم بالعقد المشهر لتجنب الغش، ولكن إذا كان عدم شهر التصرف الأول نتيجة إهمال صاحب الحق فلا تجدر حمايته حتى لا يهمل صاحب الحق شهر حقه ويفقد الشهر كل أهميته.²⁵⁶

²⁵³ د. سليمان مرقس، الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص 209

²⁵⁴ د. سليمان مرقس، الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص 209. Civ. 17 juill. 1986, R.T.D.C. 1987, 368, 368. مشار إليه لدى د. محمد حسين عبدالعال، التأمينات

العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 103

²⁵⁵ ينظر في ذلك د. محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 232

²⁵⁶ مشار إليه لدى المرجع نفسه

ويمكن ملاحظة أن موقف القضاء الفرنسي قد اختلف في هذا الشأن عن موقفه فيما يتعلق بعقود البيع العقارية، والسبب في ذلك أن عقد بيع العقار عقد رضائي بخلاف عقد الرهن الرسمي الذي يعتبر عقداً شكلياً، كما أن الآثار التي تترتب على تعاقب البيوع قبل التسجيل أو القيد تختلف باختلاف آثار العقدين، فتنقل الملكية بالنسبة للبيوع العقارية، ويتقدم الأسبق في القيد بالنسبة لعقود الرهن.

وبالرجوع إلى المشرع البحريني وأحكام قضاء محكمة التمييز البحرينية، فلا يوجد - حسب اطلاعنا - ما يشير إلى هذه المسألة، ولكن نعتقد أن موقف القضاء البحريني قد يقترب من موقف القضاء الفرنسي من حيث التشدد في إبطال القيد تبعاً لتوفر حسن النية، وذلك كنتيجة منطقية على تشدد القضاء البحريني في تسجيل عقد بيع العقار.

ونرى استناداً إلى أن المشرع اشترط أن يكون الرهن الرسمي شكلياً بانعقاده في ورقة رسمية ومن ثم تسجيله أن ثمة نوعاً من التشدد إزاء هذا العقد. وإزاء هذه السياسة التشريعية نعتقد أن ازدواج عقدين رسميين بالنسبة للرهن الرسمي قليل الاحتمال، وإن حصل فإن تسجيل أحد العقدين يمنحه الحجية الكاملة فلا يكون للعلم الفعلي بالعقد الأول أثر في إبطال العقد المسجل أو تأخير مرتبته.

ومن جهة أخرى فإن قاعدة الغش يفسد كل شيء، والقاعدة التي تقضي بالآلا يستفيد الشخص من خطئه تعد من المبادئ القانونية المسلم بها، وبالتالي يجب إعمالها حتى لو كانت على حساب القوة الذي يعطيها القانون لسجلات الرهن، فهذه القوة قررت لإعطاء الثقة في التعاملات العقارية، ومن ثم يجب ألا تؤدي هذه القوة إلى القبول بتعاملات عقارية أخرى تنطوي على فعل التواطؤ والغش في المعاملات. وهذا يتفق مع موقف محكمة التمييز البحرينية التي قررت بأن (قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات).²⁵⁷

ومما تقدم نعتقد أن التواطؤ يؤدي إلى إهدار حجية عقد الرهن الأول وأن قيد الرهن الثاني رغم ذلك وإكتسابه للحجية من شأنه أن يضعف الضمان الذي تقرر للدائن المرتهن الأول الذي تأخر قيد رهنه رغم علم الدائن المرتهن الثاني بوجوده، ومن هنا نرى أن ثمة إشراك بين الدائن المرتهن الثاني والراهن في - سيما في حال تواطؤهما - في إهدار حجية العقد الأول إضراراً بالدائن المرتهن الأول، ومن ثم نعتقد أن كلا منهما قد يكون طرفاً في عملية الغش فلا يقتصر على الراهن فقط، وعليه يجب أن يتقدم - في حال التواطؤ - الدائن المرتهن في العقد الأول على الدائن المرتهن في العقد الثاني.

²⁵⁷ . الطعن رقم 92 لسنة 2002 - جلسة 3 مارس 2003م.

وإذ كانت حجية العقود التي ترد على العقارات كذلك، فما هو مضمون حجية العقود التي ترتب أثراً عينياً بدورها، ولكنها ترد على الأموال المنقول. هذا ما نتناوله في الفرع الثاني وفقاً لما يلي.

الفرع الثاني

حجية العقود الواردة على منقول

للحيازة دور هام وجوهري في إنتقال الحقوق العينية الواردة على المنقول ، كما تقتضي هذه الحيازة بالضرورة إرتباطاً بحسن النية وفكرة الأوضاع الظاهرة، لتتغير على وفق ذلك القواعد القانونية التي يجب إعمالها بشأن حجية العقود الواردة على منقول، بل ويزداد الأمر تفصيلاً عندما يبرم أحدهم عقد بيع منقول مع اشتراط إحتفاظ البائع بملكية المبيع، ومن هنا نبين في هذا الفرع مدى إرتباط الحجية بالحيازة، ثم نتناول حجية شرط الإحتفاظ بالملكية، وفقاً لما يلي.

أولاً : مدى إرتباط الحجية بالحيازة :

تجد فكرة الحيازة تطبيقاً كبيراً في إطار العقود الناقلة للملكية ، غير أن ذلك لا ينفي دورها في إطار العقود غير الناقلة للملكية، ومن هنا نتناول في هذا السياق دور الحيازة في عقد بيع المنقول، وعقد الرهن الحيازي الوارد على منقول، وذلك وفقاً لما يلي.

1- في عقد بيع المنقول:

نتناول ذلك في عقد البيع الوارد على المنقول المعين بالذات، ثم نتطرق إلى عقد البيع الوارد على منقول معين بالنوع، وذلك تباعاً فيما يأتي :

(أ) المنقول المعين بالذات :

يعتبر عقد بيع المنقول المعين بالذات عقداً ناقلاً للملكية بمجرد إبرامه خلافاً لعقد بيع العقار. ويذهب الفقه إلى أن ملكية المنقول المعين بالذات تنتقل بحسب الأصل إلى المشتري ويعد إنتقالها حجة

على الغير بمجرد إبرام العقد دون حاجة لأي إجراء آخر، ولو لم يتم التسليم.²⁵⁸ ذلك أن التسليم مجرد إلزام وليس ركناً في العقد، وهذا ما أكدته محكمة التمييز البحرينية حينما قررت بأن (اخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع الذي انعقدت عليه ارادة الطرفين بأوصافه لا شأن له بانعقاد العقد).²⁵⁹ كما قررت ذات المحكمة بأن (ملكية المنقول المعين بالذات أنما تنتقل للمشتري بمجرد عقد البيع الصحيح دون حاجة إلى أي إجراء آخر وليس على البائع من التزام نحوه غير تسليمه المبيع وعدم التعرض له في الانتفاع به).²⁶⁰

على أن ذلك لا ينفي أن ثمة إلتزامات تلقى على عاتق هذا البائع تتعلق بنقل الملكية، فالبائع يجب عليه أن يكف عن الأعمال السلبية حتى يتيسر نقل الملكية إلى المشتري. ومن هنا يجب على البائع أن يكف عن أي عمل يجعل نقل الملكية مستحيلاً، كما لو تصرف في المنقول بعد البيع ويسلمه إلى مشتري حسن النية.²⁶¹ فالبائع متى ما أبرم عقده، وقبل تسليم المنقول الى المشتري قام بببيعته مرة أخرى على مشتر آخر حسن النية فإن المشتري الأخير يكتسب ملكية المنقول بناءً على قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.²⁶² أما إذا كان المشتري في العقد الثاني سيء النية أي يعلم بسبق التعاقد – وأن البائع غير مالك – فليس في مكنه التمسك بتملك المنقول بناءً على ذلك العقد.

وعلى الرغم من ذلك فإن قاعدة الحيازة لا تحمي المشتري الثاني الذي تملك المنقول ولو كان حسن النية وقت التعاقد لا يعلم بسبق بيع المنقول، وذلك عندما يعلم عند بدء حيازته بعدم أحقية البائع في بيع هذا المنقول. حيث أن الحائز – المشتري الثاني – يكتسب ملكية المنقول ليس بسبب عقد الشراء الذي لا يمكن أن ينقل الملكية طالما صدر من غير مالك، وإنما يكتسبها بموجب الحيازة ذاتها، وفي ذلك يذهب الأستاذ السنهاوري بأن الحائز يكسب (ملكية المنقول لا بموجب التصرف القانوني الصادر من

258. د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 162

259. الطعن رقم 61 لسنة 1991 – جلسة 16 فبراير 1992م.

260. الطعن رقم 18 لسنة 2002 – جلسة 16 سبتمبر 2002م.

261. د. عبدالرزاق السنهاوري ، الوسيط (4) : المقايضة والبيع ، المرجع السابق، ص 416

262. حيث تؤكد محكمة التمييز البحرينية أن (حيازة المنقول والظهور عليه بمظهر المالك قرينة على أنه مملوك لحائزة). الطعن رقم 496 لسنة 2005 – جلسة 17 ابريل 2006م.

وجاء في حكم آخر بأن (مفاد ما نصت عليه المادة 277 من قانون المرافعات من أنه لا يجوز للمحجوز عليه أن يتصرف في الأشياء المحجوزة ولا اعتبر مبدداً، ان تصرف المدين في الشيء المنقول المحجوز عليه بعد الحجز لا يكون نافذاً في حق الدائن الحاجز وان كان هذا التصرف يبقى صحيحاً فيما بين المدين وبين المتعاقد الآخر معه، فاذا قام المدين بتسليم هذا الشيء الى المتصرف اليه رغم توقيع الحجز فانه يعتبر مبدداً ويجوز للحاجز ان يسترده من المتصرف اليه اذا كان سيء النية اما اذا كان حسن النية فانه يتمتع على الدائن الحاجز هذا الاسترداد عملاً بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز). الطعن رقم 181 لسنة 1995 – جلسة 7 أبريل 1996م.

غير المالك فإن هذا التصرف لا ينقل الملكية مادام قد صدر من غير المالك، ولكن بموجب الحيابة نفسها التي تعتبر في هذه الحالة سبباً لكسب ملكية المنقول).²⁶³

فحسن نية المتعاقد الثاني تشترط في وقت حيابة المنقول، وليس بوقت تلقي الحق (أي العقد)، فإذا كان الحائز – أي المشتري الثاني – حسن النية وقت تلقي الحق، فيجب أن لا يحتج عليه بعقد لم يكن طرفاً فيه ولا يعلم بوجوده ولكنه متى علم بذلك عند بدء الحيابة فلا يعتبر حسن النية ولا يملك المنقول بالحيابة.²⁶⁴

(ب) المنقول المعين بالنوع :

لا تنتقل ملكية المنقول المعين بالنوع بمجرد إبرام العقد بل يلزم إلى جانب ذلك أن يتم الإفراز. ويقصد بالإفراز تمييز الشيء المعين بنوعه وتحديد ذاتيته على نحو يصبح معيناً بذاته وذلك عن طريق الوزن أو الكيل أو العد أو التجنيب أو القياس إلى غير ذلك من الطرق التي تفصل المبيع عن الأشياء الأخرى.²⁶⁵

وما يهمنا في هذا المقام نقل الملكية، حيث أنه المشتري قبل إفراز المنقول لا يعد مالكا له بعد، ويظل مجرد صاحب حق شخصي،²⁶⁶ ويجوز للمشتري أن يحصل على شيء من النوع ذاته إذا امتنع البائع عن إلتزامه بإفراز المبيع حتى تنتقل الملكية.²⁶⁷

والتساؤل المطروح لو قام البائع ببيع الشيء المتفق عليه إلى مشتر آخر قبل الإفراز ، كما لو كان المبيع قدراً من القمح لم يفرز بعد، وقام المشتري في العقد الثاني بشراء كمية القمح جميعها رغم علمه بسبق بيع كمية منه إلى مشتر آخر، فهل يعد ذلك إخلالاً بحجية العقد؟

قد تبدو هذه الحالة قليلة الأهمية ذلك أن محل العقد في هذه الحالة يكون من المثليات التي لا يمكن أن تتلف، فبيعها لا يعني زوالها ذلك أنه بالإمكان أن تتوفر كميات أخرى منها من قبل البائع، وهذا هو الوضع المألوف، بيد أن توفير الكمية التي تم الإتفاق عليها ولم يتم فرزها إلتزام يقع على البائع

²⁶³ د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (8) : حق الملكية ، المرجع السابق ، ص 1125 / ويتفق هذا الرأي مع قضاء محكمة التمييز البحرينية التي قررت في إحدى القضايا بأنه (إذ كانت السيارة المبيعة إلى الطاعن لإعتبارها منقولاً معيناً بذاته تنتقل ملكيتها إليه فور العقد ويكون ملزماً بدفع ثمنها حتى ولو لم يتم تسليمها له مالم يتم الاتفاق على غير ذلك). الطعن رقم 387 لسنة 2006 – جلسة 22 يناير 2007م / وهذا يعني بطبيعة الحال أن المشتري الثاني إذا كان حسن النية يكتسب ملكية السيارة بالحيابة وليس بموجب العقد لأن البائع لم يعد مالكا.

²⁶⁴ د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (8) : حق الملكية ، المرجع السابق ، ص 1141

²⁶⁵ د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، 165

²⁶⁶ ينظر في نفس المعنى لدى المرجع نفسه.

²⁶⁷ د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (4) : المقايضة والبيع ، ص 429

بإفرازها وتجنبها بالجودة التي تم الإتفاق عليها، فإن إختلفت الجودة جاز للمشتري أن يطالب البائع بها. ومن ثم يتبين أنه إذا حال البائع والمشتري في العقد الثاني - مع علمه - دون توفير الجودة التي تم الإتفاق عليها مع المشتري الأول، جاز الرجوع على البائع بذلك وفقاً للقواعد العامة، وجاز الرجوع على المشتري بناءً على فكرة المسؤولية، وليس للمشتري في العقد الأول طلب إبطال عقد المشتري الثاني، حيث لا يمكن التذرع بعلم المشتري في العقد الثاني بوجود العقد الأول.

أما لو قام البائع بفرز المبيع فإن الملكية تنتقل إلى المشتري فوراً، ويترتب على ذلك أنه لو قام البائع بببيع المنقول المفروز بعد ذلك لشخص آخر وقبل تسليمه للمشتري، فإن المشتري في العقد الثاني متى كان حسن النية يكتسب ملكية المنقول، تبعاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، حيث يتغير وصف المنقول المعين بالنوع إلى منقول مفروز فيكون حكمه حكم المعين بالذات.

2- في عقد الرهن الحيازي:

يشترط للإحتجاج بعقد الرهن الحيازي الذي يرد على منقول في مواجهة الغير أن يدون في ورقة ثابتة التاريخ، فضلاً عن إنتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن، وهذا ما تقضي به المادة (1021) من القانون المدني البحريني والتي نصت على أن: (يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب إنتقال الحيازة أن يحرر العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن).²⁶⁸

فإذا تزامن أكثر من دائن مرتهن في هذه الحالة،²⁶⁹ فالأسبقية تكون لمن إنتقلت إليه الحيازة مع ضرورة أن يكون حقه ثابت التاريخ. وفي حالة توفر الحيازة لشخص أجنبي (عدل) لصالح عدة دائنين مرتهنين، فالأسبقية تثبت لأول دائن مرتهن حاز الشخص الأجنبي المنقول لصالحه.²⁷⁰ والهدف الأساسي من إنتقال الحيازة هو الإعلان عن حق الدائن على الشيء لأن الحيازة هي أساس الإعتراف بالحقوق الواردة على منقول والوسيلة الطبيعية لشهر هذه الحقوق.²⁷¹

²⁶⁸ . وتقابلها المادة (1117) من القانون المدني المصري.

²⁶⁹ . أما في حالة الرهن الحيازي الوارد على عقار فلا تتور الإشكالية ذلك أنه يشترط لنفاذه القيد كما هو الحال في الرهن التأميني، حيث تقضي المادة (1019) من القانون المدني البحريني بأن: (يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد الرهن، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن التأميني). وتقابلها المادة (1114) من القانون المدني المصري.

²⁷⁰ . د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط (10): التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 849

²⁷¹ . (بودان وفواران) نقلاً عن د. سمير عبدالسيد تناغو، المرجع السابق، ص 355

ويتضح مما تقدم أن المشرع فرض قيدين لنفاذ الرهن في مواجهة الغير، شرط عام يتمثل في الحيازة، فضلاً عن شرط خاص بالنسبة للمنقولات يتمثل في ثبوت التاريخ في ورقة عرفية.²⁷² فالمشرع اشترط ثبوت التاريخ حماية للغير من غش الراهن الذي قد يعتمد إلى تفضيل دائن آخر بتقديم تاريخ الرهن.²⁷³

فإذا تزام دائنان مرتهنان لمنقول واحد ولكل منهما تاريخ ثابت، فإن الأسبق في هذا التاريخ يتقدم على المتأخر.²⁷⁴ ولكن ماذا لو أبرم الراهن عقده مع الدائن المرتهن بعقد ثابت التاريخ، وقبل إنتقال الحيازة، قام الراهن بإبرام عقد آخر وسارع بنقل الحيازة إلى الدائن المرتهن الثاني حسن النية؟ بمعنى ماذا لو تحققت الأسبقية لدائن مرتهن، في حين تحققت الحيازة لدائن مرتهن ثاني؟

يشير البعض إلى أنه (لا ينفذ رهن المنقول في حق الغير ولا تتحدد مرتبته إلا من الوقت الذي يجتمع فيه شرط انتقال الحيازة وشرط ثبوت التاريخ معاً. فإذا تأخر إنتقال الحيازة عن التاريخ الثابت، تتحدد مرتبة الرهن من وقت إنتقال الحيازة. وبالعكس إذا كانت الحيازة سابقة على التاريخ الثابت فتتحدد المرتبة بوقت ثبوت التاريخ).²⁷⁵

ويختلف الحكم فيما لو كان أحد الرهنين ثابت التاريخ، والآخر تحقق به شرط الحيازة بحسن نية، فأيهما يكون أقوى في حجيته، هل العقد ثابت التاريخ أو العقد الذي تمت بموجبه الحيازة بحسن نية؟ الواقع أن الحيازة ترجح من جهة الحجية على ثبوت التاريخ، وذلك تطبيقاً لحماية الأوضاع الظاهرة التي تصبو إلى إستقرار العلاقات القانونية. أما إذا كان الحائز سيء النية فإن ثبوت تاريخ العقد يعد المعيار الذي يفصل في أحقيه أي من الدئنين المرتهنين. ويصدق هذا القول حتى في حالة بيع المنقول محل الرهن حيث يذهب البعض إلى أن الراهن إذا باع الشيء المرهون إلى مشتر حسن النية وإنتقلت حيازته إليه وهو لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بأن المنقول مثقل برهن حيازي فإن الملكية تنتقل إليه خالية من الرهن وهو ما يعني ليس فقط عدم نفاذ الرهن بل إنقضاؤه.²⁷⁶

²⁷² . نتناول فكرة ثبوت التاريخ بقدر من التفصيل في الصفحات القادمة.

²⁷³ . د. محمد حسين عبدالعال ، التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق ، ص 187

²⁷⁴ . د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (10) : التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 891

²⁷⁵ . د. محمد حسين عبدالعال، التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق ، ص 188

²⁷⁶ . د. سمير عبدالسيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 367

ثانياً : حجية شرط الاحتفاظ بالملكية :

قد يتفق البائع والمشتري على أن يكون تسديد الثمن مؤجلاً، وأن يحتفظ البائع بالملكية لحين الوفاء بكامل الثمن، إذ يبقى مالاً للشيء المبيع كضمان له يتيح له التقدم على بقية المشتريين، وهذا ما يسمى بشرط الاحتفاظ بالملكية.²⁷⁷ ولذلك يحوز شرط الاحتفاظ بالملكية أهمية خاصة عند الحديث عن عقد البيع بالتقسيط.²⁷⁸

إن لهذا الشرط خصوصية معينة في إطار الحديث عن مبدأ حجية العقد، إذ قد يبرم البائع عقداً مع مشترٍ يشترط الأول أن تبقى الملكية لديه حتى يوفي هذا المشتري باقي ثمنه. وتظهر فكرة الحجية على وجه الخصوص من خلال جهتين، الأولى هي مدى قدرة البائع أن يحتج بالشرط في مواجهة الخلف الخاص للمشتري، أي المشتري الثاني، أو الحائز،²⁷⁹ والثانية هي حجية الشرط في مواجهة الدائنين. وعلى ذلك سنتناول حجية الشرط في مواجهة الخلف الخاص والدائنين تباعاً وفقاً لما يلي.

1- حجية الشرط في مواجهة الخلف الخاص :

إذا باع المشتري المال إلى مشترٍ آخر تثور فكرة مدى إحتجاج البائع الأصلي بالشرط في مواجهة هذا الأخير، فبالنسبة للبيوع العقارية لا يبدو أن مثل هذا الشرط ذا أهمية ذلك أن إنتقال الملكية في البيوع العقارية لا يتم إلا مع مراعاة قواعد التسجيل العقاري التي سبق وأن تحدثنا عنها. بينما تثور المسألة بشكل خاص في بيع المنقول²⁸⁰ حيث أن المشتري لا يملك المال الذي باعه على المشتري

²⁷⁷ جبروم هوييه ، المرجع السابق ، ص 185
هذا وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية، حيث يرى جانب من الفقه أنه شرط واقف ويرى آخرون أنه شرط فاسخ في حين يرى البعض أنه ضمان عيني، في الوقت الذي كيفه البعض الآخر على أنه أجل من نوع خاص. / ينظر في تفاصيل ذلك لدى د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ، 2007 ، ص 293 وما بعدها / ينظر أيضاً د. صبري حمد خاطر ، الاحتفاظ بالملكية (دراسة تأصيلية في عقد البيع) ، مجلة الحقوق – جامعة النهرين ، المجلد 4 – العدد 5 ، تموز 2000 ، ص 99 وما بعدها
وإذا ما رجعنا إلى موقف القانون الفرنسي نجد أنه قبل عام 1980 لم يحدد موقفاً من طبيعة الشرط ، واتخذ القضاء عدة مواقف بشأن ذلك، إلا أنه وبصدور قانون 12 أيار 1980 فقد كان واضحاً ونص على شرط بموجبه لا تنتقل الملكية حتى يدفع الثمن كاملاً بمعنى أنه شرط واقف، كما أن الأعمال التحضيرية لهذا القانون وردت بها كلمة (الشرط واقف) ولكن اللجنة القانونية للجمعية العامة حذفت هذه التسمية، كما ورد في مناقشة القانون أن البيع في ظل هذا الشرط هو بيع في ظل شرط واقف . ينظر في تفاصيل ذلك لدى د. صبري حمد خاطر ، الاحتفاظ بالملكية ، المرجع السابق ، ص 102
²⁷⁸ . حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (391) من القانون المدني البحريني على أنه (إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقفاً على استيفاء الثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع) وتقابلها المادة (430) من القانون المدني المصري.

²⁷⁹ د. محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 238

²⁸⁰ . يجب التنويه إلى أن بعض المنقولات نظراً لأهميتها الاقتصادية تأخذ حكم العقار في بيعها كالطائرة . ينظر في ذلك المادة (2/46) من المرسوم بقانون رقم (6) لسنة 2005 باصدار قانون الطيران المدني البحريني.

الثاني، ومن ثم نطبق أحكام بيع ملك الغير من حيث الأصل فلا ينفذ البيع في حق المالك الأصلي وهو البائع مالم يقره.²⁸¹

بيد أن تصرف المشتري إلى شخص آخر حسن النية لا يعلم بحقيقة وجود الشرط وتسليمه إليه، يبيح للمشتري الثاني التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ومن ثم لا يستطيع البائع أن يطلب إسترداد المبيع والإحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير، أي المشتري الثاني.²⁸² وعليه فإذا ثبت سوء نية الغير المشتري الثاني أي علمه بوجود شرط الإحتفاظ بالملكية فيصبح من حق البائع أن يقيم دعوى الإسترداد والإحتجاج في مواجهته بالشرط،²⁸³ وهذا ما ورد في تطبيقات محكمة النقض الفرنسية عندما قضت بأنه ليس من حق البائع المحتفظ بملكية المبيع أن يطلب إسترداده من المتصرف إليه من المشتري الأصلي الا بعد إقامة الدليل على سوء نية الأول.²⁸⁴

وعلى الرغم من عدم الإحتجاج بالشرط في مواجهة الخلف حسن النية إلا أن القضاء الفرنسي لم يشأ أن يدع البائع دون حماية خاصة وأنه لم يستوف ثمن المبيع الذي فقد ملكيته الضامنة بموجب قاعدة الحيازة. فالمشرع الفرنسي خول البائع حق إقتضاء ثمن البضاعة من المتصرف إليه إذا كان لم يقدّم بدفعه للمتصرف (المشتري الأصلي).²⁸⁵ بينما لو قام المتصرف إليه (الخلف الخاص) بدفع كامل الثمن للمشتري سقط حق البائع الأصلي في إسترداد البضاعة والثمن.²⁸⁶

ويثير الأمر جدلاً متى كان الثمن في كلا البيعين مختلفاً، إذ لا توجد صعوبة في حالة تماثل الثمن في البيعين، بينما تثور في حالة إختلافهما، وعليه فإذا كان الثمن في البيع الثاني أقل من البيع الأول لم يكن من حق البائع الأصلي سوى المطالبة بالثمن المستحق في ذمة المشتري الثاني، ويرجع بباقي الثمن على المشتري منه.²⁸⁷ بينما لو كان الثمن في البيع الثاني يفوق ثمن البيع الأول وهو الغالب، فيرى البعض أن من حق البائع الأصلي في الحصول على الثمن المستحق في ذمة المتصرف إليه (الخلف) ولو زاد عن الثمن الأصلي، ويسبب أصحاب هذا الإتجاه رأيهم في أن هذا الثمن يعبر عن

²⁸¹ . المادة (436) من القانون المدني البحريني تنص على أنه (إذا باع شخص مالا للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع).

²⁸² . د. محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص 225

²⁸³ . تنص المادة (116) الفقرة (2) من قانون التجارة البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (7) لسنة 1987 على أن (ولا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل أداء الأقساط بالكامل إلا بإذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه المشتري للغير بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً في حق البائع إذا أثبت علم الغير وقت التصرف بعدم أداء الثمن بالكامل).

²⁸⁴ . مشار إليه لدى د. محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص 227

²⁸⁵ . المادة (66) من قانون 13 يوليو 1967 والمادة (25) من قانون 25 يناير 1985 نقلاً عن المرجع نفسه، ص 229

²⁸⁶ . د. محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص 230

²⁸⁷ . المرجع نفسه، ص 231

قيمة البضاعة الفعلية.²⁸⁸ بينما كان لمحكمة النقض الفرنسية موقف آخر، ذلك بأن الثمن يحل محل البضاعة وليس للبائع الأصلي إلا الثمن المحدد في عقده مع المشتري، وتدخل الزيادة في الذمة المالية للأخير، أي أن البائع يحصل على ما هو مستحق له دون هامش الربح لأن شرط الاحتفاظ بالملكية ليس سوى ضمانته لإستيفاء الثمن.²⁸⁹

ولا يمكن في حقيقة الأمر تطبيق هذه المسألة في كل من مصر والبحرين ذلك أن المشرع الفرنسي قرر هذا الرجوع بموجب الدعوى المباشرة التي تحتاج إلى نص، بينما لم يرد مثل هذا النص في كل من القانون البحرين والمصري، بل ولا يمكن تعميم فكرة المجموعة العقدية في هذا المجال، لأن المتصرف إليه (الخلف) لم يتبين أن يصدر منه خطأ سوى أنه تعاقد بحسن نية مع المشتري، بينما لو صدر منه خطأ عقدي بعدم دفع الثمن المتفق عليه فيمكننا في هذه الحالة أن نطرح فكرة المجموعة العقدية للنقاش.²⁹⁰

2- حجية الشرط في مواجهة الدائنين :

إن لحجية شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين طابعاً خاصاً أثار جدلاً في الفقه. إذ يرى البعض أن جواز الإحتجاج بالشرط يخول البائع إمتيازاً فعلياً في مواجهة بقية دائني المشتري وأن هذا الإمتياز فيه خفاء، حيث لا يعلم به سائر دائني المشتري،²⁹¹ ومن ثم تصبح جماعة الدائنين ضحية لإجازته خاصة وأنهم تعلقوا بالضمان العام الذي يبدو فيه يسار ظاهر يفاجأون بأن جانباً منه قد إنهار.²⁹²

ومن ناحية أخرى يرى البعض أن هذا الإتجاه منتقد على اعتبار أن هذه المنقولات ليست ضمن الذمة المالية للمفلس أصلاً فهي مملوكة للغير (البائع)، فلا تدخل في التفليسة،²⁹³ فضلاً عن أنه لا يجوز معاقبة البائع على تسليمه البضاعة للمشتري واشترطه هذا الإنتمان، فالبائع أولى بالرعاية.²⁹⁴

²⁸⁸ . لدى د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، المرجع السابق ، ص 231

²⁸⁹ . 15 jan. 1991, bull civ. Iv, n.31 com مشار إليه لدى المرجع نفسه

²⁹⁰ . سوف نتطرق إلى فكرة المجموعة العقدية ومجال تطبيقها في إطار فكرة الحجية لاحقاً. / ومن جهة أخرى يشير البعض بأن التصرف نيابة عن الغير وبالتالي تطبيق فكرة النيابة الظاهرة متى توافرت شروطها، فإنه لا يكفي حسن نية الغير بل لابد من الإعتداد بالغلط الشائع كأساس للوضع الظاهر، ومتى توافرت شروط الوضع الظاهر فلا يمكن الإحتجاج بالملكية في هذا المجال أيضاً. ينظر د. محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 239

²⁹¹ . د. علي سيد قاسم ، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس ، دار النهضة العربية ، 1991 ، ص 73 / ينظر أيضاً د. حمدالله محمد حمدالله ، حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية (دراسة مقارنة في القانونية المصري والفرنسي) ، دار النهضة العربية ، 1995 ، ص 50 وما بعدها

²⁹² . د. علي سيد قاسم ، المرجع السابق ، ص 73

²⁹³ . د. حمدالله محمد حمدالله ، المرجع السابق ، ص 52

وعلى الصعيد التشريعي لم يكن القانون الفرنسي والمصري أي منهم يجيز الإحتجاج بالشرط في مواجهة جماعة دائني المشتري، وهذا يعني بالضرورة إضعاف الشرط حيث يفقد جانباً هاماً من وظيفته التأمينية في ضمان حق البائع في الثمن،²⁹⁵ كذلك يرجع البائع على المشتري لإقتضاء باقي الثمن شأنه في ذلك شأن جماعة الدائنين. إلا أنه وبتعديل حديث حصل في القانون الفرنسي،²⁹⁶ أصبح يمكن للبائع الإحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين شريطة أن يكون الشرط مكتوباً في ورقة ثابتة التاريخ وسابقاً على إجراءات التنفيذ أو شهر الإفلاس، وورد هذا الحل أيضاً في قانون التجارة الجديد في مصر²⁹⁷، وسار على نهجه المشرع البحريني في قانون التجارة في المادة (116) الفقرة (3).²⁹⁸

وأياً كان الأمر فإن البائع متى إشتراط إحتفاظه بالملكية فيكتسب هذا الشرط حجيته في مواجهة الخلف الخاص سيء النية وجماعة الدائنين متى كان الشرط مكتوباً ثابت التاريخ،²⁹⁹ ويمكنه - ومن ثم

294. د. علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص 90 / وللمزيد من التفاصيل حول هذه المواقف الفقهية ينظر المرجع نفسه، ص 71 وما بعدها / أيضاً د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص 50 وما بعدها

295. د. محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص 154

296. قانون 25 لسنة 1985، ينظر في ذلك المرجع نفسه، ص 154

297. المادة (106) الفقرة (2) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999

298. إذ تنص المادة (116) الفقرة (3) منه على ما يلي : (ومع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالإفلاس لا يكون شرط الإحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها، الدائنون على المبيع).

وإذا كان الأمر كذلك في البيوع التجارية فإن المشرع في البيع المدني لم ينص على هذا الأمر، ومن ثم يحق لنا أن نتساءل حول مدى الإحتجاج بالشرط في هذه البيوع، إذ تنص المادة (391) من القانون المدني البحريني على أن (إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع. فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقد أن يتفقاً على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي وفقاً للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة (226). فإذا وفيت جميع الأقساط، اعتبرت ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع ما لم يتفق على غير ذلك. وتسري الأحكام السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً). وإذ لم ينص المشرع البحريني على مدى حجية الشرط في مواجهة الغير فإن الأمر يبدو قريباً من تطبيق القواعد العامة حيث يشترط بالنسبة للخلف الخاص أن يكون عالمياً بوجود الشرط لإمكانية الإحتجاج عليه وإلا حق له التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، أما في مواجهة الدائنين فإن الأمر خاضع لقواعد الإثبات من إشتراط ثبوت التاريخ في المحرر كي يحتج به على الغير، دون حاجة إلى نص خاص بذلك.

299. يخلط بعض الفقه بين حجية شرط الإحتفاظ بالملكية في مواجهة المتصرف إليه (الخلف الخاص) وبين حجيته في مواجهة جماعة الدائنين فيعتمد بما تطلبه المشرع للإحتجاج بالشرط في مواجهة الدائنين من كتابة وثبوت تاريخ ليعتبره شرطاً متى تحقق يصبح الشرط حجة في مواجهة الخلف الخاص أيضاً (المتصرف إليه) حيث يرى أصحاب هذا الإتجاه (بأننا أصبحنا بصدد حكم خاص يشكل إستثناءً على قاعدة الحيازة في المنقول، ومن ثم فإذا قام المشتري بالتصرف في المبيع الي الغير فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق البائع الذي إحتفظ بملكية المبيع، وذلك دون حاجة الي تكليفه بإثبات علم المتصرف إليه وقت اجراء التصرف بعدم وفاء المشتري للثمن بأكمله، ذلك أن شرط الإحتفاظ بالملكية يسري في مواجهة المتصرف إليه طالما كان ثابت التاريخ في وقت سابق على اجراء التصرف، وذلك بغض النظر عن حسن أو سوء نيته، أي انه لا يستطيع التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول). د. محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص 226

وواضح أن هذا الرأي يخلط بين الحجية المقررة للشرط في مواجهة الدائنين وبين حجيته في مواجهة الخلف الخاص، حيث أن الحجية المقررة في مواجهة الدائنين جاءت بنص المشرع لإعتبارات متعددة ووفق شرط الكتابة =

– أن يمارس دعوى الإسترداد بأن يسترد البضاعة التي باعها واحتفظ بملكيته وفق شروط هذه الدعوى،³⁰⁰ ذلك أن الإحتجاج بشرط الإحتفاظ بالملكية يؤثر على التوازن الذي من المفروض أن تحققه الإجراءات الجماعية تبعاً لتكوين جماعة الدائنين إثر إفلاس المدين.³⁰¹

الخلاصة أن العقود التي ترتب أثراً عينياً إما أن ترد على عقار أو أن ترد على مال منقول، ورأينا كيف ربط المشرع حجية هذه العقود سواء بالتسجيل (أو القيد) بالنسبة للعقود العقارية، وكيف ربطها بالحيازة في العقود التي ترد على الأموال المنقولة. ولكن التساؤل الذي يطرح حول مدى إكتساب العقود التي ترتب أثراً شخصياً لهذه الحجية؟ وماهي الآلية التي وضعها المشرع لإكتساب تلك الحجية؟ وهذا ما نبينه في المطلب الثاني وفقاً لما يلي.

المطلب الثاني

حجية العقود ذات الأثر الشخصي

تتمتع العقود التي ترتب أثراً شخصياً بحجية في مواجهة الكافة، غير أن هذا المبدأ ليس على إطلاقه حيث يتدخل المشرع في بعض الحالات لتجريد بعض التصرفات من حجيته، ومن ثم نتناول في هذا المطلب حجية العقود ذات الأثر الشخصي من خلال دراسة حجية هذه العقود بصورة عامة في الفرع الأول ، ونتناول في الفرع الثاني تجريد هذه العقود من حجيته من خلال نظام (عدم السريان)، وذلك وفقاً لما يلي :

= وثبوت التاريخ، ولا يمكن أن نعمم هذا الشرط على بقية أشخاص الغير كالخلف الخاص بأي حال من الأحوال، إذ أن هذا الرأي فضلاً عن إصطدامه بقاعدة الحيازة في المنقول ، فإنه يناقض السياق التشريعي للنصوص القانونية وتوافق السياسة التشريعية التي عادة ما تحمي الخلف الخاص بقاعدة الحيازة تطبيقاً لفكرة الوضع الظاهر، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض عندما تمسكت بقاعدة الحيازة، إذ لا يمكن تصور الإحتجاج بشرط لا يعلمه الخلف لأن ذلك سيؤدي بالضرورة إلى إهتزاز الثقة في المعاملات، ومن ثم لا يبدو أن المشرع الفرنسي قصد من شرط الكتابة وثبوت التاريخ أن يحتج به في مواجهة الخلف الخاص.

³⁰⁰ ينظر في تفاصيل شروط دعوى الإسترداد د. حمد الله محمد جمده، المرجع السابق، ص 59 وما بعدها / أيضاً

د. محمد حسين منصور، شرط الإحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص 163 وما بعدها / أيضاً د. علي سيد قاسم ،

المرجع السابق، ص 72 وما بعدها

³⁰¹ د. محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 241

الفرع الأول

الحجية بصورة عامة

ثمة عقود ترتب آثاراً شخصية فقط بين عاقدَيْها دون أن تقترن بآثار عينية كنقل ملكية و الحيازة ، ومن ثم يطرح تساؤل حول حجية هذا النوع من العقود؟ وبعبارة أدق كيف تكتسب هذه العقود حجيتها في مواجهة الغير ، وما هي الآلية القانونية لذلك؟

يذهب البعض إلى افتراض علم الغير بوجود العقد مالم يتطلب القانون إجراءً معين.³⁰² ويرى البعض الآخر أن هذا الاتجاه محل نظر، إذ لا يمكن في حقيقة الأمر أن نلزم الغير بإحترام عقد لا يعلم بوجوده، والقول بغير ذلك يؤدي إلى منع الغير تماماً من التعاقد مخافة وجود حقوق سابقة معارضة لحقه الجديد، الأمر الذي يؤدي إلى محاسبته عن مسلكه البرئ.³⁰³ ويؤيد ذلك إعتبارات عملية كثيرة، منها سرعة التعامل وتعاقبه وتعدده، وضرورة توفير مرونة كافية له.³⁰⁴

فالواقع أن حقيقة هامة يجب عدم إغفالها وهي أن التصرفات التي يبرمها الفرد مع غيره ترتبط إرتباطاً وثيقاً بذمته المالية وتؤثر فيها سلباً أو إيجاباً، فلو أن شخصاً أبرم عقداً من العقود فإن الآثار الشخصية لهذا العقد تؤثر تأثيراً مباشراً في ذمته المالية سواء بالزيادة أو النقصان تبعاً لما يتحملة من حقوق أو إلتزامات بموجب هذا العقد.

إذ قد يرتب العقد زيادة أو نقصان في ذمة المتعاقدين طبقاً لكل حالة وكل عقد، وهذا التغير قد ينتج أثراً بالنسبة إلى الغير الذي لا يعد طرفاً في هذه العقود ولا ممثلاً لأحدهما، إذ قد يكون دائناً لأحدهما فيتأثر هذا الغير بالضرورة بالتغيرات التي تحدث في الذمة المالية للمتعاقد التي تشكل الضمان العام، ومن هنا ثار التساؤل حول مدى إمكانية أن نعتبر العقود التي ترتب أثراً شخصياً نافذه في مواجهة الكافة، بمعنى هل تحوز هذه العقود الحجية المطلقة في مواجهة الكافة دون أي شرط أو قيد؟.

إن الذمة المالية للمدين – بما تشتمل عليه من أموال وحقوق – هي الضمان العام الذي يقتضي منه الدائنون حقوقهم، ومن ثم لا تتعلق ديون الشخص بالشخص ذاته وإنما تتعلق بما له من أموال وحقوق داخلية في نطاق ذمته المالية.³⁰⁵ فقد سبق وأن تناولنا مركز الدائن العادي من تصرفات مدينه

V.Bertrand. L'opposabilite du contrat aux tier. Op cit. P332

302

نقلًا عن د. صبري حمد خاطر ، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 210
ويذكر (فيليب مالوري) Philippe Malaurie في هذا الصدد أن حجية العقد تستلزم أن يعلم الغير علماً خاصاً بالإتفاق وتاريخه.
Philippe Malaurie, ibid, p.398

303 د. محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 55

304 المرجع نفسه ، ص 61

305 د. منصور حاتم محسن الفتلاوي ، نظرية الذمة المالية : دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1999 ، ص 17 - 18

باعتبار أن هذه التصرفات تؤثر في الذمة المالية للمدين بشكل مباشر، وتؤثر في الضمان العام للدائن بشكل غير مباشر.³⁰⁶ ومن جهة أخرى لا يمكن أن نحرم بأي حال من الأحوال الأفراد من تعاقداتهم والتصرف بما تشتمل عليه ذمتهم المالية.

وعليه فإن العقود التي تنطوي على أثر شخصي تكتسب حجيتها في مواجهة الغير بشكل تلقائي تبعاً لإرتباطها بالذمة المالية للشخص المتعاقد، وفي إطار حريته في التعاقد والتصرف كيفما يشاء في هذه الذمة.

وعلى هذا الأساس لا مناص من القول أن العقود التي تنطوي على أثر شخصي تكتسب حجية في مواجهة الكافة من حيث المبدأ لإرتباطها بالذمة المالية للمتعاقدين، ولا يمكن التذرع بأن تغير الذمة المالية قد ينتج ضرراً بالغير لأن المشرع تدخل ووضع نصوص قانونية متفرقة تعالج حالات كهذه وتضع حداً لحجية هذه العقود، بمعنى تجريدها من الحجية وهو ما نتناوله لاحقاً.

وعلى أي حال فإن التجريد من الحجية لا يمكن أن يثور الحديث بشأنه مالم يتعلق حق الغير بعقد من العقود أو تأثر الغير بعقد من هذه العقود، أو بعبارة أخرى لا يمكن للغير أن يطلب من القضاء تجريد العقد من حجيته المطلقة مالم يكن هذا العقد له من الأثر الذي يضر به سواء لإرتباط محل العقد بحق ذلك الغير أو تبعاً للذمة المالية وما يتعريها من نقصان وفق قيود وضعها المشرع.

ومن هنا يرى البعض بأنه (مهما قيل في نفاذ الحق الشخصي دون فرض شروط معينة فنلاحظ ذلك نادر الوقوع ولا يتحقق إلا في حالات استثنائية كحالة الاستناد على العقد كواقعة للإثبات أو في الحالة التي يؤدي فيها العقد إلى تغيير من مركز الدائن كما في حالة الدائن العادي والخلف العام، إذ لا يملك هؤلاء كما سبق القول الاعتراض على تصرفات المدين أو السلف قبل نشوء حق خاص لهم يجعلهم من الغير المعنيين بالعقد).³⁰⁷

وتأسيساً على ما تقدم يمكن القول أن العقود التي ترتب حقاً شخصياً تكتسب حجيتها في مواجهة الكافة بقدر حرية الفرد بالتصرف في ذمته المالية، وهذا هو الأساس.³⁰⁸ غير أن هذه الحجية تم تقييدها من قبل المشرع من جهتين، إما قيود تسري بشأن جميع التصرفات تبعاً للنصوص التشريعية التي تمنع

³⁰⁶ ينظر في ذلك ص 23 وما بعدها من هذه الرسالة.

³⁰⁷ د. محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 250

³⁰⁸ يرى البعض بأنه (يمكن أن يتعرض الدائنون للضرر نتيجة فعل الغير، فأى دين جديد يتعاقد المدين عليه يمكن أن يؤدي إلى إضعاف الضمان العام للدائنين ويضعف فرصة الوفاء بالدين، وفعل الغير الذي يمس مصلحة الدائنين يمكن أن يوصف بأنه خطأ، خاصة عندما يساعد الغير المدين على إضعاف ذمته المالية. ولكن تطرح هذه المسألة جانباً لسببين: الأول أن الدائنين هم في الغالب ليسوا متعاقدين، والثاني أن حماية الدائنين هي مشكلة وجدت قبل ظهور الحجية ويبدو أن الحجية لم تلعب دوراً في هذه المشكلة، وهكذا في القانون الفرنسي لم ينظر إلى الدعوى البوليصية إلا بوصفها استثناء على مبدأ حجية العقد. العقد الذي يؤدي إلى إفسار المدين وليس بوصفها مظهر من مظاهر حجية العقد). ينظر في ذلك Robert Wintgen, ibid, p.161

الغش، وإما قيود تخص بعض التصرفات التي جعل المشرع حجيتها مرهونة بعدم الإضرار بالغير تبعاً لتعلق محلها بحق الغير بها.³⁰⁹

الفرع الثاني

التجريد من الحجية (عدم السريان)

طالما اعتبرت التصرفات ذات حجية في مواجهة الكافة بقدر تعلقها بالذمة المالية، فإن ذلك يستدعي بلا شك حماية بعض الأشخاص الذين يدورون في محيط تلك التصرفات، أي يدورون في محيط المتعاقدين، ومن ثم يقتضي الأمر تجريد بعض التصرفات من حجيتها، والتجريد من الحجية في هذا المقام يمكن تقسيمه إلى نوعين، تجريد من حجية جميع التصرفات، أي ينطبق هذا التجريد على جميع أنواع التصرفات، وإما تجريد من بعض التصرفات، أي ينطبق على نوع معين أو أنواع معينة من التصرفات، وهذا ما نبينه تباعاً.

أولاً : التجريد بالنسبة لجميع التصرفات :

يقوم التجريد في هذه الحالات على عنصر الغش الذي ينطوي عليه التصرف، ليمنح الحق للغير بالطعن فيه لتجريده من حجيته، وقد يكون الغش في هذه الحالة فعلياً أي صادر من المدين، وقد يكون إفتراضياً أوقف به المشرع حجيته التصرفات لإحتمال أن تنطوي على غش بشكل كبير، أيأ كانت هذه التصرفات دون أن تحدد في نوع معين أو حالات محددة. وعلى هذا الأساس نقسم دراسة ذلك وفقاً لما يلي.

1 - تجريد حجية تصرفات المدين في حالة الغش :

الأصل أن للمدين حق التصرف في أمواله وفق مصلحته الخاصة متى كان لا ينطوي على مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وللمتصرف إليه حق خلوص الشيء المتصرف فيه إليه،³¹⁰ طالما

³⁰⁹ يرى ALAIN BENABENT (بينابنت) أن المبدأ : أن كل عقد هو حجة على الغير، ولكن ترد على هذا المبدأ عدة قيود : إثبات التاريخ، والغش (الدعوى البوليصية)، وسنتناول هذه القيود لاحقاً بقدر من التفصيل. ينظر في ذلك لدى ALAIN BENABENT, ibid, p.186

³¹⁰ د. عبد الحميد عثمان ، المرجع السابق ، ص 57

لم يتعلق بمحل هذا التصرف حق للغير، فيكتسب هذا التصرف حجية مطلقة في مواجهة الدائنين دون حاجة لثمة إجراء معين، إذ استقر الفقه بلا شك على أن عقود المدين تكتسب حجيته في مواجهة الدائن.³¹¹ وبذلك يتأثر الدائنون بما يصدر عن مدينهم من تصرفات بطريقة غير مباشرة بقدر تأثيرها على الذمة المالية لهذا المدين.³¹² ولكن هذه الحجية الممنوحة لهذه التصرفات قد تفتح المجال أمام المدينين في التصرف بإضراراً بدائنيهم، ومن هنا شرعت الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرفات) التي أعطيت للدائن حماية له من غش مدينه والغير، فهي إحدى وسائل الدائن القانونية التي تخوله امكانية المحافظة على الضمان العام لمدينه.³¹³

وليس هذه الوسيلة مقصورة الممارسة على دعوى مبتدأه، بل قد تكون دفعاً في دعوى مطروحة أمام القضاء، بل وقد اعتبرت محكمة التمييز البحرينية أن إيقاع الحجز الاحتياطي على عقار المدين لمنعه من التصرف به لشخص آخر يعتبر دفعاً بعدم نفاذ تصرف المدين ليبقى العقار في الضمان العام لدائني البائع.³¹⁴

ونظراً لما تحققه هذه الدعوى من نتيجة هامة بوقف حجية التصرفات، فإن المشرع قد وضع لها ضوابط وإشترطات عدة تتعلق بتعلق بالدائن تارة، وتتعلق بالمدين تارة أخرى، نتناولها وفق ما يلي:

(أ) فيما يتعلق بالدائن :

يشترط فيما يتعلق بالدائن شرطين لمنحه الحق في الطعن في التصرفات ولوقف حجيته في مواجهته، أولهما إستحقاق الدين، وثانيهما الأسبقية:

- إستحقاق الدين : يشترط القانون المدني البحريني أن يكون حق الدائن مستحق الأداء،³¹⁵ خالياً من النزاع، لا معلقاً على شرط واقف ولا مضافاً إلى أجل واقف لأنه في هذه الحالات لا يكون مستحق

³¹¹ . وتقضي محكمة التمييز البحرينية بأن (الأصل هو نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه العاديين ولا يكفل الضمان العام لهم حق التتبع إذا تصرف في شيء من أمواله يخرج من هذا الضمان فتسري في حقهم ما يصدره من بيع). الطعن رقم 218 لسنة 2006 - جلسة 15 يناير 2007م.

³¹² . د. خالد جمال أحمد حسن ، المرجع السابق ، ص 127

³¹³ . د. عبدالحميد عثمان ، المرجع السابق ، ص 58

³¹⁴ . حيث قررت محكمة التمييز بأن (مفاد دفاع الطاعن وتمسكه بالحجر الاحتياطي الذي أوقعه على العقار موضوع النزاع المملوك لمدينه المطعون ضده الثالث للحيلولة دون تسجيل بيعه للمطعون ضدهما الأول والثاني ونقل ملكيته إليهما بموجب عقد البيع هو الدفع بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه ليبقى العقار المبيع في الضمان العام لدائني البائع حتى يتمكن من التنفيذ عليه بحقوقه قبله). الطعن رقم 501 لسنة 2005 - جلسة 3 أبريل 2006 م

³¹⁵ . ينظر المادة (232) من القانون المدني البحريني.

الأداء.³¹⁶ ويثبت حق الدعوى البوليصية للدائنين العاديين حيث أن الدائنين الممتازين برهن أو بوسيلة أخرى فقد رسم لهم القانون نظاماً آخر لإقتضاء ديونهم،³¹⁷ رغم أن بعضاً من الفقه يرى الحق للدائن الممتاز في إستعمال الدعوى البوليصية إذا وجد مصلحته في ذلك ولا يعد ذلك تنازلاً عن إستعمال دعاوى ضمان أخرى.³¹⁸

- أسبقية حق الدائن :³¹⁹ يشترط في التصرف المطعون فيه أن يكون لاحقاً على ثبوت حق الدائن.³²⁰ بمعنى أن يكون حق الدائن سابقاً على وجود التصرف ويذهب بعض الفقه إلى أن المتصرف إليه يعد غيراً لا يجوز الإحتجاج في مواجهته بالمحرر العرفي مالم يكن ثابت التاريخ، وأننا لسنا بصدد إثبات الغش ذاته، بل بصدد إثبات شرط في الدعوى،³²¹ ويرى البعض الآخر بأن الدعوى البوليصية وجدت لتجاري المدين على غشه، والغش يمكن إثباته بجميع طرق الإثبات، وهذا ما تبناه القضاء الفرنسي.³²²

ويبدو أن الرأي الأول محل نقد ذلك أن أصحابه يفرقون بين الغش في التصرف والغش كشرط في الدعوى، وهذه التفرقة نظرية تناقض واقع الحال بأن من شروط الدعوى هو أن ينطوي التصرف على غش، بمعنى إثبات الغش في التصرف يستتبعه بالضرورة تحقق شرط الأسبقية، ومن ثم لا يمكن القول بثبوت التاريخ إذا ما وضع في كفة الميزان مع القاعدة التي تقضي بأن الغش يفسد كل شيء، وهذا ما يذهب إليه الأستاذ عبدالرزاق السنهوري حينما ذكر بأن (يمكن القول أن المتصرف إليه يكون عادة سيء النية في الدعوى البوليصية، ومتى أثبت الدائن سوء نيته جاز له أن يحتج عليه بالتاريخ غير

316. د. عبدالحميد عثمان ، المرجع السابق ، ص 58

317. د. محمد بن عبدالقادر محمد ، الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه ، دار الكتب القانونية ،

2008 ، ص 251 / وللمزيد حول الديون المؤجلة أو تلك المعلقة على شرط ينظر المرجع نفسه ص 253 وما بعدها

318. (Guax) نقلاً عن د. محمد بن عبدالقادر محمد ، المرجع السابق ، ص 262

319. إن هناك فرقاً كبيراً بين ثبوت التاريخ وبين أسبقية التعاقد، إذ أن ثبوت التاريخ محدد بطرق معينة حصراً في القانون أما أسبقية التعاقد فيمكن إثباته بجميع طرق الإثبات باعتباره واقعة مادية.

320. ويرتبط هذا الشرط بفكرة الغش حيث لا يمكن تصور الغش إذا كان تصرف المدين سابقاً على حق الدائن، ويشير الفقه بأنه يستثنى من ذلك فرض واحد وهو أن يكون المدين قد تصرف متوقعاً أنه سيصبح مدين في وقت قريب. ينظر

في ذلك د. محمد بن عبدالقادر محمد، المرجع السابق ، ص 265

وفي تقديرنا أن هذا الشرط وإن كان قاعدة أساسية في الدعوى البوليصية إلا أنه قد يتعرض لعدة إستثناءات لا تقتصر على مجرد التوقع كما يشير الفقه، بل يمتد إلى من باب أولى إلى أي حالة يكون فيها المدين متيقناً بأنه سوف يصبح مديناً لاحقاً كما لو كان حق الدائن مضافاً إلى أجل.

321. ينظر في ذلك د. محمد بن عبدالقادر محمد ، المرجع السابق ، ص 270

322. د. محمد بن عبدالقادر محمد ، المرجع السابق ، ص 270

الثابت، لأن المتصرف إليه لا يستطيع أن يتمسك بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً إلا إذا كان حسن النية).³²³

وعلى أي حال فإن بعضاً من الفقه يرى وبحق أنه يجب التفرقة بين تاريخ العقد ونفاذه، حيث أن العقد ينفذ في حق الدائن لأن حقه لا يتعلق بمال معين من أموال المدين، أما تاريخ العقد فهو شرط لإقامة هذه الدعوى.³²⁴

(ب) فيما يتعلق بالمدين :

ومن جهة أخرى يشترط لمباشرة الدعوى البوليصة كذلك شروط أخرى تتعلق بالمدين، أولهما إعساره، وثانيهما الغش، وسنتناول ذلك وفقاً لما يلي.

- الإعسار : يشترك القانون أن يكون المتصرف المطعون فيه تصرفاً مفقراً، بأن ينقص من حقوق المدين أو يزيد من إلتزاماته،³²⁵ بحيث يكون المدين معسراً، لا يملك أموالاً تكفي للوفاء بحق الدائن، بأن يكون المتصرف سبب إعساراً للمدين أو زاد في إعساره. ومن ثم يجب على المدين أن يثبت أن لديه أموال ظاهرة لا يتعذر التنفيذ عليها، وإلا اعتبر معسراً.³²⁶ ويجب أن تستمر حالة الإعسار إلى وقت رفع الدعوى.³²⁷

ويضيق جانب من الفقه تفسير الإعسار إذ يرون فيه عدم إمكان الوفاء بحق الدائن نتيجة التصرف المطعون فيه، حتى ولو كانت لديه أموال تكفي للوفاء بديونه بصفة خاصة، ويتحقق ذلك إذا تركز حق الدائن في مال معين، وإنصب تصرف المدين على هذا المال.³²⁸ وواضح أن هذا الرأي لا يستقيم لكونه يحصر نطاق الإعسار في التصرفات التي ترد على مال واحد، وهو - إن صح - يفرغ فكرة الدعوى من أثرها وفعاليتها حيث أن تنازع الدائن الذي تركز حقه على مال معين وبين حق

³²³ د. عبدالرزاق السنهوري ، د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : (2) نظرية الإلتزام بوجه عام - الإثبات / آثار الإلتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة ، 2000 ، ص 1026 ، هامش رقم (2)

³²⁴ د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 221-222
³²⁵ د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (2) : الإثبات / آثار الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 1012 / ينظر في ذلك ما قضت به محكمة التمييز البحرينية: الطعن رقم 218 لسنة 2006 - جلسة 15 يناير 2007م

³²⁶ د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (2) : الإثبات / آثار الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 1030

³²⁷ المرجع نفسه ، ص 1031

³²⁸ ينظر للمزيد من التفاصيل حول عرض هذا الرأي ونقده د. محمدين عبدالقادر محمد، المرجع السابق ، ص 286

المتصرف إليه يعالجه المشرع في هذه الحالة بإشتراط ثبوت التاريخ، فضلاً عما يشير إليه الفقه من أن الدعوى البوليصية شرعت لحماية الضمان العام لا الضمان الخاص.³²⁹

- الغش : ويشترط القانون لعدم نفاذ تصرف المدين أيضاً أن يصدر منه غش، ويعد شرط الغش شرطاً أساسياً كما بينا سلفاً حتى عبر عنه الأستاذ السنهاوري بأنه (أهم الشروط في الدعوى البوليصية، بل هو العمود الفقري لهذه الدعوى التي تقوم على محاربة الغش).³³⁰ وقد اختلف الفقه في تحديد معنى الغش في هذه الدعوى حيث يرى جانب بأن الغش في هذا الخصوص هو مجرد علم المدين بأن تصرفه يسبب إعساره حتى لو كان لا يقصد الإضرار بالدائنين، فالقانون أقام قرينة بأن ثبوت علم المدين بإعساره يدل على غشه، ولكن هذه القرينة غير قاطعة بأن يستطيع المدين نقضها بإثبات أن علمه بالإعسار لا يقصد منه إلحاق الضرر بالدائنين، بل أن الباعث في التصرف باعث آخر.³³¹ في حين يرى إتجاه آخر ضرورة توافر نية الإضرار لدى المدين تجاه دائنيه بأن يقصد من وراء تصرفه إنقاص ضمانه العام، وعدم تمكينهم من إستيفاء حقوقهم.³³²

ويشترط توافر العلم بالغش أيضاً من جانب المتصرف إليه، وبطبيعة الحال اختلف الفقه في هذا الشأن بين قائل بضرورة أن يكون المتصرف إليه عالماً بأن المدين قد قصد الإضرار بدائنية، وبين من يرى الإكتفاء بعلمه بأن تصرف المدين يجعله معسراً.³³³ والإتجاه لدى القضاء البحريني يذهب إلى الإكتفاء بأن يثبت الدائن علم المتصرف إليه بأن التصرف معسر للمدين أو يزيد من إعساره حتى يعتبر عالماً بالغش،³³⁴ وللمتصرف إليه أن يثبت أنه كان يعتقد بحسن نية أن المدين لم يكن يقصد الإضرار بالدائن.³³⁵

وعلى أي حال فإذا كان تصرف المدين تبرعاً فلا يشترط غش المتصرف إليه ولا سوء نيته،³³⁶ لأنه لن يترتب عليه ثمة ضرر من عدم نفاذ تصرف المدين له، بل أن الدائن أولى بالحماية في هذه الحالة.

329 . د. محمد عبدالقادر محمدين ، المرجع السابق ، ص 288
330 . د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (2) : الإثبات / آثار الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 1034
331 . المرجع نفسه ، ص 1036 / وهذا ما ذهب إليه القانون المدني المصري في المادة (388) منه التي نصت على أن (.....) ويكفي لإعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر،
332 . د. محمدين عبدالقادر محمد ، المرجع السابق ، ص 295 / ويبدو أن القضاء الفرنسي قد استقر على هذا الإتجاه، ينظر المرجع نفسه ، ص 297 وما بعدها.
333 . ينظر في ذلك لدى المرجع نفسه ، ص 312
334 . حيث قضت محكمة التمييز البحرينية بأن (إذا كان تصرف المدين المعسر بعوض فإنه يشترط لعدم نفاذه في حق الدائن علم المتصرف إليه وقت التصرف أن المدين معسر بمعنى أن ديونه تزيد على أمواله، وهو ما يقع على الدائن إثباته). الطعن رقم 501 لسنة 2005 – جلسة 3 ابريل 2006م / أيضاً الطعن رقم 218 لسنة 2006 – جلسة 15 يناير 2007م.
335 . د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (2) : الإثبات / آثار الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 1037
336 . المادة (233/ب) من القانون المدني البحريني.

2- تجريد حجية تصرفات التاجر المفلس :

عندما يعجز المدين التاجر عن تسديد ديونه، يتمكن الدائنون من رفع دعوى إفلاس بهدف شهر إفلاسه وتوزيع أمواله على جملة الدائنين منعاً للتلاعب فيما يتبقى من أمواله ، وتحقيقاً لقاعدة المساواة بين الدائنين،³³⁷ وعليه فإن حجية تصرفات التاجر – التي تكتسب حجيتها المطلقة تبعاً لإرتباطها بالذمة

³³⁷ . وكذلك الأمر بالنسبة للمدين الذي لم يكتسب صفة التاجر، حيث تنقسم الإتجاهات التشريعية في تنظيم فكرة الإعسار المدني إلى عدة إتجاهات: تشريعات تناولت تنظيم الإعسار المدني، وأخرى لم تتناول هذه المسألة بالتنظيم. فالمشرع الفرنسي على سبيل المثال تناول نظام الإعسار المدني بالتنظيم، وقد سبق ذلك مراحل مر بها التشريع الفرنسي، كما أن المشرع المصري تناول تنظيم الإعسار المدني كذلك. وفي بعض الدول الأخرى لم تتناول تشريعاتها تنظيمياً لهذا الإعسار مما أبقى على وجود حالات إعسار فعلي. ينظر في تفاصيل ذلك لدى د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (2) : الإثبات / آثار الإترام ، المرجع السابق ، ص 1198

ويعرف البعض الإعسار الفعلي بأنه الحالة المالية للمدين الناتجة عن التضاد والتنافر بين مجموع عناصر الجانب الإيجابي والسلبي لذمته المالية، أو بمعنى آخر عدم التوازن المالي الواضح بين ديون المدين وحقوقه المالية. وإذا كانت تلك الحالة تقوم على فكرة الصلة والإرتباط بين الديون والحقوق، بحيث يكون معسراً كلما زادت ديونه على حقوقه، فمن المهم تحديد تلك العناصر باعتبارها عناصر حالة الإعسار. د. خالد عطشان الضفيري ، حالة الإعسار في القانون المدني الكويتي ، مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، العدد 1 السنة 35 ، مارس 2011 ، ص 140-141

وبالرجوع إلى القانون المدني البحريني يتضح بأنه لم يعالج فكرة الإعسار المدني ، الأمر الذي فتح باباً للنقاش الفقهي حول مدى إمكانية الأخذ به بين مؤيد ومعارض، حيث يرى كل من أستاذنا الدكتور محمد سعد خليفة وأستاذنا الدكتور عبدالحמיד عثمان أن علاج هذه الوضعية يوجب تدخل التشريع بأحكام خاصة، وإلى أن يتم ذلك فإن القاضي البحريني الذي يعرض عليه نزاع بشأن إعسار مدين غير تاجر سوف يجتهد ويطبق أحكام الإفلاس فيما لا يتعارض مع طبيعته، وإلا كان منكرراً للعدالة. د. محمد سعد خليفة و د. عبدالحמיד عثمان ، شرح أحكام قانون الإثبات : طرق الإثبات التقليدية والإلكترونية في القانون البحريني، مطبوعات جامعة البحرين ، ص 75

وعلى النقيض من ذلك يرى أستاذنا الدكتور خالد جمال أحمد أن (واضع القانون المدني البحريني لم ينظم الإعسار المدني كنظام مقابل لنظام الإفلاس التجاري، فقد جاء التقنين المدني البحريني خالياً من تنظيم الإعسار المدني، ومن ثم لا يجوز شهر إعسار المدين قانوناً في البحرين ولو تحقق في جانبه الإعسار الفعلي، بثبوت عجزه عن سداد ديونه الحالة الأداء). د. خالد جمال أحمد حسن ، المرجع السابق ، ص 127 ، هامش رقم (1)

ويخفف بعض الشراح في البحرين من حدة هذا الرأي، إذ يرى القاضي سعيد الحميدي أن (القانون البحريني لم يعرف الإعسار المدني كيعض الدول العربية وجعل منه نظاماً قانونياً عن طريق شهره بموجب حكم قضائي. إنما تضمن نصوصاً متفرقة ترتب على وجود الشخص في حالة إعسار فعلي بزيادة ديونه على حقوقه بعض الآثار). القاضي سعيد عبدالله الحميدي ، شرح قانون الإفلاس البحريني ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى 2010 ، ص 16

وفي تقديرنا أنه على الرغم من الجدل الفقهي الذي أثير حول هذه المسألة إلا أنه الفقه البحريني لم يحمل على عاتقه عناء البحث المعمق في تفسير موقف القانون المدني البحريني، حيث أن ما قيل بصدد تطويع قواعد الإفلاس التجاري لتتماشى مع الإعسار المدني لم يجد لدى أصحابه بحثاً معمقاً، وحيث أن طبيعة الإفلاس تختلف عن طبيعة الإعسار في كون الأول يطبق على المدين التاجر في حين أن الثاني يطبق على المدين غير التاجر، الأمر الذي يحد من فكرة التطويع ذاتها خاصة فيما يتعلق بالنواحي الإجرائية، ذلك أن القواعد الموضوعية للإفلاس وإن كان من الممكن تطويعها لتلائم مع الإعسار المدني إلا أن القواعد الإجرائية سوف تقف لا محالة كحجر عثرة أمام هذا التطويع، ومن جهة أخرى فإن عدم تطبيق الإعسار المدني بشكل كلي قد يترتب عليه إنكار للعدالة ومن ثم فإن القاضي إذا ما لاحظ تحقق الإعسار المدني بشروطه التي يتفق عليها الفقه، فيمكنه التوسع في الحالات المتناثرة التي أشير إليها أعلاه والتي من بينها الدعوى البوليصة والحجز الإحتياطي، دون أن يصدر حكماً صريحاً بشهر الإعسار.

ومهما كان من أمر فقد تناولت محكمة التمييز البحرينية هذه المسألة وحسمت هذا النزاع الفقهي الذي أثير عندما قررت بأن (القانون المدني البحريني لم يتضمن نصوصاً لتنظيم الإعسار المدني وتجعل منه نظاماً قانونياً عن طريق شهره بموجب حكم قضائي. وإنما تضمن نصوصاً متفرقة ترتب على وجود الشخص في حالة إعسار فعلي بزيادة ديونه =

المالية – تأثير ضرورة تجريدتها من هذه الحجية ، ويكون ذلك من ناحية الزمن، ومن ثم موضوع هذه التصرفات، وفقاً لما يلي:

(أ) تجريد حجية التصرفات من ناحية الزمن :

إن وقف حجية هذه التصرفات قد يكون للغش الذي افترضه المشرع صيانةً لحق الدائنين وحماية لهم، وذلك في حالة المدين التاجر الذي لا يستطيع تسديد ديونه، حيث تُغل يده عن التصرف بأمواله بصور حكم بشهر إفلاسه تطبيقاً لحكم المادة (34) من قانون الإفلاس.³³⁸ وغل اليد في هذه الحالة لا يعتبر بطلاناً لتصرفاته أو نقصاً في أهلية المفلس،³³⁹ بل هو عدم نفاذ لتصرفاته يتمتع بذات الطبيعة المقررة لعدم النفاذ في الدعوى البوليصة بحيث أن الغرض منه هو حفظ الضمان العام الذي يعتمد عليه الدائنون في تعاملهم مع المدين المفلس.³⁴⁰

وغل يد المدين المفلس يتم بقوة القانون دون حاجة إلى النص عليه في الحكم، لأنه من الآثار الجوهرية المترتبة على حكم الإفلاس.³⁴¹ بل حتى تلك التصرفات التي يجريها المفلس يوم صدور الحكم حيث يفترض صدورها بعده وبالتالي لا يحتج بها على جماعة الدائنين.³⁴² على أن التصرفات التي يوجب القانون تسجيلها أو قيدها في سجل معين لا تكون حجة على الدائنين مالم يتم تسجيلها أو قيدها قبل الحكم بشهر الإفلاس، وهذا ما تؤكدته محكمة التمييز البحرينية حين ذهبت إلى أنه (إذا كان تصرف المفلس مما يحتج به على الغير إلا بالقيود أو التسجيل فلا يسري على جماعة الدائنين إلا إذا تم

= على حقوقه بعض الآثار فاشتراط إعسار المدين في الدعوى غير المباشرة م-230 وفي دعوى عدم نفاذ التصرف م-232 وجعل إعسار أحد الشركاء سبباً لانتهاء الشركة م-477 واستوجب أن يكون الكفيل موسراً أي غير معسر إذا التزم المدين بتقديم كفيل م-744. مما مؤداه أن يكون للمدين المعسر أو لدائنه التمسك بإعساره الفعلي في كل حالة يرتب عليها القانون أثراً. دون إستصدار حكم بإشهار إعساره ولا محل للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لالتماس آثار أخرى لإعسار المدين غير تلك التي رتبها التشريع البحريني. ومن ثم تكون دعوى الطاعنة بطلب الحكم بإشهار إعسارها إعساراً فعلياً لاستغراق ديونها لأموالها وعدم قدرتها على سدادها قد افتقدت أساسها القانوني خليقة بالرفض). الطعن رقم 394 لسنة 2003 – جلسة 13 سبتمبر 2004م.

³³⁸ . الصادر بالمرسوم بقانون رقم (11) لسنة 1987 ، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 1749 بتاريخ 1987/6/4م.
³³⁹ . تجدر الإشارة إلى أن الخلاف إحتدم حول الطبيعة القانونية لغل يد التاجر المفلس . ينظر في طرح هذه الآراء وتفنيدها د. حسين يوسف غنايم، غل يد المفلس: ماهيته ونطاقه الزمني، مجلة الشريعة والقانون، مجلس النشر العلمي، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد السابع، نوفمبر 1993، ص400 وما بعدها

³⁴⁰ . د. سعيد يوسف البستاني ، أحكام الإفلاس والصلح الوافي في التشريعات العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى 2007 ، ص 185

³⁴¹ . القاضي سعيد عبدالله الحميدي ، المرجع السابق ، ص 92

³⁴² . المادة (43) من قانون الإفلاس البحريني.

القيد قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس وأنه نظراً لعدم قيد البيع على النحو السابق فلا يسري في حق الدائنين ولا أثر له سوى الإلتزامات الشخصية بين طرفيه).³⁴³

ويشمل غل اليد جميع الأموال والحقوق المملوكة للمفلس فيما عدا ما نص عليه المشرع من حقوق.³⁴⁴ إذ يفترض المشرع الغش في أي تصرف يصدر منه بعد صدور حكم الإفلاس، وبأنه يقصد منه الإنتقاص من الضمان العام والإضرار بالدائنين.

ولا يتقرر عدم السريان كجزاء على تصرفات المفلس منذ وقت صدور حكم بشهر الإفلاس فحسب، بل ينسحب هذا الجزاء إلى أبعد من ذلك. حيث أن نية المفلس قد تفسد ويضطرب تفكيره متى فقد الأمل في النهوض من كبوته فيتجه إلى العبث بأمواله ويعمد إلى تبديدها.³⁴⁵ بحيث تتضمن هذه التصرفات إضراراً بالدائنين وإخلالاً بالمساواة بينهم وغالباً ما تكون مشوبة بالغش وسوء النية.³⁴⁶

ومن هنا فقد إستقر الفقه والقضاء وكذلك التشريع على مد حالة عدم السريان إلى الفترة السابقة لصدور حكم الإفلاس والتي يطلق عليها فترة الريبة، وهي الفترة التي تقع بين تاريخ التوقف عن الدفع وتاريخ صدور حكم الإفلاس،³⁴⁷ لأن التصرفات في هذه الفترة تكون محل شك.³⁴⁸ فالمادة (43) من قانون الإفلاس البحريني تقضي بعدم جواز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين ببعض التصرفات إذا قام بها المفلس بعد تاريخ الوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس.

ويحتمل شرط التوقف عن الدفع كموعداً لبدأ سريان فترة الريبة مفهومين، أولهما تقليدي ينحو منحى التوقف المادي عن الدفع بصرف النظر عما إذا كان التاجر معسراً أو موسراً أو عما إذا كان التوقف ناجماً عن مركز مالي سيء لا يرجى منه الوفاء أو كان بسبب ظرف عابر سرعان ما يزول.³⁴⁹ ويقف هذا الإتجاه عند حدود النص أو بظاھرہ في تحديد معنى التوقف عن دفع الديون، وعليه فإنه لا يجوز اعتبار التاجر متوقفاً عن دفع الديون ومن ثم اشهار افلاسه اذا قام بأداء ديونه في مواعيد استحقاقها حتى لو ثبت أن ذمته معسره.³⁵⁰ ومن جهة أخرى يجوز وفق هذا المفهوم اشهار الإفلاس

343 . الطعن رقم 152 لسنة 2000 – جلسة 29 أكتوبر 2000م

344 . المادة (37) من قانون الإفلاس البحريني ، وفي تفاصيل ذلك ينظر القاضي سعيد عبدالله الحميدي ، المرجع السابق، ص 104 وما بعدها

345 . د. سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، 182

346 . المرجع نفسه

347 . وحيث خلا التشريع من تعريف فترة الريبة، فكان ذلك دافعاً لفتح باب الإجتھاد بشأنها، فوضع الفقه عدة تعريفات لها تتحد جميعها على إعتبارها الفترة بين تاريخ التوقف عن دفع الديون وبين صدور حكم شهر الإفلاس. ينظر في تفاصيل ذلك د. سميرة عبدالله مصطفى ، فترة الريبة ، دار الكتب القانونية ، 2011 ، ص 20 وما بعدها

348 . القاضي سعيد عبدالله الحميدي ، المرجع السابق ، ص 111

349 . مشار إليه لدى د. سميرة عبدالله مصطفى ، المرجع السابق ، ص 45

350 . المرجع نفسه ، ص 46

الذي يأتي نتيجة عن امتناع قسري عن أداء الديون ولو كان التاجر راغباً في الدفع، ويجوز الاشهار أيضاً في حالة الإمتناع الإرادي نتيجة المماطلة في الدفع.³⁵¹

وفي مقابل ذلك يوجد مفهوم حديث مرن يقصد به التوقف عن دفع الديون مستحقه مصحوباً بمركز مالي مئوس بحيث يصل إلى درجة يمكن معها إعتبار التاجر دون شك عاجزاً عجزاً حقيقياً عن دفع ديونه ومواكبة تجارته،³⁵² ولا يشترط وفق هذا المفهوم أن يكون التوقف شاملاً لكل الديون، كما لا يشترط تعدد الدائنين فالعبرة بحجم العجز طالما كان التوقف عن الدفع كاشفاً عنه.³⁵³

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا المفهوم حين ذكرت محكمة النقض الفرنسية بأن (يعتبر كل تاجر أو شخص معنوي من أشخاص القانون الخاص في حالة توقف عن الدفع بمجرد عجزه عن أداء دين ثابت .. شرط ان يكون سبب الامتناع عن الاداء راجعاً الى عدم وجود وسائل مالية كافية في خزنته أو فقدانه الائتمان، الشيء الذي جعل أصوله القابلة للتصرف فيها غير قادرة على تغطية ومواجهة خصومة المستحق).³⁵⁴ وكذلك الأمر بالنسبة للقضاء المصري حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن (الوقوف عن الدفع المقصود به ... هو الذي ينبا عن مركز مالي مضطرب وضائقة مالية مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر وتتعرض حقوق دائنيه الى خطر محقق أو كبير الاحتمال، فاذا كان الوقوف عن الدفع ناشئاً عن ضائقة وقتية عارضة لا تلبث ان تزول بزوال سببها فلا محل لشهر الافلاس ..).³⁵⁵

هذا وقد درجت أحكام القضاء البحريني على الأخذ بالمفهوم الحديث حيث أصدرت محكمة التمييز البحرينية عدة أحكام في هذا الصدد، ومن هذه الأحكام تذكر المحكمة بأنه (لما كان المقصود بوقوف التاجر عن الدفع الذي يؤدي إلى إشهار إفلاسه هو عجزه عن الوفاء بديونه التجارية عجزاً ينبئ عن اضطراب أعماله المالية على نحو يزعزع الثقة في إئتمانه بين التجار ويهدد مصالح دائنيه. وكان تقدير حالة الوقوف عن الدفع من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون معقب عليها متى أقامت تقديرها على أسباب سائغة).³⁵⁶

351 . د. سميرة عبدالله مصطفى ، المرجع السابق ، ص 49

352 . ينظر في تفاصيل ذلك لدى المرجع نفسه ، ص 51 وما بعدها

353 . المرجع نفسه ، ص 58

354 . القرار صادر في 1967/4/17 مشار إليه لدى المرجع نفسه ، ص 55

355 . الطعن رقم 380 لسنة 84ق – جلسة 1981/3/9 مشار إليه لدى المرجع نفسه ، ص 54

356 . الطعن رقم 25 لسنة 1998 – جلسة 12 أبريل 1998م/ ينظر أيضاً الطعن رقم 9 لسنة 2000 – جلسة 23 أبريل

2000 م / الطعن رقم 297 لسنة 2004 – جلسة 9 مايو 2005م / الطعن رقم 64 لسنة 2005 – جلسة 3 أكتوبر 2005م

(ب) تجريد حجية التصرفات من الناحية الموضوعية :

إستقر الفقه في إطار شرح هذه الحالات على التفرقة بين نوعين من عدم السريان، إحداهما وجوبي والآخر جوازي للمحكمة سلطة في تقريره.

فعدم السريان كجزاء وجوبي على تصرفات المفلس خلال هذه الفترة يشمل التبرعات التي تتضمن احتمالاً كبيراً لنية الإضرار بالدائنين، على أن القانون البحريني استثنى الهدايا الصغيرة التي يجري بها العرف.³⁵⁷ ويكون عدم السريان أيضاً جزءاً على الديون التي يسدها المفلس قبل أن يحين أجلها إذ يبرر الظن بأن المقصود بذلك الوفاء الغش والتلاعب لغرض تأخير الإفلاس أو تهريب الأموال أو تمييز بعض الدائنين.³⁵⁸ وكذلك يشمل عدم السريان في هذه الفترة الوفاء بالديون الحالة بغير الشيء المتفق عليه، والسبب في هذا التشدد في أن الوفاء عبر طريق غير متفق عليه يبدو مخالفاً للعواديات التجارية ويدعو إلى الشك في حسن نية المتعاقدين.³⁵⁹ وقد اعتبر القانون البحريني أن الوفاء بطريق الأوراق التجارية أو النقل المصرفي في حكم الوفاء بالنقود.³⁶⁰ ويتقرر أيضاً عدم السريان على التأمينات التي تضمن ديناً سابقاً كالرهن الذي يحصل خلال فترة الرتبة ضماناً لدين سابق عليها. ولا فرق بين الديون القديمة والديون الحاصلة خلال فترة الرتبة لإنعدام الحكمة من التفرقة،³⁶¹ فالعبرة أن الضمان عُقد خلال فترة الرتبة.

أما بالنسبة للحالات الجوازية لتقرير عدم السريان،³⁶² فهي تشمل تصرفات المفلس التي تقع بعوض كإبرام عقد بيع أو إيجار ، وكذلك الوفاء بالديون.³⁶³ ويشترط لتقرير عدم السريان الجوازي في هذه الحالة أن يكون التصرف قد وقع خلال فترة الرتبة كما قدمنا، فضلاً عن أنه يشترط في هذه الحالة أن يكون المتصرف إليه سيء النية، بمعنى أنه يعلم بحالة التوقف عن الدفع وقت إبرام التصرف،³⁶⁴ والعلم هنا علم يقيني،³⁶⁵ إذ لا يكفي العلم بوجود أزمة عارضة للمفلس أو أنه مدين لعدد من الدائنين

³⁵⁷ . المادة (43) من قانون الإفلاس البحريني .

³⁵⁸ . القاضي سعيد عبدالله الحميدي ، المرجع السابق ، ص 115

³⁵⁹ . د. سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، ص 195

³⁶⁰ . المادة (43) من قانون الإفلاس البحريني.

³⁶¹ . القاضي سعيد عبدالله الحميدي ، المرجع السابق ، ص 117

³⁶² . تنص المادة (44) من قانون الإفلاس البحريني على أن (كل ما أجراه المفلس من تصرفات غير ما ذكر في المادة السابقة وخلال الفترة المشار إليها فيها يجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين إذا كان التصرف ضاراً بها وكان المتصرف إليه يعلم وقت وقوع التصرف بوقوف المفلس عن الدفع).

³⁶³ . للمزيد ينظر د. سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، ص 205 وما بعدها

³⁶⁴ . القاضي سعيد عبدالله الحميدي ، المرجع السابق ، ص 120

³⁶⁵ . ينظر في ذلك د. محمدي سليمان ، المرجع السابق ، الجزء (2) ، ص 295

بمبالغ ضخمة.³⁶⁶ ولا يكفي مجرد العلم بإضطراب أحوال المدين بل يلزم العلم بالتوقف عن الدفع.³⁶⁷ ولا يشترط أيضاً التواطؤ مع المدين المفلس بقصد الإضرار بالدائنين.³⁶⁸ ولكن يشترط في التصرف أن يكون ضاراً بجماعة الدائنين، وإلا فلا يوجد مبرر لطلب عدم سريانه، ويشير الفقه بأنه لا يشترط في هذا الضرر أن يعم جميع الدائنين بل يكفي أن يحقق ببعضهم ولو كان نافعاً للبعض الآخر، وذلك لإخلاله بالمساواة بين الدائنين.³⁶⁹ وأخرها أن يرفع أمين التفليسة دعوى عدم النفاذ الجوازي خلال المدة المحددة.³⁷⁰

ثانياً : التجريد بالنسبة لبعض التصرفات :

لا يقتصر تجريد العقود التي ترتب أثراً شخصياً من حجبتها على الحالات التي تنطوي على غش فعلي أو مفترض فحسب، بل أن ثمة تصرفات أخرى جعل المشرع حجبتها مرهونة بعدم الإضرار بالغير تبعاً لتعلق محلها بحق الغير بها، ويتمثل ذلك في العقود التي تبرم في حالة الصورية فلا تسري بعد ذلك العقود الحقيقية في مواجهة الغير، وفي حالة ثبوت التاريخ من جهة أخرى حيث لا يمكن أن تسري تلك العقود في مواجهة الغير مالم يثبت تاريخها، وسوف نتناول ذلك وفقاً لما يلي:

1- في حالة التصرفات الصورية :

ونتناول في هذا الصدد مدلول الحجية في التصرفات الصورية ، ثم نتطرق إلى الغير بالنسبة لهذه التصرفات ، وفقاً لما يلي:

(أ) مدلول الحجية في التصرفات الصورية :

تتمثل حالة التصرفات الصورية بأننا بصدد عقدين أحدهما حقيقي نافذ بين أطرافه، والآخر صوري لا يعبر عن حقيقة العلاقة العقدية بينهما. ويخضع العقد الحقيقي من حيث حجته في مواجهة

³⁶⁶ . القاضي سعيد عبدالله الحميدي ، المرجع السابق ، ص 120

³⁶⁷ . د. سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، ص 202

³⁶⁸ . المرجع نفسه

³⁶⁹ . القاضي سعيد عبدالله الحميدي ، المرجع السابق ، ص 119

³⁷⁰ . د. سميرة عبدالله مصطفى ، المرجع السابق ، ص 246

الغير للقاعدة التي تتجلى في إطلاق حجيته إذا لم يتعلق به حق للغير، وهذا ما يصدق حتى ولو كان ثمة عقد صوري على محل العقد ذاته، فيسري - ومن ثم - العقد الحقيقي بين أطراف العلاقة ويحتج به في مواجهة الكافة في حدود تعلقه بالذمة المالية والضمان العام لأطراف العلاقة، ولكن وجه التقييد في هذا الخصوص أن ثمة حقاً للغير تعلق بمحل العملية التي قام بها أطراف العلاقة.

فإذا تعلق حق الغير بمحل العقد وفقاً للعقد الصوري الظاهر خلاف العقد الحقيقي، مع جهله بحقيقة الصورية ومظهرها الكاذب، أصبح واجباً أن يطبق أحكام فكرة الأوضاع الظاهرة في هذا الخصوص، ومن هنا يذهب الأستاذ عبدالرزاق السنهوري بأن (الوضع القانوني في الصورية يكون أساساً في تحديد معنى "الغير" يتلخص في وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه، معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي فبنى عليه تعامله).³⁷¹ ومن ثم فإن الغير يتمسك بالعقد الصوري، لتعلق حقه بمحل العقد بوجوده ولا يمكن للمتعاقدين أن يحتجا عليه بالعقد الحقيقي ولو كان معبراً عن حقيقة العلاقة العقدية وما يطرأ على الذمة المالية من تقلبات، ومن ثم لا يعد العقد الحقيقي حجة على الغير ما لم يكن يعلم بوجوده.

كما يثبت للغير أن يتمسك بالعقد الحقيقي دون العقد الصوري، حتى لو كان عالماً بوجود هذا العقد الصوري، رجوعاً إلى الأصل طالما تعلق حقه بمحله، وله أن يثبت الصورية للتخلص من أي أثر له قد يحدث، ويشير بعض الفقه إلى أن مجرد علم الغير بالصورية يجعل العقد الحقيقي حجة في مواجهته،³⁷² حتى ولو كان العقد الصوري مسجلاً، حيث تهدم القاعدة الموضوعية المتمثلة بالعلم المفترض عن طريق التسجيل في هذه الحالة. إذن يشترط أن يكون الغير حسن النية لحمايته.³⁷³ ويمكن تبرير ذلك أن علم الغير بوجود العقدين يقتضي معرفته بالوضع الحقيقي للعقدين، ومن ثم تسري في حقه القواعد المقررة فيما بين المتعاقدين، حيث يسري في حقه العقد الحقيقي نظراً لإرتباطه بالذمة المالية، بمعنى أن ليس لإرادة الغير أي شأن في حجية عقد دون الآخر، ذلك أن علمه بالحقيقي يحرمه من التمسك بالصوري.

فالصورية لا توجد بالنسبة لمن يعلم بها ومن ثم يكون التصرف الحقيقي هو النافذ في مواجهة الغير إذا علم بحقيقتها، ولا يعمل في هذا المجال اشتراط الغش بالنسبة للغير كجزاء لمن أراد إخفاء

³⁷¹ د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط (2): الإثبات / آثار الإلتزام، المرجع السابق، ص 1088

³⁷² د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 200

³⁷³ وفي ذلك تذهب محكمة التمييز البحرينية إلى أن (من المقرر أن العقد الصوري لا وجود له سجل أو لم يسجل ولكل دائن أن يتجاهله رغم تسجيله). طعن رقم 318 لسنة 2001 - جلسة 30 سبتمبر 2002م

الحقيقي بل يكفي مجرد العلم لأن الغير لا يكون جديراً بالحماية إذا كان عالماً بحقيقة التصرف وأراد الاستفادة من الظاهر.³⁷⁴

(ب) الغير بالنسبة للتصرفات الصورية :

إن الغير في الصورية هو إما خلف خاص لأحد المتعاقدين وإما دائن لأي منهما.³⁷⁵ وهذا ما نبينه تباعاً :

- الخلف الخاص : إن الخلف الخاص - في إطار دراسة مبدأ الحجية - هو من تنازع مع آخر في محل ما لعقدين صادرين على ذات المحل، مثلاً في عقد البيع يعتبر المشتري خلفاً للبائع الذي تصرف بناء على العقد الصوري، كما يعتبر المشتري خلفاً أيضاً للبائع الذي تصرف بناء على العقد الحقيقي، فأَيُّ العقدين يفضل حينئذٍ .. فهل نفضل خلف البائع الذي تصرف بناءً على العقد الصوري دون علم بحقيقة العلاقة؟ أم نفضل خلف البائع الذي بنى تعامله على أساس عقد حقيقي موجود من الناحية القانونية؟

يشير بعض الفقه إلى أن خلف البائع في العقد الحقيقي لا يكون طرفاً في الصورية لأنه لم يبن تعامله على أساسها بل على أساس الوضع الحقيقي بين المتعاقدين، ومن ثم ليس له التمسك بالعقد الصوري.³⁷⁶ إذ أن التعامل على أساس العقد الحقيقي وعلم الغير به يجعله حجة في مواجهته دون الإعتداد بالصورية، بعكس الحال ما إذا كان الأمر متعلقاً بخلف البائع في العقد الصوري حيث له أن يتمسك بالعقد الصوري وبأنه تلقى الحق غير عالم بحقيقة العلاقة بين المتعاقدين، أي أنه حسن النية.

³⁷⁴ . (Duglos) نقلاً عن د. محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 292
³⁷⁵ . ويشير الفقه إلى وجود أشخاص آخرين يعتبرون من الغير بالنسبة للصورية كالشفيع في عقد البيع الصوري، والمتعهد في الإشتراط لمصلحة الغير. ينظر في تفاصيل ذلك د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (2) : الإثبات / آثار الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 1088 وما بعدها

³⁷⁶ . د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (2) : الإثبات / آثار الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 1090
وقد ذهبت محكمة التمييز البحرينية إلى أن (مفاد المادة 132 من القانون المدني أنه إذا أبرم عقد صوري كان لدائني كل من المتعاقدين وللخلف الخاص لأي منهما أن يتمسكوا بالعقد الصوري إذا كانوا حسني النية، بعدم عليهم بالصورية، والأصل هو حسن النية، وعلى من يدعي سوء النية إثبات ما يدعيه، لما كان ذلك ، وكان المطعون ضده الثاني قد تدخل في الدعوى أمام أول درجة طالباً القضاء بصحة ونفاذ عقد شرائه عقد عقار المالكية، والصادر إليه من المطعون ضدها الرابعة بوكالتها عن المطعون ضده الأول المشتري له بدوره من الطاعنة بالعقد المقضي بصوريته، وتمسك المتدخل بالعقد الصوري وبأنه لا يعلم بصوريته وقت التصرف إليه، وكانت الطاعنة لم تدع سوء نيته وبالتالي لم تقم دليلها أمام محكمة الموضوع، فلا يجديها التمسك بها لأول مرة أمام هذه المحكمة، ويضحى النعي غير مقبول لجدة السبب).
الطعن رقم 483 و 505 لسنة 2007 - جلسة 6 يوليو 2008م

ويرى بعض الفقه أن هذه الحالة من حالات الأوضاع الظاهرة التي تكتسب بموجبها ملكية المبيع لا على سبيل المثال وعبر فكرة الحيازة في المنقول، فلا حاجة - ومن ثم - للبحث في فكرة الصورية.³⁷⁷ وانتقد آخرون هذا الرأي لكونه يفترض إلى الدقة، ذلك بأن القاعدة المشار إليها لا تحمي الخلف الخاص إلا إذا حاز المنقول، ودون ذلك يجب الرجوع إلى قواعد الصورية لحمايته.³⁷⁸ ونعتقد بأن هذا الرأي جدير بالتأييد باعتبار أن حماية الغير حسن النية يجب أن لا تقف عند حدود انتقال الحيازة فحسب، بل يجب أن تتعدى ذلك إلى حماية كل تعامل بناءً على عقد صوري وبحسن نية.

- الدائنون : إن الدائنين هم دائنو السلف من جهة ودائنو الخلف الخاص من جهة أخرى. وهم من الدائنين العاديين، أما الدائن المرتهن فيذهب الفقه إلى تطبيق أحكام الخلف الخاص على الدائن المرتهن لإتفاق الأحكام بينهما.³⁷⁹

ولو رجعنا إلى مثال عقد البيع الصوري نجد أن دائن المشتري الصوري الذي إطمأن إلى إنتقال محل التصرف الصوري إلى مدينه فدخل في ضمانه العام، فله أن يتمسك بالصورية. أما دائن البائع الذي إطمأن إلى عدم خروج محل التصرف الصوري من ذمة مدينه البائع، فله التمسك بالعقد الحقيقي.³⁸⁰ كما أن لهم الطعن بالدعوى البوليصة متى تحققت شروطها وأحكامها الخاصة.

وعلى أي حال فانه قد يحدث وأن تتعارض مصالح الأغيار مع بعضهم البعض، فيتمسك بعضهم بالعقد الحقيقي، في حين يتمسك آخرون بالعقد الصوري، وفي هذه الحالة وتطبيقاً لحكم المادة (132/ب) من القانون المدني البحريني تكون العبرة بالعقد الصوري، تدعيماً للثقة المشروعة التي تودع فيه بما يحقق للتعامل استقراره المطلوب.³⁸¹

2- بالنسبة لقاعدة ثبوت التاريخ :

تعتبر قاعدة ثبوت التاريخ من القواعد الأساسية التي تنظم مبدأ حجية العقد، حيث أن التصرفات التي يتعلق بها حق للغير لا وجه لنفاذها في مواجهته مالم تكن ثابتة التاريخ، ولكن التساؤل يدور حول مدلول الغير بالنسبة لقاعدة ثبوت التاريخ، ومن ثم تطبيقات الحجية في إطار القاعدة، وهذا ما نتناوله تباعاً.

³⁷⁷ . مشار إليه لدى د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 193

³⁷⁸ . قال بذلك (Bartin) مشار إليه لدى المرجع نفسه ، ص 193

³⁷⁹ . ينظر على سبيل المثال د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (2) : الإثبات : آثار الإلتزام ، المرجع السابق ،

ص 1088 وما بعدها

³⁸⁰ . المرجع نفسه ، ص 1094

³⁸¹ . د. خالد جمال أحمد حسن ، المرجع السابق ، ص 162

(أ) مدلول الغير بالنسبة لقاعدة ثبوت التاريخ :

إن الوقوف على مركز الغير بالنسبة لثبوت التاريخ لابد من معرفة معياره ومفهومه، فينبغي الإشارة أولاً بأن الغير في هذا الصدد ليس هو الأجنبي تماماً عن العقد ويحتج العقد في مواجهته لتعلقه بفكرة الضمان العام، بل هو شخص تعلق حقه بمحل العقد.

ويركز بعض الفقهاء مفهوم الغير في ثبوت تاريخ المحرر في الخلف الخاص فقط، ويلحق بالخلف الخاص في هذه الغيرية الدائن إذا تركز حقه في مال للمدين معين بالذات.³⁸² فيتعبّر الغير الذي يحتج بالتصرف الثابت التاريخ في مواجهته هو (كل شخص ليس طرفاً ولا ممثلاً في الواقعة القانونية محل المحرر وله حق يتأثر بقيامها).³⁸³ أو أنه (الشخص الذي يراد الإحتجاج عليه بالمحرر العرفي إذا كان يضرار منه في حق خاص تلقاه من أحد طرفي المحرر، أو منحه القانون إياه، وبهذا فإن معنى الغير في ثبوت تاريخ المحرر العرفي ينحصر في الخلف الخاص والدائنون).³⁸⁴

وإن كان هذا المفهوم يصدق في إطار مناقشة القاعدة في النظرية العامة للإثبات غير أنها محل نظر في إطار مبدأ حجية العقد، ذلك أنه من المؤكد لدى الفقه اعتبار الخلف الخاص من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ . والمقصود بالخلف الخاص في هذا السياق هو كل شخص انتقل إليه من أحد طرفي العقد حق معين كان قائماً في ذمته من قبل، كالمشتري الذي يعتبر خلفاً خاصاً للبائع بالنسبة لتصرفات هذا البائع بالمال الذي انتقل إليه، إذ لا تكون تصرفاته نافذه في حق المشتري ما لم تكن ثابتة التاريخ.³⁸⁵ فعقود الإيجار – مثلاً – التي يبرمها السلف تنفذ في حق الخلف إذا كانت ثابتة التاريخ.³⁸⁶

إن دراسة ثبوت تاريخ العقد لا تتناول الحالات التي يحتج بها بالعقد ثابت التاريخ ليرتب آثاره المباشرة في مواجهة الغير بإنصرافها إليه، أي كونه يصبح دائناً أو مديناً،³⁸⁷ بل تتناول الحالات التي

³⁸² ينظر د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (2) : الإثبات / آثار الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 218 .

³⁸³ د. محمد سعد خليفة ود. عبدالحميد عثمان ، المرجع السابق ، ص 173

³⁸⁴ د. ليلي عبدالله سعيد ، الوجيز في شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، جامعة البحرين ، الطبعة الأولى، 2003، ص 85

³⁸⁵ المرجع نفسه .

³⁸⁶ قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه (من المقرر – وفقاً للقواعد العامة – أن الأصل في العقود ألا ينصرف أثرها

إلى غير عاقدتها وخلفاءهم ، وأنها لا ترتب التزاماً في ذمة الغير ، ولا يكون تاريخها – إذا كانت محرراً عرفياً – حجة

على الغير إلا منذ أن يكون ثابتاً على ما تقضي به المادة 14 من قانون الإثبات المعمول به اعتباراً من 1996/5/29 ،

وكان عقد إيجار الأرض المبيعة الصادر في 1987 للمطعون ضده الأول من مورثه لم يثبت تاريخه إلا في

1996/9/28 ، ومن ثم لا يكون حجة على الطاعنين باعتبارهم من الغير إلا منذ هذا التاريخ.) الطعن رقم 95 لسنة

2005 – جلسة 2005/11/28م – غير منشور

³⁸⁷ وهذا ما تشير إليه المادة (134) من القانون المدني البحريني ، وتقابها المادة (146) من القانون المدني المصري.

يحتج بها بالعقد في مواجهة الغير دون أن تنصرف إليه تلك الآثار.³⁸⁸ ومن ثم فإن مفهوم ثبوت التاريخ الذي نعنيه عند الحديث في إطار مبدأ الحجية يتجسد في مواجهة الدائنين وليس الخلف الخاص الذي يتلقى أثر العقد. وتتجسد قاعدة ثبوت التاريخ في مواجهة الغير الأجنبي الذي قد يكون خلفاً خاصاً دون أن تنصرف إليه آثار العقد والذي يتمثل في حالة ما إذا تنازع الخلف الخاص مع خلف خاص آخر مثله على المحل ذاته.³⁸⁹

والغير عندما يحتج عليه بتاريخ المحرر العرفي على الوجه السالف بيانه ليس بحاجة إلى أن ينازع في صحة هذا التاريخ بل يكفي التمسك بعدم ثبوته.³⁹⁰ إذ يقع على من يتمسك بثبوته عبء إثبات ذلك، وقد بين المشرع الطرق التي يثبت بها تاريخ المحرر العرفي في المادة (14) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية التي نصت على أن: (لا يكون للمحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت.

ويكون للمحرر تاريخ ثابت في الأحوال الآتية :

أ. من يوم أن يقيد في السجل المعد لذلك.

ب. من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ.

³⁸⁸ . إذ أن سريان عقود الإيجار في حق المالك الجديد طبقاً لنظرية الاستخلاف يجعل من الخلف الخاص في هذا الصدد ملزماً ببند العقد الجديد طالما تحققت شروط الاستخلاف المشار إليها في المادة (134) من القانون المدني البحريني، وبذلك لا تعد هذه الحالة تعبيراً عن فكرة الحجية بقدر تعبيرها عن فكرة الاستخلاف الذي يجعل من الغير دائناً أو مدينناً بموجب عقد لم يكن طرفاً فيه، وهو مفهوم يختلف عن مفهوم الحجية محل الدراسة، ولا يمكن الخلط بينهما لأن من شأن ذلك تشويه فكرة الحجية. وعلى ذلك لا تتفق مع أستاذنا الدكتور صبري حمد خاطر عندما اعتبر حالة الاستخلاف من قبيل حالات الحجية التي تتمتع بها العقود في مواجهة الغير. ينظر في ذلك د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 206 / ينظر أيضاً في هذا الخلط د. سعد ربيع عبدالجبار ، المرجع السابق ، ص 126 وما بعدها. وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه في فرنسا يعتبر هذه الحالة من الخلافة الخاصة تطبيقاً لحجية العقد، إذ يرى (دانيال) Daniel MAINGUY أن (الموقف جدا معقد بالنسبة للخلف الخاص، والخلف الخاص هو الذي يتلقى من سلفه حقاً معيناً، مثل المشتري والموهوب له، فالعقود التي يبرمها السلف والتي لا علاقة لها بالشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص تكون لها حجية على هذا الخلف، ولكن عندما يكون العقد متعلقاً بالشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص (عقد إيجار- عقد ارتفاق) فإن موقف الخلف الخاص يكون صعباً لوضع حل له: فالمادة 1122 من القانون المدني لا تضع حلاً دقيقاً ومن المناسب هنا أن يتم التمييز تبعاً لطبيعة العقد). ويستطرد قائلاً أن (العقد الذي ينشئ أثراً عينياً: فالبيع يبرم على العقار حق ارتفاق بالمرور وهذا الحق ينتقل إلى الخلف الخاص، وهذا الأثر يستلزم الإشهار، والإشهار يجعل العقد حجة في مواجهة الكافة. وقد لا يكون للعقد الذي يبرمه السلف أثر عيني وإنما مجرد أثر شخصي أي التزامات. وهنا يثور السؤال في إذا ما كان الغير الذي يتلقى الشيء يلتزم بذلك الأثر وأحياناً يتدخل القانون "مثل الإيجار: المادة 1743 - ينصرف أثره إلى مشتري العقار" وهكذا . ولكن عندما لا ينص القانون فإن المبدأ هو عدم إنتقال أثر العقد إلى الخلف الخاص). Daniel MAINGUY , ibid , p.176-177

ويبدو الخلط بشكل آخر لدى Robert Wintgen الذي يذكر بأن القيد الوارد على الحجية تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد: (1) إن التصرفات التي ترد على ملك الغير لا حجية لها في مواجهة مالك هذا الشيء فهي لا تلزمه بشيء، فالعقد الذي يرد على شيء مملوك للغير هو نافذ بين طرفيه ، ولكن ليست له أي حجية في مواجهة المالك. (2) التنازل عن العقد من قبل أحد طرفيه ليست له حجية في مواجهة الطرف الآخر (مثل عقد الإيجار).

Robert Wintgen, ibid, p.114

³⁸⁹ . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 206

³⁹⁰ . د. ليلى عبدالله سعيد ، الإثبات ، المرجع السابق ، ص 84

ج. من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص.

د. من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمه أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه.

هـ. من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه.

ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات).³⁹¹

ويجب أن تتوفر في الغير في ثبوت التاريخ ثلاثة شروط: أولها أن يكون حقه ثابت التاريخ، فلا يجوز له أن يتمسك بحق غير ثابت التاريخ ليثبت عدم ثبوت تاريخ المحرر الذي يحتج به عليه.³⁹²

وثانيها أن يكون حسن النية، وكفي لإعتباره سيئ النية أن يكون على علم مسبق بحصول التصرف المثبت في الورقة العرفية وقت نشوء حقه أو وقت حدوث الواقعة التي أكسبته وصف الغير.³⁹³ وأخرها ألا يكون محمياً بطريق آخر غير قاعدة ثبوت التاريخ كالتصرفات التي تستوجب التسجيل وفقاً لقانون التسجيل العقاري³⁹⁴، فتكون العبرة بالأسبق في التسجيل للمفاضلة بين المشتريين، والقيد بين المرتهنين لعقار واحد.

(ب) تطبيقات التجريد في إطار قاعدة ثبوت التاريخ :

نتناول في هذا السياق تطبيقات التجريد من الحجية في إطار قاعدة ثبوت التاريخ بالنسبة لفئتين من الغير، الخلف الخاص، والداننين.

- الحجية في مواجهة الخلف الخاص : قد يبرم أحدهم عقداً يتناقض مع عقد سابق على ذات المحل، يقوم بموجب ذلك تزام بين خلفين، كالمؤجر الذي يبرم عقد إيجار، وقبل تنفيذه يقوم بإبرام عقد إيجار آخر على ذات العين، وكذلك الأمر إذا أبرم وعد بالبيع وثم قام الواعد بوعد شخص آخر مرة أخرى على ذات الشيء، أو في حالة إبرام حوالتين على ذات الحق لشخصين مختلفين. ولا شك في هذه

³⁹¹ . الصادر بالمرسوم بقانون رقم (14) لسنة 1996 ، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 2218 بتاريخ 1996/5/29 ، المعدل بقانون رقم (13) لسنة 2005 / وفي تفاصيل شرح طرق ثبوت التاريخ في القانون البحريني ينظر د. محمد سعد خليفة و د. عبد الحميد عثمان ، المرجع السابق ، ص 79 وما بعدها / أيضاً د. ليلي عبدالله سعيد ، الإثبات ، المرجع السابق ، ص 90 وما بعدها / أيضاً سالم الكواري ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دون ناشر ، الطبعة الأولى 1998 ، ص 149 وما بعدها

³⁹² . سالم الكواري ، المرجع السابق ، ص 147

³⁹³ . د. ليلي عبدالله سعيد ، الإثبات ، المرجع السابق ، ص 88

وفي هذا السياق يشير بعض الفقه إلى أن قاعدة ثبوت التاريخ تتعطل (في حالة التمكن من إقامة الدليل على علم صاحب الحق المتأخر بسبق نشوء الأسبق. ذلك أن العلم يفترض سبق وجود الواقعة التي تكون محلاً له. وهو بهذه المثابة يقطع بأسبقية وجود حق الغير على وجود حق صاحب الحق المتأخر). د. مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 409 / ينظر في نفس المعنى د. سعد ربيع عبد الجبار ، المرجع السابق ، ص 72

³⁹⁴ . سالم الكواري ، المرجع السابق ، ص 147

الأحوال أن كلاً من المتعاقدين يعد غيراً أجنبياً في مواجهة الآخر، وخلفاً خاصاً في مواجهة المتعاقد، فتتدخل قاعدة ثبوت التاريخ لتحسم أي العقدين نافذاً في مواجهة الآخر.

ويشير البعض إلى أنه طالما لم يتم تنفيذ العقد الثاني، فإن العقد الأول أولى بالترتيب، حتى ولو كان المتعاقد الثاني حسن النية لا يعلم بوجود العقد، وأساس ذلك أن المدين فقد حريته في أن يتعاقد من جديد بعد أن أبرم العقد الأول.³⁹⁵ ورغم اتفاقنا مع النتيجة إلا أن الأساس الذي قيل لا يستقيم طالما أنه ينطوي على تفرقة بين إبرام العقد وتنفيذه بالنظر إلى حرية التعاقد، فإذا ما أبرم العقد ولم ينفذ فإن العقد يظل رغم ذلك صحيحاً لا يمكن التناكر لحقيقته بمجرد عدم تنفيذه، ولا يمكن التذرع بأن المدين فقد حريته في التعاقد مرة أخرى، حيث أن التسليم بذلك ينطوي على تناقض بين، فهل أصبح تنفيذ العقد معياراً لفقدان الحرية في التعاقد مرة ثانية؟ لا نرى ذلك، بل نرى أن قاعدة ثبوت التاريخ تحدد الخلف الخاص الذي ينفذ عقده في مواجهة الآخر، شريطه عدم تنفيذ أي من العقدين تطبيقاً لفكرة الأوضاع الظاهرة وحسن النية في هذا المجال.

هذا ويذهب بعض الفقه إلى أن قاعدة التفضيل على أساس أسبقية ثبوت التاريخ تنحصر عن التزام بين الحقوق الشخصية، فالقاعدة عند تزامن هذه الحقوق هي المساواة بين الدائنين بحيث يحصل وفاء جزئي لكل منهم، غير أنه كثيراً ما يتعذر إعمال قاعدة المساواة فيكون الوفاء الجزئي متعذراً، وفي هذه الحالة يتسع المجال لإعمال قاعدة ثبوت التاريخ.³⁹⁶

ففيما يتعلق بتزامن مستأجرين من نفس المؤجر على ذات العين تتم المفاضلة بموجب قاعدة ثبوت التاريخ، مالم يتحقق القبض، فيفضل من وضع يده على العين بحسن نية دون الإعتداد بتاريخ عقد الإيجار لأنهم دائنون عاديون متساوون في الضمان العام لا أولوية لأحدهم على الآخر إلا على أساس القبض.³⁹⁷ وهذا ما تنص عليه المادة 522 من القانون المدني البحريني التي تقضي بأنه (إذا تعدد المستأجرون لمأجور واحد، فضل من سبق منهم إلى وضع يده عليه وهون حسن النية، فإن لم يضع أحدهم يده على المأجور بحسن نية، فضل من كان منهم الأسبق بالتعاقد).

وفي حوالة الحق تقضي المادة 289 من القانون المدني البحريني أن : (لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو الغير، إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها في حق الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ).³⁹⁸ وعليه فالعبرة عند التزام، في المفاضلة، ليس بتاريخ صدور

³⁹⁵ . ستارك، العقود التي تبرم إخلالاً بحقوق الغير، المحلية الفصلية، 1954-1-1180 نقلاً عن د. محمد ابراهيم

دسوقي، المرجع السابق، ص 62

³⁹⁶ . د. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 409

³⁹⁷ . د. محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 310 / ينظر في ذلك أيضاً جيروم هوييه، المرجع السابق، ص 683

³⁹⁸ . وتقابها المادة (305) من القانون المدني المصري.

الحوالة بل بالتاريخ الثابت لإعلانها أو قبولها من المحال عليه.³⁹⁹ ومن ثم فإذا أبرمت حوالة أخرى، فلا يستطيع المحال له الأول التذرع باكتساب حوالة حجية في مواجهة المحال له الثاني ما لم تكن هذه الحوالة ثابتة التاريخ بقبولها أو إعلانها.

وكذلك الأمر فيما يتعلق بالوعد بالبيع حيث أن الوعد بالبيع لا يرتب إلا إلتزامات شخصية في ذمة الواعد بإبرام عقد البيع الموعود به بمجرد إبداء الموعود له الرغبة في الشراء خلال مدة معينة،⁴⁰⁰ وعلى الواعد أن يتمتع عن كل عمل من شأنه عرقلة إتمام العقد الموعود به وإلا التزم بالتعويض،⁴⁰¹ فإذا ما أبرم الواعد وعداً لموعود له آخر تكون المفاضلة بينهما بموجب قاعدة ثبوت التاريخ.⁴⁰²

- الحجية في مواجهة الدائنين : إن لحجية العقد الثابت التاريخ مجالاً رحباً بالنسبة للدائنين ، فالدائن الممتاز (المرتهن) لا تحوز عقود مدينه حجية في مواجهته ما لم تكن ثابتة التاريخ، ذلك أن الدائن المرتهن الذي ينفذ على عقار مدينه، لا تنفذ عقود ايجار هذا المدين التي يبرمها مع الغير في حقه ما لم تكن ثابتة التاريخ قبل تاريخ تسجيل الحجز عليه لنزع ملكيته.⁴⁰³ أما الدائن العادي فتكتسب عقود مدينه حجية دون حاجي لثبوت تاريخها، إذ ليس له الا حق الضمان العام على أموال المدين، وبالتالي تسري في حقه تصرفات المدين ولو لم تكن ثابتة التاريخ.⁴⁰⁴ تطبيقاً للحجية المطلقة التي تتمتع بها هذه التصرفات.

ولكن متى تعلق حق الدائن العادي بمال معين في ذمة المدين، أصبح الوضع مختلفاً. فالدائن الحاجز على مال معين لمدينه يعد من الغير ولا تسري تصرفات مدينه في حقه ما لم تكن ثابتة التاريخ، أي أن تواريخها سابقة على تاريخ الحجز بقصد سريانها بمواجهة الحاجز، ولا يتحدد حق الدائن الا من وقت الحجز، وقبله يعد دانناً عادياً له حق الضمان العام كما سلف.⁴⁰⁵ والحكم ذاته بالنسبة للدائن الذي يتدخل في اجراءات التنفيذ بعد توقيع الحجز من غيره على مال معين من أموال المدين.

³⁹⁹ د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : (3) نظرية الإلتزام بوجه عام - الأوصاف / الحوالة / الإنقضاء ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة، 2000 ، ص 543

⁴⁰⁰ د. محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 114
وتذهب محكمة النقض المصرية إلى أن (الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو عقد لا بد فيه من إيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، ومن ثم فهو لا يعتبر بهذه المثابة مجرد إيجاب من جانب الواعد بل هو أكثر من ذلك لاقتراحه بقبول من جانب الموعود له ، كما أنه لا يعتبر في نفس الوقت بيعاً نهائياً بل يبقى دون ذلك لأن كلاً من الإيجاب والقبول فيه لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد الوعد به ، كما أن الإلتزام فيه قاصر على جانب الواعد وهو الإلتزام بعمل ينصب على إبرام عقد البيع الموعود به). نقض مصري ، طعن 363 لسنة 51ق - جلسة 1984/6/12 نقلاً عن د.محمد حسين منصور ، أحكام البيع ، المرجع السابق ، ص 54

⁴⁰¹ ينظر في نفس المعنى د. محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 118

⁴⁰² د. محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 313

⁴⁰³ د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (2) : الإثبات / آثار الإلتزام، المرجع السابق ، ص 227

⁴⁰⁴ د. ليلي عبدالله سعيد ، الإثبات ، المرجع السابق ، ص 89

⁴⁰⁵ سالم الكواري ، المرجع السابق ، ص 149

وثار خلاف في الفقه حول وصف الدائن حيال ذلك، إذ يرى البعض أن لا يمارس دعواه إلا نيابة عن المدين، ويهدف بتلك الإجراءات إلى الحفاظ على الضمان العام، وعلى جانب آخر يرى البعض أن الدائن وإن كان يمارس الدعوى بوصفه نائباً إلا أنه لا يمارسها لمصلحته ومن ثم يكون له حق خاص على موضوعها.⁴⁰⁶ وعلى أي حال فإن العقود تكتسب حجيتها في مواجهة الدائن العادي، ولا يخضع بالتالي لقاعدة ثبوت التاريخ مالم يكن ممتازاً أو تعلق حقه بمحل العقد، ويبقى له الحق في الضمان العام فقط دون اشتراط ثبوت التاريخ.

أما بالنسبة لدائني التاجر المفلس العاديين فإن الأمر مختلف، إذ متى تم إشهار إفلاس المدين التاجر فإن دائنه يعد غيراً بالنسبة لتصرفات هذا المدين ولا تكون هذه التصرفات سارية في حق الدائن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل الحكم بشهر الإفلاس.⁴⁰⁷ وذات الحكم ينطبق على دائني المدين المعسر غير التاجر فيما يتعلق بالتصرفات التي أبرمها قبل الحكم بشهر إعساره.⁴⁰⁸ فالدائنون العاديون في هذا الصدد يعتبرون من الغير وفق قاعدة ثبوت التاريخ وبالتالي لا يحتج عليهم بأي تصرف منذ وقت الإشهار، بموجب نص تشريعي.

والحوالة لا تنفذ في حق المدين والغير إلا إذا أعلن بها المدين أو قبلها. ولا يقوم العلم الحقيقي للمدين بصدور الحوالة مقام الإعلان أو القبول نظراً لأن المشرع وضع هذين الطريقتين فلا ثالث لهما.⁴⁰⁹ إلا أن المشرع إشتراط لنفاذها في حق الغير، فضلاً عما تقدم، أن تكون الحوالة ثابتة التاريخ.⁴¹⁰

ولا يقتصر قيام ثبوت التاريخ مقام العلم على الحالات التي يرد فيها نص صريح بذلك، بل أصبح من المسلمات وفق القواعد العامة، فثبوت التاريخ يتسع نطاقه ليشمل جميع الحالات التي ليكتسب العقد حجيته إذا تعلق حق الغير بمحل هذا العقد. ويبدو أن القضاء الفرنسي يذهب إلى ذلك بأن

⁴⁰⁶ ينظر في تفاصيل ذلك لدى د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 207-208.

⁴⁰⁷ ينظر د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط (2): الإثبات / آثار الإلتزام، المرجع السابق، ص 228 وما بعدها.

⁴⁰⁸ علماً بأن المشرع البحريني لم يأخذ بنظام الإعسار المدني. ينظر في ذلك 82-83 من هذه الرسالة.

⁴⁰⁹ ينظر في نفس المعنى د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط (3): الأوصاف / الحوالة / الإنقضاء، المرجع السابق،

ص 481

⁴¹⁰ ومن تطبيقات القضاء الفرنسي في الحوالة أن كفيلاً يكفل ديناً أحد البنوك، ثم ينقل البنك الدين إلى بنك آخر، ومن ثم يقول أن الكفيل لا يمكن أن يستفيد من العقد الذي يبرم بين مصرف وآخر بوصف هذا العقد واقعة قانونية، وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية على ذلك مبدأ نسبية أثر العقد.

cass. Com. 22 oct 1991, Bull.civ.IV.n.302. p.209. D.1993. 181.

Francois Terre, ibid, p.496

ينظر في ذلك لدى

العلاقة بين تاريخ العقد وحجيته طبقها القضاء الفرنسي حتى في ظل غياب النص عليها، حيث ذهب في بعض قراراته إلى أن العقد التي يرد على الملكية الأدبية لا ينفذ في حق الغير ما لم يكن ثابت التاريخ.⁴¹¹ وعلى أي حال لم يقف الفقه عند حدود المضمون التقليدي لمبدأ حجية العقد في مواجهة المتعاقدين، ذلك أن ثمة تطورات حصلت على صعيد المبدأ تبعاً لتطورات أخرى ظهرت على صعيد الواقع وما يمثله من علاقات قانونية متشابكة استجذبت على الساحة القانونية. ولكن ما هو مضمون هذا التطور؟ وكيف تعامل الفقه والقضاء معه؟ هذا ما نتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

تطور مبدأ حجية العقد في مواجهة الغير

إن تطور مبدأ حجية العقد في مواجهة الغير أتى من خلال ما توصل إليه الفقه والقضاء من تقرير لمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، أو الإخلال بحجية العقد بشكل أدق، ومن هذا المنطلق نتناول تطور مبدأ حجية العقد من خلال إستعراض ظهور فكرة مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، ومن ثم نتناول التنظيم القانوني لهذه المسؤولية وفقاً لما يلي.

المطلب الأول

ظهور مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد

يتناول هذا المطلب ظهور مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، ونستعرض في هذا السياق الوقائع العملية التي أدت إلى ظهور هذا النوع من المسؤولية، ثم نتناول بعد ذلك التأسيس العلمي لها، وهذا ما نتناوله تباعاً.

⁴¹¹ . v. cass 1835, D. 1935-438 . مشار إليه لدى د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص202

الفرع الأول

الوقائع العملية لظهور المسؤولية

عندما نتحدث عن العقود التي ترتب أثراً عينياً، قد تظهر لنا اشكاليات معينة، ففي بيع العقار مرتين على وجه الخصوص لو أن أحدهم باع عقاراً وقبل تسجيله قام ببيعه مرة أخرى إلى مشترٍ آخر يعلم بسبق التعاقد أو كان متواطئاً وسارع بالتسجيل، فإن القضاء الفرنسي، يقضي ببطلان التسجيل في العقد الثاني وبأحقية صاحب العقد الأول،⁴¹² ولكن لو تصرف المشتري في العقد الثاني بالعقار إلى شخص ثالث حسن النية فإن المشتري في العقد سيفقد مكنة تسجيل العقار بإسمه ونقل ملكيته إليه، ولن يبقى له إلا مجرد حق شخصي بإعتبار أن ثمة إستحالة قانونية حالت دون تنفيذ العقد.

وتزداد المسألة تعقيداً عندما نجد المشتري الثاني الذي يسارع في تسجيل عقده ليتمكن من حرمان المشتري في العقد الأول، ولو كان عالماً بوجود العقد أو حتى متواطئاً مع البائع، فالمشتري في العقد الأول يصبح في وضع لا يمكن معه القول بإنتقال ملكية هذا العقار ولو لم يتصرف به المشتري في عقد البيع الثاني إلى شخص ثالث، ذلك أن الإستحالة القانونية لنقل الملكية تتحقق بمجرد تسجيله بإسمه.⁴¹³

ولكن هل يجوز للمشتري الأول أن يرجع على المشتري الثاني رغم عدم وجود علاقة عقدية بينهما؟ ظل هذا السؤال مطروحاً لدى الفقه، ولم يتقصر في حقيقة الأمر على العقود التي ترتب حقاً عينياً، وإنما في إطار العقود التي ترتب أثراً شخصياً أيضاً، فقد يقوم صاحب عمل بإغراء عامل يعمل لدى صاحب عمل منافس ليترك العمل لديه ويعمل عنده،⁴¹⁴ فإذا كان العامل مسؤولاً في مواجهة صاحب العمل الأول بإعتبار وجود علاقة عقدية بينهما، فإن التساؤل حول مدى إمكانية رجوع صاحب العمل الأول على صاحب العمل الثاني بسبب فعله المتمثل في الإغراء؟.

الواقع أن المشتري الأول قد يرجع على المشتري الثاني وفق أحكام المسؤولية المدنية، كذلك صاحب العمل الأول يستطيع على وفق أحكام هذه المسؤولية الرجوع على صاحب العمل الثاني. بل بشأن مسؤولية صاحب العمل ذهب بعض الفقه إلى أن المسؤولية تتحقق في حق صاحب العمل – الذي تحققت المنافسة غير المشروعة من جانبه – بالحاقه العامل بالمنشأة شريطة أن يقوم الخطأ من جانبه بأن يكون عالماً بالترام العامل بعدم المنافسه وسواء تحقق علمه عند استخدام العامل أو أعلن بذلك بعد إستخدامه، وتتحقق المسؤولية أيضاً إذا كان قد حرض العامل على ترك العمل لدى صاحب العمل

⁴¹² ينظر في ذلك ص 59 وما بعدها من هذه الرسالة.

⁴¹³ وهذا هو موقف القضاء في مصر والبحرين، ينظر في ذلك ص 60 وما بعدها من هذه الرسالة.

⁴¹⁴ د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، المرجع السابق، ص 590

الأول، ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن المسؤولية التي تترتب في حق صاحب العمل الجديد ترجع إلى أحكام المسؤولية التقصيرية بإعتبار العامل تابعاً لصاحب العمل الجديد (المتبوع) عن أعماله غير المشروعة.⁴¹⁵

ويبدو لنا أن هذا الرأي لا يقوى على الصمود أمام النقد ذلك أنه أسس مسؤولية الغير (صاحب العمل الجديد) على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وهذه المسؤولية كما هو معلوم تكون مفترضة، أي أن المتبوع لم يحسن الرقابة والتوجيه على تابعه، بيد أن مسؤولية صاحب العمل لا يمكن أن تفترض في هذا الخصوص، ذلك أن صاحب العمل الجديد إذا تعاقد مع العامل على وجه يخل بالتزام الأخير في مواجهة صاحب العمل الأول – وبحسن نية – فإن مسؤوليته تنتفي، وتبقى مسؤولية العامل لوحده، في حين لو كان صاحب العمل الجديد يعلم بوجود عقد العامل مع صاحب العمل الأول، أو تواطئ أو حرض على ترك العمل، فهنا يكمن التساؤل حول مدى إمكانية القضاء بمسؤوليته، ولكن ليس على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة التي يجب أن تنطوي بطبيعة الحال على عنصر التبعية بشكل أساسي وفعلي، وهو فرض لم يتحقق وقت التحريض، حيث أن فعل التحريض والإغراء عادةً ما يحصل قبل أن يتعاقد صاحب العمل الجديد مع العامل، ومن ثم تنتفي التبعية في هذا الوقت، وهذا يكفي بحد ذاته للقول بضعف هذا التأسيس.

والحق أن الأمثلة على هذا الإخلال كثيرة منها ما يقع في إطار المعاملات التجارية، كالتاجر الذي يبيع السلعة بأقل من الثمن الذي حدده المنتج، أو يصدر سلعة رغم تعهده بعدم تصديرها.⁴¹⁶ فتقع المسؤولية على الغير الذي يعلم بوجود مثل هذه التعهدات. ومثال آخر يتعلق بعقود التجهيز حيث أن المجهز إذا جهز موزع ليوزع الانتاج في منطقة معينة ثم يتعاقد مع آخر ليوزع الإنتاج في المنطقة ذاتها، فإن هذا الآخر يعد من الغير وعند علمه بالعقد الأول فيجب أن لا يفلت من المسؤولية.⁴¹⁷

فالعقد له حجية في مواجهة الكافة، يلتزم الغير بإحترامه،⁴¹⁸ ويلتزم بعدم إتيان التصرفات التي تعوق تنفيذ كل متعاقد لإلتزامه.⁴¹⁹ ومن هنا جاءت مسؤولية الغير عن الإخلال بحجية العقد، وظهرت على هذا الأساس الحاجة إلى نظام يقرر المسؤولية في مثل هذه الحالات، ولكن كيف يتم ذلك في ظل

⁴¹⁵ علي يحيى آل زمانان، إلتزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل (دراسة مقارنة) في القانونين المصري والسعودي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1424هـ، 2004م، ص 121

⁴¹⁶ د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية: الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 208 وما بعدها

⁴¹⁷ Francois Terre, ibid, p. 494

⁴¹⁸ ينظر في نفس المعنى لدى د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 590

⁴¹⁹ د. محمد محي الدين إبراهيم، المرجع السابق، ص 120

عدم وجود علاقة عقدية بين الغير المسؤول والمتعاقد المضرور، وهذا ما دعا إلى البحث في التأسيس لهذه المسؤولية، وهو ما نتناوله فيما يلي.

الفرع الثاني

التأسيس لمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد

قد يبدو أن تقرير مسؤولية الغير عن إخلاله بالعقد يتعارض من حيث الأصل مع مبدأين، أولهما مبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بأن الفرد حر في إبرام تصرفه القانوني. وثانيهما مبدأ نسبية أثر العقد الذي يقضي بعدم إنصراف آثار العقد لغير المتعاقدين ودمتهما المالية، الأمر بما يعني استقلال الغير عنهما وعن العقد. ومن هنا جاءت الحاجة إلى أساس قانوني سليم في تبرير مسؤولية الغير عن هذا الإخلال، وهذا ما نتناوله تباعاً من خلال ما طرح من نظريات بعضها ذات نزعة شخصية، وأخرى ذات نزعة موضوعية.

أولاً: النظريات ذات النزعة الشخصية:

نتناول في هذا الإطار النظريات التي قيلت بهذا الصدد وتتسم بنزعة شخصية، بمعنى أنها تنظر إلى شخص الغير بشكل أساسي، ونتناول في هذا السياق أهم نظرية وهي نظرية الغير الشريك ومن ثم نطرح نظرية سبب الإلتزام العقدي، وفقاً لما يلي.

1- نظرية الغير الشريك :

ونتناول في هذا السياق عرضاً للنظرية، ومن ثم نقوم بتقويمها تباعاً.

(أ) عرض النظرية :

لم يلتفت الفقه في بداية المطاف إلى مدى وجود حجية العقد بقدر ما كان يلتفت إلى أفكار وأطروحات متباينة في القانون ونظريات أخرى ليس لها علاقة بفكرة الحجية. فقد بدأت المسألة مع الفقيه الفرنسي (ايكوني) بطرح نظريته التي شكلت تطوراً حقيقياً للمبادئ التقليدية المتمسكة بمبدأ نسبية

أثر العقد، فقد ذهب إلى أن مبدأ نسبية أثر العقد يمنع أن تقوم على عاتق الغير الذي يساهم في الإخلال بالالتزامات التعاقدية مع أحد المتعاقدين مسؤولية خاصة مستقلة عن تلك التي تثقل الأخير، فالإلتزام علاقة شخصية ذات أثر نسبي لا يمكن أن يخل به سوى المدين لا الغير الأجنبي عنه، الذي تقع عليه مسؤولية مستعارة تجري على نسق مسؤولية المدين.⁴²⁰ وإذا كان مبدأ النسبية يحول دون قيام مسؤولية مستقلة على عاتق الغير فإنه يمنع من باب أولى أن تكون عقدياً لأنه ليس طرفاً في العقد الذي أبرمه المدين، ولا يمكن من ثم إلا أن تكون مسؤولية تقصيرية يتعين لقيامها على كاهله أن تكون مسؤولية المدين تقصيرية،⁴²¹ فقد إعتبر المدين عندما يخل بإلتزامه عن قصد فإنه يرتكب جريمة مدنية، ومتى ساهم الغير في إرتكاب هذه الجريمة أو حث المتعاقد على إرتكابها فإنه لا يعتبر أجنبياً بالنسبة للعقد وإنما يوصف بأنه شريك في الإخلال به،⁴²² متأثراً بفكرة الإشتراك الجرمي بالقانون الجنائي الذي يعاقب الشريك بعقوبة الفاعل الأصلي لأنه يستمد الصفة الجرمية من هذا الفاعل،⁴²³ حيث لجأ في تحديد عناصر قيام هذه المسؤولية إلى نظرية الإشتراك في القانون الجنائي وبالتالي يجب أن يكون إشتراك الغير واعياً وإيجابياً لتقوم مسؤوليته قبل الدائن على الوجه الذي يقيم المسؤولية المدنية.⁴²⁴

(ب) تقويم النظرية :

إنتقدت النظرية في طرحها فكرة الإشتراك، فهذه الفكرة في نطاق الجنحة المدنية تعد غامضة،⁴²⁵ كما أن التأسيس على أن المدين فاعل أصلي والغير شريك له محل نظر لأن الغير يعد فاعلاً أصلياً إذا كان الإخلال بمبادرة منه،⁴²⁶ ومن ثم فإن وصف الغير بأنه شريك على نحو مطلق يعد موقفاً تعوزه الدقة.⁴²⁷ هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن (ايكوني) يرى - كما أسلفنا - أن مسؤولية الغير مسؤولية تقصيرية لأنه يستعيرها من المتعاقد، والمتعاقد إذا إرتكب جريمة مدنية يسأل تقصيرياً

⁴²⁰ . إيجينييه Huguney ، المسؤولية المدنية للغير الشريك في مخالفة إلتزام عقدي ، رسالة ، ديجون Dijon سنة 1910 ، ص 214 نقلاً عن د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 210

⁴²¹ . د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 210

⁴²² . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 290-291

⁴²³ . Weill . مشار إليه لدى محمد عبد سليمان الحراشنة ، المرجع السابق ، ص 53

⁴²⁴ . د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 211

⁴²⁵ . المرجع نفسه

⁴²⁶ . STARCK (B.), des contrats conclus en violations des droits contractuels d'autrui, j.c.p. 1945 - 1 - 1180

⁴²⁷ نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 295

Stark(B.) : Des contrats conclus en violation d droits contractuelles d'autrui, j.c.p.1945.ed.1, p.1180

نقلاً عن د. سعد ربيع عبدالجبار ، المرجع السابق ، ص 95

عن كل إخلال تدليسي يرتكبه المدين يرتب هذا النوع من المسؤولية، بيد أن محكمة النقض الفرنسية وإن كانت تجيز الحكم بالمسؤولية التقصيرية عندما يخل المدين بالتزامه العقدي بإرتكاب فعل الغش أو خطأ جسيم،⁴²⁸ إلا أن الخطأ قد لا يرقى إلى الغش أو الخطأ الجسيم.⁴²⁹ ويضيف آخرون بأن فكرة (أيكوني) لا تقوى على أيسر النقد وتكفي تبعيتها للقانون الجنائي لإستبعادها كلية لأن إختلاف الغاية في القانون المدني عنها في القانون الجنائي لا يسمح على الإطلاق بتدخل قواعد إحداها على الآخر.⁴³⁰ وفي ضوء ما تقدم ظلت هذه النظرية – لصفاتها الصناعية الواضحة – بمعزل في الفقه دون صدى في التطبيقات القضائية، ولم يعد لها مبرر بعد الإنتباه إلى التفسير الصحيح لمبدأ نسبية أثر العقد ورده إلى حدوده الصحيحة مثلما أسلفنا سابقاً.⁴³¹

2 - نظرية سبب الإلتزام العقدي :

نعرض هذه النظرية ثم تقويمها فيما يأتي :

(أ) عرض النظرية :

طرح (بولانجيه) Boulanger فكرة سبب الإلتزام العقدي فذكر أن من الخطأ الإعتقاد بأن أحد الدائنين يعتبر غيراً في مواجهة الآخر عندما يتنازعان على حق واحد ناشيء عن كل تعاقد كل منهما على حدة مع مدين واحد بحجة أن كل عقد مستقل عن الآخر، إذ يرى أن الدائن الذي يتعاقد مع المدين على نحو يخل بالإلتزامات تعاقدية ناشئة عن عقده مع دائن آخر يرتكب خطأ يسأل بموجبه تجاه هذا

⁴²⁸ . يذكر أن محكمة التمييز البحرينية – تذهب أيضاً – إلى إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية إذا ارتكب المدين بالإلتزام عقدي إخلالاً يشكل جريمة أو غش أو خطأ جسيم ، إذ قضت في حكم لها بأنه (إذا قامت علاقة تعاقدية محددة باطرافها ونطاقها، وكان الضرر الذي أصاب احد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد. فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه باعتبار ان هذه الاحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً او عند الاخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي لا يرتبط الضرر فيها بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب علي الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من اهدار نصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له، وذلك مالم يثبت ضد احد الطرفين المتعاقدين ان الفعل الذي ارتكبه وأدى الى الاضرار بالطرف الآخر يكون جريمة او يعد عساً او خطأ جسيماً مما يتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيساً على انه اخل بالتزام قانوني، اذ يمتنع عليه ان يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقدا او غير متعاقد). الطعن رقم 22 لسنة 1995 – جلسة 21 مايو 1995م/ ينظر أيضاً الطعن رقم 546 لسنة 2006 – جلسة 28 مايو 2007م.

⁴²⁹ . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 296

⁴³⁰ . د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 211

⁴³¹ . المرجع نفسه ، ص 212 / ينظر في ذلك ص 17 وما بعدها.

الدائن عما يلحقه من ضرر.⁴³² فالغير اذا علم ان تعاقد مع المدين يؤدي إلى إخلال هذا الأخير بالتزامه التعاقدى ورغم ذلك لم يتمتع عن التعاقد معه فإن هذا العقد قد يرد على محل مشروع بيد أن سبب هذا العقد غير مشروع، مما يؤدي إلى بطلان العقد الذي يبرمه الغير لعدم مشروعية السبب، وأن تصرف الغير بناءً على سبب غير مشروع يمثل كذلك خطأ في مواجهة دائن المدين، فتصبح له دعوى مسؤولية في مواجهة الغير الذي لا يصبح جديراً بالحماية.⁴³³

(ب) تقويم النظرية :

يعاب على هذه النظرية أنها إعتمدت فكرة السبب بطريقة غير مقبولة ، فالسبب طبقاً للنظرية التقليدية هو الغرض المباشر من التعاقد، لذا يتساءل البعض عن الغاية من وراء تعاقد الغير، فهل السبب هو إعاقة تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدى؟
الواقع لا يمكن تصور الغرض المباشر للغير هو حمل المدين على الإخلال بإلتزاماته العقدية، فالغير يعمل لمصلحته الشخصية،⁴³⁴ ولو أخذنا بالسبب وفق النظرية الحديثة يتمثل في الدافع الباعث لإبرام العقد،⁴³⁵ ولا يمكن أن نسلم بأن ما يدفع الغير للتعاقد هو إعاقة تنفيذ سابق.⁴³⁶ كما أن فكرة السبب تؤدي إلى بطلان العقد بينما يلاحظ أن القضاء الفرنسي لم يبطل العقد الذي يبرمه الغير مع المدين وإنما اكتفى بالحكم بعدم حجبيته تجاه الدائن الأول.⁴³⁷

⁴³² Boulanger(j.), les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis a publicite, R.T.D. civ. Pp. 558 et 560

نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد، المرجع السابق ، ص 292 / مشار إليه لدى د. سعد ربيع عبد الجبار ، المرجع السابق ، ص 98

⁴³³ د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 292

⁴³⁴ المرجع نفسه ، ص 298

⁴³⁵ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص 224

ولمزيد من التوضيح يشير الفقه أن البواعث الدافعة إلى التعاقد متعددة ومتنوعة فلا يعتد – وفق النظرية الحديثة – إلا بالباعث الرئيسي منها دون غيره من البواعث الأخرى. فالمتعاقد لا يلتزم بسبب الحصول على المقابل المادي وإنما يرجع لسبب آخر نفسي. ينظر في تفاصيل ذلك المرجع نفسه ، ص 224 / أيضاً د. صبري حمد خاطر ، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 96 وما بعدها / أيضاً د. خالد جمال أحمد حسن ، المرجع السابق ، ص 90

⁴³⁶ د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 298

⁴³⁷ (Mazaud) نقلاً عن د. سعد ربيع عبد الجبار ، المرجع السابق ، ص 99

ثانياً : النظريات ذات النزعة الموضوعية :

نتناول في هذا السياق النظريات التي أخذت بنظر الاعتبار الفعل أكثر من نظرها إلى شخص الغير، ونعرض في هذا الخصوص نظرية الإنضمام للعقد، ومن ثم نطرح النظريات الأخرى التي قيلت بهذا الصدد، وفقاً لما يلي:

1- نظرية الانضمام للعقد :

ماذا تعني هذه النظرية وهل سلمت من النقد؟. هذا ما نتناوله حسبما يأتي:

(أ) عرض النظرية :

طرح الأستاذ (ديموج) نظرية الإنضمام للعقد، بحيث فسر مسؤولية الغير الذي يساهم في الإخلال بالعقد لا تختلف عن مسؤولية المتعاقد نفسه لأنه متى علم الغير بوجود العقد وساعد المتعاقد على الإخلال به فإن الغير يكون قد إنضم إليه، وفي مثل هذه الحالة التي ينشأ عنها تصرف لاحق من طرفه يلزم صاحبه ويقيم عليه على غرار المتعاقد الأول المسؤولية العقدية،⁴³⁸ حيث يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد في حين يلتزم الغير الذي يعلم بوجوده بعدم إعاقة تنفيذه، ومن ثم تكون مسؤولية الشريك تبعاً لهذا ذات طبيعة عقدية كالمتعاقدين وإن كانت أضيق نطاقاً منها لأنها لا تقوم إلا إذا كان الشريك سيء النية يعلم بالعقد الذي عاون على الإخلال به.⁴³⁹

(ب) تقويم النظرية :

لم تسلم هذه النظرية من النقد باعتبار أنها تخالف الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية وهو وجود عقد بين المسؤول والمضروب ويترتب الضرر نتيجة الإخلال بالالتزام عقدي، وفي حالة إخلال الغير لا يوجد عقد بين المضروب والغير،⁴⁴⁰ فضلاً عن أن فكرة التصرف اللاحق ليس فيه شيء

Demogue , obligation en le. T. vii, paris 1933. p.580

⁴³⁸

نقلاً عن محمد عبد سليمان الحراشنة ، المرجع السابق ، ص 54

⁴³⁹ . مشار إليه لدى د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 213

⁴⁴⁰ . محمد عبد سليمان الحراشنة ، المرجع السابق ، ص 54

من مقومات العقود ، فالمالك أو الموكل الذي يقر تصرف الغير إنما يقبل إعطاءه العنصر الذي ينقصه قانوناً لينتج آثاره، ولا يتصور أن تحلل على هذا الوجه إرادة ذلك الذي لا يكتفي بالبقاء بعيداً عن العقد بل يقدم عمداً على تحطيمه وتعطيل قوته،⁴⁴¹ والسؤال الذي يطرح هو: كيف ينضم الغير إلى العقد وهو يرمي إلى تجاهل هذا العقد وشل آثاره، كما أن فكرة الانضمام تستلزم قبول الدائن بانضمام الغير فكيف يقبل الدائن ذلك ، والانضمام لا يعني سوى محاولة للإخلال بالعقد الذي صار دائناً بموجبه.⁴⁴²

2- النظريات الأخرى :

هذه النظريات تكمن فيما يأتي:

(أ) التعسف في استعمال الحق :

يرجع الفقيه (إسمن) Esmein فكرة إخلال الغير بالعقد إلى التعسف باستعمال الحق، وذلك أن الغير يتمتع بحرية التعاقد إلا أنه عندما يتعاقد مع أحد أطراف التعاقد مع علمه بأن من شأن ذلك أن يجعل المتعاقد الآخر غير قادر على الوفاء بالتزاماته العقدية يعتبر متعسفاً باستعمال حقه.⁴⁴³ ويعاب على هذا التأسيس ان إبرام التصرفات القانونية رخصة بينما يقتصر التعسف على استعمال الحقوق، كما يصطدم بالصعوبة في تحديد معيار التعسف وفقاً للقانون الفرنسي،⁴⁴⁴ فضلاً عن أن الغير لا يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة أو مشروعة لا تتناسب مع مقدار الضرر، وإنما يهدف الغير غالباً لتحقيق مصلحة مشروعة حيث يستفيد من الآثار التي تتحقق عندما يبرم تصرفاً مع المتعاقد.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 213

⁴⁴² المرجع نفسه ، ص 214

⁴⁴³ Esmein, le transporteur et le mort, gaz-pall 1959 p.65

نقلاً عن محمد عبد سليمان الحراشة ، المرجع السابق ، ص 54

⁴⁴⁴ ينظر د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 216

⁴⁴⁵ محمد عبد سليمان الحراشة ، المرجع السابق ، ص 55

(ب) الغش البوليصي :

تعني هذه النظرية أن الغير الذي يتعاقد مع المدين يأتي فعلاً من شأنه إفسار المدين أو زيادة إفساره، فيصبح للدائن بموجب ذلك دعوى بوليصية.⁴⁴⁶ فعندما يتعاقد الأجنبي مع المدين في عقد قائم - سابق - ويكون هذا التعاقد بتشجيع من ذلك المدين، فإن هذا الأجنبي يصبح بمنزلة الغير الذي يتعاقد مع المدين فيؤدي تعاقد هذا إلى إفسار المدين أو الزيادة في إفساره، لذلك فإن للدائن مكنة إقامة دعوى بوليصية على ذلك الأجنبي الذي انتهك العقد القائم، وتقوم على أساس "الغش البوليصي"، حيث يتحقق هذا الغش عندما يتصرف الغير خلافاً للعقد القائم رغم علمه بنفاذه، كما لو أقدم الغير على التعاقد مع المدين رغم علمه بأن الأخير ملتزم سلفاً تجاه دائن آخر يمكن أن يتضرر نتيجة هذا التعاقد الجديد.⁴⁴⁷

وانتقدت هذه النظرية لأن فكرة الاستناد إلى نظرية الغش البوليصي تتجاهل شروط دعوى المسؤولية وطبيعتها، فلا يشترط في دعوى المسؤولية التي تقام على الغير ما يشترط في الدعوى البوليصية بأن يكون المدين معسراً، وأن تعاقدته يؤدي إلى الزيادة في إفساره في حين يعتبر إفسار المدين شرطاً جوهرياً لإقامة الدعوى البوليصية.⁴⁴⁸ كما أن الدعوى البوليصية لا تشترط أن يرتكب الغير خطأ كما هو الحال في تبرعات المدين والتي لا تعتبر نافذة في مواجهة الدائن وإن لم يعلم الغير بأن هذه التبرعات تؤدي إلى إفسار المدين أو الزيادة في إفساره، بينما نجد أن اقتحام الغير غير المبرر للعلاقة العقدية لا يقوم في الغالب ما لم يرتكب هذا الغير إنحرافاً بالسلوك يقيم مسؤوليته المدنية.⁴⁴⁹ فضلاً عن ذلك فإن الدعوى البوليصية هي طعن في التصرف وليس سلوك المدين الذي يعد قوام المسؤولية المدنية.

⁴⁴⁶ V. Lalou (n.), 1382 contre 1165 ou la responsabilité delictuelle des tiers a l'egard d'un contractant a l'egard, des tiers. D.H

نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 293
⁴⁴⁷ Lalou (N.) : on La responsabilité de lictulle des tiers al'agard d'une contractulle al'egrad. Des tiers. D.H.1988-1382 conte. N-1156

نقلاً عن د. سعد ربيع عبدالجبار ، المرجع السابق ، ص 101
⁴⁴⁸ د. سعد ربيع عبدالجبار ، المرجع السابق ، ص 102

⁴⁴⁹ A Ktham Al-Kholy : La eparation en enture, the'se, paris,1954,p.p. 227-228
نقلاً عن المرجع نفسه ، ص 102

(ج) نظرية التواطؤ :

طرح البعض فكرة التواطؤ بحيث يعد هذا التواطؤ أساساً للمسؤولية، ولا يشترط أصحاب هذا الرأي مجرد العلم بوجود العقد بل يجب التواطؤ كي يسأل الغير عن إخلاله ، على أن تكون المسؤولية من طبيعة عقدية. ورفض هذا الإتجاه تأسيساً على أن التواطؤ ليس هو الخطأ الذي يعد ركناً في المسؤولية، فضلاً عن أنه – أي التواطؤ – لا يجرّد الشخص من وصفه غيراً.⁴⁵⁰

من هنا يبدو حقيقة أن ما قاله بعض الفقه من أن عجز هذه النظريات عن تبرير مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد يرجع إلى إهمال هذه النظريات لأمر جوهري وهو مبدأ حجية العقد، حيث لا يمكن أن نتصور تقرير المسؤولية على الغير عن إخلاله ما لم نقرر ابتداءً حجية هذا العقد في مواجهته،⁴⁵¹ ويمكن أن نلاحظ أن ظهور النظريات السابقة رغم قصورها كان له ما يبرره، إذ كانت مسؤولية الغير فكرة تصطدم بمبدأ نسبية أثر العقد، ومن ثم فإن القول بوجودها يستلزم تأسيساً يتفادى الاصطدام مع هذا المبدأ. أما بعد ظهور مبدأ الحجية فإن المسؤولية يمكن أن تبني على الإخلال بمبدأ الحجية ذاته لأن من يتعاقد رغم علمه أن هذا التعاقد يخل بعقد يمس في الواقع بحجيته مما يثير المسؤولية.⁴⁵²

المطلب الثاني

التنظيم القانوني لمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد

إن مسؤولية الغير شأنها شأن أي مسؤولية، تخضع لنظام قانوني معين وفق قواعدها العامة، فلهذه المسؤولية أركان ونظام واضح يبين قواعدها وآثارها، ولا شك أن الأمر يستدعي تطويع القواعد التقليدية في المسؤولية وتكييفها بحيث تستوعب نظام مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، خاصة وأنه لم يكن طرفاً فيه. ومن هنا نتناول في هذا المطلب التنظيم القانوني لمسؤولية الغير عن إخلاله بالعقد، ببيان الخصوصية التي يتمتع بها ركن الخطأ والطبيعة القانونية التي يتسم بها كموضوع للفرع الأول، ومن ثم نتناول ركن الضرر وما يترتب عليه من آثار،⁴⁵³ وفقاً لما يلي.

⁴⁵⁰ ينظر في تفاصيل ذلك لدى د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 293 وما بعدها

⁴⁵¹ المرجع نفسه ، ص 302

⁴⁵² ينظر في تفاصيل ذلك في ص 40 وما بعدها من هذه الرسالة.

⁴⁵³ لا يجد ركن العلاقة السببية خصوصية في قواعد هذه المسؤولية ، ويمكن إخضاعها لما تقتضيه القواعد العامة في المسؤولية، إذ ينبغي أن يرتب الخطأ الذي حدث من جانب الغير ضرراً للدائن وتكون بين ركن الخطأ وركن الضرر علاقة سببية.

الفرع الاول

مضمون ركن الخطأ وطبيعة المسؤولية المترتبة

نتناول في هذا الفرع توضيح مضمون ركن الخطأ ومن ثم الطبيعة القانونية للمسؤولية الناجمة عنه، وذلك وفقاً لما يلي.

اولاً : مضمون ركن الخطأ :

ظهر اتجاهان في التوصيف القانوني لسلوك الغير بوصفه ركن الخطأ في المسؤولية، وهما اتجاه ضيق واتجاه واسع.

1- التوصيف القانوني لعنصر السلوك :

ظهر في التوصيف القانوني لعنصر السلوك الواجب توافره في ركن الخطأ في التنظيم القانوني لمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد إتجاهين، إحداهما ضيق ، والآخر واسع، وهذا ما نبينه تباعاً :

(أ) الاتجاه الضيق :

يتبنى هذا الإتجاه نظرة ضيقة حيال ماهية خطأ الغير الذي يرتب مسؤوليته عن الإخلال بالعقد، فإذا كان تعاقده الغير على محل سبق وأن تم التعاقد عليه من قبل آخرين، فإنه بلا شك يثير مسؤولية هذا الغير عن فعله المتمثل بالتعاقد على وجه يخل بعقد آخر، وبعلمه كشرط آخر للمسؤولية، ويمكن أن نلاحظ في هذه الحالة أن الخطأ الموجب للمسؤولية يمثل تصرفاً قانونياً.

إذ ورد في هذا الاتجاه أن العمل المادي يؤدي عادةً إلى تعطيل مزايا الحق أو سلطته، دون إنكار الغير المعتدي للحق المعتدى عليه، حيث لا يستند إلى حق يعارض به حق آخر قائم، فلا تثار فكرة الحجية،⁴⁵⁴ بعبارة أخرى فإن العمل المادي الذي يعطل العقد لا يثير مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد. ويضرب أصحاب هذا الإتجاه عدة أمثلة كالإستيلاء على حيازة عقار بعلم من أعمال الغصب

⁴⁵⁴ . د. محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 50

التي لا تستند إلى حق يدعيه الغير، أو على منفعة مأجور، أو بناء على أرض دون إذن مالكيها، وإتلاف الأموال وتقليد الأعمال الفنية، إذ أن هذه الحالات تعبر عن إعتداء على حق قائم وليس إنكار وجوده،⁴⁵⁵ فيتعلق الأمر - حسب هذا الاتجاه - بالإثبات وليس بالإحتجاج، ذلك أن هذه الأعمال المادية لا تؤدي إلى زوال الحق أو إنتهائه بل يظل قائماً ويهيئ القانون لصاحب الحق سبل الدفاع عنه.⁴⁵⁶

وإن الأعمال القانونية التي تصدر من الغير هي التي تثير حجية الحق، إذ أنها كل عمل يتضمن إنكاراً لهذا الحق في وجوده القانوني،⁴⁵⁷ فيتمثل على وفق ذلك الخطأ بأنه إبرام تصرف قانوني يناقض تصرفاً آخر، وقد وصفه البعض في أن الغير إنحرف عن سلوك الشخص المعتاد وذلك بعلمه بوجود العقد وتصرف بصورة تحول دون تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه، من هنا فإن تعاقد مع أحد المتعاقدين بما يتناقض مع وجود تلك الإلتزامات يمثل خطأ.⁴⁵⁸

وركن الخطأ بهذه الصورة يستلزم أن يكون العقد الأول صحيحاً ، وصحة العقد تتوفر بتحقق أركانه الرئيسية من رضا ومحل وسبب، فيجب أن لا يكون العقد باطلاً، لأن العقد الباطل لا أثر له لا بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير ومن ثم لا حجية له.⁴⁵⁹ ويجب من جهة أخرى أن لا ينصرف أثر العقد الى الغير، فإذا كان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً لا يمكن أن نتحدث عن هذه المسؤولية، حيث سبق وأن ذكرنا بأن حجية العقد في مواجهة الغير تقتضي ألا يكون هذا الغير دائناً بموجب العقد أو مديناً. لذا فإن قيام العقد الجديد من جانب الغير من شأنه معارضة حق قائم معارضة كلية أو جزئية،⁴⁶⁰ وبالتالي يعتبر ذلك إنكاراً للحق القائم وإخلالاً بحجية العقد تستدعي المسؤولية. كما لو إستأجر الغير نفس العين المؤجرة عن ذات المدة سواء من المؤجر أو من شخص آخر، حيث أن هذا يعد عملاً قانونياً يتضمن إنكاراً لحق شخصي قائم وسابق.⁴⁶¹

455 . د. محمد ابراهيم دسوقي ، المرجع نفسه ، ص 51

456 . المرجع نفسه

457 . المرجع نفسه

458 . COMP, LALOU, traite pratique de la responsabilite civil, op. Cit, n. 394

نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 309

459 . ينظر في ذلك المرجع نفسه ، ص 310

460 . د. محمد ابراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 51

461 . المرجع نفسه ، ص 52

(ب) الاتجاه الواسع :

لم يقصر هذا الإتجاه خطأ الغير على وجوب أن يكون تصرفاً قانونياً، فإذا تم التمعن في فعل الغير الذي أخل بموجبه بعقد وحق قائم وسابق، يتضح أن الغير في بعض الحالات قد يعتمد إلى أفعال مادية، تكون مقدمات لتصرفات قانونية، كفعل التحريض على الإخلال بالعقد، كما لو قام صاحب عمل بتحريض العامل على ترك العمل. صحيح أن صاحب العمل مسؤول إذا أبرم عقداً يعارض عقداً آخر متى علم بوجوده حتى ولو لم يصدر منه تحريض، إلا أن فعل التحريض قد يكون كفيلاً بتقرير مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، شريطة أن يقع هذا الإخلال بسبب ذلك التحريض ونتيجة له.

فأي إعاقة بتنفيذ العقد تشكل خطأ يوجب المسؤولية، لذلك قيل بأن (الأمر مختلف بالنسبة للعقد الذي ينشأ عنه أثر شخصي (دين) فبموجب هذا العقد للأطراف أن يطالب أحدهما الآخر، والدائن يستطيع أن يحتج به على الغير بأن لا يعيق الغير تنفيذه، وأبرز مثال على ذلك مسؤولية الغير في مواجهة المتعاقد الذي يتضرر نتيجة الإخلال بالعقد).⁴⁶²

وقيل في هذا الإتجاه أيضاً بأن (لا يطالب الغير بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، ولكنه يلزم بأن لا يضع أي عقبة أو بعلمه - تحول دون تنفيذ العقد، فالغير الذي يساعد المتعاقد بمعرفة منه على عدم تنفيذ التزامه يصبح شريكاً في الإخلال بالعقد، ويرتكب خطأ يتعرض بموجبه للمسؤولية).⁴⁶³

وقد أعتبرت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية أن المساعدة التي يبديها الغير لأحد أطراف العقد تعد من قبيل الخطأ الموجب للمسؤولية حيث قررت في حكم لها بأن (كل شخص يساعد، مع معرفته بالوقائع، الغير على إنتهاك الموجبات العقدية الملقاه على عاتقه (هكذا) يرتكب خطأ إجرامياً تجاه ضحية الجرم).⁴⁶⁴

ويرى بعض الفقه أن خطأ الغير الموجب للمسؤولية قد يتخذ ثلاث صور: الأولى وهي صورة تقليدية: إذ أن الغير يبرم عقداً مع المدين وهو يعلم أن هذا العقد يتعارض مع عقد سبق أن أبرمه المدين أو مع إلتزامات هذا المدين. والثانية : أن يعيق الغير بأي فعل آخر (ليس عقدياً) تنفيذ عقد يكون المدين طرفاً فيه، والمسألة تختلف في هذه الحالة حيث أن المدين يمكن أن يسأل عن الإخلال بإلتزاماته وقد لا يتعرض للمسؤولية بإعتبار أنه لم يرتكب أي خطأ عقدي وذلك متى أثبت أن ما قام به الغير هو من قبيل السبب الأجنبي، وهنا يمكن أن يسأل الغير متى أعتبر فعله خطأ يؤدي إلى تطبيق أحكام المسؤولية، وهو يسأل وحدة دون إثارة مسؤولية المدين الذي تعاقد معه. والثالثة : عندما لا يؤدي تصرف الغير إلى

BERTAND Fages, ibid, p.227

Francois Terre, ibid, p.494

462

463

464 . صدر بتاريخ 31 آذار 1979 . نقلاً عن آلان بينابنت ، المرجع السابق ، ص 187

الإخلال بعقد المدين، فهل يسأل الغير؟ خاصة وأن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أنه (لا يشترط في مسؤولية الغير مسؤولية تقصيرية إثبات اخلال المتعاقد بالتزاماته).⁴⁶⁵

ويبدو لنا أن مسؤولية الغير تقوم على أساس مستقل عن مسؤولية المدين طبقاً لمبدأ حجية العقد في حين تقوم مسؤولية المدين الأصلي تأسيساً على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومن ثم فإن إخلال الغير بفعل مادي أو إعاقته لتنفيذ العقد – من دون خطأ من المدين الأصلي – فيعتبر ذلك من قبيل السبب الأجنبي الذي يتوجب عليه إثباته، أي إثبات أن لا يد له في عدم تنفيذ العقد مطلقاً، وأن المسؤولية تقع على عاتق الغير فقط. كما أن تصرف الغير إذا لم يسبب ضرراً فتنتفي مسؤوليته، حتى وإن سعى للإخلال بالعقد بأي فعل كان، فلا مسؤولية تقام على ذلك بمجرد أفعال لا تؤدي إلى ضرر.

أما بالنسبة لما ذهبت إليه المحكمة في حكمها المشار إليه، فإنه صحيح ولكن لا يسري بشأن جميع الحقوق، فإذا كان الحق عينياً فإن له حجية خاصة بحيث يمكن القول أن الغير عندما يخطأ بمجرد الإخلال بالتزامه باحترام الحق العيني، أما إذا كان الحق شخصياً فإن فعل الغير يستلزم فيه أن يكون دافعاً للمدين لإخلاله بالتزاماته، ولكن لا يشترط أن يؤدي إلى إخلال بالعقد أو عدم تنفيذه، وإنما يكفي أن يؤدي هذا الفعل إلى الإخلال به على وجه يحدث ضرراً كأن يتأخر تنفيذ العقد أو الإلتزامات.

ومن ثم نرجح هذا الاتجاه، فالخطأ كركن في مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد وحجيته، لا يقتصر في واقع الأمر على التصرفات القانونية فحسب، إذ أن بعض الأعمال المادية قد تتضمن بحد ذاتها إنكاراً قانونياً لوجود الحق أو العقد القائم، وليس تعدياً يدفعه المشرع، حيث أن الأعمال المادية التي تدخل في نطاق الخطأ يمكن أن تصدر بشكل مستقل عن إخلال المدين، وتثير مسؤوليته بشكل مستقل ولو لم تثبت مسؤولية المتعاقد بإعتبار أن تدخل الغير في هذا السياق يعد من قبيل السبب الأجنبي، كما أن ثمة أفعالاً مادية أخرى قد يمارسها الغير ترتبط بشكل أو بآخر بأحد المتعاقدين كفعل التحريض، بحيث قد تكون في بعض الأحيان مقدمات لتصرف قانوني يعارض تصرفاً قائماً، ومن ثم يقع الإخلال بالعقد نتيجة هذه الأعمال، فيكون الغير مسؤولاً عن أي ضرر بسبب أفعاله حتى وإن لم تصل إلى حد الإخلال بتنفيذ العقد ذاته.

فالإلتزام بعدم التعرض للمراكز التعاقدية – وذلك بعدم القيام بأي عمل يترتب عليه إخلال المتعاقد بالتزامه العقدي – يعد إلتزاماً قائماً على عاتق الغير ولا يمكن التنصل منه بالإستناد لمبدأ نسبية أثر العقد.⁴⁶⁶

M. BILLIAN et j MOVRY, note, cass.civ.1 , 17 oct 2000, D.2001, 952

⁴⁶⁶ د. محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 255

2- التوصيف القانوني لشرط العلم :

يشترط في المسؤولية المدنية أن يتحقق في الخطأ عنصر آخر وهو الإدراك والوعي ، وهو ما يتحقق في مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد وما تتمتع به من خصوصية في ضرورة توفر للعلم بوجود العقد، حيث يحتل هذا العلم أهمية فاعلة في تحديد مسؤولية الغير عن إخلاله بذلك العقد، فلا يمكن عقلاً أن نعتبر الغير مسؤولاً عن إخلاله بعقد لا يعلم بوجوده، غير أن إتجاهاً يرى عدم كفاية العلم لوحدة لتقرير المسؤولية، ومن ثم نتناول هذه الإتجاهات وفقاً لما يلي:

(أ) كفاية العلم :

اشترط في البداية لنشوء الخطأ أن يتواطى الغير عند علمه بوجود العقد مع أحد المتعاقدين بغية إخلال الأخير بالتزاماته العقدية.⁴⁶⁷ إلا أن القضاء اكتفى في احد قراراته بعلم الغير بوجود عقد نافذ دون البحث فيما إذا كان هذا الغير سيء النية أو أنه يعتقد بحسن نية بإنقضاء العقد.⁴⁶⁸ ويتضح من موقف القضاء الفرنسي أن العبرة بالعلم هو أن يكون سابقاً للتعاقد ولو إنتفى وقت التعاقد، في حين يبدو أن إشتراط العلم وقت التعاقد أقرب لتحقيق العدالة من إشتراط توفره السابق على التعاقد ولو إنتفى بعد ذلك كأن يعتقد الغير بإنقضاء العقد السابق. فإذا لم يعلم الغير بوجود العقد وقت التعاقد وتبين بعد ذلك وجوده فلا يلام على الإصرار على تنفيذ عقده ولا يمنع بحجة أنه سيلحق ضرراً بالغير.⁴⁶⁹ فإذا لم يتعلق الأمر بحرية المنافسة فالرأي يستقر على أن مجرد علم الغير بالعقد يكفي لتحديد الخطأ من دون حاجة لإثبات التواطؤ، ذلك إن الغير عندما يساهم بالإخلال بالالتزام العقدي مع علمه فإنه يتعرض للمسؤولية في مواجهة الدائن.⁴⁷⁰ ولكن السؤال الذي يطرح، هل يمكن مساءلة الغير عن الإخلال بحجية العقد حتى ولو لم يكن يعلم بوجوده؟ بمعنى هل يمكن افتراض العلم بوجود العقد؟
لاشك أن إفتراض علم الغير بالعقد يؤدي إلى منع الغير تماماً من التعاقد، خشية وجود حقوق سابقة معارضة لحقه الجديد، الأمر الذي يؤدي إلى محاسبته عن مسلكه البرئ من أي تنكر لحقوق

Pari, 5 juillet 1926. D.H. 1926, p. 472

⁴⁶⁷

مشار إليه لدى د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد، المرجع السابق ، ص 310

⁴⁶⁸ Nancy, 8 juin 1975, j.c.p 1975 – 11 – 18370 . مشار إليه لدى المرجع نفسه ، ص 311

⁴⁶⁹ د. محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 252

⁴⁷⁰ com. 13 mars 1979, D.1980.1.note. Y.Serra . تذكر المحكمة في هذا الحكم أن (كل شخص عن علم

يساعد آخر على عدم تنفيذ الالتزام العقدي فإنه يرتكب خطأ تقصيري في مواجهة المضرور). ينظر في ذلك

Michel Grimald, ibid, p.175

الغير،⁴⁷¹ فإذا كان القانون يعترف بالحقوق القائمة ويرتب لها الحماية، فهو لا يصل بذلك إلى سلب حرية الغير في التعاقد، ذلك بأن الحرية الفردية للغير في تعاقدته يجب أن توضع في الاعتبار.⁴⁷² فلو أن بائعاً باع عقاراً لمشر لم يقد بتسجيله، ثم قام ببيعه لمشتري آخر لا يعلم بوجود العقد السابق وبادر إلى تسجيل عقده ونقل ملكية العقار، فإن حرية التعاقد تفرض نفسها بحيث لا يمكن مؤاخذه المشتري في العقد الثاني طالما لم يكن يعلم بوجود العقد، بيد أنه لو علم بوجوده لكان، فضلاً عن البائع، مسؤولاً أمام المشتري في العقد الأول. وقد ورد في تطبيقات الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية صراحة بأنه لا يمكن إقراض العلم بالعقد في حكم لها صدر بتاريخ 12 آذار 1963م.⁴⁷³

بيد أن ذلك لا يعني سلب سلطة المحكمة في تقدير وجود العلم ضمناً، حيث ورد في تطبيقات الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية حكم قدرت المحكمة فيه توفر عنصر العلم بوجود العقد حينما حكمت بتاريخ 5 كانون الثاني 1967 بمسؤولية صاحب العمل (مديرة شركة) تأسيساً على أنه (بسبب "علاقات حميمة" بين مديرة إحدى الشركات والمستخدم الذي أغوته، لم يكن من الممكن أن تجهل المديرة وجود بند عدم المنافسة الذي يربط هذا المستخدم بمستخدمه القديم رغماً من ذكر "حر من أي تعهد" الوارد في شهادة العمل)، وقد تبين أن المديرة كانت عشيقة الأجير منذ عدة سنوات.⁴⁷⁴ بل ويذهب البعض إلى كفاية العلم بأن يكون الغير قد أبلغ بوجود العقد بطريق مباشر أو غير مباشر كالعلامات المتميزة التي توضع على البضائع التي تباع بشروط معينة كشرط المنع من إعادة البيع أو المنع من التصدير ليكون المشتري التاجر على علم بها.⁴⁷⁵

(ب) عدم كفاية العلم :

ذهب إتجاه في الفقه الفرنسي إلى أن نفاذ العقد في مواجهة الغير يؤدي إلى القضاء على مبدأ النسبية كلية إذ يجعل الغير ملزم بالالتزام سلبي بعد المنافسة، ولا يمكن لقواعد الحجية تبرير ذلك.⁴⁷⁶ ومن هنا يرى هذا الاتجاه عدم كفاية العلم لإقامة المسؤولية التقصيرية فيشترط مشاركة المدين في الإخلال بالالتزام، ذلك أن حرية التجارة تمنع أن يسأل الغير بمجرد تحصله وبيعه لسلعه محل عقد

471 . د. محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 55

472 . المرجع نفسه

473 . جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 508

474 . المرجع نفسه

475 . د. محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 253

476 . المرجع نفسه ، ص 256

إمتياز،⁴⁷⁷ بأن يكون الغير متحصلاً للسلعة عبر موزع آخر. فقانون المنافسة في ظل حرية التجارة يفقد أهميته إذا طبقنا قواعد المسؤولية في هذا المجال وصار الغير مسؤولاً بمجرد علمه بالعقد دون مشاركة المدين المخل بالتزامه الأمر الذل سيحد من حرية التجارة ويجعل من قانون المنافسة عديم الجدوى.⁴⁷⁸ ويثار في هذا السياق إلى أن موقف القضاء الفرنسي، إذ كان مضطرباً بين الحكم بمسؤولية الغير عن الإخلال لمجرد العلم، وبين عدم الإكتفاء بمجرد العلم، فعلى الرغم مما تذهب إليه الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 11 تشرين الأول 1971 عندما قالت بأن (أي شخص يساعد الغير على إنتهاك الموجبات العقدية التي تقع على عاتقه، مع معرفته بها، يرتكب الخطأ التقصيري تجاه ضحية المخالفة).⁴⁷⁹ إلا أنها تراجعت عن فرضية اشتراك الغير بأن مجرد العلم لا يكفي لإعتبار الغير مسؤولاً عندما ذكرت في حكمها أن (واقعة تلبية شركة Gombert الطلبات رغماً عن حقوق الحصرية التي تستفيد منها الشركة الباريسية مع علمها بها لم يكن يشكل بحد ذاته، في غياب عناصر أخرى ، عمل منافسة غير شريفة).⁴⁸⁰ وانتقد (غستان) هذا الحكم لأنه يعيد النظر في مفهوم الحجية ذاته، بتقدير أن العلم ليس شرطاً كافياً لمسؤولية الغير الشريك وهو ما يقيد فعالية العقد كاملة، فنعود إذاً إلى مفهوم تقليدي ومغلوط لمبدأ نسبية أثر العقد.⁴⁸¹

ويرى البعض الآخر أنه (فيما يتعلق بإخلال الغير بالعقد عندما يحث المدين على الإخلال بالتزامه بإغرائه بالتعاقد بشروط أفضل، يجب رفض ذلك. وذلك لأن هذه الفكرة تؤدي إلى المساس بالفاعلية الإقتصادية للحق، ومع ذلك فإن المسؤولية التقصيرية ليست الوسيلة الوحيدة لحماية الحق الناشئ عن العقد، وليس الأكثر فاعلية. فإن النظام القانوني يمنح الحقوق حماية مانعة "تمنع الغير من المساس بها"، وتترجم هذه الحماية بعدم فاعلية التصرفات التي تبرم بتجاهل وجود تلك الحقوق. فعندما يوجد نظام للإشهار ، خاصة بالنسبة للعقارات ، فيجب أن نرجح هذه (الحماية المانعة). ومن المؤسف أن القانون الفرنسي ، يجهل حالياً ، إمكانية حماية الحقوق بهذه الطريقة. فالمسؤولية التقصيرية يجب أن لا تطبق إلا إذا كانت الحماية المانعة غير فعالة، أو لا يمكن تطبيق أحكامها. ويجب أن نأخذ بنظر الإعتبار مصلحة الغير مثلما يؤخذ بنظر الإعتبار مصلحة المتعاقدين. فالموازنة بين المصلحتين تعتمد على درجة الحماية التي يجب أن تمنح للعقد بواسطة المسؤولية التقصيرية).⁴⁸²

⁴⁷⁷ د. محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 257

⁴⁷⁸ Behar-Touchais (M) et Virassamy (G) : les contrats de la distribution. L.g.d.j Paris 1999 p751-753

نقلًا عن المرجع نفسه

⁴⁷⁹ مشار إليه لدى جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 505

⁴⁸⁰ حكم الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية ، 27 أيار 1986 نقلًا عن المرجع السابق ، ص 506

⁴⁸¹ جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 507

⁴⁸² Robert Wintgen, ibid, P. IX

وقد استقر الرأي أخيراً فيما يتعلق بحرية المنافسة على أن الغير يسأل بمجرد علمه بالالتزام المدين ولو لم يشارك المدين في الإخلال بالالتزام ولكن مجرد العلم لا يشكل خطأ بل يجب أن تصاحبه ظروف تشكل خطأ موصوف كحصول الغير على البضائع بطريق التدليس أو الغش.⁴⁸³ إذ عندما يتعلق الأمر بشرط عدم المنافسة طرحت قضية أمام القضاء الفرنسي بشأن عقد التجهيز، فالمجهر إذا جهز موزع ليوزع الإنتاج في منطقة معينة ثم يتعاقد مع آخر ليوزع الإنتاج في المنطقة ذاتها. فإن هذا الآخر يعد من الغير وعند علمه بالعقد الأول يتعرض للمسؤولية. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بالنسبة لهذه الحالة أن المسؤولية تقصيرية.⁴⁸⁴ وبررت ذلك بأن الاتفاق يؤدي إلى إنشاء مركز عقدي "مطلق" يوجب على الغير احترامه. ولكن محكمة النقض تخلت عن هذا الموقف، وذلك لأن مجرد تسويق الإنتاج بواسطة قنوات التوزيع لا يكون لذاته فعلاً خاطئاً، فالغير لا يعرض نفسه للمسؤولية التقصيرية إلا إذا تعاقد وهو يعلم بالسبب مع مجهر أو موزع ملزم بشرط عدم المنافسة ويساعد على عدم تنفيذ الإلتزامات العقدية.⁴⁸⁵

(ج) موقف القضاء البحريني :

يبدو أن محكمة التمييز البحرينية تتشدد في تقرير إمكانية إخلال الغير بمبدأ حجية العقد. ففي قضية تتلخص وقائعها في أن: (الطاعن اقام على المطعون ضدهما الدعوى رقم أمام المحكمة الكبرى المدنية بطلب ختامي هو الحكم بالزامهما متضامين ومتضامين بأن يدفعوا له مبلغ 35450 دينار قيمة ما يستحقه حسبما انتهى إليه الخبير المنتدب في الدعوى و مبلغ 10000 على سبيل التعويض عما لحق به من أضرار مادية وأدبية بسبب فسخ العقد على سند حاصله إنه بتاريخ 1996/11/1 ألتفق مع المطعون ضده الأول على تأسيس شركة محاصة من أجل استغلال المطعم المسمى (...) برأس مال قدره 20000 ألف دينار ، دفع الطاعن نصفه ، واسندت إدارة الشركة إلى المطعون ضده المذكور وقد تعهد بموجب العقد بإطلاع الطاعن على دفاتر تشغيل المطعم وحساباته ، وبعدم تغيير السجل أو تأجير المطعم غير أنه أخل بما تعهد به فقام بتغيير السجل وجعله باسم زوجته المطعون ضدها الثانية تواطئاً معها ، كما قام بتأجير المطعم إلى شخص آخر ورغم التنبيه عليه بالالتزام ما ورد في العقد إلا أنه

Viney : introduction a la responsabilite . op.cit. p384

⁴⁸³ ينظر في ذلك

نقلاً عن د. محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 257- 258

⁴⁸⁴ cass.com. 21 feb 1978, Bull.civ. IV. N.73. p. 59.D.1978 inf. Rap. ,p. 425, R.T.D. civ. .

1978 312. obs. J. ITEMARD

cass. Com. 21 mars 1989. D.1989.428

⁴⁸⁵

Francois Terre, ibid, p.494

ينظر في ذلك لدى

لم يحرك ساكنا وإذ ترتب على هذا الإخلال ضياع أمواله التي دفعها وما فاتته من كسب فضلا عما يستحقه من تعويض من جراء إنهاء العقد فقد أقام الدعوى . نذبت المحكمة خبيراً في الدعوى وبعد أن أودع تقريره حكمت بإلزام المطعون ضدهما بالتضام بأن يدفعاً للطاعن مبلغ 40450 دينار وفوائده . استأنف المطعون ضدهما هذا الحكم بالاستئناف رقم أمام محكمة الاستئناف العليا والتي حكمت بتعديل الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام المطعون ضده الأول بجعل المبلغ الذي يلتزم به 7280 دينار فقط وإلغاء النسبة للمطعون ضدها الثانية ورفض الدعوى قبلها).

وعندما طعن في هذا القرار أمام محكمة التمييز بإعتبار أن : (المطعون ضده الأول أخل بالتزاماته العقدية قبله فلم يمسك دفاتر ولم يطلعه على حسابات الشركة واستأثر بأرباحها مما أدى إلى حرمانه من أمواله التي دفعها في الشركة وما تغله من فائدة وهو ما يعد ضرراً يستوجب تعويضه وهو ما أورده الخبير في تقريره وإذ ثبت تواطؤ المطعون ضدها الثانية مع زوجها المطعون ضده الأول في هذه المخالفات) ، ولكن محكمة التمييز رفضت نقض الحكم مستندة إلى أن : (الأوراق قد خلت من دليل على وجود تواطؤ بين المطعون ضدهما).⁴⁸⁶

ومن هنا فإن المحكمة تقرر أن الغير بإمكانه أن يشترك مع المتعاقد في الإخلال بالعقد، ولكن اشتراط التواطؤ للمسؤولية يضعف إلى حد كبير هذا الموقف، لأن ذلك يعني ضرورة أن يرتكب الغير فعلاً مستقلاً عن العقد يتمثل بالتدليس والتواطؤ.⁴⁸⁷ فالمحكمة – وفي نطاق هذا الحكم – وإن أقرت مبدأ إمكانية إخلال الغير بالعقد متى تم (تواطؤاً) مع أحد المتعاقدين إلا أنها تشددت في قبول فكرة الإخلال، بإشتراط التواطؤ، وذلك بخلاف ما وصل إليه القضاء الفرنسي من إشتراط العلم فقط دون الحاجة إلى البحث ما إذا كان الغير متواطئاً أم لا، ومن ثم نقترح مراجعة محكمة التمييز البحرينية هذا الموقف وتقرير مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد بإشتراط العلم دون حاجة إلى التواطؤ.

ثانياً – الطبيعة القانونية للمسؤولية الناجمة عنه :

لا شك بأن مبدأ نسبية أثر العقد كان ولا يزال المعيار الذي يتبع في تقرير طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإخلال. فالقواعد التقليدية لا يمكن أن تضيي الوصف العقدي على خطأ ما مالم يكن هذا الخطأ بناءً على عقد موجود بين الطرفين المسؤول والمضروب، ومن ثم لا يمكن أن نتحدث عن خطأ عقدي إلا بوجود عقد، ومتى ما إنتفى هذا العقد فلا مناص من التوصيف التقصيري لهذا الخطأ.

⁴⁸⁶ . الطعن رقم 455 لسنة 2002 - جلسة 17 نوفمبر 2003م.

⁴⁸⁷ . د. صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار، المرجع السابق ، ص 33

وعلى أي حال فإن خلافاً ظهر لدى الفقه حول طبيعة الخطأ الذي يرتكبه الغير في مواجهة المتعاقد ومن ثم الطبيعة القانونية للمسؤولية التي تترتب على وجود هذا الخطأ، وهذا ما نتناوله وفقاً لما يلي.

1- الطبيعة العقدية :

يرى إتجاه في الفقه أن العقد يفرض على كل من المتعاقد والغير الذي يعلم بوجود العقد التزاماً بعدم إعاقة تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه، فالعقد يفرض مثل هذا الإلتزام على المتعاقد وعلى من ساهم معه في الإخلال بالإلتزامات العقدية، لذا فإن الأخير يفقد وصف الغير وينضم الى العقد ويخضع لأحكامه، وقد تزعم الأستاذ (ديموج) هذا الإتجاه.⁴⁸⁸

ويبدو أن هذا الإتجاه يفرق بين عنصرين أولهما الإخلال بالعقد وثانيهما إتجاه الإرادة الى الإلتزام بالعقد، فالعنصر الأول يعني ان العقد اعتراه الإخلال دون النظر في شخص المخل ما اذا كان طرفاً في العقد أم لم يكن. بينما يتجلى العنصر الثاني في أن المخل يجب أن يكون طرفاً في العقد بحيث ساهمت ارادته الى الدخول فيه ليسأل مسؤولية عقدية، ومن ثم يعد الغير في هذه الحالة بعيداً عن أية التزامات ناشئة عن العقد فيما عدا الإلتزام بعدم الإعاقة فقط.⁴⁸⁹

فالغير هنا يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية عن عنصر الإخلال الذي ينم عن خطأ عقدي، ذلك باعتبار أن الإخلال يتسم بطابع موضوعي يقضي بمسؤولية من أخل بالعقد بغض النظر عن شخصيته وما اذا كانت ارادته قد اتجهت الى الدخول في العقد ام لم تتجه. غير أن هذا الإتجاه منتقد ذلك أنه إذا سلمنا بأن الغير يرتكب خطأ عقدياً في هذا الخصوص، سيؤدي إلى تقرير المسؤولية العقدية تبعاً لذلك في حين أن المبدأ يقضي بأن تكون المسؤولية تقصيرية لعدم وجود عقد بين الطرفين .

ومن جهة أخرى فإن إعتبار خطأ المتعاقد الثاني عقدياً تجاه المتعاقد الأول بموجب أحكام المسؤولية العقدية يؤدي إلى هدم مبدأ النسبية كمعيار للتفرقة بين نوعي الخطأ وبالتالي نوعي المسؤولية، وهذا ما لا يمكن قبوله. إذ أن مناط المسؤولية العقدية هو الإخلال بالتزام عقدي في ظل وجود عقد صحيح، إتجهت الإرادة إلى الإلتزام به، في حين أن مناط المسؤولية التقصيرية الإخلال بواجب فرضه القانون.

بل ولا يمكن في واقع الأمر القبول بفكرة الخطأ العقدي وفرض أحكامه على الغير لأن نظام المسؤولية العقدية يعتبر الخطأ العقدي مفترضاً طالما لم يتم تنفيذ العقد إذا كان الإلتزام بتحقيق نتيجة،

⁴⁸⁸ . ينظر ص 105 من هذه الرسالة.

⁴⁸⁹ . ينظر في ذلك لدى د. صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار ، المرجع السابق ، ص 51 وما بعدها

بخلاف بذل العناية، ولا يمكننا أن نحدد طبيعة هذا الإلتزام بالنسبة للغير حتى نستتبع معه مسؤوليته عن الإخلال، فهل سنلجأ لطبيعة الإلتزام المتعاقد وإنزال وصفها على إخلال الغير سواء كانت تحقيق نتيجة أم بذل عناية؟ إن هذا الأمر لا يمكن تصوره.

2- الطبيعة التقصيرية :

تبين أن الإتجاه الذي يضيف الطبيعة العقدية على ركن الخطأ محل نظر، وهو الأمر الذي جعل الفقه بالضرورة يتجه إلى تكييف مسؤولية الغير على أنها مسؤولية تقصيرية، بإعتبار أن الخطأ هنا خطأ تقصيري، حيث أن القول بالطبيعة التقصيرية لركن الخطأ يفك التعارض مع مبدأ النسبية، حيث لا يتعارض هذا المبدأ مع إلزام الغير بتعويض الضرر الذي يلحق الدائن نتيجة الإشتراك مع المدين في الإخلال بتنفيذ الإلتزامات العقدية، لأن الغير لا يطالب بدعوى ناشئة عن العقد الذي إعتدى عليه، فالأثر الملمزم للعقد لا يتجاوز العلاقة بين طرفيه، ولكن على أساس الخطأ التقصيري الذي أتاه بمعاونة المدين في عدم تنفيذ الإلتزامات، ومنه نشأت العلاقة القانونية بين الغير والدائن.⁴⁹⁰ ومن ثم يترتب على الإخلال دعويان إذا نشأتا عن مصدر واحد فإنهما يظلان رغم ذلك مستقلان في الطبيعة والأثر، فدعوى عقدية ضد المدين لإخلاله بالعقد، وأخرى تقصيرية ضد الغير لإعتدائه على الحق الناشئ عن ذلك العقد، ويعتبر فعلاً غير مشروع.⁴⁹¹

فالبطبيعة النسبية التي يتمتع بها الحق الشخصي تتشابه والطبيعة النسبية للعقد، وما دامت الأخير تعنى أن المدين وحدة يلزم بأداء محل الإلتزام فهو يتحمل عن إخلاله بهذا الإلتزام مسؤولية عقدية، وماعدا ذلك من إخلال يمكن أن يصدر من الغير لا يحمل صاحبه إلا مسؤولية تقصيرية.⁴⁹² فالغير لا يتعرض للمسؤولية العقدية وإنما المقصود المسؤولية التقصيرية فالعقد مادام واقعة بالنسبة له بطريقة تسمح بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية فإنه يكفي للمتعاقد المتضرر أن يثبت الضرر الذي أصابه وخطأ الغير "علمه بالعقد" والعلاقة السببية ولكن دون حاجة لإثبات نية الإضرار به.⁴⁹³

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه واستقرت عليه في العديد من قراراتها، ومن بينها حكم صادر عام 1998 حين قضت بمسؤولية الغير الذي استخدم عاملاً يرتبط مع شركة أخرى بعقد عمل يتضمن شرطاً بمنع العامل من ممارسة أي عمل من نفس النوع مع أي صاحب عمل آخر لمدة عشر سنوات، وقضت المحكمة على الغير "صاحب العمل الجديد" بالتعويض عن الأضرار الحاصلة

⁴⁹⁰ . سافاتييه ، المسؤولية ، جزء أول ، فقرة 144 نقلاً عن د . محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 215

⁴⁹¹ . د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 215

⁴⁹² . (Starck) نقلاً عن د. سعد ربيع عبد الجبار ، المرجع السابق ، ص 170

⁴⁹³ Daniel MAINGUY , ibid , p.175

"الصاحب العمل الأول" بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية.⁴⁹⁴ بإعتبار أن خطؤه كان تقصيرياً وليس عقدياً.

الفرع الثاني

ركن الضرر وما يترتب عليه من آثار

لا بد أن يرتب الخطأ الذي يرتكبه الغير ضرراً في حق المتعاقد حتى يحكم القضاء بمسؤوليته، فالضرر الذي يعرض عنه هو أي مساس بمصلحة للمتعاقد المضرور. فالضرر ينشأ في الواقع من إخلال المدين بتنفيذ الإلتزام العقدي الناشئ عن العقد عندما لا يستطيع المدين بعد تعاقدته مع الغير أن ينفذ إلتزامه أو يتأخر في تنفيذه.⁴⁹⁵

والضرر في هذه المسؤولية يشمل كذلك الضرر الإحتمالي ، أو ما يصطلح على تسميته بفوات الفرصة،⁴⁹⁶ فالقضاء يعتبر الضرر محققاً وإن كان الكسب من الفرصة أمراً إحتمالياً، وبذلك فإن هذه المسؤولية تعوض عن ضياع الفرصة، بيد أن القضاء الفرنسي يشترط على أي حال أن تكون الفرصة محققة وجدية وحقيقية.⁴⁹⁷

ورغم ذلك إلا أن ثمة فرقاً جوهرياً بين الضرر الذي نتج عن خطأ عقدي والضرر الذي نتج عن خطأ تقصيري، بإعتبار أن الضرر العقدي يختلف عن الضرر التقصيري من حيث مدى التعويض، فيشمل التعويض بالنسبة للأول الضرر المتوقع فقط ، في حين يشمل في الضرر التقصيري الضرر المتوقع وغير المتوقع.⁴⁹⁸ وعلى هذا الأساس تثور إشكالية فنية في أن الخطأ حسب ما استقر عليه الفقه – وفقاً لما تقدم – يعتبر خطأ تقصيرياً، بينما الضرر الذي لحق المتعاقد يصنف على أنه ضرر عقدي، فهل يتم تعويض المضرور على أساس الضرر العقدي أم على أساس الضرر التقصيري؟

في الواقع لا يمكن أن نتحدث عن ضرر عقدي لأن الضرر العقدي ينتج أساساً عن خطأ عقدي هو الآخر، والحال كذلك بالنسبة للضرر التقصيري الذي ينتج عن خطأ تقصيري، ومن ثم تظهر لدينا

⁴⁹⁴ . Cass com, 24 mars 1998, bull-civil, j.c.p, 1998 . نقلاً عن د. سعد ربيع عبد الجبار ، المرجع السابق ، ص 174

⁴⁹⁵ . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 312
ويذهب أستاذنا الدكتور صبري خاطر إلى أكثر من ذلك بأن الضرر يتحقق حتى لو كان المضرور يستطيع إجبار المدين على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً طالما كان خطأ الغير يحول دون تنفيذه طوعاً وإختياراً بإعتبار أن الدائن لا يستفيد من تنفيذ الإلتزام عينياً مثلاً لو تم تنفيذه طوعاً. المرجع نفسه ، ص 313

⁴⁹⁶ . ينظر في تفاصيل ذلك لدى د. خالد جمال أحمد ، المرجع السابق ، ص 176
⁴⁹⁷ . Lecourtier, Gaz. Pal. 2 juillet 1972 . نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 332

⁴⁹⁸ . ينظر في ذلك لدى د. خالد جمال أحمد ، المرجع السابق ، ص 217

مصلحتان، مصلحة المتعاقد المضرور قبالة مصلحة الغير، ولا يمكن أن نرجح مصلحة على أخرى على حساب القواعد القانونية دون تأسيس سليم.

قد يرى البعض أن الحل يجب أن ينظر إليه من ناحية الضرر الذي يجب معالجته بالنسبة للمضرور بصرف النظر عن طبيعة الخطأ المسبب له، فالمتعاقد المضرور لم يكن يتوقع إلا خطأ عقدياً، ومن ثم لا يتوقع خلاف تعويض يتوافق مع الطبيعة العقدية التي من الممكن أن تظهر في مضمون الضرر، ومن ثم لا مجال للقول بتعويض الضرر التقصيري، غير أن ذلك لا يستقيم مع طبيعة الخطأ إذا كان تقصيرياً من جهة، ولا يستقيم مع منطق المشرع في التعويض من جهة أخرى، فما هو الضرر من أن يرتب الإخلال بالعقد ضرراً عقدياً وضرراً تقصيرياً في ذات الوقت، فالضرر العقدي ينسب إلى المتعاقد الآخر تبعاً لإرتكابه خطأ عقدياً، والضرر التقصيري يصبح من حق المتعاقد المضرور لأن الغير في هذه الحالة انحرف عن جادة السلوك القويم، ومن ثم يحق للمضرور أن يرجع عليه بالتعويض عن ذات الخطأ، ومن هنا يصبح المضرور أمام خيار التعويض الذي يؤثر مسألتين أساسيتين.

المسألة الأولى - إن القواعد العامة تقتضي بأن التعويض عندما يكون هناك شخصان مسؤولان تحكمه قاعدة التضامن، قانوناً أم اتفاقاً بحسب الحال، والتضامن - كنظام للمسؤولية المجتمعة - وجد تحقيقاً لفلسفة ابتغاها المشرع وهي حماية الدائن، بمقتضاه يمكن للدائن (المضرور) الرجوع على أي من المدينين بكامل ما له من دين، وسواء كان التضامن مفترضاً كما هو الحال في المسؤولية عن الفعل الضار أو أن يجيزه المشرع مثلما عليه الحال في الاتفاق عليه بموجب العقد.

غير أن المشكلة التي نحن بصددتها تكمن في وجود طرفين كلاهما مسؤول أمام المضرور عن فعل واحد ذو وجهين، فأحدهما مغل بالتزام عقدي والآخر بواجب قانوني لا يحكمه عقد. ويبدو أن فقه القانون يستقر على ضرورة إعمال نظرية التضامن في هذا المقام، كما هو الحال في مسؤولية العامل ومحرضه صاحب العمل الجديد أمام صاحب العمل الأصلي.⁴⁹⁹ فالفقه والقضاء في فرنسا يتجهان إلى فكرة الإلتزام التضاممي باعتباره نظاماً آخر متميز عن التضامن يمكن تقريره بالرغم من عدم وجود

⁴⁹⁹ ينظر في ذلك د. محمد جاد محمد جاد، أحكام الإلتزام التضاممي في القانونين الفرنسي والمصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 127 / أيضاً د. نبيل إبراهيم سعد، التضامن ومبدأ عدم إفتراض التضامن (فكرة الإلتزام التضاممي - نطاق تطبيق الإلتزام التضاممي)، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون تاريخ نشر، الطبعة الثانية، ص 29

نص في القانون.⁵⁰⁰ فأصبحت إليه التعويض في هذه الحالات تلجأ إلى نظرية التضامن التي بدت حلاً مقنعاً إلى حد ما.

وتتجلى فكرة التضامن في هذا السياق ان للدائن ان يرجع على أي مدين ليطالبه بالدين كله وأن الوفاء من أحدهما يبرئ ذمة الآخر.⁵⁰¹ فعلى سبيل المثال فإن كل من البائع ومشتري العقار الثاني مسؤول على وجه التضامن في مواجهة المشتري الأول متى ثبت أنهما قصدا حرمانه من العقار، وبالتالي يستطيع هذا الأخير أن يرجع على أي منهما بكافة مبلغ التعويض.

ومن ناحية أخرى فإن النيابة التبادلية بين المدينين – كما هو الحال في التضامن – تنتفي في التضامن، إذ ليست هناك أية رابطة مشتركة تربط المدينين في الإلتزام التضاممي في مواجهة الدائن، فلكل منهم رابطة مستقلة بهذا الأخير ومصدر الإلتزام يختلف ولكن هناك محلاً مشتركاً.⁵⁰² لذلك فإن الرجوع ليس مبدأ عاماً، إذ يتوقف الأمر على طبيعة كل حالة من حالات التضامن على حدة بحسب الأصل.⁵⁰³ ويبدو أن الطرف الذي يقوم بالوفاء بكامل التعويض للمضروور في حالة إبرامهما عقداً يكون من شأن تنفيذه الإخلال بعقد آخر، يجوز له الرجوع على الطرف الآخر المسؤول، فبصدد عقد بيع العقار مرتين : إذا قام البائع بالوفاء بكامل التعويض يجوز له الرجوع على المشتري الثاني بقدر ما يكون في ذمة هذا الأخير متى كان بقصد حرمان المشتري الأول من العقار المبيع، وكذلك الأمر بالنسبة للمشتري الثاني فيجوز له الرجوع على البائع بقدر ما يكون في ذمته من تعويض.

هذا وقد تبنى القضاء الفرنسي فكرة التضامن منذ عهد بعيد، وطبقها في عدة مناسبات تتعلق بإخلال الغير بحجية العقود، ففي قضية التزم بائع محل تجاري بعدم منافسة المشتري إلا أن الغير رغم علمه بهذا الإلتزام ساعد البائع على الإخلال به، فأقام المشتري دعواه على البائع والغير طالباً بالحكم بالتعويض، فقضت المحكمة بالزام البائع والغير بتعويض المشتري على وجه التضامن جراء هذا الإخلال.⁵⁰⁴

500 . د. نبيل إبراهيم سعد ، التضامن ومبدأ عدم إفتراض التضامن ، المرجع السابق ، ص 27 / وتجدر الإشارة الى أن التضامن يجد أصوله التاريخية في القانون الروماني . للمزيد حول ذلك ينظر د. محمد جاد محمد جاد ، المرجع السابق، ص 5 وما بعدها

501 . د. نبيل إبراهيم سعد ، التضامن ومبدأ عدم إفتراض التضامن ، المرجع السابق ، ص 36

502 . د. محمد جاد محمد جاد ، المرجع السابق ، ص 154

503 . د. نبيل إبراهيم سعد ، التضامن ومبدأ عدم إفتراض التضامن ، المرجع السابق ، ص 37
فعلى سبيل المثال فإن شركة التأمين اذا دفعت التعويض للمضروور طبقاً لعقد التأمين فليس لها الرجوع على

المؤمن عليه. ينظر المرجع نفسه ، ص 37
504 . cass.com, 13 mars 1979, D.S. 1980-1-note Serra (Y) نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، الغير عن

العقد ، المرجع السابق ، ص 315

وفي قضية أخرى تنازل البائع عن براءة اختراع إلا أنه رغم هذا التنازل إستمر في استغلالها، وبعد رفع دعوى قضائية أصدر القضاء قراره بأن الغير يسأل على وجه التضامم مع التاجر المتنازل له بتعويض المالك الجديد للبراءة عما أصابه من أضرار جراء استغلالها بعد التنازل عنها.⁵⁰⁵

وفي قضية أخرى تنازلت شركة – مستأجرة – عن عقد إيجار لشركة أخرى، رغم وجود شرط يحظر تنازلاً كهذا، وقد إعتبرت الشركة المتنازل لها، مع أنها من الغير بالنسبة لعقد الإيجار، مسؤولة عن الإخلال بهذا الشرط إستناداً إلى أنها كانت تعلم به وقت تعاقدتها مع الشركة – المستأجرة – ، وبناء عليه ألزمت كل من الشركتين – بالتضام – بتعويض المؤجر عما لحقه من أضرار جراء الإخلال بذلك الشرط.⁵⁰⁶

وإذا ما رجعنا إلى أحكام محكمة التمييز البحرينية نجد أن قضاءها عرف هذه الفكرة ووجدت تطبيقاً في أحكامه. حيث قضت محكمة التمييز البحرينية التي بأن (تعدد مصادر الالتزام بالتعويض بأن كان أحدهما عقدياً والآخر تقصيرياً مؤداه تضامم ذمة الملتزمين بالدين دون أن تضامن).⁵⁰⁷ كما ذهبته المحكمة في قرار آخر إلى أنه (يترتب على التضامم بين المدينين أن يكون كل منهم مدين بكل الدين للدائن إلا فيما يتعلق برجوع بعضهم على بعض فانه يتوقف على ما بينهم من علاقة).⁵⁰⁸

وإذا كان كل من الفقه والقضاء قد استقر على أعمال قواعد نظرية التضامم على الوجه السالف بيانه، إلا أنه يبدو ان التسليم بهذه الفكرة على وجه الإطلاق محل نظر. إذ أن آثار المسؤولية يجب أن تعالج بأكثر بدقة، باعتبار أن المتعاقد المخل – والذي يسأل عقدياً – يعتبر في حالات خطأه العقدي تقصيرياً، ومن ثم يقتضي الأمر الرجوع لنظرية التضامن. وعليه يستلزم الأمر التفريق بين فرضين، أولهما أن المضرور يسأل كل من المتعاقد والغير بموجب نظامين مختلفين في المسؤولية، فأساسها عقدي بالنسبة للأول، في حين يسأل الغير بموجب المسؤولية التقصيرية، ومن ثم ينبغي في هذه الحالة أعمال قواعد نظرية التضامم.

في حين يتجلى الفرض الثاني عندما يكون خطأ المتعاقد ينطوي بحد ذاته على خطأ تقصيري، وذلك عندما يشكل فعله غش أو خطأ جسيم، أو جريمة جنائية بطبيعة الحال. ففي هذا الفرض نجد أن كل من المتعاقد والغير مسؤولين بموجب المسؤولية التقصيرية، ومن ثم يقتضي الأمر الرجوع الى نظرية التضامن بين المدينين باعتبارها الأساس، ولا حاجة للتمسك بنظرية التضامم.

⁵⁰⁵ . 63-no.1- Bull-civ, 1964, 29 jan 1963, cass civ-1-، نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ،

المرجع السابق، ص 315

⁵⁰⁶ cass.com, 25 novem 1986, Bull-civ-1987, Iv.n. 219

نقلاً عن المرجع نفسه

⁵⁰⁷ . الطعن رقم 264 لسنة 2006 – جلسة 26 مارس 2007 م .

⁵⁰⁸ . الطعن رقم 43 لسنة 1997 – جلسة 1 يونيو 1997 م .

فقضاء التمييز البحريني يقر بأن المتعاقد إذا ارتكب خطأ عقدياً يعد بحد ذاته خطأ تقصيرياً كأن يكون جريمة أو غشاً أو خطأ جسيماً، فيجب حينئذ تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية.⁵⁰⁹ ومن ثم يستدعي الأمر الرجوع لأحكام التضامن الذي يفترض بشأن المسؤولية التقصيرية لوجود طرفين مسؤولين تقصيرياً في مواجهة المضرور، ذلك أن الأصل في المسؤولية المجتمعة تضامن أصحابها، وما التضامن إلا نظام قرر إستثناءً لمعالجة حالة شادة كما تقدم.

المسألة الثانية - يتبادر إلى الذهن التساؤل حول مدى إمكانية طلب التنفيذ العيني، باعتبار أن المتعاقد الآخر - المضرور - قد يلجأ إلى القضاء ليطالب إلزام المتعاقد الآخر بعين ما التزم به، أي يطلب التنفيذ العيني للإلتزام العقدي، فقد يحدث من قبل المتعاقد والغير معاً بأن يتفقا على إبرام عقد آخر لا يسع تنفيذه إلا بالإخلال بالعقد الأول، ففي هذا السياق يرى بعض الفقه في فرنسا أن الشخص ملزم بأن يحترم العقد، وعليه فإن المدين الذي يتعاقد من جديد مع متعاقد ثان على نحو لا يمكن تنفيذ العقدين معاً في ذات الوقت، لا يتعرض جزاءً لذلك للمسؤولية المدنية ومن ثم إلزامه بالتعويض، لأننا لا نكون في هذه الحالة قد أعملنا مبدأ الحجية بمضمونه الصحيح، لأن العقد الأول قد هدم، ومن ثم فإن الجزاء الصحيح يكون بتفضيل العقد الأسبق دون العقد اللاحق، ولا يشترط في ذلك إلا أن يكون العقد السابق معلوماً من الطرف الثاني سواء كان العلم حقيقياً أم عن طريق شهر الحق.⁵¹⁰ ومن ثم لا مجال لتفضيل العقد الثاني إلا بتحقيق شرطين أولهما حسن نية المتعاقد الثاني، وثانيهما استيفاء محل المعقود عليه.⁵¹¹ ويذهب جانب آخر من الفقه فيما يتعلق بعقود البيع العقارية، إلى أن المشتري في العقد الثاني عندما يسارع لتسجيل عقد بيع العقار رغم علمه بسبق بيع العقار ذاته على مشتري آخر، فإن من حق الأخير أن يطلب من القضاء التنفيذ العيني لعقد بيع العقار الأول، ولل قضاء - ومن ثم - إجابة طلبه بأن ينفذ البائع عين ما التزم به، وذلك عبر إبطال الإشهار الذي تم بناءً على العقد الثاني.⁵¹²

⁵⁰⁹ . حيث قضت محكمة التمييز بأن : (إذا قامت علاقة تعاقدية محددة باطرافها ونطاقها، وكان الضرر الذي أصاب احد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد. فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه باعتبار ان هذه الاحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً او عند الإخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب علي الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من اهدار نصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له، وذلك ما لم يثبت ضد احد الطرفين المتعاقدين ان الفعل الذي ارتكبه وأدى الى الاضرار بالطرف الآخر يكون جريمة او يعد غشاً او خطأ جسيماً مما يتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيساً على انه اخل بالتزام قانوني، اذ يمتنع عليه ان يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً او غير متعاقداً). الطعن رقم 22 لسنة 1995 - جلسة 21 مايو 1995م. / أيضاً ينظر الطعن رقم 546 لسنة 2006 - جلسة 28 مايو 2007م .

⁵¹⁰ . (Stark) نقلاً عن د. محمد ابراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 33

⁵¹¹ . المرجع نفسه ، ص 34

⁵¹²

Robert Wintgen, ibid , P. VIII

ومن جانبنا نعتقد بأنه لا يمكن في واقع الحال التسليم بصحة هذا الرأي، ذلك أن العقد الثاني متى تم تسجيله، فتقوم بعد ذلك إستحالة قانونية لتنفيذ العقد الأول، بحيث لا يمكن الحديث عن التنفيذ العيني إلا بإزالة هذا الإستحالة عبر بطلان العقد الثاني، أو بطلان التسجيل على أقل تقدير. والقول بغير ذلك يقودنا إلى الحديث عن إلزام الغير بعقد لم يكن طرفاً =

ويميل بعض الفقه العربي إلى هذا الإتجاه، فقد قيل بأن (من حق المتعاقدين أو أحدهما إجبار الشخص المسؤول عن هذا التصرف على إزالته ومحو ما ينجم عنه من ضرر عيني ، فإذا كان الإخلال تم بمناسبة تعاقد الغير مع المدين فهنا يستطيع الدائن إجبار المدين على تنفيذ التزامه العقدي بموجب العقد المبرم بينهما مسبقا وإن أدى تنفيذ المدين لالتزاماته على هذا النحو إلى الإخلال بالعقد الثاني الذي أبرمه مع الغير لان العقد الثاني لا حجية له تجاه هذا الدائن ولا يعد ساريا في مواجهته لأنه أبرم لاحقا بقصد الإضرار بالدائن وخلافا لالتزامات المدين السابقة لذلك فانه وكجزء لسوء النية فان هذا العقد (الثاني) يفقد حجيته في مواجهة الدائن الأول ولا يعد ساريا بالنسبة له).⁵¹³

ونرى أنه لا يمكن الجزم بأن التنفيذ العيني هو الحل الوحيد لإخلال الغير بالعقد أو أنه جزء المسؤولية. فقد يحصل أن المتعاقد الأول الذي وقع الإخلال بعقده يرفض عودة العقد إلى حالته الأولى ويكون رفضه محل اعتبار: من ذلك أن العامل إذا أخل بعقد العمل بعد التعاقد مع صاحب عمل آخر، فإن صاحب العمل الأول يفقد ثقته بالعامل ومن ثم لا يمكن إجباره على ابقاء تعاقد مع العامل ويكون الأولى أن يحكم بالتعويض. ومن ثم نعتقد أن يكون للمتعاقد الذي يخل الغير بعقده الخيار بين التنفيذ العيني أو إثارة المسؤولية المدنية ومن ثم المطالبة بالتعويض.⁵¹⁴

ومن ثم إذا كان التنفيذ العيني ممكناً وطلبه الدائن ، يجبر المدين المتعاقد عندئذ عليه، فلا تقوم المسؤولية العقدية المتمثلة بالتعويض، أما إذا لم يكن التنفيذ العيني ممكناً – أو أمكن ولكن الدائن طلب

= فيه وليس مجرد احتجاج. وفي ذلك نضرب مثلاً لو أن الدائن المرتهن أبرم عقده مع الراهن وقبل قيد الرهن – كشرط لنفاذه في مواجهة الغير – قام الراهن ببيع العقار وسارع المشتري بتسجيله رغم علم المشتري بوجود عقد الرهن كما لو كان شاهداً فالعقد أو وكيلاً عن الراهن وإشترى العقار لنفسه. فهل يحوز عقد بيع العقار المسجل حجية في مواجهة الدائن المرتهن، وهل يمتد الرهن في هذه الحالة إلى العقار المبيع باعتباره تنفيذاً عينياً للالتزام، رغم تناقض هذا الفرض مع كون محكمة النقض الفرنسية لا تقر بإمكانية تحقق العلم بوجود الرهن عبر طريق آخر؟ ومن جهة أخرى فإن الأمر يقتضي أن الإستحالة القانونية كما تقدم تعد سبباً لعدم إمكانية التنفيذ العيني، وإذا كانت هذه الإستحالة راجعة إلى المدين – كما في الحالات التي نتحدث عنها – فإن تنفيذ العقد يجب أن يكون بطريق التعويض. ينظر في التفاصيل حول الإستحالة القانونية لدى د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (3) : الأوصاف / الحوالة / الانقضاء ، المرجع السابق ، ص 985

⁵¹³ د. سعد ربيع عبدالجبار ، المرجع السابق ، ص 189

⁵¹⁴ إذا اختار صاحب العمل التنفيذ العيني في علاقة العمل ، يذهب إتجاه في الفقه بضرورة أن يرجع العامل ليؤدي العمل المتفق عليه، إذ يرى الدكتور عادل جبيري محمد أن (العامل الذي يريد التخلص من التزامه، غالباً ما يكون مدفوعاً إلى ذلك بالرغبة في تحقيق كسب أعلى، وليس من شك في أن سلوكاً كهذا، لا يتفق والمناخ الذي يجب أن يسود جو العقود، فهو يتعارض ومبدأ حسن النية في التنفيذ، ذلك أن ترك العامل لعمله دون مبرر مشروع، قد يترتب عليه تدهور جسيم لاقتصاديات رب العمل، فمن المنطقي، والحال كذلك، رد الإرادة الأثمة على صاحبها، والضغط على إرادة العامل سيء النية جبراً له على التنفيذ العيني. وقد يعزز ذلك الرأي ، أن الطابع العملي للمسؤولية ، لن يحقق الأهداف المرتبطة به ، فالتعويض الذي قد يحكم به على العامل ، سيكون من شأنه أن يعرض رب العمل ، لمشاكل محتملة عند متابعة هذا الدين ، لعدم ملاء العامل في غالب الأمر ، أو إفساره. ولهذه الاعتبارات ، ينبغي تغليب عوامل الثقة والائتمان ، بإجبار العامل على الاستمرار في العمل ، واحترام تعهداته ، وذلك بوسائل الإكراه المتاحة للمحاكم للضغط على إرادته). المرجع نفسه ، ص 331 - 332

التعويض ولم يبد المدين المتعاقد إستعداده للتنفيذ العيني – فلا يسع القضاء في هذه الحالة إلا بالحكم بالتعويض.⁵¹⁵

ومع ما تقدم يرى بعض الفقه أنه يلزم بالتعويض حتى وإن كان التنفيذ العيني ممكناً بأن لا يعتد الدائن بالعقد الذي أبرمه الغير.⁵¹⁶ ونعتقد أن السبب في ذلك يكمن في أن نظام مسؤولية الغير مختلف بوصفها تقصيرية فتوحي بتطبيق أحكام التعويض بحسب الأصل. ومع ذلك نرى أنه يجوز أن يحكم القضاء بإعادة الحال إلى ما كان عليه وفقاً لأحكام المادة (177) الفقرة (ج) من القانون المدني البحريني التي تنص على أن (يجوز للقاضي ، وتبعاً لظروف الحال ، وبناء على طلب المضرور أن يحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو بأي أداء آخر على سبيل التعويض).⁵¹⁷

ومن تطبيقات اعطاء الخيار في التنفيذ العيني أو رفضه ما اورده محكمة انقض الفرنسية من أن القضاء هو من يقدر إجراء التنفيذ العيني، فإذا طلب الدائن التنفيذ العيني فإن للقضاء أن يستجيب لهذا الطلب أو يرفضه كأن يجد أن التنفيذ العيني لم يعد ممكناً أو أنه يمس بحقوق الغير.⁵¹⁸

وكذلك الأمر بالنسبة للقضاء البحريني فإن محكمة التمييز البحرينية تعطي الخيار للمحكمة، فقد قضت المحكمة في حكم لها بأن (إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه سواء أكان هذا الإخلال بعدم التنفيذ، أم التنفيذ الجزئي أم المعيب، يخول للمحكمة أن تعمل خيارها في إجباره بالتنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض النقدي، أو بالتنفيذ العيني والتعويض عما يكون مستحقاً للدائن لجبر ما قد يصيبه من ضرر جراء إخلال مدینه المتعاقد بالتزامه، وأن خيار المحكمة ذاك ليس خياراً مطلقاً، بل هو مقيد بضرورة اتساقه مع المبادئ القضائية وموجبات العدالة).⁵¹⁹

⁵¹⁵ د. عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة بالفقه الغربي – (6) أثر العقد بالنسبة إلى الموضوع / زوال العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثانية الجديدة 1998 ، ص 112 تنظر المادة (206) من القانون المدني البحريني

Michel Grimaldi , ibid, p.175

⁵¹⁷ على الرغم من أن بعضاً من الفقه يرى أن النصوص المتعلقة بالتنفيذ العيني بإجبار المدين على تنفيذ عين ما إلتزم به يطبق دون تمييز بين الإلتزامات بحسب طبيعتها. د. صبري حمد خاطر ، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 219.

إلا أنه يبدو لنا أن النصوص المتعلقة بالتنفيذ العيني أقرب ما تكون مخاطبة الإلتزامات بعمل ما أو بأداء معين وليس الإلتزام بالإمتناع عن عمل بسبب صعوبة تطبيق فكرة التنفيذ العيني بالنسبة للإلتزام بالإمتناع عن عمل، فالتنفيذ العيني في هذه الحالة لا يمكن أن يكون إلا بإعادة الحال إلا ما هو عليه من جهة وتعويض عن ما ترتب من ضرر من جهة أخرى، أي بالجمع بينهما عن كان هناك مقتضى. ينظر في تفاصيل الموضوع لدى د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط (2) : الإثبات / آثار الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 795

⁵¹⁸ Bull civ III, n.182, 28 fev 1969. civ.3, 28 fev 1969. Bull civ III, n.182. د. صبري حمد خاطر ، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 221

⁵¹⁹ الطعن رقم 204 لسنة 2003 – جلسة 15 ديسمبر 2003 م
وفي حكم حديث يتعلق بعقد إجبار أعطت المحكمة الخيار للدائن في تقدير ذلك، حينما قضت في حكم لها بأن على المُوَجَّر (أن يتمتع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالمأجور، فإذا أخل المُوَجَّر بهذا الإلتزام جاز =

صفوة القول أن مبدأ حجية العقد في مواجهة الغير شهد تطورات هامة على صعيد المسؤولية، فلم يبق مبدأ الحجية على مضمونه التقليدي في بيان حجية العقود التي ترتب أثراً عينياً أو شخصياً، ومن ثم يطرح التساؤل حول الشق الثاني من مبدأ حجية العقد والذي يتعلق بحجية العقد في مواجهة المتعاقدين هذه المرة، إذ ما مدى قدرة الغير على الإحتجاج بالعقد في مواجهة المتعاقدين؟ وهذا ما نتناوله في الفصل الثالث.

= للمستأجر أن يطلب التنفيذ العيني بمنع التعرض أو فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع، مع التعويض في جميع الأحوال إن كان له مقتضى). الطعن رقم 516 لسنة 2006 – جلسة 21 مايو 2007م

الفصل الثالث
مبدأ حجية العقد
في مواجهة المتعاقدين

الفصل الثالث

مبدأ حجية العقد في مواجهة المتعاقدين

نتناول في هذا الفصل مبدأ حجية العقد في مواجهة المتعاقدين، حيث أن الحجية في هذا السياق تتحدد أساساً من خلال فكرة إحتجاج الغير بالخطأ العقدي للمتعاقد ومسؤولية الأخير عن خطئه تجاه الأول، وهذا ما يتناوله المبحث الأول من هذا الفصل، بيد أن التطور الذي حصل على صعيد مفهوم الغير خلق نوعاً آخر من هذه الحجية بما يمكن تسميته إحتجاج الغير بالخطأ العقدي في إطار حجية المجموعة العقدية، وهذا ما نتناوله في المبحث الثاني، وفقاً لما يلي:

المبحث الأول

إحتجاج الغير بالعقد وفق مبدأ حجية العقد

إن إحتجاج الغير بالعقد أو بالخطأ العقدي ظهر في البداية من خلال مضمون تقليدي ثم تطور هذا المفهوم، وهذا ما نبينه في هذا السياق.

المطلب الأول

المضمون التقليدي لفكرة إحتجاج الغير بالعقد

نبحث هذا المضمون من خلال بيان التأسيس لفكرة إحتجاج الغير بالعقد في فرع أول، ثم من خلال وضع الفكرة موضع التطبيق في فرع ثان.

الفرع الأول

التأسيس لفكرة إحتجاج الغير بالعقد

يضع الفقه فكرة إحتجاج الغير بالعقد موضع التأسيس من خلال محورين، المحور الأول ينظر إليه في إطار مبدأ نسبية أثر العقد ، أما المحور الثاني من خلال طبيعة الخطأ العقدي ذاته الذي يحتج به الغير في مواجهة من إرتكبه، وسنتناول ذلك وفقاً لما يلي:

أولاً : التأسيس في إطار مبدأ نسبية أثر العقد :

إن تأسيس فكرة إحتجاج الغير بالعقد لا يمكن تناولها إلا من خلال الظروف التي مرت بها هذه الفكرة في ظل تفسير الفقه لمبدأ نسبية أثر العقد، حيث مر مبدأ النسبية بمرحلتين من التفسير كان لهما أثر هام وبارز في تأسيس الفكرة، فنتناول ذلك وفقاً لما يلي:

1- التفسير القديم لمبدأ نسبية أثر العقد :

سبق أن بينا أن الفقه كان يفسر مبدأ نسبية أثر العقد تفسيراً ضيقاً بما يعني أن العقد لا يمكن أن ينفع أو يضر الغير الذي لم يساهم في إبرامه، فقد كان الفقه الفرنسي يتناول مبدأ نسبية أثر العقد الوارد في المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي بالمعنى الحرفي لعبارتي (ينفع) و(يضر).⁵²⁰

بيد أن الواقع أفرز بعضاً من الحالات التي يتضرر الغير جراء سوء تنفيذ عقد لم يكن طرفاً فيه، وبالتالي وقف مبدأ النسبية بمفهومه الضيق عائقاً أمام الإعراف بمسؤولية المتعاقد تجاه الغير، فلا يمكن على ضوء ذلك الحديث بشكل قاطع عن إحتجاج الغير بخطأ عقدي تسبب له بضرر ما وبالتالي مسؤولية المتعاقد عن هذا الخطأ، وهذا ما حصل فعلاً عندما ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى وجود تعارض بين المادة 1156 الخاصة بمبدأ النسبية والمادة 1382 الخاصة بالمسؤولية، ومن ذلك ما قال به الاستاذ Lalou من أن (المادة 1165 مدني فرنسي المتعلقة بمبدأ نسبية العقد ضعيفة إذ أنها لا تقوى على مواجهة المادة 1382 المتعلقة بالمسؤولية).⁵²¹

والحال ينطبق بشأن القضاء الفرنسي الذي لم يكن مقتنعاً بإمكانية أن يتضرر الغير من تنفيذ العقد، حيث لم يكن جائزاً للغير أن يستند للعقد ليطالب بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه نتيجة تنفيذه، إذ يعد ذلك تدخلاً للغير في نطاق العقد.⁵²²

وبقيت فكرة إحتجاج الغير بالعقد في هذه المرحلة مقيدة تقييداً مطلقاً بموجب أحكام مبدأ نسبية أثر العقد الذي كان يتمتع بنوع من الثبات في تفسيره بعدم إمكانية الزج بأطراف آخرين في نطاقه، فلا يتمكن الغير من الإحتجاج به وما رتبته من ضرر من الناحية القانونية ولو كان هذا الإحتجاج مقتصرًا على الأثر المادي الذي يرتبه العقد دون الأثر العقدي الملزم.

⁵²⁰ ينظر في ذلك ص 17 وما بعدها من هذه الرسالة.

⁵²¹ مشار إليه لدى د. زواوي فريدة ، المرجع السابق ، ص 81

⁵²² د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 161

2- التفسير الحديث لمبدأ نسبية أثر العقد :

صحيح أنه يوجد تعارض بين مبدأ النسبية ومبدأ المسؤولية إذا فسرنا مبدأ النسبية بما يشمل الأثر العقدي الملزم والأثر المادي للعقد، ولكن تفسير مبدأ النسبية بأنه لا يرد إلا على الأثر العقدي الملزم، ومن ثم ظهور مبدأ حجية العقد أدى كل ذلك إلى إعادة النظر في هذا الموضوع.

إذ أن مبدأ نسبية أثر العقد - وفق تفسيره الحديث - يقضي بأن العقد لا ينفع ولا يضر الغير فيما يتعلق بأثره العقدي من حقوق والتزامات، ولا يمتد مبدأ النسبية ليشمل الآثار المادية للعقد، والتي يتأثر الغير بوجودها دون أن يكون دائناً أو مدينناً بموجب العقد، وينظم هذه الآثار المادية مبدأ حجية العقد.

ومن هنا يرى الفقه أن بإمكان الغير أن يستند إلى العقد لإثارة مسؤولية المتعاقد، فقد يحصل أن يتعرض الغير للضرر نتيجة التنفيذ غير السليم للعقد، ومثال ذلك البائع يبيع شيئاً ويسبب هذا الشيء ضرر لشخص آخر لم يتعاقد مع البائع.⁵²³

وبهذا يذهب بعض الفقه في رده على القول بوجود تعارض بين النسبية والمسؤولية إلى أن (هذا النزاع لا يمكن أن يوجد إلا عند المؤلفين الذين يفسرون مبدأ نسبية أثر العقد بمعنى خاطئ).⁵²⁴

فالمادة 1165 من القانون المدني الفرنسي لا تعني أن العقد لا يمكن الاحتجاج به على الغير، إذ لو كان هذا هو مضمون مبدأ نسبية أثر العقد لإستلزم الأمر عدم قيام المسؤولية التقصيرية كلما كان هناك عقد، إذ هو ملزم لطرفيه فقط، فلا يجوز للمتاعدين الإستناد إليه لإقامة مسؤولية الغير، ولا يمكن للغير الإستناد إليه لإقامة مسؤولية المتعاقد.⁵²⁵ فالتفسير الصحيح لمبدأ النسبية لا يمكن أن يتعارض مع فكرة المسؤولية، ذلك أن مسؤولية المتعاقد عن الضرر الذي يصيب الغير لا يصطدم إلا ظاهرياً بمبدأ نسبية أثر العقد لأن دعوى الغير ذات طبيعة تقصيرية وليست دعوى عقدية يمارسها الغير عن الإخلال الناشئ عن العقد لكي يقال أنها تتعارض مع المبدأ المذكور.⁵²⁶ ومن هنا أصبح لمبدأ حجية العقد دور هام ومحوري في التأسيس لمسؤولية المتعاقد عن الأضرار التي يحدثها سوء تنفيذ العقد.

وفي ذلك يرى (مازو) بأن (إن الجمع بين مبدأ نسبية أثر العقد ومبدأ حجية العقد يستلزم أن تكون المسؤولية غير عقدية. فمبدأ نسبية أثر العقد يمنع أن يكون الغير دائناً بموجب العقد وأن يقيم دعوى مسؤولية عقدية. ولكن لا تمنعه من أن يقيم الدعوى بوصفه متضرراً استناداً إلى حجية العقد التي

Francois Terre, ibid, p.496

523

524 (Weill) نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 163

525 د.زواوي فريدة ، المرجع السابق ، ص 81

526 د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 163

يتمسك بها الغير في مواجهة المتعاقدين فيمكنه أن يتمسك بوجود العقد وأن يصير عدم تنفيذ العقد أو الإخلال به ويقيم دعوى مسؤولية هي دعوى غير عقدية حتماً⁵²⁷.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا المفهوم حين قضى بأنه (إذا كان نص المادة 1482 من القانون المدني - وهي التي تتعلق بالمسؤولية التقصيرية - لا يمكن أن يثور بشأنها الخطأ الذي يرتكب عند تنفيذ الالتزام العقدي، فإنه يطبق كاملاً في مواجهة الغير الاجنبي عن العقد)⁵²⁸.

وفي تطبيق آخر فقد طرح نزاع أمام القضاء الفرنسي تتمثل وقائعه في أن مستأجراً أقام دعوى على المهندس والمقاول يطالبهم بالتعويض نتيجة ضرر حدث بسبب خطأ في تصميم سقف سينما على أساس المسؤولية التقصيرية بموجب المادة 1382 (أي بموجب المسؤولية التقصيرية) من القانون المدني الفرنسي وبينت محكمة النقض أنه (إذا كان لا يمكن - من حيث الأصل - التمسك بأحكام المادة (1382) من القانون في العلاقة بين المتعاقدين لتسوية الخطأ المرتكب في تنفيذ الالتزام العقدي، إلا أن هذه المادة تسترد سلطانها في مواجهة الغير الأجنبي عن العقد)⁵²⁹.

ثانياً : التأسيس باستبعاد الخطأ العقدي :

نتناول في هذا السياق الإطار التقليدي للخطأ العقدي، ثم نخرج إلى الموقف الفقهي من طبيعة هذا الخطأ ، وفقاً لما يلي :

1- الإطار التقليدي للخطأ العقدي :

لم يقف تأسيس فكرة الإحتجاج عند حد نفي التعارض بين مبدأ نسبية أثر العقد وقواعد المسؤولية التقصيرية فحسب، بل أن الفقه قام بالبحث في تأسيس المسؤولية من جانب آخر في مرحلة لاحقة، بالنظر إلى طبيعة الخطأ العقدي ذاته، ومدى إمكانية الإحتجاج به مجرداً من الإنحراف عن سلوك الشخص المعتاد الواجب توفره في تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية.

⁵²⁷ Denis MAZEAUD, contrat, responsabilité et tiers (Du nouveau a' L'honneur ..) ,
Libre droit, me'langes eu l'honneur de PHILPPE LE TOURNEAU, D. 2008, p.748
⁵²⁸ cass-Req, 0 mars 1936, D.1936 . 233.v. aussi en ce sens, Req, 8 mars 1937, D.P.
1938-1-76

نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 162
⁵²⁹ Civ, 19 oct 1962, J.C.P . نقلاً عن المرجع نفسه ، ص 175

إذ أن القواعد القانونية في نظرية الإلتزام ترفض الجمع بين فكرة الخطأ العقدي والتقصيري، بإعتبار أن لكل منهما نطاق تطبيقه ومجال عمله، على وجه لا يسمح من حيث الأصل باختلاطهما، نظراً للآثار القانونية المغايرة التي تترتب على تطبيق أي منهما.

فالخطأ العقدي يتأتى من خلال نظام المسؤولية العقدية بحيث لا يمكن أن نتحدث عن وجود خطأ عقدي دون أن يقتصر ذلك على شروط أساسية تمثل في جوهرها شروط المسؤولية العقدية ذاتها. فقد إستقر الفقه على أن الأصل في المسؤولية أن تكون تقصيرية مالم يكن هناك عقد صحيح بين المضرور والمسؤول، فضلاً عن أن الضرر ناشئاً عن الأخلال بهذا العقد،⁵³⁰ فتنتقل بذلك المسؤولية من النطاق التقصيري لتدخل إلى النطاق العقدي، وإذا انتفى أي من هذه الشروط فلا تثريب أن تؤسس المسؤولية بناء على الخطأ التقصيري، شريطة أن يتضمن الفعل إخلالاً بواجب قانوني.

ويرى البعض أن المسؤولية تنقسم إلى عقدية ايجابية وتقصيرية سلبية، فتكون المسؤولية عقدية بحيث تستلزم الشروط السالفة، على عكس المسؤولية التقصيرية التي يتحدد نطاقها بصورة سلبية بأن لا يكون هناك عقد بين المضرور والمسؤول أو كان هناك عقد ولكن الضرر لم ينشأ عن الأخلال بالإلتزام العقدي.⁵³¹

وتظهر أهمية الحجية من خلال إعطاء الحق للغير في الإحتجاج على المتعاقد الذي أخل بالتزامه العقدي ولو لم يكن طرفاً فيه،⁵³² فالغير – أيأ كان مركزه – متى تضرر من وجود عقد أو من سوء تنفيذ أحد المتعاقدين للعقد فليس له الرجوع على ذلك المتعاقد بموجب قواعد المسؤولية العقدية، حيث فقدت هذه المسؤولية شروط إعمالها وتطبيقها وفقاً لما سلف، ومن هنا يتم استبعاد الإحتجاج بالخطأ العقدي والرجوع بدعوى المسؤولية العقدية، لأنه إن فعل ذلك سيستفيد من أثر العقد في حين أنه غير أجنبي بموجب مبدأ نسبية أثر العقد، فليس له إلا أن يقيم الدعوى على أساس خطأ تقصيري ينظر إليه بمعزل عن العقد.⁵³³ ومن هنا يتوصل الفقه إلى نتائج هامة بشأن مسؤولية المتعاقد تجاه الغير من حيث مقومات الخطأ العقدي الذي سبب له ضرراً في ظل عدم إمكانية تطبيق المسؤولية العقدية، ونتاجاً لها وفقاً لما يلي.

⁵³⁰ د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 99

⁵³¹ ينظر في ذلك د. محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير، المرجع السابق، ص 16

⁵³² مشار إليه لدى د. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 77

⁵³³ د. بصري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 161

2- الموقف الفقهي من طبيعة الخطأ العقدي :

بناءً على المقدمات السابقة تترتب نتائج عملية هامة، حيث يجب على الغير المضرور أن يثبت أن خطأ المتعاقد بأي حال من الأحوال يعد إخلالاً بواجب قانوني وفق المعنى الذي تحدده المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي،⁵³⁴ وإلا فإن المتعاقد لا يسأل إلا عن خطئه العقدي المجرد من شبهة الخطأ التقصيري. وفي ذلك يقول الأستاذ (سافاتييه) Savatier أن (الغير أن يثير المسؤولية التقصيرية للمدين بمناسبة خطأ وقع أثناء تنفيذ العقد، ولكن شريطة أن يكون لهذا الخطأ وجود مستقل عن العقد ذاته، فلا يتمثل في مجرد الإخلال بتعهد عقدي، وإنما يشكل انتهاكاً لقواعد الحيطة والأمانة التي توجد دونما أي عقد).⁵³⁵

ويذهب (بينابنت) Benabent في ذات الاتجاه بقوله أن (ليس للغير صفة تطلب تنفيذ العقد وبالتالي الشكوى من سوء تنفيذه، فإذا أصابه ضرر فلا يستطيع التمسك إلا بالمسؤولية المدنية من القانون العام، أي إثبات خطأ موضوعي لا مجرد تقصير تعاقدي).⁵³⁶ فالغير لا يطالب بإصلاح ضرر عقدي لأن هذا شأن العقد، وإنما يطالب بإصلاح ضرر تقصيري،⁵³⁷ ومن ثم لا يمكن للغير أن يستند إلى العقد كأساس للخطأ التقصيري إلا إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي يشكل في ذات الوقت خطأ تقصيري أما إذا لم يكن كذلك فلا يمكن الاعتداد به إلا في إطار المسؤولية العقدية بين طرفي العقد.⁵³⁸ وبذلك يتبين أن الفقه يؤكد ضرورة أن يتضمن الخطأ العقدي الذي سبب ضرراً للغير في ذات الوقت خطأ تقصيرياً بمعنى إنحرافاً في السلوك على النحو الذي يعطي تفسيراً للرجوع بموجب المسؤولية التقصيرية، وحتماً أن هذا يعني إستبعاد الإحتجاج بالخطأ العقدي المجرد الذي لا يتضمن في ذات الوقت إخلالاً بواجب قانوني.

ويطرح الفقه العديد من الأمثلة بهذا الخصوص، فالشخص الذي يجرح بواسطة مصعد لم يتم وضعه بموجب العقد بصورة صحيحة يمكنه أن يطالب الشركة التي نصبت المصعد وكذلك مالك العقار

⁵³⁴ والتي تقابلها المادة (158) من القانون المدني البحريني، والمادة (163) من القانون المدني المصري.

⁵³⁵ Savatier (R.) : Traite de responsabilite civile, 2 eme ed., T.1, 1951. n. 140, p.184

نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير، المرجع السابق، ص 18

⁵³⁶ آلان بينابنت، المرجع السابق، ص 186-187

⁵³⁷ د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 162

⁵³⁸ (G) Durry, La distinction de la responsabilite contractuelle et de la responsabilite delictuelle Montreal, p70 a 72

نقلاً عن د. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 78

الذي وضع فيه أو ماله. ومن اشترى سيارة يمكن أن يطالب مركز تجهيز مواد السيارات التي جهزت بها البائع وكانت هي التي تسببت بالضرر.⁵³⁹

إذ يرى الفقه أن التفرقة بين الأخطاء العقدية ذات جدوى في هذا المجال بحيث يكون الخطأ العقدي بسيطاً إذا شكل في ذات الوقت إخلالاً بواجب قانوني، بخلاف الخطأ العقدي المحض الذي لا يتحمل بطبيعته أن يعتبر إخلالاً بواجب قانوني.⁵⁴⁰ ويبدو أن الفقه في فرنسا قد استقر على هذه التفرقة بين الخطأ العقدي البسيط والخطأ العقدي المحض، بما يرتب بالضرورة أن عدم إمكانية الغير الأجنبي أن يحتج على المتعاقد إذا كان خطأ الأخير عقدياً محضاً إلا بإثبات أن هذا الخطأ قد تمثل في الوقت ذاته عن خطأ تقصيري وإنتهاكاً لواجب عام، كما هو الحال في فكرة الإخلال بضمان السلامة في بعض العقود.

ولا يقتصر الأمر في هذا المجال فحسب، بل قد يكون الغير المضرور في مركز عقدي هو الآخر بأن يكون مرتبطاً بأحد المتعاقدين بعقد آخر كحالة العقود التي تبرم من الباطن، بحيث أن الإخلال بالعقد الأول بين المتعاقدين يرتب ضرراً لهذا الغير ناتجاً عن خطأ عقدي محض. فالخطأ العقدي في هذا الخصوص يتسم بكونه يسبب ضرراً لمتعاقد آخر، فالضرر يتحدد نظراً لإخلال بالتزام عقدي حيث أن هذا الضرر لم ينشأ إلا لأن العقد يتضمن التزاماً خاصاً.⁵⁴¹ فالخطأ العقدي المحض لا يمكن أن يلقى الاوصافاً واحداً فهو لا يحتمل وصفين عقدي وتقصيري، فالخطأ العقدي المحض هنا خطأ نسبي بالمعنى الذي تحدده قاعدة النسبية فلا يجوز للغير أن يثيره لأنه لا يتطابق مع خطأ أو فعل يقيم المسؤولية التقصيرية.⁵⁴² وعليه فإن الغير الذي يصيبه ضرر لا يمكنه الإحتجاج بهذا الخطأ وإقامة المسؤولية التقصيرية على من ارتكبه، وبالتالي فإن التأسيس الذي إنتهجه الفقه لا يعتبر الخطأ العقدي المجرد سبباً لثبوت مسؤولية المتعاقد تجاه الغير عن سوء تنفيذ العقد، بل يجب أن يتضمن هذا الخطأ بحد ذاته إخلالاً بواجب قانوني في ذات الوقت.

ويميل بعض الفقه العربي إلى هذا التفسير إذ نجده يقر الحق للغير الإستناد إلى ذلك العقد لإثبات الخطأ التقصيري بإعتبار أن (العقد يرتب واقعة نافذة في مواجهة الغير، ويستطيع الغير الإحتجاج به في مواجهة المتعاقد لإثبات خطأ هذا الأخير)،⁵⁴³ في الوقت الذي لا يجيز فيه الإستناد إلى الخطأ العقدي المحض في تأسيس المسؤولية التقصيرية.⁵⁴⁴

Francois Terre, ibid, p.497

539

540 ينظر في ذلك د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 139 وما بعدها

541 المرجع نفسه ، ص 135

542 المرجع نفسه

543 د. زواوي فريدة ، المرجع السابق ، ص 80

544 المرجع نفسه ، ص 78

الفرع الثاني

وضع فكرة الإحتجاج موضع التطبيق

يتركز هذا الفرع على بيان فكرة الإحتجاج وفق التأسيس المتقدم من خلال بيان موقف القضاء، ونحاول بعد ذلك تقويم هذا الموقوف، وفقاً لما يلي:

أولاً - موقف القضاء :

نتناول في هذا الصدد موقف القضاء الفرنسي، وثم موقف القضاء البحريني، وفقاً لما يلي :

1- موقف القضاء الفرنسي :

إذا رجعنا إلى أحكام القضاء الفرنسي نجد أن محكمة النقض الفرنسية تميز ولوقت طويل بين الخطأ العقدي والتقصيري وأن الغير لا يمكن أن يحصل على تعويض إلا إذا أثبت وجود (الخطأ التقصيري منظوراً إليه لذاته وبغض النظر عن أي منظور عقدي).⁵⁴⁵ بعبارة أخرى أن المتعاقد لا يسأل إلا إذا أخل بقاعدة عامة بأن لا يلحق ضرراً بالغير، فلا بد من خطأ منفصل عن العقد. فالقضاء الفرنسي ينتهج ذات النهج التأسيسي الذي تبناه الفقه حين إستبعد المسؤولية العقدية مؤكداً على تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية، حيث قضي بأن (مؤسسات الأدوية لا تستطيع أن تبيع مباشرة إلى المستهلك، فهو لا يرتبط معها بأي علاقة، وفي حال قيام مسؤولية هذه المؤسسات فإنها تكون على أساس المسؤولية التقصيرية، خاصة وأن المسؤولية العقدية غير مثارة في هذا المقام).⁵⁴⁶ وفي حكم حديث نسبياً صدر عام 2000 تكرر محكمة النقض الفرنسية مبدأ الحجية بذكرها أن (التنفيذ الخاطئ للعقد والذي سبب ضرراً للغير، يؤدي إلى أن للغير أن يقيم دعوى المسؤولية التقصيرية على المتعاقد الذي ارتكب الخطأ).⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ cass. 1re civ, 8 oct 1962. civ. 1 n. 405, p.349.

⁵⁴⁶ 7 nov 1962 . Bull.civ.1.n.465. p.398. j.c.p 1963.11.12987, note p. ESMEIM

C.A. Versailles, 25 juin 1992, Gaz.Pal. 1993, I, Somm., p.59

نقلاً عن دسحاته غريب شلقامي ، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء : دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2008 ، ص33-34

⁵⁴⁷ Ropport, sur, cass. Civ.1 , 18 juill 2000, J.C.P, 2000-11-10415

كما إشتراط القضاء الفرنسي لقيام مسؤولية المتعاقد في مواجهة الغير (ضرورة التثبت من توافر خطأ تقصيري مستقل تماماً عن أي إخلال بالعقد، بحيث ينبغي إقامة الدليل على تحقق هذا الخطأ في ذاته، بصرف النظر عن العقد، كشرط جوهري لقيام المسؤولية التقصيرية للمدين تجاه الغير الأجنبي عن العقد).⁵⁴⁸ وقد يكون المضرور غيراً أجنبياً، أي أن الخطأ العقدي سبب له ضرراً في جسده أو ماله أو أي مصلحة غير عقدية،⁵⁴⁹ وقد يكون كل من المضرور والمسؤول في مركز عقدي، على أن القضاء قد تبني هذا المبدأ بشكل يتسم بالصرامة في البداية وبتطبيق فعلي له، ولكن ظهر شكليات معينة في بعض التطبيقات من جهة أخرى، ومن هنا يمكن تقسيم موقف القضاء الفرنسي وفقاً لما يلي :

(أ) الإخلال بواجب قانوني تجاه الغير :

كان القضاء الفرنسي في بادئ الأمر صارماً في تطبيق مبدأ ضرورة أن يتضمن الخطأ العقدي في مواجهة الغير إخلالاً بواجب قانوني بعيداً عن العقد.⁵⁵⁰ ويمكن إستشفاف موقف القضاء من خلال الأحكام التي قررها في هذا الخصوص، حيث قضت محكمة استئناف باريس برفض رجوع صاحب العمل بدعوى المسؤولية ضد شركة السكك الحديدية بسبب ما لحقه من أضرار نتيجة تأخرها في نقل عماله، بما استحال معه قيامهم بالعمل في مواعيدهم، إستناداً إلى عدم وجود واجب قانوني على الشركة أخلت به، وأن التأخير في تنفيذ الالتزام هو خطأ عقدي لا يسوغ إثارته أو التمسك به إلا للدائن وحده.⁵⁵¹ وبذلك يرفض القضاء الفرنسي احتجاج الغير بالخطأ العقدي المجرد من شبهة الخطأ التقصيري، لأن مبدأ نسبية أثر العقد يستلزم أن يطلب من الغير إثبات أن الخطأ العقدي يشمل تجاهه خصائص الخطأ التقصيري، وهذا هو الموقف الحديث للغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية.⁵⁵²

وقد مارست محكمة النقض الفرنسية رقابتها على هذا الأمر وقامت بترسيخ مبدأ إستقلال الخطأ العقدي عن الخطأ التقصيري، فلم تتردد بإلغاء الأحكام التي لم تثبت من توافر خطأ تقصيري ينسب إلى

⁵⁴⁸ Cass. Civ. 1 . 5 oct. 1983 . نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع

السابق، ص 17

⁵⁴⁹ فالشخص إذا تضرر جسدياً بسبب عدم تنفيذ العقد فإنه يستطيع أن يقيم دعوى ضرر مرتد على المتعاقد، فإذا كان الغير ليس من الورثة فإنه لا يستطيع أن يقيم دعوى عقدية ولا أن يستند إلى فكرة الإشتراط لمصلحة الغير . ينظر في ذلك BERTAND Fages, Droit des obligations, L.G.P.J , 2009, p.230

⁵⁵⁰ د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 18

⁵⁵¹ C.A. Paris. 5 mai 1928, R.T.D.C., 1929, p.790 . نقلاً عن المرجع نفسه ، ص 18

⁵⁵² cass.com. 5 avr 2005. n. 03-19370. Bull civ.IV RDC. 2005, p.687

نقلاً عن BERTAND Fages, ibid,p.232

المدين قبل تقرير مسؤوليته تجاه الغير الأجنبي عن العقد،⁵⁵³ فرغم إجازة محاكم الإستئناف رجوع المقاول بالضمان على المهندس على أساس المسؤولية التقصيرية لعدم وجود عقد بينهما، إلا أن المهندس في المقابل يتحمل واجب الرقابة في مواجهة المالك بموجب عقده، بيد أن محكمة النقض الفرنسية نقضت هذا القرار إستناداً إلى أنه يجب أن ينظر إلى الخطأ العقدي المدعى به في ذاته، وليس من زاوية عقدية، بما يبرز الطابع التقصيري لهذا الخطأ، فلا يكفي مجرد الإستناد إلى واجب الرقابة الذي يتحمل به المهندس في مواجهة المالك، دون بحث ما إذا كان الإخلال المنسوب إليه يشكل بذاته خطأً تقصيرياً ضاراً بالمقاول.⁵⁵⁴

ولم يقف الأمر عند ذلك ، بل أن القضاء الفرنسي كان صارماً إلى حد إستبعاد العقد بشكل مطلق في تحديد المسؤولية في أحوال أخرى، فلم يشترط أن تتوفر في الخطأ العقدي أن يتضمن في ذات الوقت إخلالاً بواجب تقصيري فحسب، بل عمد في أحيان إلى تقرير المسؤولية دون أن يضع إعتباراً لوجود العقد، وعلى ذلك فقد إعتبر القضاء الفرنسي أن للجار الرجوع على المقاول بإعتباره ضحية لمضار الجوار يستطيع الرجوع بالتعويض مباشرة على المقاول اما بإعتباره حارساً لموقع العمل واما على اساس نظرية مضار الجوار ذاتها،⁵⁵⁵ بإستبعاد الإشارة إلى العقد.

وفي إطار عقود المنتجين والصناع قضى بمسؤوليتهم التقصيرية وفق قواعد حراسة "التكوين"،⁵⁵⁶ أو "الهيكل" كما يسميها البعض،⁵⁵⁷ ومن ذلك ما طبقه القضاء الفرنسي في بعض أحكامه حيث قضى في نزاع تتلخص وقائعه بأن عدداً من قناني الأكسجين السائل سلمت إلى الناقل لغرض شحنها للمرسل إليه، وأثناء عملية التفريغ حصل إنفجار بأحدها مسبباً أضراراً للغير، وأقرت

553 . د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 19

554 . cass Civ. 7 nov. 1962, J.C.P., 1963 نقلاً عن المرجع نفسه

555 . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 169

556 . يذهب ستارك Starck إلى أن (صانع المنتج الذي يحدث ضرراً للغير يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية أمام البائع وتقصيرية أمام الغير ويستطيع هذا الأخير لإثبات الخطأ الإستناد إلى العقد الذي يربط بالبائع بالمنتج وذلك على أساس أن المنتج أخطأ في التحقق من سلامة المنتج).

Starck, les obligations, op, cit, p579 (B) نقلاً عن د. زواوي فريدة ، المرجع السابق ، ص 80

557 . حيث يشير البعض إلى أن الحراسة قد تجزئت وأصبحت نوعين إحداهما حراسة التسيير وهي الحراسة الفعلية ، والأخرى حراسة الهيكل وهي حراسة التكوين . ينظر في ذلك د. بودالي محمد ، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة (دراسة مقارنة) ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، 2005 ، ص 10

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن الفقه عالج هذه المسألة بقدر من التفصيل حيث أن المسؤولية التقصيرية للمنتج تطرح في سياق حراسة الأشياء، وبما أن الحراسة تثبت من حيث الأصل لمن له السيطرة الفعلية على الشيء محل الحراسة، فقد أثار هذا الأمر إشكالاً لدى الفقه والقضاء بإعتبار أن المنتج لم يعد حارساً لهذا الشيء بل أن الحراسة الفعلية قد إنتقلت إلى المشتري، بيد أن الفقه والقضاء الفرنسيان لم يقفا مكتوفي الأيدي حيال هذا الأمر وقررت بموجب ذلك التفرقة بين نوعين من الحراسة وهي الحراسة الفعلية التي تثبت للمشتري وبين حراسة التكوين التي تثبت لمنتج المواد. ينظر في تفاصيل ذلك د. سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، 2008 ، ص 224 وما بعدها.

المحكمة بمسؤولية المنتج، ولكنها اتجهت في هذا الحكم إلى بناء المسؤولية على أساس قواعد حراسة التكوين⁵⁵⁸ مع إستبعاد الإشارة إلى العقد بشكل مطلق.

(ب) الإخلال بالتزام عقدي تجاه الغير :

على الرغم من صرامة التطبيق – الذي سبق بيانه – فقد ظهرت في تطبيقات القضاء الفرنسي حالات لا يمكن معها إعتبار الخطأ العقدي متضمناً في ذات الوقت على إخلال بواجب قانوني مما أظهر بعض المرونة في التطبيق. فتأسيساً على ما سبق يعد التزام المقاول بإتباع تعليمات المهندس التزاماً في مواجهة رب العمل وليس في مواجهة المهندس، وكذلك عندما يختار المهندس المقاول فالخيار لرب العمل الذي يوافق على إقتراح المقاول.⁵⁵⁹ فقد يتعرض المهندس مثلاً لضرر عند زيارة موقع العمل فيحتج به على المقاول بوصفه غيراً،⁵⁶⁰ فلا مناص من القول بالمسؤولية التقصيرية وفق القواعد العامة، بل أن الأمر يشهد لو كان الخطأ المنسوب لأحدهما لا يحتمل في ذات الوقت أن يكون خطأ تقصيرياً لعدم إنطوائه على إنتهاك لواجب قانوني، فليس له الإحتجاج من الأساس على المقاول بخطأه العقدي في هذه الحالة لعدم إرتكاب الأخير خطأ تقصيري.

وكذلك الحال في عقود المقاولة من الباطن إذ قد يتضرر رب العمل من خطأ المقاول من الباطن وهو يعتبر غيراً عن عقد المقاولة من الباطن، ومن ثم ليس له الرجوع إلا بأحكام المسؤولية التقصيرية إذا استطاع إثبات أن الخطأ يشكل في ذات الوقت إنتهاكاً لواجب قانوني، ولكن لن يستطيع الإحتجاج بالخطأ العقدي إذا كان خطأ المقاول من الباطن عقدي محض لا يحتمل خطأ تقصيرياً في ذات الوقت، وهذا ما يؤدي إلى حرج لبقاء الضرر دون تعويض.

ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية كانت تستشعر مثل هذا الحرج، ومن ثم أخذت في تقرير مسؤولية المتعاقد تجاه الغير حتى ولو لم يتضمن الخطأ العقدي بحد ذاته خطأ تقصيرياً،⁵⁶¹ ثم بدأ القضاء الفرنسي يتجه لاحقاً إلى الحكم بأن كل خطأ عقدي يشكل في ذات الوقت خطأ تقصيرياً تبعاً

⁵⁵⁸ ينظر في ذلك د. سالم محمد رديعان الغزاوي ، المرجع السابق ، ص 181

⁵⁵⁹ ينظر في ذلك د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 177

⁵⁶⁰ Civ 2e, 4 decemb 1964 نقلاً عن المرجع نفسه ، ص 178

⁵⁶¹ تقدمت محكمة النقض خطوة أخرى عندما اعتبرت أن عدم تنفيذ الالتزام العقدي يكفي لتكوين خطأ تقصيري، بمعنى أن كل خطأ عقدي هو تقصيري في مواجهة الغير عن العقد.

cass.soc. 21 mars 1972,j.c.p 1972. n. 17236, note SAINT-JOURS.

نقلاً عن Francois Terre, et philipe simler et yves lequette, Droit civil, Les obligations, D.2005, p.496

لغموض فكرة الخطأ التقصيري واتساعها.⁵⁶² وأصبح بذلك إستقلال الخطأ العقدي عن الخطأ التقصيري مبدأ شكلياً يحرص على ذكره القضاة تفادياً لنقض أحكامهم،⁵⁶³ فظهر الخطأ العقدي برداء تقصيري ولكنه مجرد من الإخلال بواجب قانوني، إلا أن هذه المرونة لم تحصل لولا الاعتراف بأن الخطأ العقدي يتضمن إخلالاً بواجب قانوني.

ففي نزاع طرح أمام محكمة النقض عام 1962 بشأن رجوع مستأجر إحدى دور السينما بدعوى المسؤولية محتجاً بالخطأ العقدي ضد المقاول والمهندس بسبب سوء تنفيذ أعمال الإصلاح والترميم بسقف القاعة، فأجازت محكمة الإستئناف إحتجاج المستأجر عليه وفق قواعد المسؤولية التقصيرية، وهو ما أيدته محكمة النقض استناداً إلى أن خطأ المهندس تم النظر إليه إستقلالاً عن العقد.⁵⁶⁴ بل وأكدت محكمة النقض هذه المسؤولية للمهندس في مواجهة المستأجر في قضية أخرى لعيوب في التنفيذ رغم أن هذه العيوب لم تتضمن خطورة تذكر،⁵⁶⁵ بمعنى أنها لا تشكل تهديداً للسلامة. وفي قضية أخرى رفضت المحكمة دعواً أثاره مهندس مؤداه أنه ليس للمقاول، وهو أجنبي عن العقد الذي يربط المالك بالمهندس، أن يتمسك بإخلال الأخير بالتزامات لم تنقرر بمقتضى هذا العقد إلا لمصلحة مالك المشروع وحده، وكان مسلك محكمة النقض محل جدل، حيث أنها لم تتردد، بالإستناد إلى ذات الحجة، في إلغاء أحكام قررت المسؤولية التقصيرية للمهندس دون أن تبين في الحثيات كيف خطأه العقدي يشكل في ذات الوقت خطأ تقصيرياً.⁵⁶⁶

بل ويتضح التطبيق بصورة أكبر في حكم قررت فيه المحكمة أن شرط تحقق الخطأ التقصيري كان متوافراً بما يجيز لمالك المشروع أن يرجع على صانع التجهيزات المعيبة على الرغم من أن صانع لا يتحمل إلزاماً تجاه الكافة بتوريد تجهيزات غير معيبة صالحة للوفاء.⁵⁶⁷

ولم تقف محكمة النقض الفرنسية عند هذا الحد، إذ قررت الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية صراحة أن (الغير بالنسبة للعقد يمكن أن يستند إلى أي إخلال بالعقد عندما يحدث له هذا الإخلال ضرراً دون حاجة لأي إثبات آخر).⁵⁶⁸ وبذلك فإن كسب الدعوى فيما يتعلق بالمسؤولية عن الضرر الذي يصيب الغير تفرض فقط أن المتضرر يثبت أن الضرر حدث له بسبب الخطأ العقدي،

⁵⁶² Soinne (B) : La responsabilite des architectes et entrepreneurs après la reception des travaux .these. Lille.n. 117. p.226

نقلًا عن د. محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير، المرجع السابق، ص 20

⁵⁶³ (Corno) نقلًا عن المرجع نفسه

⁵⁶⁴ Cass. Civ. 9 oct 1962. J.C.P. 1962-11-12910. نقلًا عن المرجع نفسه، ص 22

⁵⁶⁵ Cass. Civ. 1. 24 oct 1967. R.T.D.C.. 1968-11-15360. نقلًا عن المرجع نفسه، ص 23

⁵⁶⁶ المرجع نفسه، ص 24

⁵⁶⁷ Cass. Civ. 1. 23 mai 1978. Bull. Civ. 1.n.201. نقلًا عن المرجع نفسه، ص 27

⁵⁶⁸ Civ 1er, 18 juillet 2000, Bull-civ-I, n.221. R.T.D. civ.2001.146.obs. P.Jourdain.

وليس ضرورياً أن يثبت وجود خطأ تقصيري مستقلاً عن الخطأ العقدي أو مستقلاً عن العقد الذي لم يتم تنفيذه.⁵⁶⁹

وتعليقاً على هذا القرار يذكر (مازو) بأن (1- الإثبات الذي يتحمله الغير خفيف، وبذلك يكون تعويضه أسهل مما لو طلب منه إثبات إهمال المدين أو رعونته بالمعنى الذي يستوجب إثبات الخطأ التقصيري (المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي). بل سيكون الأمر في صالح الغير إلى درجة كبيرة عندما يكون إلتزام المتعاقد التزاماً بنتيجة لأنه مجرد عدم تنفيذ المدين التزامه يعد ذلك خطأ، فالغير لا يطلب منه إلا أن يثبت أن النتيجة لم تتحقق. وبذلك يمكن أن يستفيد الغير من مسؤولية دون خطأ، وهذا ما يخرج عن نطاق المسؤولية عن الخطأ الشخصي. إن الحل يدمج الخطأ العقدي بالخطأ التقصيري، وهذا يعني أن الغير سيستفيد من عقد هو أجنبي عنه، ذلك بحصوله على التعويض، حتى وإن كان غير متوقع ناجم عن عدم تنفيذ التزام لم يكن هو دائن به وذلك من دون أن يستطيع المتعاقد – أي المدين – أن يحتج على الغير بشرط مقيد للمسؤولية فيما لو وجد بالعقد.⁵⁷⁰

ويستطرد قائلاً بأنه (يمكن تقويم موقف الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بالربط بينه وبين أحد المبدأين، المبدأ التقليدي الذي ينظم أثر العقد أي مبدأ نسبية أثر العقد، ومبدأ حجية العقد من قبل الغير، وهذا الحل الذي يدق جرس مبدأ نسبية الخطأ العقدي ويحل محله المزج بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري هو محل جدل. فإذا أخذ بنظر الإعتبار أن القانون يقر للغير أن يقيم دعوى مسؤولية في مواجهة المدين الذي أحدث ضرراً نتيجة عدم تنفيذ التزامه العقدي، ولا تؤدي هذه المسؤولية، طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد، إلى أن يتصرف الغير بوصفه دائناً عقدياً وإنما فقط يجوز للغير أن يقيم الدعوى بوصفه متضرراً نتيجة فعل ارتكبه المدين. وبما أن طبيعة الدعوى تختلف بين ما إذا مارسها الدائن العقدي وما إذا مارسها الغير الذي يتضرر لعدم تنفيذ العقد، فالغير يجب أن يثبت أن الضرر الذي أصابه هو نتيجة خطأ تقصيري مستقل عن الخطأ العقدي الذي لا يثبت إلا من كان طرفاً. ومن هنا نجد أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية تذهب في قراراتها إلى أن الغير الذي يتضرر من عدم تنفيذ العقد يجب أن يثبت ان عدم تنفيذ العقد يعد إخلالاً بالواجب العام بعدم الإضرار بالغير.⁵⁷¹)

ويضيف (مازو) مرجحاً بأنه (سبق وأن قلنا أنه إذا ارتبط التزام المتعاقد بالتزام آخر كالالتزام بضمان السلامة أو بالإعلام، فإن إخلال المتعاقد بهذا الالتزام إذا أحدث ضرراً للغير، فليس ثمة مشكلة، فالغير يمكن أن يقيم دعوى مسؤولية تقصيرية على المتعاقد ولا يثبت الغير حينئذ إلا الإخلال بالالتزام،

Denis MAZEAUD, ibid, p.757

ibid, p.757-758

com. 8 oct 2002, j.c.p 2003-I-152, obs. G.Viney. com. 5 avr 2005, ccc 2005, comm..n.149. obs. L.Leveneur, op. Denis MAZEAUD, ibid, p.758

569

570

571

وذلك لأن الضرر أو الإخلال في هذه الحالة يتجاوز النطاق العقدي لأن مصدر الإلتزام بالضمان أو الإعلام هو القانون. فإذا دمجت الغرفة المدنية بين الخطأين في هذا السياق فإنها لم تمس مبادئ القانون المدني. فالغير لا يطالب بتنفيذ الإلتزام وإنما عن تعويض الضرر. ويمكن أن يقارن ذلك بمسؤولية المنتج التي وردت في قانون 1988 فإن كل من يتضرر من المنتج سواء أكان متعاقداً أو من الغير له الحق في المطالبة بالتعويض من المنتج والتعويض يخضع لذات القواعد. وهذا يعني أن شروط المسؤولية لا تختلف إذا حدث الضرر نتيجة الإخلال بقاعدة قانونية عامة: ومثال ذلك يجب عدم المساس بالسلامة الجسدية أو أمن الغير).⁵⁷² وينتهي إلى ضرورة القول بأن الغير إذا أصابه ضرر نتيجة الإخلال بهذا الإلتزام لا بد أن يكون هذا الإخلال خطأ تقصيرياً.

الخلاصة أن الغير يمكن أن يستند إلى العقد أو الإخلال به بوصفه واقعة ومن ثم يكون الإخلال خطأ تقصيرياً، ومحكمة النقض الفرنسية لها أكثر من موقف في هذا الشأن ، إذ بالنسبة للدائرة الأولى، ثم لحقت بها الثالثة ، فإن مجرد الإخلال بالإلتزام يساوي الخطأ في مواجهة الغير من دون حاجة لأي عنصر في الإثبات آخر. أما الغرفة التجارية فتري أن على الغير أن يثبت خطأ متميزاً.⁵⁷³

وإزاء هذا الخلاف فقد حسمت الهيئة العامة لمحكمة النقض الموضوع في قرار لها في 6 أكتوبر 2006 عندما ذهبت إلى أن (الغير بالنسبة للعقد يمكن أن يثير، على أساس المسؤولية التقصيرية، إخلال بالعقد مادام هذا الإخلال يسبب له ضرراً).⁵⁷⁴

2- موقف القضاء البحريني :

في إطار البحث عن موقف واضح للقضاء البحريني حول فكرة إستبعاد الإحتجاج بالخطأ العقدي المجرد، ومدى ضرورة أن يتضمن الخطأ العقدي في ذات الوقت إخلالاً بواجب قانوني، يمكن أن نستشف بأنه سار في ذات الإتجاه الذي سارت عليه الدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية من إشتراط أن يتضمن العقدي في ذات إخلالاً بواجب قانوني ليتسنى للمضروب الإحتجاج بهذا الخطأ في مواجهة من إرتكبه.

ففي نزاع طرح أمام محكمة التمييز البحرينية بشأن الإخلال بضمان السلامة في عقد المقولة، قضت المحكمة بأن (مفاد المادة 13 من قانون تنظيم المباني الصادر بالمرسوم بقانون رقم 13 لسنة

Denis MAZEAUD, ibid, P. 759

Daniel MAINGUY , ibid , p.178

Ass. Ple'n . 6 oct 2006 , n 05-13255, D.2006, p.687, obs. D.MAZEAUD: RTD civ.

2005.602. obs. JOURDAN.

BERTAND Fages, ibid ,p. 232 نقلاً عن

⁵⁷²

⁵⁷³

⁵⁷⁴

1977 تحميل المرخص له والمهندس والمقاول المسؤولية عن سلامة المبنى المرخص به خلال مدة تنفيذه ولمدة خمس سنوات على الأقل بعدها وهو ما يعني أن المشرع فرض عليهم جميعاً التزاماً بضمان سلامة البناء من العيوب خلال تلك المدة على الأقل قبل كل من يلحقه ضرر نتيجة الإخلال بهذا الالتزام كل بحسب مسؤوليته طبقاً لأحكام القانون المنطبق على علاقته بالضرر فيتسع النص ليشمل مسؤوليته التقصيرية أو العقدية سواء قبل الغير أو قبل بعضهم البعض حسب الأحوال).⁵⁷⁵

ويمكن ملاحظة أن محكمة التمييز البحرينية في هذا القرار وإن إعتبرت الإخلال بضمان السلامة بين أطراف العقود خطأ عقدياً يستوجب المسؤولية العقدية، إلا أنها عادت وتداركت الموقف بتقريرها المسؤولية التقصيرية في مواجهة الغير، بيد أن تأسيس المحكمة لهذا الرجوع لم يخرج عن ضرورة وجود خطأ تقصيري إلى جانب الخطأ العقدي، إذ وإن لم تبين المحكمة ذلك صراحة في حكمها المشار إليه، إلا أنه يمكن إستنتاجه من خلال رجوعها إلى نص المادة 13 من قانون تنظيم المباني، وبذلك يمكن القول بأن محكمة التمييز وإن أقرت بمسؤولية المتعاقد تجاه الغير وتعويضه عن الضرر إلا أنها تؤكد إستبعاد الإحتجاج بالخطأ العقدي المجرد في هذا المجال وقولها بضرورة مخالفة واجب قانوني وفقاً للمادة المذكورة.

ومن تطبيقات قضاء محكمة التمييز البحرينية أن رافعة أحدث ضرراً بأجهزة كهربائية لشخص "الغير" أثناء قيامها بإنزال طابوق من فوق سطح أحد البيوت المجاورة لبيت هذا الشخص، فقطعت الخط الكهربائي الموصل لبيته ونتج عن ذلك تلف الأجهزة الكهربائية المذكورة، وقد كان عمل الرافعة تنفيذاً لعقد، وحكمت المحكمة بمسؤوليته المتعاقد صاحب التقصيرية تأسيساً على العمل غير المشروع، وليس على أساس الإخلال بالالتزام عقدي بسوء تنفيذ العقد.⁵⁷⁶

بل وأن محكمة التمييز قد أكدت هذا الإتجاه في حكم أحدث يتعلق بمسؤولية الشريك تجاه الغير، حيث ذهبت إلى أن (مسؤولية الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن ديونها، إنما تتحدد بقدر حصته في رأس المال عملاً بالمادة 215 من قانون الشركات التجارية رقم 28 لسنة 1975 - الذي أبرم عقداً القرضين في ظل العمل به - وإن كان ذلك لا يمنع من مسؤوليته تجاه الغير عن مخالفة القانون والخطأ في الإدارة طبقاً لنص المواد 156، 157، 235 من ذات القانون على أساس احكام المسؤولية التقصيرية).⁵⁷⁷

ومن هنا يمكن ملاحظة موقف محكمة التمييز البحرينية التي إعتبرت الخطأ في هذا السياق مبرراً للرجوع بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية، وبإستبعاد فكرة الإحتجاج بالخطأ العقدي المجرد

⁵⁷⁵ الطعن رقم 381 لسنة 2002 - جلسة 22 سبتمبر 2003م

⁵⁷⁶ الطعن رقم 299 لسنة 2003 - جلسة 12 يناير 2004م

⁵⁷⁷ الطعن رقم 93 لسنة 2006 - جلسة 29 مايو 2006 م

بشكل مطلق عندما أسست ذلك الرجوع بموجب مواد قانونية، بمعنى ضرورة أن يتضمن الخطأ العقدي إخلالاً بواجب قانوني، وإلا فلا يمكن إثارة مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في هذا الصدد.

ثانياً – تقويم الإتجاهات المطروحة :

لابد أن نبين محاولة استبعاد مبدأ الحجية، ثم كيف تم التخلي عن هذه المحاولة نحو تكريسها، وذلك وفقاً لما يلي.

1- محاولة استبعاد مبدأ حجية العقد:

يلاحظ من سبق أنه أقرت فكرة الرجوع على المتعاقد بالمسؤولية التقصيرية، في إطار تطبيقات قضائية أجازت فكرة إحتجاج الغير بالعقد في مواجهة أطرافه، فللحجية دور هام في رفع التعارض بين مبدأ نسبية أثر العقد وقواعد المسؤولية التقصيرية.

إلا أن التأسيس الذي قام به الفقه لفكرة إحتجاج الغير بالعقد في مواجهة المتعاقدين يحد من نطاق مبدأ الحجية في هذا المجال، إذ رغم تمسك الغير بالضرر بالإخلال بتنفيذ العقد لا يعد خرقاً لمبدأ نسبية أثر العقد⁵⁷⁸ إلا أنه من الواضح أن ثمة مشكلات فنية قانونية تثور في هذا الشأن، ذلك أن الفقه لم يستطع تفسير فكرة الإحتجاج بالخطأ العقدي إلا بالرجوع إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، والتي تتطلب بطبيعة الحال أن يتضمن الخطأ العقدي في ذات الوقت خطأ تقصيرياً بحيث يشكل هذا الخطأ العقدي إخلالاً بواجب قانوني، وإلا فلا مكان لتطبيق أحكام مسؤولية المتعاقد، وهذا ما تبنته الدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية.

ولا يعد صحيحاً ما يشير إليه الفقه التقليدي من أن الضرر الذي يصيب الغير يعني أنه – أي الغير – يتأثر بالعقد بصورة غير مباشرة.⁵⁷⁹ حيث أن هذه الفكرة محل نظر بدليل أن مسؤولية المتعاقد يمكن أن تنقرر في مواجهة الغير دون أن يشار إلى العقد، ذلك أن القضاء الفرنسي أخذ يقيم المسؤولية بناء على أفكار لا تتعلق بفكرة الإحتجاج بالعقد، عندما طرح فكرة مضار الجوار كأساس للمسؤولية، وفكرة مسؤولية المنتج عن حراسة التكوين، أو حتى على أساس فكرة الحراسة ذاتها والخطأ الشخصي، فإذا كانت مسؤولية الغير لا تتحدد وفق الخطأ العقدي بل وأن الغير لا يحتج بالعقد من أساسه فما هو الداعي لإثارة فكرة إحتجاج الغير بالعقد؟

⁵⁷⁸ د. محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص 121

⁵⁷⁹ د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 162

والحق أن الغير قد يتأثر بالعقد، ولكن هذا التأثير يفقد كل مقوماته عندما يشترط في الخطأ العقدي شروط الخطأ التقصيري ذاتها بأن يتضمن إنحرافاً في السلوك، بل وأن القاعدة التي سار القضاء الفرنسي على تطبيقها لعدة سنين من ضرورة أن يتضمن الخطأ العقدي في ذات الوقت إخلالاً بواجب قانوني لا يمكن أن تكون صحيحة وفق هذا التفسير، فإما أن يتأثر الغير بالعقد وبالتالي لا يستلزم ذلك توافر شروط الخطأ التقصيري في الخطأ العقدي، وإما أن ننفي تأثر الغير بالعقد ونطبق القاعدة. فالقاعدة التي طبقها القضاء في هذا السياق عكسية، بمعنى أن القاعدة التي تكرر تطبيقها هي أن الخطأ التقصيري في مواجهة الغير يشكل في ذات الوقت خطأ عقدياً في مواجهة المتعاقد الآخر وليس العكس، وفي ذلك اختلاف كبير.

وتأسيساً على ما تقدم يتضح أن القول بأن كل خطأ عقدي مجرد لا ينطوي في ذات الوقت على خطأ تقصيري، لا يمكن للغير أن يحتج به وبالتالي لا يمكن أن يثير مسؤولية المتعاقد التقصيرية، يؤدي إلى نتيجة هامة، وهي إهدار نطاق واسع من مبدأ الحجية ذاته، حيث أن إشتراط أن ينطوي الخطأ العقدي على إنحراف في السلوك الشخصي أي إثبات الإخلال بواجب عام يعني أن العقد في هذا المجال يعد أمراً هامشياً بالنسبة للغير لا يعنيه في شيء، ومن ثم فإن فكرة الإحتجاج بالعقد وبآثاره الضارة ذاتها تصبح عديمة الجدوى، إذ لا يوجد إحتجاج بالعقد أصلاً، فالإحتجاج وفق هذا الإتجاه يكون بالخطأ التقصيري الذي يشكل في ذات الوقت خطأ عقدي في مواجهة المتعاقد.

ويدعم هذا التحليل ما إنتهجه القضاء الفرنسي في تقرير مسؤولية المنتج لا على أساس العقد بل على أساس المسؤولية التقصيرية القائمة على الحراسة، وهي حراسة التسيير.⁵⁸⁰ وهذا يعني أن القضاء مازال يخلط بين مبدأ النسبية والحجية لاعتقاده أن القول بأن الخطأ العقدي في ذات الوقت خطأ تقصيري قد يعني انصراف أثر العقد إلى الغير دون أن يلتفت إلى أن اعتبار الخطأ العقدي تقصيرياً في مواجهة الغير يستند إلى حجية العقد التي تنظم تأثر الغير بالعقد بما في ذلك الخطأ العقدي أي وقوع إخلال بالعقد.

لقد قرر القضاء مسؤولية البائع اما بموجب القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية لخطأ ارتكبه واما على أساس المسؤولية الشيعية،⁵⁸¹ فلم تقبل فكرة أن الغير المضرور يحتج بالعقد في مواجهة المنتج ذاته، فقد قرر مثلاً أن المنتج مسؤول تقصيرياً في مواجهة الغير الذي استخدم المصعد

⁵⁸⁰ د. بودالي محمد، المرجع السابق، ص 9-10

⁵⁸¹ Malincaud (ch.), la responsabilite civile du vendeur Fabricant a raison des vices de la chows, j.c.p., 1968-1-2153

نقلاً عن د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 166

فأصيب بالضرر، وذلك لأن المنتج سلم هذا المصعد بموجب عقد البيع معيباً.⁵⁸² ولكن الحكم لم يعنى بعقد البيع في هذا السياق حيث يعد المنتج مسؤولاً تقصيرياً بناء على مسؤولية الشئئية منذ طرحه المنتج للتداول.

ويؤكد الطابع الهامشي للعقد ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من رفض تمسك المتعاقد بالشروط العقدية في مواجهة المضرور حينما قضى بأنه (فما من عقد يربط بين المضرور ومرتكب الفعل الضار، ومن ثم يتعذر على المدين أن يتمسك بالشروط العقدية المتعلقة بالمسؤولية في مواجهة الغير المضرور جراء الإخلال بالعقد، فهذه الشروط لا يجوز الإحتجاج بها على الغير).⁵⁸³ فكيف إذن نجيز الإحتجاج بعقد دون الإحتجاج بشروطه؟

لقد كانت وراء هذا الموقف الخشية من أن يكون الإحتجاج المجرد بالخطأ العقدي – الذي لا يحتمل في ذات الوقت خطأ تقصيري – وهو احتجاج يؤدي إلى الإخلال بمبدأ نسبية أثر العقد، بأن يجيز للغير المطالبة بتنفيذ عقد لم يكن طرفاً فيه بل والتعويض عن ضرر على وجه يخل بمبدأ النسبية تحت غطاء مبدأ الحجية، أي أن تخويل الغير دعوى تقصيرية ضد المتعاقد دون أن يشكل خطأ هذا الأخير في ذات الوقت خطأ تقصيرياً من شأنه الإخلال بمبدأ النسبية في المضمون وليس الإطار الخارجي للعقد – أي مبدأ الحجية.

بناءً على ذلك – ووفقاً لمبدأ نسبية أثر العقد – يقتصر طلب تنفيذ الإلتزام على الدائن وحده، سواء كان هذا التنفيذ مباشراً أو غير مباشر، ففي الحالتين لا يتم التنفيذ إلا لمصلحة الدائن وحده، ولا يقع إلا على عاتق المدين وحده.⁵⁸⁴ ومن ثم فإن تطبيق مبدأ الحجية بهذا الشأن يتضمن في الوقت ذاته إستثناءً من مبدأ النسبية.

إن من أسباب ظهور هذا الموقف أيضاً هو معالجة الموضوع في إطار عقد المقاوله وفكرة ضمان السلامة على وجه الخصوص،⁵⁸⁵ إذ أن الإلتزام بضمان السلامة يمثل التزاماً قانونياً أو واجباً عاماً بحد ذاته، ففقود المقاوله التي ترد على البناء وترتب ضرراً بالغير تعد في ذات الوقت خطأ تقصيرياً. وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه ليس على المتعاقد أن يثبت التنفيذ المعيب للعقد

⁵⁸² Civ, 8 mars 1937, R.T.D. نقلاً عن د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 166

⁵⁸³ cass Civ. 111. 15 mai 1973 نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير، المرجع

السابق، ص 17

⁵⁸⁴ د. محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير، المرجع السابق، ص 149

⁵⁸⁵ وفي هذا السياق يرى البعض أن (الإلتزام العام في الفقه الحديث يرى فصل الإلتزام بالسلامة عن العقد la decontractualisation de securite. وأنه كلما كان الضرر الذي لحق بالدائن ضرراً جسدياً، فإن التعويض لا يكون إلا على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، حتى ولو كان الضرر ناتجاً أو متولداً عن عدم تنفيذ التزام عقدي أو تنفيذه تنفيذاً معيباً). د. أحمد عبدالعال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري: البحث في مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني، الطبعة الأولى 2001، ص 48-49

وأنه سبب له ضرراً.⁵⁸⁶ ويفهم من ذلك أن مجرد الإخلال بالالتزام يؤدي إلى نشوء إلتزام بحماية الغير (مثل الإلتزام بضمان السلامة)، بينما توجد إلتزامات أخرى موجهة لحماية مصلحة الدائن فقط.⁵⁸⁷ وقيل في ذلك أن (ثمة إخلالاً بالتزام عام باليقظة، فلذلك يسأل ببناء العقار في مواجهة الغير عن إنهزام البناء. وكذلك المقاول عندما يحدث البناء ضرراً للغير لأنه وإن أخل بالتزامه العقدي ولكن لم ينفذ إلتزاماً عاماً بأن لا يعرض حياة الغير للضرر. بينما الإخلال بالإلتزام بعدم المنافسة لا يؤدي إلى المسؤولية التقصيرية لأن الأصل حرية المنافسة).⁵⁸⁸

بل حتى في عقود المنتجين والصناع فإن مسؤوليتهم عن الأضرار تقوم على أساس الحراسة في التكوين دون النظر إلى العقد، بإعتبار أن مجرد طرح المنتج في الأسواق كفيلاً بأن يرتب عليهم المسؤولية إذا تضرر أحد منها.

ويبدو أن هذا ما جعل بعضاً من الفقه الفرنسي ومن بينهم (مايكل غريمالدي) Michel Grimaldi يذكر في إطار التعليق على فكرة المسؤولية دون اشتراط أن يتضمن الخطأ العقدي في ذات الوقت خطأ تقصيرياً بأنه (يمكن أن يظهر ذلك في حالتين: الأولى - عندما يكون الإلتزام التزاماً بالضمان، الذي يجد مصدره في القانون وليس العقد، لأنه إذا كان المصدر القانون تظهر المصلحة العامة. الثانية - حالة المجموعة العقدية حيث يمكن أن يعول كل طرف في عقد في مجموعة على تنفيذ الطرف الآخر في عقد آخر خاصة الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالنصيحة).⁵⁸⁹ ويستطرد بالقول أنه (خارج الحالتين المذكورتين، المنطق يستلزم الفصل بين الخطأين ، فالإلتزام العقدي لا يوجد إلا بإرادة المتعاقدين أي أن سلوك المدين - المتعاقد - لا يكون خطأً إلا لأنه إلتزام بأن يقوم بذلك السلوك. والغير لا يعول على هذا السلوك أو التنفيذ الجيد للعقد).⁵⁹⁰

ويرى (برون) Brun بأن المادة 1342 من مشروع قانون (كاتالا) حلت المسألة بطريقة تختلف قليلاً، ذلك أنه إذا استند الغير إلى الإخلال بالعقد فعليه أن يتحمل كل الشروط المقدية للمسؤولية أو شروط التسوية مثلما عليه الحال بالنسبة للدعوى المباشرة، ولكن الغير بإمكانه أن يثير خطأ تقصيرياً.⁵⁹¹ إلا أن هذا الطرح يخالف مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين.

⁵⁸⁶ cass. 1re civ, 18 juill 2000, n.99-12135. Bull.civ.1, n.221 : RTD civ. 2004, 146. obs.p.Jourdain.

⁵⁸⁷ BERTAND Fages, Droit des obligations, L.G.P.J , 2009, p.232

⁵⁸⁸ BENABENT, Les obligations, op.cit, n.552

⁵⁸⁹ Michel Grimaldi , ibid, p.179 نقلاً عن

Civ 1, 26 mars 1996, Bull.civ.I, n.154

⁵⁹⁰ Michel Grimaldi , ibid, p.179

⁵⁹¹ v.ph. Brun , feu la relativite de faute contractuelle , R.L.D.C , janv. 2007, p.5

نقلاً عن Daniel MAINGUY , ibid , p.178

وبهذا نرى أن القول بضرورة أن يتضمن الخطأ العقدي في ذات الوقت إخلالاً بواجب قانوني كشرط لإحتجاج الغير به في مواجهة من ارتكبه، يمس مبدأ حجية العقد في مواجهة المتعاقدين، ومن ثم تم التوجه إلا حلول أخرى.

2- تكريس مبدأ حجية العقد :

الواقع أن اعتبار الخطأ العقدي يمثل في ذات الوقت خطأ تقصيري سوف يكون مفيداً للغير المضرور ضرراً عقدياً هو الآخر، حيث يتمكن من إقامة دعوى المسؤولية التقصيرية، على وجه لا يناقض فكرة مبدأ النسبية لأنها لا تتسم بطابع عقدي.⁵⁹² أما القول باستقلال الخطأ العقدي عن الخطأ التقصيري فإنه قد يؤدي إلى حرمان الغير من أي دعوى للمطالبة بتعويض الضرر عندما لا يوجد خطأ تقصيري مستقل، ولا يكون الحل كما يشير بعض الفقه إلا أن يسمح للغير بالحصول على التعويض عن طريق إستثناء مبدأ نسبية أثر العقد.⁵⁹³

كما أن المسؤول في هذا المجال قد ارتكب خطأ عقدياً، ومن ثم فإن إعتبار الخطأ العقدي خطأ تقصيرياً في مواجهة الغير الأجنبي من شأنه أن يرفع عن هذا المضرور الصعوبة في إثبات الخطأ التقصيري لتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية،⁵⁹⁴ فلا يلزم بإثبات أن الخطأ العقدي قد تضمن إنحرافاً في السلوك بالمعنى الذي تحدده قواعد المسؤولية التقصيرية.

ومن هنا نعتقد أن مجرد ارتكاب خطأ عقدي في مواجهة المتعاقد يكفي من جهة أخرى لإعتباره خطأ تقصيرياً ثبتت فيه مقومات الإنحراف بالسلوك الواجب توفرها في الخطأ التقصيري، وهذا هو الموقف الذي اتجهت إليه الدائرة الأولى والثالثة بمحكمة النقض الفرنسية.

فالخطأ التقصيري يجب أن يتضمن إنحرافاً في سلوك الشخص المعتاد، وهو أمر متحقق بالنسبة للخطأ العقدي المحض كذلك، والسبب أن الشخص المعتاد ينفذ العقد الذي التزم به ولا يقوم بأي عمل من شأنه الإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتقه، ويذهب بعض الفقه في فرنسا إلى هذه النتيجة بتقرير أن (محل الإلتزامات العقدية، في الغالب، نتيجة معينة، يجب على المدين تحقيقها ما أمكنه، ويكفي، من ثم، عدم تحقيقها، ليقوم الخطأ في جانبه، دون حاجة إلى تقدير سلوكه، لأنه، بإخلاله بالتعهد

⁵⁹² .د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 136

⁵⁹³ . المرجع نفسه ، ص 136 - 137

⁵⁹⁴ . المرجع نفسه ، ص 138

الذي أخذه في العقد على نفسه ، وبعدم إنجاز ما التزم به وفقاً له، قد انحرف عن سلوك الرجل العادي الذي ينفذ تعهده مالم يعقه سبب أجنبي عن تنفيذه).⁵⁹⁵

فالمعيار الذي يجب الإسترشاد به لتمييز الخطأ العقدي عن سواه من الأخطاء هو معيار متحرك ومتغير يتأثر بتغير الظروف الاجتماعية والإقتصادية التي بقدر ما يتسع نطاقها وتتشعب نشاطاتها بقدر ما تصبح هذه الظاهرة مصدراً جديداً لخلق موجبات تعاقدية اضافية ينطوي عليها العقد استجابة للمستجدات المعاصرة وتكريساً لقواعد العدالة والإنصاف الواجب مراعاتها بصورة صريحة أو ضمنية على الأقل في ميدان التعاقد والتعامل على حد سواء.⁵⁹⁶ وهذا ما ذهبت إليه الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 6 أكتوبر 2006 من أن (الغير بالنسبة للعقد يمكن أن يثير، على أساس المسؤولية التقصيرية، إخلال بالعقد مادام هذا الإخلال يسبب له ضرراً).⁵⁹⁷

وعلى هذا الأساس ، وحفاظاً على مصلحة المضرور نقترح الأخذ بفكرة الإحتجاج بالخطأ العقدي المجرد دون النظر إلى كونه يحتمل في ذات الوقت خطأ تقصيري من عدمه، ويمكن للقضاء الإستناد في ذلك على فكرة "تحمل التبعة"، بأن نعتبر كل خطأ عقدي بحد ذاته خطأ تقصيرياً في مواجهة للغير، فهذه الفكرة ، لأن ذلك ما يمليه على مبدأ حجية العقد في مواجهة المتعاقدين، وبذلك نجعل المتعاقد الذي يستفيد من وجود العقد يتحمل في ذات الوقت الأضرار التي تنجم عن تنفيذه بشكل سيء، وهذه قاعدة هامة مقررة في الشريعة الإسلامية يمكن تطبيقها في هذا المجال،⁵⁹⁸ وترفع الحرج عن القضاء من ناحية أخرى لتقرير مسؤولية المتعاقد في مواجهة الغير حتى وإن لم يتضمن الخطأ العقدي في ذات الوقت إخلالاً بواجب قانوني.

وعلى أي حال فإن الغير الأجنبي يمكن أن يستند إلى العقد (أو الخطأ العقدي) لطلب التعويض عن الضرر الذي حاق به، ولكن ماذا لو كان هذا الغير في مركز عقدي هو الآخر (كحالة العقود من الباطن)، فهل من المجدي أن نطبق القاعدة ذاتها أم أن بعضاً من المعوقات تحول دون ذلك، هذا ما نتناوله في المطلب القادم.

⁵⁹⁵ . مازو، المسؤولية، فقرة 669-2 نقلاً عن د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 17 - 18

⁵⁹⁶ . د. مروان كساب ، المرجع السابق ، ص 8

⁵⁹⁷ . Ass. Ple'n . 6 oct 2006 , n 05-13255, D.2006, p.687, obs. D.MAZEAUD: RTD civ. 2005.602. obs. JOURDAN.

BERTAND Fages, ibid , p. 232 نقلاً عن

⁵⁹⁸ . حيث تعد قاعدة (الغنم بالغرم) من أهم القواعد الشرعية التي تفيد بأن من ينال نفعاً في أمر ما ، يتحمل ضرره بقدر منفعته، غير أن هذه القاعدة وإن كانت شديدة الإلتصاق بتطبيقات مسؤولية الشركاء إلا أنها تعد ضمن القواعد العامة في الإطار الفقهي العام. ينظر في ذلك د. عطيه عدلان عطيه رمضان ، موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة ، دار الإيمان ، الإسكندرية ، ص 461 وما بعدها.

المطلب الثاني

تطور فكرة إحتجاج الغير بالعقد

لم يكن تحقيق الحماية الفاعلة لكل من الطرف المضرور والمسؤول بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية أمراً محل تسليم لدى عموم الفقه، حيث ظهرت بعض السلبيات في تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية عندما يكون الغير هو طرف في عقد يرتبط بالعقد الذي وقع الإخلال به. لقد ظهرت محاولات جادة نحو تغيير طبيعة المسؤولية على هذا الأساس، ومن هنا سوف نتناول تطور فكرة إحتجاج الغير بالعقد من خلال طرح هذه سلبيات المضمون التقليدي كموضوع للفرع الأول، على أن يتبعه طرح للإتجاهات الفقهية التي حاولت تلافي هذه السلبيات في الفرع الثاني، وفقاً لما يلي:

الفرع الأول

سلبيات المضمون التقليدي

تتمثل سلبيات المضمون التقليدي لفكرة إحتجاج الغير في مظهرين، أولهما الإخلال بالتوازن العقدي، وثانيهما صعوبات التطبيق، وسوف نتناول كل منهما في يأتي:

أولاً : الإخلال بالتوازن العقدي :

إن القول بالمسؤولية التقصيرية في إحتجاج المضرور – الذي يتبوأ مركزاً عقدياً هو الآخر – بالخطأ العقدي على الطرف المسؤول يؤدي بلاشك إلى المساس بالتوازن العقدي، ذلك أن كل شخص يقدم على التعاقد يوازن بين مصالحه ومصالح الطرف الآخر، ويدخل في إطار هذه الموازنة أن المدين يتوقع أنه إذا أخل بالتزامه العقدي فإنه سوف يسأل بموجب أحكام المسؤولية العقدية طبقاً للعقد الذي أبرمه،⁵⁹⁹ فالحرص على وجود العقد مرجعاً لتقرير المسؤولية يعد أحد مظاهر حماية مبدأ القوة الملزمة للعقد.⁶⁰⁰

⁵⁹⁹ د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 251
⁶⁰⁰ . وهذا يتفق مع السياق العام الذي تتجه إليه محكمة التمييز البحرينية حيث قررت بأنه (إذا قامت علاقة تعاقدية محددة باطرافها ونطاقها، وكان الضرر الذي أصاب احد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الاخر بتنفيذ العقد. فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه باعتبار ان هذه الاحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً او عند الإخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب علي الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام =

ومن ثم ظهرت الحاجة إلى مراجعة المبدأ العام الذي يقتضي تقرير المسؤولية التقصيرية للمتعاقد تجاه الغير لعدم وجود عقد بين الطرفين تأسيساً على أنه لا يمكن الرجوع بموجب المسؤولية العقدية ذلك أن مبدأ نسبية العقد يحول دون ذلك،⁶⁰¹ وليس للمضرور - ومن ثم - سوى الاحتجاج بالخطأ بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية التي تخالف توقعاته.

وتستند مراجعة المبدأ العام إلى أن تطبيق نظام المسؤولية التقصيرية سيؤدي إلى إهدار القيمة القانونية لبعض النصوص القانونية الواضحة، خاصة تلك التي تتعلق بمدى التعويض، بالإضافة إلى النصوص المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النزاع والنصوص المتعلقة بالإختصاص القضائي حيث تحدث المغايرة بسبب إختلاف نوعي المسؤولية.⁶⁰²

كما تؤثر المسؤولية التقصيرية على مصلحة أطراف العلاقة، فمن حيث أن التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية يشمل الضرر المادي المباشر سواء أكان متوقعاً أم غير متوقع، بخلاف الحال في نطاق المسؤولية العقدية حيث يقتصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع فقط ولا يشمل الضرر المباشر غير المتوقع إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم.⁶⁰³ لذلك فإن تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية من شأنه المساس بحماية الطرف المسؤول بالزامة بالتعويض عن كافة الأضرار على الرغم من عدم صدور غش من جانبه أو خطأ جسيم.

وكذلك الأمر بالنسبة للبنود الواردة في العقد، إذ أن تقرير المسؤولية التقصيرية ستؤدي إلى حرمان الطرف المتضرر من الإستفادة من البنود الواردة في العقد، كما لو كان في العقد بند يقضي بتشديد المسؤولية، إذ يضرب بعض الفقه مثلاً على ذلك في علاقة الإيجار بأن عقد الإيجار الأصلي يرتب التزاماً على عاتق المؤجر بالقيام بكافة الترميمات اللازمة للعين المؤجرة، بصرف النظر عن ضرورتها، وكان عقد الإيجار من الباطن يتضمن بدوره مثل هذا الشرط، فإذا أخل المؤجر بالتزامه فسيؤثر ذلك على التزام المستأجر الأصلي في مواجهة المستأجر من الباطن، فيكون لهذا الأخير دعوى عقدية في مواجهة المستأجر الأصلي الذي قد يكون معسراً، ولا يكون أمامه سوى الرجوع على المؤجر

= العلاقة العقدية من إهدار نصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى إلى الأضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو عساً أو خطأ جسيماً مما يتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني، إذ يتمتع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقداً. الطعن رقم 22 لسنة 1995 - جلسة 21 مايو 1995م / ينظر أيضاً الطعن رقم 546 لسنة 2006 - جلسة 28 مايو 2007م

⁶⁰¹ . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 252

⁶⁰² . ينظر في تفاصيل ذلك لدى د. فيصل زكي عبدالواحد ، المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية ، دار الثقافة

الجامعية ، 1991-1992 ، ص 65 وما بعدها

⁶⁰³ . د. خالد جمال أحمد ، المرجع السابق ، ص 251

بدعوى المسؤولية التقصيرية، فيرتب ذلك حرمانه من بند التشديد في ذلك العقد الذي لم يكن طرفاً فيه.⁶⁰⁴

وقد إعترض بعض الفقه على ما تقدم باعتبار أن رجوع المستأجر من الباطن على المؤجر بموجب المسؤولية التقصيرية يرتب حصوله على التعويض بموجب الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة فلا يوجد - ومن ثم - حرمان للمستأجر من بند التشديد.⁶⁰⁵ غير أن هذا المنطق يرتب كما ذكرنا سلفاً مساساً بالحماية المقررة للطرف المسؤول من ناحية أخرى، فتطبيق قواعد هذه المسؤولية سيرتب إنتقاصاً من حماية أطراف العلاقة، أحدهما على حساب الآخر،⁶⁰⁶ ولكن بشرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية هذه المرة.

فلو أن عقد مقالة من الباطن يتضمن شرطاً يقضي بإعفاء المقاول من الباطن من مسؤوليته أو التخفيف منها، ثم حدث من جانبه إخلال بالعقد رتب أثراً على المقاول الأصلي تجاه رب العمل، فإن شرطاً كهذا يفقد جدوى وجوده متى تم الرجوع على المقاول من الباطن بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية.⁶⁰⁷

كما أن القواعد الخاصة بالتقادم تتعرض لبعض التعطيل، حيث أن مخالفة المقاول من الباطن لعقد المقالة يرتب ضرراً لرب العمل بحيث لا يستطيع هذا الأخير الرجوع على هذا المقاول إلا بموجب المسؤولية التقصيرية مما يعني أنه لا يمكن له أن يمارسها بعد مرور ثلاث سنوات على علمه بواقعة الإخلال رغم أن الضرر حصل أصلاً نتيجة إخلال بخطأ عقدي،⁶⁰⁸ مما يعني ضرورة خضوعه للقواعد القانونية التي تنظم التقادم في عقد المقالة.⁶⁰⁹ وكذلك الأمر بالنسبة لمستأجر البناء الذي يتهدم حيث يثبت للمستأجر الحق في التعويض بموجب المسؤولية التقصيرية بإعتباره غيراً، ومن ثم لا يخضع لأحكام التقادم التي يخضع لها المؤجر.⁶¹⁰ بينما لرب العمل أن يقيم دعواه طبقاً للمادة (615)

604 . د. فيصل زكي عبدالواحد ، المرجع السابق ، ص 48 - 49

605 . المرجع نفسه

606 . ويرد أستاذنا الدكتور فيصل زكي عبدالواحد على ذلك بالقول أن (الرجوع بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية، لا يكون بالضرورة، مضمون العواقب. لأنه من ناحية : أن هذه القواعد لا تتحرك إلا إذا كان هناك خطأ تقصيرياً، وهذا قد لا يكون محققاً في الفرض محل الدراسة). ويضيف بأن (دعوى المسؤولية التقصيرية يتعين ممارستها في خلال ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالضرر وبالشخص المسؤول، أو 15 سنة من تاريخ واقعة الإخلال أيهما اقل) مما يعني حرمانه - متى علم - من مدة التقادم الطويل في العلاقات العقدية. ينظر المرجع نفسه ، ص 50

607 . المرجع نفسه ، ص 53-54

608 . المرجع نفسه ، ص 47

609 . حيث تنص المادة (619) من القانون المدني البحريني على أن (لا تسمع دعاوى الضمان ضد المهندس أو المقاول بانقضاء ثلاث سنوات على حصول التعدم أو انكشاف العيب).

610 . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 247-248

من القانون المدني البحريني،⁶¹¹ في الوقت الذي يحق للمستأجر بإعتباره غيراً أن يقيم دعواه خاضعاً لأحكام المادة (180/أ) من القانون المدني البحريني والتي تنص على أن (لا تسمع دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع بمضي ثلاث سنوات من يوم علم المضرور بالضرر وبمن يسأل عنه، أو خمس عشرة سنة من وقوع العمل غير المشروع، أي المدتين تنقضي أولاً).⁶¹² ومن ثم يمتاز عن رب العمل في هذا الخصوص.⁶¹³

وهذا ما جعل الفقه الفرنسي يبحث في المسألة بتعمق حتى وصل الأمر إلى إقتراح البعض توحيد مدة التقادم عن تهدم البناء بغض النظر عن مركز المتضرر وصفته، وآخرون إقترحوا أن تكون مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية عشر سنوات حتى لا يحدث تمييز بين الأشخاص.⁶¹⁴

وزد على ذلك أنه حتى لو لم يكن المضرور في مركز عقدي كما هو الحال عندما يتضرر الخلف العام بصفة شخصية نتيجة وفاة سلفة بسبب الإخلال بالعقد، ففي الوقت الذي يكون فيه هذا الخلف غيراً عن العقد، ومن ثم يثبت له الحق في التعويض عن هذه الوفاة طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية حيث لا توجد علاقة عقدية، يؤدي إعطائه هذا الحق إلى التمتع بحقوق أكثر من سلفة.⁶¹⁵ فيتناقض الأمر – ومن ثم – مع مبدأ لا يجوز للشخص أن يدلي لغيره أكثر مما يملك. فلو كان الإخلال بالعقد نتيجة وجود عيب خفي وحصل الضرر بناءً عليه، فإن القاعدة القانونية تقضي بأن ينقضي الحق في رجوع المتعاقد (السلف) على الطرف المسؤول بمضي سنة من وقت تسليم المبيع بمعنى إنقضاء دعوى العيب الخفي،⁶¹⁶ في حين أن إعطاء الخلف العام دعوى تقصيرية في مواجهة المسؤول سيؤدي

⁶¹¹ . تنص الفقرة (أ) من المادة المذكورة على أن (يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقامه من منشآت ثابتة ، وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء مع مراعاة ما تقضي به المواد التالية.) / وحيث يوجب القانون المدني البحريني مراعاة أحكام القوانين الخاصة التي صدرت في هذا الشأن، فيجب – ومن ثم – مراعاة أحكام المادة (13) من قانون تنظيم المباني الخاصة بالإلتزام بضمان السلامة.

⁶¹² . إلا أن المادة (13) من قانون تنظيم المباني رقم 13 لسنة 1977 تعطي الإلتزام بضمان السلامة أهمية أكبر بتقرير مسؤولية المرخص له والمقاول والمهندس عن عيوب البناء لمدة خمس سنوات على الأقل.

⁶¹³ . وفيما يتعلق بموضوع تقادم مسؤولية المقاول يشير البعض إلى أن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت في بعض أحكامها إلى استبعاد التقادم العشري كلما كان هناك خطأ أو تدليس في تنفيذ العقد ، وأن مسؤولية المقاول والمهندس تخضع للتقادم الطويل في هذه الحالة. ينظر في ذلك د. أحمد عبدالعال أبو قرين، المرجع السابق ، ص 167 / ويوجه بعض الفقه الفرنسي نقداً لهذا الإتجاه. ينظر المرجع نفسه ، ص 169 وما بعدها.

⁶¹⁴ . ينظر في هذه الإقتراحات د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 248

⁶¹⁵ . ينظر في ذلك المرجع نفسه ، ص 245

⁶¹⁶ . حيث تنص المادة (423/أ) من القانون المدني البحريني على أن (لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع، ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، مالم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول). وتقابها المادة (452) من القانون المدني المصري.

إلى عدم إخضاعه إلى شروط دعوى العيب الخفي. وهذا ما جعل بعض الفقه الفرنسي ينتقد التمييز بين دعوى السلف والخلف العام.⁶¹⁷

وعلى الرغم من ذلك فإن إتجاهاً آخر يرى - وبحق - أن دعوى الخلف العام دعوى شخصية تختلف عن دعوى السلف، حيث أن الضرر يصيبهم بصفة شخصية، فالمورث لا يدلي لهم بهذا الحق،⁶¹⁸ وإن كنا نؤيد هذا الإتجاه لما ينطوي عليه من توضيح لطبيعة الضرر الذي يتعرض له الخلف العام وإختلافه عن طبيعة الضرر الذي يتعرض له السلف وبالتالي إختلاف الدعويين، إلا أننا لا نتفق مع النتيجة التي ينتهي إليها هذا الإتجاه من ضرورة تدخل المشرع لوضع نظام خاص يجمع مميزات المسؤولية العقدية والتقصيرية،⁶¹⁹ حيث أن تدخل المشرع بهذا الطريق سوف يفتح الباب أمام هدم الفروقات التقليدية بين المسؤوليتين، وهو أمر يقتضي إيجاد نوع ثالث من المسؤولية يجمع خصائص المسؤوليتين قد يرتب تمييزاً غير مبرر في بعض الحالات.

ثانياً : عدم الاستجابة للضرورات العملية :

لاحظ القضاء الفرنسي وجود نوع من الترابط المتبادل بين هذه العلاقات العقدية، فإذا كان المشرع قد أقر الدعوى المباشرة فقد سبقه القضاء إلى ذلك لما يفرضه التعامل من ضرورة إيجاد علاقة مباشرة بين الأشخاص وإن لم يتعاقدوا بصورة مباشرة.⁶²⁰ وقد إستخدم القضاء الفرنسي في بعض الأحيان فكرة الإفتراض، بحيث توسع في تكييف هذا الترابط على أنه يمثل علاقة ثالثة وإفتراض أن الإرادة صدرت عن الأطراف الذين يجمع بينهم تنفيذ العقد دون أن يتم التعاقد بينهم مباشرة.⁶²¹ ففي قضية تتلخص وقائعها في أن أحدهم أجرى عملية جراحية وتبين بعدها أنه أصيب بشلل في ذراعه الأيمن فأصدرت المحكمة قرارها بمسؤولية طبيب التخدير لإهمالة مراقبة وضع أطراف المريض أثناء

⁶¹⁷ . حيث يرى Esmein أن ضحايا الحادثة الناجمة عن الإخلال بالعقد من يعيش بعدها ومنهم من يلقي حتفه، وعلى فرض أن العقد بين ضحايا الحادث والمسؤول عن الضرر يشتمل على شرط الإعفاء من المسؤولية فإن التمييز بين دعوى الأقرباء والدعوى العقدية يؤدي إلى نتيجة شاذة.

ويضيف Bertrand بأنه أياً كانت طبيعة العقد الذي أدى إلى الإخلال به إلى نشوء الضرر فإن إختلاف المعاملة بين أطراف العقد من جهة وخلفهم العام من جهة أخرى لا يجد ما يبرره، فعلى سبيل المثال ليس ثمة مبرر أن يتمكن المريض الذي وقع ضحية إنفجار جهاز التحذير أن يطالب بالتعويض طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية الشينية، في حين أن ورثته يستطيعون ذلك باعتبارهم من الغير عليه فتناقض وصف اقرباء المتوفي ضحية الإخلال بالعقد بالغير مع مبدأ لا يجوز للشخص أن يدلي للغير أكثر مما يملك.

هذه الآراء نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 246 ومابعدا

⁶¹⁸ . المرجع نفسه ، ص 247

⁶¹⁹ . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 247

⁶²⁰ . المرجع نفسه ، ص 253

⁶²¹ (Neret) نقلاً عن المرجع نفسه ، ص 254

العملية، وطعن بالقرار على أساس أنه قضى بمسؤولية طبيب التخدير دون الجراح على الرغم من أن هذا الأخير هو من تعاقد مع المريض، إلا أن محكمة النقض الفرنسية ردت الطعن موضحة أن طبيب التخدير مسؤول مسؤولية عقدية وأن محكمة الموضوع عندما أصدرت قرارها بمسؤوليته تكون قد أقرت حتماً أن التخدير ما كلن سيتم لولا قبول المريض.⁶²²

ولا شك في أن التوجه نحو تطبيق المسؤولية العقدية في هذه العلاقات يعد نقلة نوعية هامة في التعامل مع المضرورين في العلاقات العقدية المتشابكة، وأن أمراً كهذا من الأهمية بمكان أن يعيد في ضوءه دراسة مبدأ نسبية أثر العقد من جهة ودراسة فكرة الطرف في العقد ومفهومة من جهة أخرى. فتطبيق المسؤولية العقدية في حالة عقود الباطن من شأنه القضاء على مبدأ نسبية أثر العقد في مفهومة التقليدي حيث يقصر الإلتزام بالعقد على أطرافه دون غيرهم، فيتحول مبدأ النسبية إلى مبدأ مرن يسع ما يسع من أطراف كانت لهم علاقة مع أحد طرفي العقد الأصلي. وبدورها تتغير فكرة الطرف أو مفهوم الطرف في العقد كذلك، حتى ذهب البعض – في ظل فكرة إفتراض الإرادة – إلى وجود إلتزام بالتعاون بين الأطراف جميعاً.⁶²³

ويذهب البعض إلى أبعد من ذلك حيث لا يقتصر الأمر على مجرد الإرادة، بل يتعداها إلى القانون ذاته مشتركاً مع الإرادة، حيث يرى Aubert أن الغير عندما يرتبط بهذا المتعاقد أو ذاك أو بالإنثنين معاً فإنه يحصل ذلك بمفعول القانون أو بإرادة الأطراف، ويكون ذلك بمفعول غير مباشر للعقد وهو مفعول ينتج (إحتمالياً) بواسطة هذا الرابط القانوني الذي يربط الغير بالمتعاقد وليس بمفعول إرادة الأطراف وحدها.⁶²⁴

وعلى ذلك لم يعد مبدأ النسبية – بمفهومة التقليدي – قادراً على مواجهة التطورات الحاصلة على صعيد العلاقات القانونية، بل ولم يعد ذلك الحصن الحصين لأطراف العلاقة العقدية الأصلية في مواجهة أطراف آخرين، وقد حاول البعض تأسيس الدعوى العقدية هذه بالرجوع إلى نظم قانونية موجودة سلفاً كفكرة الإشتراط لمصلحة الغير والحوالة وقاعدة الملحقات تتبع الأصل وغيرها من أفكار لم تصمد أمام النقد، وهذا ما نبينه فيما بعد.⁶²⁵

⁶²² Vcass-ciy ler, 18 octob 1960, j.c.p 1960-11-11846. نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد، المرجع السابق ، ص 254

⁶²³ (Philippe Malaurie et Laurent Aynes) نقلاً عن د. أحمد عبدالعال ابو قرين ، المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات ، الطبعة الاولى 2001 ، ص 61

⁶²⁴ نقلاً عن جاك غستان ، المرجع السابق العقد ، ص 452 مشار إليه أيضاً لدى ماجد رشاد محمد، الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشرة : دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2008 ، ص 50

⁶²⁵ ينظر في تفاصيل ذلك د. أسامة محمد طه إبراهيم ، النظرية العامة لعقود الباطن ، القاهرة 2007-2008 ، ص 339 وما بعدها / و نتناول ذلك في الصفحات القادمة.

ولكن يجب أن نلاحظ أن ثمة صعوبات فنية وعملية في تطبيق النظام التقليدي للمسؤولية تظهر في ظل تماثل مركز كل من الدائن والمدين، بمعنى أن مركز كل منهما عقدي بالرغم من عدم وجود عقد بينهما، أما إذا لم يكن المضرور في مركز عقدي فلم يتناول الفقه هذه الحالة كمظهر سلبي بإعتبارها محلاً للتنظيم بموجب القواعد التقليدية التي تستتبع تطبيق الشريعة العامة في المسؤولية التقصيرية، والتي تناولناها فيما سبق.

وعلى أي حال فإن هذه الصعوبات والمعوقات دفعت الفقه والقضاء إلى البحث عن حلول أخرى تتفادى ما قيل بهذا الصدد، وهذا ما نتناوله في الفرع الثاني وفقاً لما يلي.

الفرع الثاني

الحلول المقترحة بين النزعة الشخصية والنزعة الموضوعية

إن الانتقادات التي وجهت إلى تطبيق نظام المسؤولية التقصيرية لإحتجاج الغير بالعقد وفقاً لما تقدم، ساهمت وبشكل فاعل في التوجه نحو البحث في إمكانية تطبيق نظام أحكام المسؤولية العقدية كبديل لنظام المسؤولية التقصيرية، ولا يمكن وضع هذه الحلول إلا بالنسبة لإحتجاج المضرور في مواجهة المسؤول عندما كلاهما في مركز عقدي كحالة العقود من الباطن أو تتابع التصرفات على ذات المحل درءً لما يعترى تطبيق القواعد التقليدية من قصور، أما إذا لم يكن كلاهما في مركز عقدي فتطبق القواعد التي أشرنا إليها سلفاً.

لقد ظهرت ضرورة منح المشتري الأخير في عقود البيع المتتابعة على سبيل المثال (حق الإدعاء المباشر وتأييد الطبيعة التعاقدية لهذه الدعوى).⁶²⁶ وورد ذلك في التطبيقات القضائية أيضاً حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 28 نوفمبر 1967 أن للمشتري الأخير للعقار أن يرجع وفقاً لنظام المسؤولية العقدية على المَقاول بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالعقار.⁶²⁷ ولكن تطبيق مسؤولية كهذه بحاجة إلى أساس قانوني سليم يستطيع الفقه والقضاء أن يجاوز به حدود مبدأ نسبية أثر العقد دون المساس بقوته، فقد حاول جانب من الفقه في إيجاد حلول يمكن بها الرجوع المباشر

⁶²⁶ (Malinvaud) نقلاً عن د. حسن عبدالباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة : دراسة مقارنة في ضوء تطور القضاء الفرنسي وصدور القانون الفرنسي بشأن مسؤولية المنتج عن عيوب المبيع في 19 مايو 1998، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 13
⁶²⁷ cass civ.1. 28 nov. 1967. D. 1968. p.163, R.T.D.C., 1968, p.391
نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير، المرجع السابق، ص 182

بموجب دعوى عقدية،⁶²⁸ واتخذت هذه الحلول طابعين، إتمس أحدهما بنزعة شخصية والآخر بنزعة موضوعية، وهذا ما نعرضه فيما يلي:

أولاً : الحلول ذات النزعة الشخصية :

نتناول عرض هذه الإتجاهات ذات النزعة الشخصية، ثم نقوم بتقويمها وفقاً لما يلي:

1- عرض الحلول ذات النزعة الشخصية :

طرح البعض فكرة الإشتراط لمصلحة الغير كأساس للإحتجاج المباشر بموجب دعوى عقدية، ذلك بأنه وعلى الرغم من غياب الشروط المكونة أو الظروف الخاصة التي تسمح بتفسير الإرادة الضمنية لطرفي العلاقة العقدية، إلا أنه يفترض إستفادة الخلف الخاص من أعمال سلفه، فيحق للخلف الإحتجاج بالخطأ العقدي والرجوع بدعوى المسؤولية العقدية على المتعاقد مع السلف نتيجة الأضرار التي ترتبت عن الإخلال بذلك العقد، وذلك وفقاً لفكرة الإشتراط الضمني لمصلحة الغير.⁶²⁹ وحاول أصحاب هذا الإتجاه في الفقه الفرنسي تبرير ذلك بالتوسع في تفسير كلمة (يشترط) الواردة بالمادة 1122 من القانون المدني الفرنسي لتصبح مرادفة لكلمة (يتعاقد) وبذلك يشمل معنى هذه المادة حق المتعاقد في أن ينشيء لنفسه ولورثته ولخلفائه الحقوق والإلتزامات.⁶³⁰

وطرح جانب آخر من الفقه فكرة حوالة الحق كأساس للإحتجاج المباشر وفقاً لنص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي،⁶³¹ وذلك بإقراره أن الشخص حينما يقوم بالتصرف في الشيء الذي يملكه فإن هذا التصرف يصطحب معه تنازلاً – ضمناً – عن كافة الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء محل التصرف، ومعنى ذلك أن الخلف عندما يمارس دعوى المسؤولية العقدية المقرره أصلاً للمتعاقد،

⁶²⁸ . وفي دعوى العيوب الخفية على سبيل المثال فإن الدعوى التي يقيمها المضرور (ضد بائعه المباشر ، ثم يقيمها هذا الأخير ضد بائعه وصولاً إلى المنتج، فإن هذه الوسيلة في الرجوع تقتضي تعدداً في الدعاوى ووقتاً طويلاً وإجراءات متعددة، فضلاً عن المصروفات القضائية الكبيرة، فتتطوي على إرهاق لا مبرر له، ولكن المشكلة التي واجهت القضاء هي تأسيس هذا الرجوع على غير مبدأ النسبية). د. درع حماد عبد ، الإتجاهات الحديثة في دعوى العيب الخفي ، مجلة الحقوق – جامعة البحرين ، المجلد الثالث – العدد الثاني ، يوليو 2006 ، ص 402

⁶²⁹ . (Garreau) نقلاً عن د. فيصل زكي عبدالواحد ، المرجع السابق ، ص 248

⁶³⁰ . (Lepargneur) نقلاً عن د. فاطمة محمد أحمد محرز ، نظرية الإستخلاف الخاص "دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة ، 1998 ، ص 304-305

⁶³¹ . د. حسن عبدالباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص 14

فيكون ذلك على أساس أن هذه الدعوى كانت مقررة للمتعاقد (أي السلف) وانتقلت إلى المضرور بمقتضى الاستخلاف.⁶³²

وطرح البعض أفكاراً أخرى لتبرير دعوى المسؤولية العقدية، إذ طرح البعض فكرة الوكالة بإعتبار أن الدائن في مركز الوكيل ويمارس الدعوى العقدية المباشرة ضد الطرف المسؤول (مدين المدين) الذي يوصف بأنه موكل،⁶³³ وذهب آخرون إلى فكرة النيابة على سند أن الدعوى العقدية المباشرة في هذه الحالة ليست سوى تعبيراً عن الإنابة في الدين،⁶³⁴ وقيل أيضاً بأنها تتفق مع فكرة الحلول الشخصي بأن يحل الغير محل المتعاقد الأصلي ويرجع على الطرف المسؤول، بل وذهب آخرون إلى أبعد من ذلك بتفسير دعوى المسؤولية العقدية بفكرة الفضالة حيث أثبتت هذه الفكرة بمناسبة الدعوى المباشرة للعامل في مواجهة صاحب العمل الأصلي.⁶³⁵

2- تقويم الحلول ذات النزعة الشخصية :

لاشك أن الصعوبات التي تواجه تطبيق القواعد التقليدية في المسؤولية التقصيرية على الحالة التي يكون فيها المضرور في مركز عقدي على الرغم من كونه غيراً، جعلت الفقه يتجه بشكل مباشر إلى البحث عن تطبيق المسؤولية العقدية تلافياً لهذه الصعوبات من خلال طرح أفكار إتسمت بنزعة شخصية.

غير أن طرح فكرة الإشتراط لمصلحة الغير منتقدة من قبل الفقه ، ذلك أن الإشتراط لمصلحة الغير والدعوى المباشرة لهما أساسان مختلفان، إذ ينتج الإشتراط عن توافق إرادتي المشتراط والواعد، وهو ما لا يتحقق في حالة الدعوى المباشرة،⁶³⁶ فضلاً عن أن المشتراط يجوز له نقض أو تعديل الإشتراط مادام المنتفع لم يعلن له أو للمتعهّد قبوله للإشتراط،⁶³⁷ كما أن البائع الوسيط على سبيل المثال لا يرغب في التخلي عن الضمان لمصلحة الغير وإنما يرغب في الاحتفاظ بدعوى الضمان لنفسه، وهو أمر يستبعد فكرة الإشتراط.⁶³⁸

⁶³² . (Rodier) نقلاً عن د. فيصل زكي عبدالواحد ، المرجع السابق ، ص 243

⁶³³ . جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 916

⁶³⁴ . المرجع نفسه

⁶³⁵ . ينظر في تفاصيل ذلك لدى المرجع نفسه ، ص 917 وما بعدها

⁶³⁶ . ينظر في ذلك جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 912

⁶³⁷ . د. فاطمة محمد أحمد محرز ، المرجع السابق ، ص 306

⁶³⁸ . (Ghestin) نقلاً عن د. حسن عبدالباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص 15

وإذا كانت فكرة الإشتراط لمصلحة الغير هي أكثر الأفكار التي لاقت قبولاً لدى عموم الفقه ، إذ قام البعض بتشبيهها بالحالة التي عرفها القضاء الفرنسي فيما يتعلق بورثة المسافر الذي يتوفى أثناء عملية النقل، بحيث أجاز القضاء للورثة حق الرجوع على الناقل إما بدعوى المسؤولية العقدية مؤسدة على فكرة الإشتراط الضمني لمصلحة الغير، أو دعوى المسؤولية التقصيرية.⁶³⁹ إلا أن اللجوء لفكرة الإشتراط تتضمن تناقضاً في هذا الصدد لأنها تسمح بانتقال الحق في الدعوى دون غيرها من الحقوق والإلتزامات المترتبة.⁶⁴⁰

يضاف إلى ذلك أن من إتجه إلى تفسير الدعوى العقدية المباشرة وفق نزعات شخصية تتعلق بشخص المتعاقد، حاول أن يبحث في نية مفترضة غير موجودة أساساً ويعصب التكهن بها وقت إبرام العقد، وهذا ما لا يمكن قبوله باعتباره توسعاً في تحديد مفهوم الإرادة وهو ركن أساسي في العقد. كما أن اللجوء لفكرة الإرادة الضمنية للأطراف في حوالة الحق يصطدم بمشكلات جدية، إذ أن مكتسب الملكية الجديد على سبيل المثال - بعد أن يتحقق من عيب الشيء - يبيعه مرة أخرى بثمن منخفض، ويطمح بطبيعة الحال إلى المحافظة على الدعوى المقررة له ولا يمكن إفتراض التنازل عن هذه الدعوى خشية أن يخسر دعواه في مواجهة البائع الأصلي بإحتجاج البائع بهذا التنازل الضمني.⁶⁴¹ وإلى جانب ما تقدم فإن فكرة الحوالة لا تستقيم مع واقع الحال لأنها فكرة الإستناد إليها مشوهه مادام يعد بموجبها التسلسل العقدي واللجوء المباشر للدعوى العقدية صورة من صور التنازل عن العقد،⁶⁴² وهذا لا يمكن قبوله.

كما أن الأفكار الأخرى كالوكالة والنيابة والحلول والفضالة لم تلق تأييداً في الفقه، لأنها تأسست على إفتراض الإرداة في بعض الأحيان على الرغم من أن القضاء قام بتطبيق بعضها في بعض أحكامه، إلا أنها وعلى الرغم من ذلك بقيت في إطار هامشي بالنسبة للتطبيق لتطبيق العام، كما أن الوكالة والنيابة علة سبيل المثال تفترض انصراف الآثار إلى الأصيل وليس للوكيل أو النائب، وهذا لا يتفق مع الفرض محل الدراسة.⁶⁴³

639 . د. فيصل زكي عبدالواحد ، المرجع السابق ، ص 251

640 . (Rodiere) نقلاً عن د. حسن عبدالباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص 15

641 . (Ghestin et B. Besche) نقلاً عن جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 915

642 . د. فيصل زكي عبدالواحد ، المرجع السابق ، ص 245

643 . ينظر في تفاصيل هذه الآراء وانتقاداتها لدى جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 916 وما بعدها

ثانياً – الحلول ذات النزعة الموضوعية :

حاول بعض الفقه اللجوء إلى نزعة موضوعية في محاولة التأسيس للدعوى العقدية المباشرة بردها إلى أنظمة قانونية معينة دون طرح أفكار تتعلق بشخص المتعاقد أو إرادته، وهذا ما نبينه ثم نحاول تقويمه وفقاً لما يلي:

1- عرض الحلول ذات النزعة الموضوعية :

ذهب البعض إلى رد هذه الدعوى إلى فكرة حلول المتعاقد الثاني محل المتعاقد الأول.⁶⁴⁴ وقد إتجه جانب آخر من الفقه إلى طرح أفكار أخرى لتفسير دعوى المسؤولية العقدية باللجوء إلى أفكار كحقوق الإمتياز، وفكرة الإثراء بلا سبب، وفكرة حجز مال المدين لدى الغير، وفكرة التجديد.⁶⁴⁵ بل أن منهم من ذهب إلى رد الطبيعة العقدية للدعوى إلى الدعوى المباشرة ذاتها،⁶⁴⁶ المنصوص عليها في القانون حصراً.

لجأ جمهور الفقه في فرنسا إلى قاعدة انتقال ملحقات الشيء المبيع إلى الخلف الخاص لبناء دعوى المسؤولية العقدية المباشرة،⁶⁴⁷ بعدما طرحها كل من (أوبري) Aubry و(رو) Rau،⁶⁴⁸ حيث جرى الفقه والقضاء في فرنسا على إنتقال ملكية الشيء إلى شخص معين لا يستتبع فحسب انتقال ملحقاته المادية إلى هذا الشخص وإنما تنتقل أيضاً الحقوق والدعاوى المتعلقة بهذا الشيء بإعتبارها من توابعه ومستلزماته.⁶⁴⁹

ونظراً لعدم كفاية الاستناد إلى الدعوى غير المباشرة التي تثبت للمشتري الثاني في عقد البيع، أخذ القضاء الفرنسي يطبق قاعدة الملحقات ليسمح للمشتري الأخير بالرجوع على البائع الأصلي بموجب دعوى عقدية، ويتفادى مزاحمة بقية دائني البائع، لقد كان هذا القضاء أمام خيارين ، إما أن يقرر حرمان المشتري الأخير من الرجوع بإسمه ولمصلحته على البائع الأصلي، وإما أن يرخص له

⁶⁴⁴ . ينظر في عرض هذا الرأي لدى د. درع حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 402

⁶⁴⁵ . ينظر في ذلك تفصيلاً لدى جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 923 وما بعدها

⁶⁴⁶ . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 265-266

⁶⁴⁷ . (Malinvaud) نقلاً عن د. حسن عبدالباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص 15

⁶⁴⁸ . د. زواوي فريدة ، المرجع السابق ، ص 293

⁶⁴⁹ . رضا متولي وهران ، المرجع السابق ، ص 215 وما بعدها / أيضاً د. فيصل زكي عبدالواحد ، المرجع السابق

الرجوع والتمسك بخطأ البائع العقدي مستعينا في ذلك بوسيلة قانونية تلطف من حدة مبدأ النسبية.⁶⁵⁰ ومن هنا فقد طبقت الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية مبدأ الرجوع المباشر في حكمها الصادر في 5 يناير 1972 حيث تعلقت واقعة النزاع بشخص اشترى سيارة مستعملة ثم إكتشف عيوباً جسيمة بها تتنافى مع ما ذكر وقت إبرام العقد، فقرر الرجوع بدعوى ضمان العيوب ، ليس فقط على البائع المباشر له - وإنما أيضاً على بائع سابق وكذلك البائع الأصلي.⁶⁵¹ كما قررت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة بتاريخ 7 فبراير 1986 في حكم لها بأن هذه الدعوى تعد ضمن (ملحقات الشيء والتي تنتقل بهذه الصفة إلى الخلف الخاص....)⁶⁵².

وقد ثار خلاف لدى الفقه حول ما اذا كان من حق الخلف الخاص أن يتخلى عن قاعدة الملحقات، واللجوء إلى نظام المسؤولية التقصيرية، حيث يذهب البعض إلى أن هذه القاعدة توفر ميزه للخلف الخاص يستقل بتقديرها، ولا تشكل قيداً يمنعه من إقامة الدعوى على أساس تقصيري.⁶⁵³ بيد أن إتجاهاً آخر يرى أن هذا الخيار الممنوح للخلف الخاص يناقض قاعدة عدم جواز الخير بين نوعي المسؤولية، ويؤدي إلى تخويله حقوقاً أكثر مما لسلفه.⁶⁵⁴

ويرى البعض أن هذا الخلاف لا محل له، فالخلف الخاص لا يستطيع إثارة المسؤولية التقصيرية للمقاول لأن الخطأ الذي ينسب إلى الأخير لا يمكن اعتباره خطأً تقصيرياً، ذلك أن الضرر الذي يلحق بالعقار لا يمكن أن ينتج إلا عن إخلال بالتزام عقدي محض لا ينشأ إلا بمقتضى العقد، ولا يمكن أن يقع نتيجة إنتهاء واجب قانوني، ومن ثم لا حاجة لإثارة قاعدة عدم جواز الخيرة بين المسؤولين.⁶⁵⁵

2- تقويم الحلول ذات النزعة الموضوعية:

إن الحلول التي اتسمت بالنزعة الموضوعية في سبيل إيجاد إيجاد أساس سليم للرجوع المباشر على الطرف المسؤول لم تسلم من النقد هي الأخرى، على الرغم من الصدى الذي لاقته فكرة الملحقات والتي سبق وأن أشرنا بأنها وجدت تطبيقاً لدى القضاء الفرنسي والهيئة العامة على وجه

⁶⁵⁰ د. محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 180
⁶⁵¹ cass. Civ. 1. 5 janv 1972. J.C.P. 1973-11-17340, note Malinvaud .

ص 181
⁶⁵² Cass. Ass. Plen., 7 fe. 1986, JCP., 1986-11-20616, note P.Malnvaud, RTD civ., 1986, .

⁶⁵³ P.64, note Hute نقلاً عن د. حسن عبدالباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص 16
⁶⁵⁴ (Soinne) نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 183

⁶⁵⁴ (Durry) نقلاً عن المرجع نفسه ، ص 184
⁶⁵⁵ د. محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق ، ص 184 / وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الحل في حكمها الصادر في 3 يناير 1969 ينظر في ذلك المرجع نفسه.

الخصوص. ومع ذلك لم يسلم البعض بها، إذ يرى (غستان) Ghestin أن (تفسير دعوى المسؤولية العقدية بالنظر إلى قاعدة الملحقات تتبع الأصل يجنب البحث عن توافق وهمي لإرادة الأطراف إلى حد ما وتسند المادة 1615 من القانون المدني، إلا أنه قابل للنقد).⁶⁵⁶ إذ يعتقد أن اللجوء إلى هذه النظرية منتقد على اعتبار أن المادة 1615 التي تستند إليها فكرة الملحقات قصد بها المشرع الملحقات المادية وليست الحقوق والالتزامات، فضلاً عن أن انتقال الدعوى بوصفها من الملحقات يعني تجريد البائع السابق منها وهو ما لم يقبل به الفقه والقضاء.⁶⁵⁷

صحيح أن هذه الفكرة تجنب إفتراض الإرادة كما قال (غستان) Ghestin إلا أنها تجد صعوبات أخرى تتمثل في كونها تنحصر في إطار العقود الناقلة للملكية دون غيرها، ففي عقود المقاولات من الباطن على سبيل المثال لا يمكن أن نتحدث عن مستلزمات الشيء وملحقاته خلافاً لعقود البيع. ومن هنا فإن تطبيق قاعدة الملحقات، وإن كانت تصلح رغم عيوبها في إطار العقود الناقلة للملكية، إلا أنها تبقى عاجزة عن تفسير الرجوع بالدعوى المباشرة للمسؤولية العقدية عندما يتعلق الأمر بالعقود غير الناقلة للملكية. أي تلك العقود التي يكون الغير المضرور فيها دائناً بالتزام بعمل وليس إلزاماً بإعطاء حيث لا يمكنه الإستناد لقاعدة الملحقات للرجوع بالمسؤولية العقدية في مواجهة المتعاقد الآخر مع المدين، لأنه لم ينقل إليه حقاً عينياً على شيء حتى يعتبر من ملحقاته.⁶⁵⁸

والحال أن تطبيق المسؤولية العقدية يتناقض هو الآخر مع مبدأ أساسي في القانون المدني وهو مبدأ عدم جواز الخيرة بين مسؤوليتين، إذ أن إعطاء الطرف مسؤولية عقدية في مواجهة الطرف الآخر في ظل ترابط عقدي، لا يعني بأي حال من الأحوال حجب الطريق التقليدي المتمثل في المسؤولية التقصيرية، فرب العمل في عقد المقاولات على سبيل المثال يمكنه الرجوع بموجب المسؤولية التقصيرية في مواجهة المقاول من الباطن وهذا طريق تقليدي أساسي، فإن منحه دعوى عقدية في مواجهته يعني في ذات الوقت إعطائه الخيرة بين الدعويين.⁶⁵⁹ ولا يوجد ما يمنع - وفق رأي بعض أنصار الخيرة

⁶⁵⁶ . جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 921

⁶⁵⁷ . (Ghestin) نقلاً عن د. حسن عبدالباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص 15/ وفي نفس المعنى ينظر د. فيصل زكي عبدالواحد ، المرجع السابق ، ص 267

وفي هذا الإطار ينتقد (روديير) اللجوء إلى فكرة الملحقات حيث يرى (أن اعتبار الدعوى من ملحقات الشيء ينطلق من تفسير خاطيء لمفهوم الملحقات، فلا يعقل أن يكون الحق ملحقاتاً في الشيء). تعليق روديير على قرار محكمة (Aix) الصادر في 5-10-1954 الأسبوع القانوني 1955. 2-8548 نقلاً عن د. درع حماد عبد، المرجع السابق ، ص 404

⁶⁵⁸ . (Jourdain) نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 185

⁶⁵⁹ . يذكر أن القبول بفكرة الخيرة من عدمه وجد نقاشاً فقهيّاً حاداً في فرنسا حيث إنقسم الفقه إلى إتجاهين بين مؤيد ومعارض لمسألة الخيرة بين المسؤوليتين في عمومها، وليس في حالة دراستنا هذه حيث يذهب أنصار الخيرة إلى عدم وجود فواصل بين المسؤوليتين أو نطاق عازل بينهما، وبما أن الأصل في المسؤولية أن تكون تقصيرية وفلا يستطيع العقد سوى إضافة المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية. وعلى خلاف ذلك يرى خصوم فكرة الخيرة بين =

بين المسؤولينتين – الدائن من إقامة إحدى الدعويين بعد فشل الآخر، خلافاً لما تذهب إليه محكمة النقض الفرنسية.⁶⁶⁰

فالمشتري الأخير على سبيل المثال إذا أعطي دعوى عقدية في مواجهة البائع الأصلي، فلا يجوز له الخيار في ترك هذه الدعوى ومن ثم ممارسة الدعوى الأصلية التقليدية عبر المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض، لأن ذلك يتناقض مع مبدأ عدم جواز الجمع بين مسؤوليتين.⁶⁶¹ وهذا ما جعل البعض يبحث عن نظريات وأسس أخرى تمنع مسألة الخيرة بين الدعويين، في الوقت الذي لا تحرم أيّاً من أطراف العقود المتسلسلة أو المترابطة هذه من حقه في الدعوى تلافياً لعيوب فكرة الملحقات، والبحث عن تطبيق المسؤولية العقدية وإستبعاد المسؤولية التقصيرية دون الحديث عن إنتقال هذه الدعوى، بمعنى إيجاد الدعوى من العدم.

أما بالنسبة لفكرة الوفاء مع الحلول فإن هذا الإتجاه محل نظر لأن الوفاء مع الحلول يتطلب إجراءات قانونية كثبوت التاريخ،⁶⁶² فضلاً عن أن الحلول الإتفاقي يتطلب اتفاقاً خاصاً وصريحاً، والحلول القانوني غير جائز لأن المشرع حصر حالاته، كل حالة بنص.⁶⁶³ فضلاً عن أن الحلول بصورة عامة يعني حرمان الدائن الأصلي من الدعوى متى كان صحيحاً مرتباً لكافة آثاره.

وأياً كان الأمر فإن هذه المحاولات التي تعرضت للنقد لم تكن عائقاً أمام الفقه للبحث في وسائل أخرى تكفل للمضروور – الذي يتبوأ مركزاً عقدياً – في الرجوع على الطرف المسؤول بموجب دعوى عقدية خاصة تتسم بطابع عقدي وليس تقصيرياً، ولا تؤدي في ذات الوقت إلى حرمان المتعاقد الأصلي من دعواه العقدية كذلك، فظهرت على إثر ذلك فكرة المجموعة العقدية التي جاءت بمفاهيم جديدة فأفردنا لها مبحثاً مستقلاً نظراً لأهميتها.

= المسؤولينتين أن لكل من نوعي المسؤولية حدودها فتستأثر المسؤولية العقدية وحدها بالعلاقة بين المتعاقدين. ينظر في

تفاصيل ذلك د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 474 وما بعدها

⁶⁶⁰ . ينظر في عرض هذا الرأي د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 514

⁶⁶¹ . د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 250

⁶⁶² . د. فاطمة محمد أحمد محرز، المرجع السابق، ص 289 وما بعدها

⁶⁶³ . د. زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 292

المبحث الثاني

إحتجاج الغير بالعقد في إطار حجبة المجموعة العقدية

في خضم المحاولات الفقهية الحديثة لتغيير طبيعة المسؤولية الناجمة عن إحتجاج الغير بالعقد في مواجهة المتعاقدين، ظهرت نظرية المجموعة العقدية التي تعد تطوراً هاماً على صعيد العلاقات القانونية المتعددة الأطراف ، فنظراً لأهمية هذه النظرية وأثرها على مفاهيم متعددة كمفهوم الغير والطرف في العقد، وبالضرورة على نطاق مبدأ حجبة العقد ومفهومه، إرتأينا أن نفرّد لها مبحثاً مستقلاً نتناول فيه ماهية المجموعة العقدية وحجبتها كموضوع للمطلب الأول، على أن يتناول المطلب الثاني موقف القضاء منها.

المطلب الأول

ماهية المجموعة العقدية وحجبتها

نتناول في هذا المطلب ماهية المجموعة العقدية وحجبتها من خلال تأسيسها من قبل الفقه في فرنسا وتقسيمها، ثم نعرض إنتقادها من قبل معارضيها، وذلك في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

تأسيس المجموعة العقدية

نتناول في هذا الفرع ظهور المجموعة العقدية، ثم نتطرق إلى تقسيماتها المختلفة تباعاً وفقاً لما

يأتي:

أولاً : ظهور المجموعة العقدية :

يذكر البعض أن الأستاذ (ديوري) Durry هو أول من لفت إنتباه الفقه إلى هذه الفكرة عندما تساءل عام 1969 بصدد حديثة عن العقد المزدوج الذي يربط الشاحن والناقل من جهة وبين الناقل ومقاول التفريغ من جهة أخرى، عما إذا كان يجب إعتبار الشاحن من الغير بالنسبة لمقاول التفريغ، بحيث يكون في وضع قانوني مماثل لوضع أحد المارة الذي تسقط على رأسه شحنة من البضاعة

المنقولة أثناء القيام بعمليات التفريغ.⁶⁶⁴ ذلك أن إحتجاج الغير في هذا السياق يختلف حسب مركز المضرور ما إذا كان عقدياً كحالة الشاحن، أم كان في مركز ليس عقدياً كأحد المارة.

ولكن فريقاً آخر من الفقه يشير إلى أن الفقيه الفرنسي Bernard Teyssie هو أول من نادى بنظرية المجموعة العقدية،⁶⁶⁵ إذ يرون أن هذه النظرية تعد من بنات أفكاره وإبداعاته،⁶⁶⁶ عندما نادى بفكرة توحيد النظام القانوني لأطراف هذه المجموعة بحيث يسأل الطرف المدين فيها بموجب المسؤولية العقدية بغض النظر عن صفته الأصلية في العقد الذي تم الإخلال به.⁶⁶⁷ فيحتج الطرف المضرور بالخطأ العقدي الذي إرتكبه المسؤول بدعوى عقدية، بإعتبار أن الرابطة العقدية لا تقتصر على الأشخاص الذين ساهموا في بناء التصرف القانوني، بل تشمل أيضاً كل من ساهم في تنفيذها حتى وإن لم يكن له دور في تكوينها.⁶⁶⁸

وعلى أي حال فقد تم تلقي المجموعة العقدية للتخفيف من وطأة مبدأ نسبية العقد الذي قيل بأنه يعرقل مواكبة التطورات الإقتصادية على صعيد العلاقات القانونية،⁶⁶⁹ وتوصف المجموعة ذاتها بأنها كحقيقة إقتصادية وإجتماعية فرضت وجودها في محيط القانون ليصبح من الضروري رفض مبدأ النسبية في صورته التقليدية،⁶⁷⁰ بل ولا تقتصر الحجة المقررة للمجموعة على المشروعات الإقتصادية فحسب، بل توجد أيضاً على مستوى التعاملات الفردية الخاصة،⁶⁷¹ كعقود المقاولة والبيع. فالعلاقات المتشابكة بين عدة أشخاص تنخرط في مشروع إقتصادي واحد يشكل هدفاً مشتركاً بينهم.⁶⁷² بل لم يقف الأمر عند هذا الحد، إذا أن حركة تداول السلع تشهد في العصر الحديث تسارعاً شديداً أدى إلى إبرام عقود متتابعة على الشيء ذاته.⁶⁷³

وعليه تغير مفهوم الطرف في العقد، وتحول إلى طابع موضوعي يفضي إلى وجوب الأخذ في الإعتبار عند تحديد ما إذا كان الشخص يعد أجنبياً بمدلول الكلمة عن علاقة تعاقدية معينة ليس فقط في

⁶⁶⁴ Durry (G.) : Obs. Sous Cass. Com. 4 dec 1968. R.T.D.C. 1969. P.774

نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 37
⁶⁶⁵ يطلق عليها بعض الفقه مسميات مختلفة كالمجموعة العقدية والمجموعات العقدية والأسرة العقدية. ينظر د. أسامة محمد طه إبراهيم، المرجع السابق ، ص 199 / د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 274 / د. فيصل زكي عبدالواحد ، المرجع السابق ، ص 71

⁶⁶⁶ د. أسامة محمد طه إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 199 / هذا وأن البعض كما بينا سلفاً يرى أن من نادى بها هو Durry وأن كلاً من Teyssie و Neret كانا من أشهر دعايتها وقاموا بدراستها في ضوء فكرة الروابط الإقتصادية. ينظر د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 43

⁶⁶⁷ د. فيصل زكي عبدالواحد ، المرجع السابق ، ص 71

⁶⁶⁸ المرجع نفسه ، ص 84

⁶⁶⁹ د. أسامة محمد طه إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 200

⁶⁷⁰ د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 274

⁶⁷¹ د. أسامة محمد طه إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 200

⁶⁷² د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 43

⁶⁷³ المرجع نفسه ، ص 44

مرحلة التكوين، وإنما الأفعال اللاحقة لذلك.⁶⁷⁴ فقد حاول (نيرت) Neret تحديد مفهوم الغير بالقول أن الغير المطلق الذي يخضع لمبدأ نسبية أثر العقد هو الغير الأجنبي عن المجموعة العقدية الذي له وحده التمسك بالمادة (1382) من القانون المدني الفرنسي والتي تتعلق بالمسؤولية التقصيرية، ومن ثم ينتهي إلى أن الشخص متى كان طرفاً في المجموعة العقدية يمكنه ممارسة دعوى عقدية في مواجهة أي طرف في المجموعة وإن لم يكن بينهم عقد مباشر، بل أن الشخص - الطرف - لا يستطيع ممارسة دعوى المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالعقد لأنه تجرد من وصف الغير.⁶⁷⁵

وعلى ذلك أصبحت حجية العقد محل نقاش في هذا الصدد، بحيث أن التصور التقليدي لإحتجاج الغير بالعقد قد تغير بتغير فكرة الغير ذاتها، فلا يستطيع - الغير الذي يكون في مركز عقدي - أن يرجع على الطرف المسؤول بموجب القواعد التقليدية في فكرة الإحتجاج، بل أن فكرة الإحتجاج بالعقد إقتصرت على الغير الأجنبي تماماً عن العقد، أما الغير الذي يتمتع بمركز عقدي هو الآخر فقد تم إقحامه بموجب هذه النظرية في نطاق العقد، بحيث حجت دعوى المسؤولية التقصيرية التقليدية وأعطى دعوى عقديه.⁶⁷⁶

ثانياً : تقسيمات المجموعة العقدية :

وقد قسمت المجموعة العقدية إلى نوعين، على أساس الإشتراك في المحل أو السبب وفقاً لما يلي :

1- سلسلة العقود :

وهي مجموعة تضم عقوداً ترتبط فيما بينها تبعاً لوحدة المحل الذي ترد عليه، فهذه العقود ترد على محل واحد، وهو الإلتزام الرئيسي والجوهرى في العقد،⁶⁷⁷ ويكون كل عضو في هذه السلسلة طرفاً في المجموعة العقدية، وبذلك فإن الحجية المقررة لهذه المجموعة تنتفي بالنسبة لأعضاء المجموعة تبعاً لإتحاد المحل، وهذه السلسلة تكون عبر طريقتين يختلف الفقه في تسميتها وفقاً لما يلي :

⁶⁷⁴ د. فيصل زكي عبدالواحد ، المرجع السابق ، ص 87
⁶⁷⁵ Neret (J.), le sous-contrat, p.604. نقلاً عن د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ،

ص 279
⁶⁷⁶ ينظر في ذلك Michel Grimaldi , ibid , p. 176

⁶⁷⁷ د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 47

(أ) سلسلة العقود المتعاقبة⁶⁷⁸ :

فهي سلسلة تضم عقوداً تتجمع بطريق الضم أو الإضافة وتتميز بأن العقود المكونة لها تتعاقب زمنياً على ذات المحل من حيث الإبرام والتنفيذ.⁶⁷⁹

والمثال الواضح على هذا الطريق هو توالي البيوع على محل واحد ، بحيث يبيع أحدهما شيئاً إلى آخر يقوم بدوره ببيعه مرة أخرى إلى شخص ثالث وهكذا، ومن ثم يعتبر جميع أطراف هذه السلسلة في وضع تعاقدى طبقاً لذلك ، بحيث يمكن للمشتري الأخير أن يحتج بالخطأ العقدي للبائع الأصلي بموجب دعوى عقدية تأسيساً على فكرة المتعاقد وليس على أساس فكرة الحجية، والعكس صحيح بحيث يرجع أي من الأطراف على الآخر بذات الدعوى العقدية كما لو كان طرفاً أصلياً، وتبقى فكرة الحجية في إطار مختلف، أي فيمن هم ليسوا طرفاً في هذه السلسلة.

فالعنصر الجوهرى أو الأساسى في المثال السابق هو حق الملكية الذي يرد على شيء محدد، ومن ثم فإن العنصر الذي يحدد طبيعة كل عقد من هذه العقود هو إنتقال الملكية.⁶⁸⁰

(ب) سلسلة العقود المتفرعة :

تتكون هذه السلسلة عندما لا يستطيع المدين تنفيذ التزاماته العقدية بمفرده ، فيتعاقد مع شخص آخر لتنفيذ جزء من هذه الإلتزامات، فيوجد لدينا عقدين يتمثلان في المحل إلا أن المحل في العقد الثاني يتفرع عن محل العقد الأول،⁶⁸¹ فالعقد التالي يقوم على تجزئة العقد الأصلي، ومثاله العقود من الباطن،⁶⁸² فعندما يرغب أحد الأطراف في تخفيض أو إنقاص الإلتزامات المترتبة عليه فإنه يلجأ إلى إبرام عقد من الباطن يلحق بالعقد الأصلي، ولا يتجاوز هذا العقد من الباطن حدود ومحتوى العقد

⁶⁷⁸ . ويسمى البعض سلسلة العقود بطريق الضم، وآخرون يطلقون عليها سلسلة المتوالية العقدية. ينظر في ذلك د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 274/ أيضاً د. محمد حسين عبدالعال ، مسئولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 48

⁶⁷⁹ . المرجع نفسه ، ص 48

⁶⁸⁰ . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 275

⁶⁸¹ . المرجع نفسه

⁶⁸² . ويعرف Neret العقد من الباطن بأنه اتفاق ينقل بواسطته أحد طرفي العقد الرئيسي إلى شخص أجنبي عن العقد الأخير الإستمتاع بالحقوق التي يولدها (كما في الإيجار من الباطن)، أو يعهد إليه بتنفيذ كل أو بعض الإلتزامات التي يرتبها على عاتقه (كما في المقاولة من الباطن)، وذلك دون المساس بالعقد الأصلي الذي يظل قائماً في العلاقة بين طرفيه.

نقلاً عن د. جابر محجوب علي ، المسؤولية عن فعل الغير في إطار المجموعات العقدية : دراسة مقارنة ، مجلة المحامي – السنة الثالثة والعشرون – إبريل/مايو/يونيو 1999 ، دولة الكويت ، ص 24

الأصلي.⁶⁸³ فهذه السلسلة تتضمن عقوداً تتجمع بطريق التجزئة أو التفرع، وتتميز عن الصورة الأولى في أنها عقود تتعاقب من حيث الإبرام وليس التنفيذ.⁶⁸⁴

والمثال العملي على هذا النوع عقود المقاوله من الباطن من المقاول يتعاقد مع مقاول آخر لإنجاز العمل، وقد يبرم العقد لإحداث مضاربة في الربح كما في حالة عقود الإيجار من الباطن.⁶⁸⁵ فالعقد الأصلي يعطي العقد من الباطن محله لإشتراكهما في المحل الرئيسي، وخلاف ذلك لا يعد عقداً من الباطن. وفي هذا يذهب البعض إلى أن عقد إعادة التأمين لا يمثل تأميناً من الباطن، بسبب اختلاف موضوع كلا العقدين واختلافهما في المحل الذي يردان عليه، فعقد التأمين وعقد إعادة التأمين لا يردان على ذات الخطر.⁶⁸⁶

وعلى هذا التقسيم يستطيع أي من أطراف هذه العلاقات التي ترد على ذات المحل أن يحتج في مواجهة أي من أطراف المجموعة العقدية بوصفه متعاقداً، وينحصر المضمون التقليدي لفكرة احتجاج الغير بالعقد على من هم ليسوا أطرافاً في هذه المجموعة البته.

2- التجمع العقدي :

أهم ما يميز هذا النوع من المجموعة العقدية أنها توجد بها علاقات عقدية في نفس الوقت بين المتعاقدين الرئيسيين المؤسس، وكافة المشاركين في المجموعة العقدية، فالبناء في هذه المجموعة بناء دائري يختلف عن سلسلة العقود، فيقوم المتعاقد الأصلي بإبرام عدة عقود مع عدة أشخاص لتقديم عدة أعمال تهدف في النهاية إلى تحقيق هدف مشترك.⁶⁸⁷

ففي هذه الصورة يتماثل كل عقد مع الآخر في السبب، وليس مقصوداً بالسبب معناه التقليدي، أي الغرض المباشر الذي يتوخى المتعاقد تحقيقه من وراء إلزامه، وإنما المقصود هو الغاية الاقتصادية المشتركة التي تترجم إلى غاية قانونية.⁶⁸⁸ فتكتسب المجموعة حجيتها في مواجهة الأطراف الآخرين تبعاً للغاية المنشودة، إذ متى كان الغير التقليدي في مركز عقدي يشترك في الغاية من العملية

683. Mausseran (j.): Technique contractuelle, ed. Juridiques lefebre, p.157et s.
684. Ronald(H.) et Boyer(L.) : Droit civil, Obligashin contract litect 1989, et les groupes de contrats, L.D.G.J. 1998. p.448

نقلًا عن د. أسامة محمد طه إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 202

684. د. محمد حسين عبدالعال ، مسئولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 48

685. د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 275

686. د. محمد حسين عبدالعال ، مسئولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 50

687. د. أسامة محمد طه إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 202

688. د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 275- 276

ككل فلا يخضع للمبادئ التقليدية في فكرة إحتجاج الغير بالعقد، وتتنحصر الحجية في الأطراف الآخرين.

ويشير البعض أن التجمع العقدي يضم نوعين : فقد يتصف بإرتباط متبادل بين عقودهم، وقد يكون هذا الإرتباط أحادياً، أي من جانب واحد، ويتم ذلك بالنظر إلى معيار تراصص العقود على قدم المساواة، فترتبط فيما بينهما بتبعية متبادلة، أم كانت خاضعة لنفوذ عقد واحد فتكون التبعية من جانب واحد.⁶⁸⁹ فإذا كانت جميع العقود المتجمعة تتمتع بأهمية متساوية فقد يكون التجمع قابلاً للإنقسام أو غير قابل له، وذلك تبعاً للعملية المراد تنفيذها ما إذا كانت تقبل التجزئة من عدمه، ووفقاً لما إذا كان الهدف الإقتصادي المنشود يحتمل تنفيذاً جزئياً من شأنه إشباع حاجة المتعاقد المؤسس للتجمع.⁶⁹⁰

غير أن هذا التقسيم لا ينم عن نتائج قانونية واضحة على صعيد فكرة الحجية، فإختلاف العقود من حيث أهميتها في تحقيق غاية المشروع، أو مساواتها مع بعضها البعض لا يرتب أثراً قانونياً معيناً في فكرة إحتجاج الغير بالعقد، فكل طرف – أياً كان دوره في إنجاز المشروع – يستطيع الرجوع على الآخر كمتعاقد خارج إطار فكرة الحجية.⁶⁹¹ ويبقى إحتجاج الغير بالعقد منحصراً في الأطراف الآخرين ممن لم يساهم أي منهم في إنجاز المشروع.

⁶⁸⁹ . (Bacache) نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال ، مسئولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 45
⁶⁹⁰ . ومن أمثلة التجمع العقدي الذي يتصف بإرتباط متبادل على نحو لا يقبل التجزئة إنتلاف عقود الإعلان عن السلع والخدمات وعقود النقل أيضاً، أما الإنتلاف الذي يقبل التجزئة رغم قيام إرتباط متبادل بين عقدين يحتمل تقسيماً آخر، فقد يتميز بنطاق زمني أو مكاني. ومن ناحية أخرى فإن الإنتلاف الذي يسوده عقد رئيسي واحد تخضع له بقية العقود الأخرى، فعندئذ لا نكون بصدد تبعية متبادلة بين هذه العقود، وإنما تبعية أحادية، فالعقد الرئيسي في هذه الحالة كاف بحد ذاته لتحقيق الهدف الإقتصادي، ويكون لبقية العقود دور مكمل له. ينظر تفصيلاً لدى المرجع نفسه ، ص 45 - 46
⁶⁹¹ . هذا وقد طرح بعض الفقه تقسيمات أخرى وفق أسس علمية للمجموعة العقدية ، غير أن هذه التقسيمات لم تأت بجديد على صعيد مبدأ حجية العقد وفكرة إحتجاج الغير بالعقد، ذلك أن هذه التقسيمات لم تدخل أطرافاً أخرى في حدود المجموعة ومن ثم لم تغير من طبيعة الحجية المقررة في هذا الشأن. لتفاصيل هذه التقسيمات الحديثة ينظر د. محمد حسين عبدالعال ، مسئولية المتعاقد في مواجهة الغير ، المرجع السابق ، ص 56 وما بعدها / ينظر أيضاً د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، المرجع السابق ، ص 276

الفرع الثاني

انتقاد حجية المجموعة العقدية

لاقت نظرية المجموعة العقدية إنتقادات من قبل جانب من الفقه، سواء على صعيد أساسها الذي تقوم عليه، أو على صعيد النتائج القانونية التي ترتبها، وسنتناول ذلك تبعاً لما يلي :

أولاً : رفض الأساس الذي تقوم عليه :

تقوم النظرية كما تقدم على أساس تشابك العلاقات الإقتصادية وتطورها بما يضيف طابعاً خاصاً للعلاقات التي تتحد في محلها أو سببها، ومن هنا انكر جانب من الفقه حقيقة هذا التطور، حيث يرى منتقدو النظرية أن القانون لا يمكن أن يكون مجرد علم مسجل للظواهر الإقتصادية، إذ يرى (أتياس) Atias بأنه ليس من الضروري أن يتضمن القانون ترجمة دقيقة للوقائع، فإستيعاب القانون للواقع لا يعني تدوينه كما هو، إذ أن الأمر بالنسبة إليه لا يعدو كونه ترجمة للوقائع قد تتضمن تحويراً أو إنكاراً كاملاً له، تحقيقاً لغايات القانون.⁶⁹²

ويضيف البعض أن الحقيقة المزعومة لحقيقة الواقع أتاحت بالفعل الأخذ بحلين قانونيين متعارضين في مضمونهما، حيث كان الهدف الأسمى لقبول الدعوى المباشرة يتمثل في إنصاف المضرور، ثم تغير الأمر للحديث حول التوقعات العقدية والضرورة هي التي أضفت الطبيعة العقدية للدعوى المباشرة، وهذا لا يحمي المضرور،⁶⁹³ إذ قد يكون بقاءه في مركز الغير أفضل من مركزه في المجموعة.

كما أن عدم إنضباط الأساس الإقتصادي الذي تقوم عليه النظرية أدى إلى كثرة وتنوع أنواع وتصانيف هذه المجموعة، وتقسيمها وتشعبها على نحو يصعب إخضاعها جميعاً لنظام قانوني واحد يرتب نتائج مشابهة، تبعاً للمعيار غير الواضح الذي تتبناه النظرية.⁶⁹⁴ فما يقدمه أنصار النظرية لا يعدو كونه وصفاً لطوائف من العقود قد لا يتوقف تسلسلها وتشعبها عند حد معين دون أن يجمع بينها قواعد قانونية مشتركة على نحو لا يسمح بترتيب آثار قانونية واضحة.⁶⁹⁵ فالحجية المقررة لهذه التصنيفات لا تختلف مادام الأمر متعلقاً بفكرة الطرف في العقد، فمن تم الزج به كطرف في المجموعة

⁶⁹² . (Atias) نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 98 / ينظر في

نفس المعنى جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 931

⁶⁹³ . جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 932

⁶⁹⁴ . (Delebecque) نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 102

⁶⁹⁵ . د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 102

لا يمكنه ممارسة دعوى المسؤولية التقصيرية وفقاً لمبدأ حجية العقد، ومن ثم فإن التصنيفات التي سبقت لا تتضمن أثراً واضحاً ونتائج قانونية ملموسة.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد فحسب، بل أن تأسيس المجموعة ومضمونها من شأنه تشويه فكرة المحل والسبب ذاتها، على الرغم من أن أنصارها يعتقدون بأن المجموعة تقوم في تحديد القالب الذي تنصب فيه العلاقات العقدية إلى أساس متين، بإعتبار أن العقود ترتبط بعناصر لا يمكن إنكارها.⁶⁹⁶

فقد قام أنصار النظرية بتقسيمها إلى سلسلة عقدية وتجمع عقدي كما بينا آنفاً، تبعاً لإتحاد المحل أو السبب، فبالنسبة لمحل العقد ينظر الأمر وفقاً لموضوع الأداء الجوهري في العقد، وهذه النظرة يمكن تصورهما في سلسلة العقود المتجانسة، أي التي تتعاقب فيها عدة عقود تنسم بطبيعة قانونية واحدة كعقود البيع المتتالية. أما في حالة السلسلة غير المتجانسة،⁶⁹⁷ فيرى (غستان) Ghestin أن مفهوم الموضوع غامض، حيث أنه من الممكن تحديد موضوع أو التزام مشترك بين إلتزامات الصانع والبائع والمقاول والناقل، إلا أن الأداء الجوهري أو الإلتزام الرئيسي لكل منهم يركز في النهاية إلى تسليم شيء مصنوع لصاحب العمل المستقل، وهذا القاسم المشترك (الأصغر) لا يحتمل تحليل مضمون الإلتزامات الرئيسية.⁶⁹⁸ بل حتى مع غض الطرف عن هذه المسألة الجوهرية فإن وحدة المحل لا تسوغ إضفاء صفة الطرف على أشخاص بعينين في السلسلة، فلا يمكن منحهم صفة كهذه لمجرد وحدة محل عقودهم،⁶⁹⁹ خاصة وأنه يترتب على ذلك إختلاف الدعاوى ونقلهم من إطار الإحتجاج وفق مبدأ حجية العقد إلى إطار الإحتجاج بوصفهم طرفاً في العقد.

وكذلك الأمر بالنسبة للتجمع العقدي، حيث تركز النظرية على مفهوم موسع للسبب بصورة خاصة، وتقوم على مبدأ نفسي بالنسبة للأهداف المباشرة وغير المباشرة التي تحتم توافق المتعاقدين.⁷⁰⁰

⁶⁹⁶ د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 281

⁶⁹⁷ وهو تقسيم ظهر لاحقاً على المجموعة العقدية بحيث تعتبر متجانسة إذا ضمت عقدين أو أكثر من طبيعة واحدة يردان على أداء واحد يتعلق بالشيء ذاته، فما يجمع هذين العقدين هو أن الإلتزام الرئيسي فيهما واحد من حيث محله، كما أنهما يشتركان في تطابق الإلتزامات الثانوية بالنسبة للإلتزام الرئيسي فيهما، ومن ثم فإن أي إخلال سواء تعلق بالإلتزام الرئيسي أم ثانوي يمكن أن يسبب ضرراً عقدياً للغير الدائن، وتنقسم بدورها إلى سلسلة متجانسة ناقلة وغير ناقلة، أما المجموعات العقدية غير المتجانسة فهي التي تضم عقدين أو أكثر مختلفين في طبيعتهم القانونية، بحيث يختلف الإلتزام الرئيسي في أحدهما عن نظيره، وتنقسم بدورها إلى سلسلة غير متجانسة عرضاً ومجموعة عقدية متناسقة ومجموعة عقدية غير متناسقة. ينظر في التفاصيل د. محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير، المرجع السابق، ص 56 وما بعدها

⁶⁹⁸ جاك غستان، المرجع السابق، ص 933

⁶⁹⁹ (Aynes) نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير، المرجع السابق، ص 103/ ينظر في

نفس المعنى جاك غستان، المرجع السابق، ص 933

⁷⁰⁰ (Teyssie) نقلاً عن جاك غستان، المرجع السابق، ص 933

ويدعم أنصارها ذلك بما قرره (كابيتان) Capitant من أن العملية الاقتصادية تشكل في مجموعها هدفاً مشتركاً بالنسبة لجميع الأطراف، يكون معلوماً ومقبولاً بينهم.⁷⁰¹

والحال - وفقاً لـ (غستان) Ghestin - أن توافقاً كهذا غير موجود بين هؤلاء الأشخاص، حتى ولو شاركوا في عملية اقتصادية مشتركة، فلربما لم يتعاقدوا فيما بينهم، وعليه يركز الهدف الرئيسي والمعروف لدى الجميع على قرينة مستنتجة من وجود عملية إجمالية ساهموا فيها وليس من التعبير عن إرادتهم، وهذه المشاركة لا تشكل وحدها معياراً كافياً لتحديد إمتداد إرادات أعضاء المجموعة العقدية،⁷⁰² فضلاً عن أن التحليل المعتمد يستوعب إجتهاذاً لمفهوم السبب، وهو تحليل غير متوافق مع الإتجاهات الحالية، ولا تقيم محكمة النقض الفرنسية وزناً لهدف ينشده الأطراف إلا لتقدير مشروعية السبب ووجوده.⁷⁰³

وانتقدت المجموعة أيضاً لعدم إمكانية تفسير وجود النظرية تبعاً لفكرة عدم القابلية للإنقسام، إذ ليس صحيحاً القول بأن وجود المجموعة يستند إلى فكرة عدم القابلية للإنقسام أو التجزئة أو أن كل عقد يشكل سبباً للآخر، حيث أن عدم الإنقسام هنا أمر طبيعي ناشيء عن تشابك طبيعي بين العقود،⁷⁰⁴ فضلاً عن أن فكرة عدم الإنقسام ذاتها تستند إلى معايير اقتصادية غامضة ذات أبعاد تفتقر كثيراً إلى التحديد.⁷⁰⁵ وبالتالي فإنه من الصعب إثبات بأن جميع الأطراف قد عبروا بشكل صريح عن إرادتهم في جعل هذه العلاقات غير قابلة للإنقسام.⁷⁰⁶

إن تأسيس المجموعة بهذه الصورة يعني من جهة أخرى إخضاع فكرة إحتجاج الغير بالعقد لمعايير اقتصادية دون الأخذ بمعايير قانونية واضحة، ذلك أن الرجوع لإتحاد المحل بالسلسلة العقدية يعني إبقاء فكرة إحتجاج الغير بالعقد في إطار تحرك محل العقد وإتحاده بالنسبة لعقود أخرى، كذلك الأمر بالنسبة للتجمع العقدي الذي يقوم على فكرة السبب، حيث تقف الحجية في هذا الشأن رهينة الغاية المنشودة لمجموع المتعاقدين، وهو أمر غامض كما ذهب الفقه، فضلاً عن أنه يخرق توقعات الأطراف.

وعلى هذا الأساس فإن بقاء الحجية في إطارها التقليدي أم تحويلها لتصبح الحجية مقررة للمجموعة العقدية برمتها يخضع لمعايير المجموعة دون أن يكون لإرادة ذوي الشأن أثر في هذا الصدد، وهو أمر منتقد بالضرورة.

⁷⁰¹ (Teyssie) نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال ، مسئولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 103

⁷⁰² . جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 934

⁷⁰³ . المرجع نفسه

⁷⁰⁴ . ينظر في ذلك د. محمد حسين عبدالعال ، مسئولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 105

⁷⁰⁵ . (Moury) نقلاً عن المرجع السابق ، ص 105

⁷⁰⁶ . جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 934

ثانياً : رفض النتائج المترتبة عليها :

يؤدي تطبيق النظرية إلى نتائج قانونية هامة يتصدرها إعمال المسؤولية العقدية فيما بين طرفين لم يتعاقد كل منهما مع الآخر، بحجة إتحاد محل العقود المترابطة أو إتحاد سببها، وهذا ما جعل نقاد النظرية يوغلون في تحليلها ورفض نتائجها المترتبة وسوف نتناول هذه الإنتقادات فيما يلي :

1- تجاوز إطار مبدأ النسبية و مبدأ الحجية :

سبق وأن بينا أن نظرية المجموعة العقدية جاءت بفكرة جديدة على مستوى مفهوم مبدأ نسبية أثر العقد، حيث يتسع مضمون هذا المبدأ ليشمل أشخاصاً يعتبرون من الغير وفق التصور التقليدي للمبدأ. وبالتالي فإن هذا المفهوم الجديد يؤثر في مبدأ حجية العقد بصفة تبعية.

فمضمون هذه النظرية يقرر إمتداد وصف الطرف على وجه يتناقض بشده مع جوهر مبدأ النسبية، على نحو يؤدي وفق تعبير (كونت) Conte إلى قطع (الحبل السري الذي يربط دائماً بين المادتين 1165 و1134).⁷⁰⁷ وهذا ما لا يقبله خصومها، حيث يرى (غستان) Ghestin أن المجموعة العقدية تركز على معيار موضوعي لمبدأ الطرف المبني على التبادل الإقتصادي وحدة، وهذا يناقض معياراً ذاتياً مبنياً على دور الإرادة في التعاقد، وإن مفهوم كذا لا يسوغ بأي تبرير، وهو مصدر غموض يضعف الأساس القانوني للمفهوم الفقهي للمجموعة، وهذا المفهوم الذي يعبر عن إرادة تأمين التوقعات العقدية أكثر مما يعبر عن الأخذ في الحسبان الحقيقة الإقتصادية، ويقلب عدداً من المبادئ التي تحكم العقد،⁷⁰⁸ كمبدأ حجية العقد ومبدأ القوة الملزمة للعقد.

بل ولا يجدي في تبرير هذا المفهوم الواسع لفكرة الطرف – حسب البعض – أن يزعم أنصاره أن القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد، على نحو يتجاهل حقيقة أن العقد يعد مصدراً مستقلاً من مصادر الإلتزام، وأن طرحاً كهذا ينكر دور الإرادة في العقد.⁷⁰⁹

ويضيف آخرون أن المجموعة العقدية (تحاكي مفردات العقد من منظور ضيق، دون أخذها في الاعتبار المعطيات التي تحيط بظروف التعاقد، وملابسات تنفيذه. ومن ثم فإن مسايرة منطقها يترتب

⁷⁰⁷ Conte) نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 107 / مشار إليه أيضاً لدى جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 935

⁷⁰⁸ جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 935

⁷⁰⁹ ينظر في ذلك د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 107

عليه ترك الحرية للطرف المتضرر في الاختيار بين صفتي الطرف والغير، وفقاً لمصلحته، وذلك بحسب ما إذا كان قد رجع المتعاقد معه مباشرة، أو فضل الرجوع على الطرف المسؤول).⁷¹⁰

ونعتقد أن تقرير حق اللجوء إلى الدعوى العقدية المباشرة لمجرد الإخلال بتنفيذ العقد، وترتيب مفهوم مغاير للطرف في العقد والغير بطبيعة الحال يعني إهدار نطاق هام لمبدأ حجية العقد، ذلك أنه من كان غيراً بموجب القواعد التقليدية أصبح في مركز الطرف وتقلص نطاق الغير وفقاً لذلك وإنحصر في من هم أجانب تماماً عن العقد، وهذا يعني إنكاراً لمبدأ الحجية في إطاره التقليدي تبعاً لإنكار مبدأ النسبية في إطاره التقليدي. وفي ذلك قيل بأنه (الحجية لا تكون إلا بالنسبة للغير الذي يطلق عليه "الكامل أو المطلق" بمعنى من لا يكون طرفاً في أي عقد من عقود المجموعة العقدية).⁷¹¹

وتخفيفاً لحدة الانتقادات حاول البعض أن يبرر الرجوع بدعوى المسؤولية العقدية بالقول أن الفقه خلط بين الإلتزامات الناشئة عن العقد والتي تنصرف إليها إرادة المتعاقد وبين الإخلال بهذه الإلتزامات باعتبار أن فرقاً كبيراً بينها،⁷¹² وإنتهى بالقول أن (المجموعة العقدية تظهر كحالة واقعية في إطارها قد يتضرر الغير من الإخلال بالعقد، وليس أساساً لرجوع الغير على المتعاقد سواء أكان ذلك بتجريد الغير من وصفه التقليدي واعتباره طرفاً، أو باعتبار المجموعة إستثناء على مبدأ نسبية أثر العقد).⁷¹³

غير أن هذا التبرير وإن كان تداركاً لما تقوم به المجموعة من تحويل لمبدأ نسبية أثر العقد، إلا أنه لا يضيف جديداً حول مبدأ حجية العقد، فإنكار المجموعة لمبدأ حجية العقد في هذا السياق يبقى واضحاً على الرغم من التفرقة بين الإلتزامات الناشئة عن العقد والإخلال به، ذلك أن مبدأ الحجية يحاكي فكرة الإخلال بالعقد أكثر من كونه متعلقاً بالإلتزامات الناشئة عنه، لأن مبدأ حجية العقد يعالج الأثر المادي للعقد ولا شأن له بالأثر العقدي الملزم.

الخلاصة أن حجية المجموعة العقدية التي أعطت حق الرجوع المباشر بين جميع أطرافها بموجب دعوى عقدية، تتم عن إخلال بمبدأ حجية العقد وفق ما إستقر عليه الفقه والقضاء وتضييقاً لنطاقه، تبعاً لتغيير مفهوم مبدأ نسبية أثر العقد.

⁷¹⁰ د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص 130

Michel Grimaldi, ibid, p.177

⁷¹¹ إذ يذكر (مايكل غريمالدي) بشأن طبيعة مسؤولية المتعاقد تجاه الغير بأنها مسؤولية تقصيرية مالم يرتبط المتضرر بالمتعاقد الذي أخطأ بواسطة سلسلة عقدية.

⁷¹² د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار، المرجع السابق، ص 51

⁷¹³ المرجع نفسه، ص 58

2- قصور المجموعة عن أداء التوازن المطلوب وإفتقارها لنظام قانوني خاص:

اشتمل نقد المجموعة على فكرة قصورها ، ويتنوع هذا القصور على النحو التالي:

(أ) قصور المجموعة عن أداء التوازن المطلوب :

يرى أنصار المجموعة أن الهدف من تطبيق المسؤولية العقدية هو حماية التوقعات العقدية لأعضائها، ومن ثم لا يجوز أن يباغت المدين المسؤول بإخضاعه لنظام آخر للمسؤولية لم يتوقعه، ولم يكن ضمن حساباته وقت التعاقد، الأمر الذي يخل بالتوازن الإقتصادي للعقد الذي أبرمه.⁷¹⁴ فمن يتوقع رجوعه على المتعاقد بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية وفق فكرة الحجية، يجد نفسه أمام دعوى عقدية شأنه شأن المتعاقد الآخر على الرغم من عدم وجود عقد.

وهذا يعني أن المجموعة لا تستهدف سوى حماية مصالح المدين المسؤول وحده، بينما أغفل أنصارها أن هذا ينال كذلك من التوقعات المشروعة للمضروب، ويخل بالحماية القانونية الواجبة له، فتحت ستار إحترام توقعات المدين، تؤدي النظرية إلى إهدار مصالح المضروب بالتكرار لحاجته في الإستقرار والتوقع.⁷¹⁵

وهذا ما جعل بعض أنصار المجموعة يرون ضرورة إخضاع الإحتجاج بالنظام العقدي لمسؤولية المدين لشرط العلم به من قبل أعضاء المجموعة.⁷¹⁶ بل تعدى الأمر ذلك لدى البعض بالقول بإفتراض علم الطرف في حالة العقود من الباطن.⁷¹⁷

ومن هنا فإن تطبيق حجية المجموعة العقدية يسيء لمقتضيات تعويض الطرف المضروب متى تضمن عقد الطرف المسؤول شروطاً تقرر تخفيف المسؤولية أو الإعفاء منها. فمن المقرر وفقاً للمبادئ التقليدية التي تحكم هذا النوع من الشروط أن بإمكان الطرف المسؤول أن يتمسك في مواجهة المضروب

⁷¹⁴ (Larroumet) نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 108

⁷¹⁵ (Conte) نقلاً عن المرجع نفسه

وفي هذا يرى أستاذنا الدكتور محمد حسين عبدالعال بأنه (إذا كان الهدف الذي يتوخاه أنصار نظرية المجموعات العقدية من وراء تقرير المسؤولية العقدية وحدها في كنف هذه المجموعات، هو حماية التوقعات العقدية للمدين المسؤول، فإن هذه النظرية لم تفلح في بلوغ الهدف إلا بصفة جزئية فقط. ذلك أن مجرد استبعاد تطبيق المسؤولية التقصيرية لا يسمح بتحقيق ما ينشده أتباع هذه النظرية بصورة كاملة، وهو تفادي المساوئ الناجمة عن التوسع في تطبيق هذه المسؤولية). ويضيف بأنه في (واقع الأمر ، لن يكون المدين المسؤول بمأمن، وفقاً لهذه النظرية، إلا إذا أقيمت دعوى المسؤولية ضده من جانب أحد المشتركين في المجموعة. أي أن المسؤولية العقدية لن تحل محل المسؤولية التقصيرية إلا إذا كان المضروب والمسئول طرفين في نفس المجموعة. ومن ثم ، لن تتحقق الحماية التي ينشدها المدين المسئول لتوقعاته العقدية إلا إذا كانت دعوى المسؤولية ناشئة داخل المجموعة). المرجع نفسه ، ص 111

⁷¹⁶ (Aubert) نقلاً عن المرجع نفسه ، ص 109

⁷¹⁷ (Neret) نقلاً عن د.حسن حسين البراوي ، التعاقد من الباطن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص202

بالبنود التي تخفف المسؤولية أو تعفي منها، بشرط أن يتوفر العلم والقبول بهذه الشروط.⁷¹⁸ ولا يمكن في حقيقة الأمر التسليم بوجود هذا العلم أو القبول في نطاق نظرية المجموعة العقدية.⁷¹⁹

فذهب إتجاه آخر إلى أن الطرف المسؤول وإن كان له حق التمسك في مواجهة المضرور بكافة بنود العقد، إلا أن ذلك مقرون بعلم وقبول الأخير لهذه الشروط، فإن لم يكن يعلم بها، أو علم بها ولم يقبلها فلا يجوز الإحتجاج بهذا في مواجهته،⁷²⁰ ومن ثم فإن إقرار دعوى المسؤولية العقدية في نطاق المجموعة العقدية لا يعني إهدار هذا الشرط.⁷²¹

ونعتقد بأن إشتراط العلم والقبول بشروط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية يفرغ المجموعة العقدية من مضمونها، حيث أن علم ذلك الطرف وقبوله بهذه الشروط لا يمكن تفسيره إلا بإتجاه عقد خاص يجمع الأطراف جميعاً، وليس عقدين مترابطين، فالعلم والقبول في هذه الحالة يوحي إلى إتجاه الإرادة للدخول في علاقة عقدية خاصة ثلاثية الأطراف، ومن ثم يترتب على ذلك عدم الحاجة إلى القول بوجود مجموعة عقدية لأنها لم توجد أساساً.

ومن ناحية أخرى فقد ثار خلاف لدى الفقه بشأن مدى تطبيق الأحكام الخاصة بحماية المستهلك في نطاق المجموعة العقدية، فذهب رأي إلى أن مكنة تمسك الطرف المسؤول بشروط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية في مواجهة المضرور تتراجع لو كان الأمر متعلقاً بحماية المستهلك، فإذا أبرم عقد بيع بين مهنيين وتضمن هذا العقد بنداً يعفي من المسؤولية أو التخفيف منها، ثم قام المشتري بالتصرف بالمبيع آخر مشتر آخر يملك صفة المستهلك، فلا شك أن المستهلك يمكنه الرجوع على المتعاقد بدعوى عقدية، ولا يملك المسؤول التمسك بشروط الإعفاء هذه.⁷²² بدعوى أن تطبيق المجموعة يجب أن لا يترتب عليه حرمان المتضرر الذي يحمل صفة المستهلك من الأحكام التي قررها المشرع بنصوص خاصة من أجل حمايته.⁷²³

في حين يذهب إتجاه آخر إلى أن الطرف المسؤول يمكنه التمسك في مواجهة المضرور بالشروط المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، بغض النظر عما إذا كان المضرور يمتلك

⁷¹⁸ د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص 195.
⁷¹⁹ حيث يرى جانب من الفقه إلى عدم إشتراط العلم والقبول من أجل التمسك ببنود الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، بل يكفي علم وقبول المتعاقد الأصلي المباشر فقط. ينظر في عرض هذا الرأي د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص 200.

⁷²⁰ ينظر في عرض هذا الرأي د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص 198.
⁷²¹ Viney, l'action en responsabilite entre participants a une chaine de contrats, p.423.

نقلًا عن المرجع نفسه، ص 199.
⁷²² ينظر في عرض هذا الرأي لدى المرجع نفسه، ص 211.
⁷²³ (Viney) نقلًا عن المرجع نفسه.

صفة المستهلك من عدمه، بدعوى أن أساس المجموعة العقدية تقوم على توحيد ليس - فقط - طبيعة المسؤولية بين أطرافها، بل أيضاً مدى مسؤولية الطرف المدين.⁷²⁴

وأياً كان وجه الرأي في الموضوع فإن إضطراباً كهذا ينم بلا شك عن قصور في تحقيق التوازن المطلوب بين أطرافها، فحماية الطرف المضرور وتوقعاته يجب ألا يخل من ناحية أخرى بالحماية المطلوبة للطرف المسؤول، والعكس صحيح. ولا شك أن إضطراباً كهذا له أثر هام على فكرة الحجية حيث تقف فكرة الإحتجاج محل إضطراب هي الأخرى وفقاً لذلك.

(ب) إفتقار المجموعة العقدية لنظام قانوني خاص :

ينتقد جانب من الفقه هذه النظرية على أساس أن الحلول التي تطرحها لا تعدو كونها تستبعد تطبيق المسؤولية التقصيرية في إطارها، دون أن تتضمن مقابل ذلك نظاماً قانونياً خاصاً بشأن المسؤولية العقدية.⁷²⁵

فالقاعدة - ضمن مجال الإنشاءات المعمارية - أن المكاوّل من الباطن لا يخضع لأحكام الضمان المقررة في القانون المدني الفرنسي إلا في حدود المادة 1792 الفقرة 4،⁷²⁶ وهي حالة ما إذا كان المكاوّل هو من قام بتصنيع مكونات البناء كلها أو جزء منها، ففي هذه الحالة تسري أحكام الضمان القانوني على المكاوّل من الباطن شأنه في ذلك شأن المكاوّل الأصلي.⁷²⁷ وعلى هذا فإن السماح للمكاوّل من الباطن بالإفادة من حجية العقد المبرم بين المكاوّل الأصلي وصاحب العمل يتيح بصورة غير مباشرة إفلاته - طبقاً لحجية المجموعة العقدية - من أحكام المادة المذكورة.⁷²⁸ فضلاً عن ذلك فإن بإمكان رب العمل - في حدود حقوقه - التمسك بنصوص الضمان القانوني الملقى على عاتق المكاوّل الأصلي في حين أن المكاوّل من الباطن يمكنه الإحتجاج بعدم الخضوع لنظام الضمان إلا فالحدود المقرره بالنسبة إليه.⁷²⁹

ويشير البعض كذلك إلى أنه خارج مجال الإنشاءات العقارية، يبدو عسيراً أن نجد حلاً عندما يرتب أحد عقدي المجموعة إلزاماً ببذل عناية، بينما ينشيء الآخر إلزاماً بتحقيق نتيجة، فإذا كان

⁷²⁴ (Jourdain) نقلاً عن د. فيصل زكي عبدالواحد، المرجع السابق، ص 212

⁷²⁵ د. محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير، المرجع السابق، ص 110

⁷²⁶ وتقابها المادة (619) من القانون المدني البحريني والمادة (654) من القانون المدني المصري.

⁷²⁷ ينظر في ذلك لدى د. احمد عبدالعال ابوقرين، مسؤولية المتدخلين، المرجع السابق، ص 77

⁷²⁸ جاك غستان، المرجع السابق، ص 937

⁷²⁹ (Karila) نقلاً عن المرجع نفسه

العقدان لا يخضعان لنظام قانوني واحد، فإن ممارسة الدعوى المباشرة في هذا الخصوص سوف تثير مشاكل قانونية ناجمة عن اختلاف التزام كل طرف عن التزام الطرف الآخر.⁷³⁰ وإذا كانت هذه حجية المجموعة العقدية والانتقادات التي وجهت إليها، فإن التساؤل الذي يطرح حول موقف القضاء من تطبيقها في نطاق العلاقات العقدية المترابطة؟ وهذا ما نتناوله في المطلب الثاني وفقاً لما يلي.

المطلب الثاني

موقف القضاء من حجية المجموعة العقدية

إن الحديث عن إشكاليات تطبيق حجية المجموعة العقدية لا يمكن أن يستوفي عناصره دون الحديث عن المواقف والظروف التي مرت بها المجموعة في أحضان قضاء محكمة النقض الفرنسية على وجه الخصوص وموقف القضاء البحريني منها كذلك، وسوف نتناول ذلك في فرعين، يتطرق الأول إلى موقف القضاء من حجية المجموعة العقدية في إطار العقود الناقلة للملكية، ويتناول الفرع الثاني حجية المجموعة العقدية في إطار العقود غير الناقلة للملكية، وذلك وفقاً لما يلي:

الفرع الأول

في إطار حجية العقود الناقلة للملكية

نتناول في هذا الفرع موقف القضاء في إطار حجية العقود الناقلة للملكية، ببيان موقف القضاء الفرنسي، ثم نخرج على الموقف في ظل القانون البحريني منها.

أولاً : موقف القضاء الفرنسي:

ونعرض موقف دوائر المحكمة من هذه المسألة، ثم نعرض موقف الهيئة العامة للمحكمة بعد ذلك.

⁷³⁰ (Remy) نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 111 / وفي نفس المعنى جاك غستان ، المرجع السابق ص 938 وتجدر الإشارة بأن الرجوع المباشر بموجب المسؤولية العقدية من جانب الطرف المضرور على الطرف المسؤول لا ينفي مسؤولية المتعاقد الآخر الذي تعاقد معه، وهو المتعاقد الأصلي، فالفقه والقضاء في فرنسا لم يدخرا وسعاً في تحديد النظام القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير متى كان متعاقداً ، حتى أصبحت نظرة بحد ذاتها تقوم جنباً إلى جنب مع نظرية المجموعة العقدية بحيث لا يستطيع الطرف الأصلي التحلل من مسؤوليته بحجة خطأ الغير المتعاقد مع هذا الأخير. وينظر في تفاصيل هذه النظرية لدى د. جابر محجوب علي ، المرجع السابق ، ص 32 وما بعدها.

الإستناد لقواعد المسؤولية التقصيرية ، بل عليه أن يؤسس دعواه بناءً على قواعد المسؤولية العقدية إعمالاً لقاعدة عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين.⁷³⁵

غير أن هذا القول يتناقض مع الإتجاهات المستقرة والتي تتمثل في أن الخطأ العقدي للبائع المتمثل في الإخلال بضمان السلامة يجب أن ينظر إليه باعتباره فعلاً يقيم المسؤولية على أساس تقصيري، خاصة وإن القضاء يستقر على أن طرح شيء معيب في السوق يعتبر خطأً تقصيرياً نظراً لتجزئة الحراسة.⁷³⁶

وعلى ذلك يرى جانب من الفقه عدم وجود تناقض بين الدعوى العقدية المباشرة للمشتري جراء التلف الذي يصيب السيارة ذاتها ورجوع المشتري على البائع بدعوى عقدية حتماً، وبين الضرر الذي يصيب المشتري ذاته في جسده نتيجة للحادث نفسه وتقرير رجوعه على البائع كذلك بدعوى تقصيرية نتيجة الإخلال بضمان السلامة الذي يعد إنتهاكاً لواجب عام، بل ولا يعد ذلك نيلاً من مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين لإختلاف طبيعة الضرر وأساسه. فما خلص إليه حكم المحكمة من أن دعوى المشتري الأخير ضد البائع الأصلي هي بالضرورة دعوى عقدية ليس صحيحاً إلا بصفة جزئية عندما يتعلق الأمر بالضرر الواقع على السيارة ذاتها.⁷³⁷

غير أننا نعتقد أن هذا الإتجاه منتقد، والسبب في ذلك أنه تضمن تقسيماً لنوع المسؤولية وأساسها تبعاً لنوع الضرر الذي لحق بالمشتري الأخير، فتقسيم كهذا ينال من فكرة الضرر ذاتها، حيث لا يستند إلى أسس قانونية سليمة. فضلاً عن ما قيل من أن تمييز الضرر الذي يمس الجسد عن الضرر الذي يمس المال من شأنه إختلاف مدة التقادم بطبيعة الحال.⁷³⁸

والحق أن الخلط الذي وقعت فيه المحكمة يرجع إلى الخلط بين وجهي الإلتزام بالضمان الذي يقتدرن بالإلتزام عقدي بضمان السلامة، فإعتبرت المحكمة أن هذا الإلتزام ينقل جملة واحدة بشقيه إلى المشتري، وفات المحكمة أن إنتقال الإلتزام يشمل الإلتزام بالضمان بشقه الأول دون الثاني، أي دون الإلتزام بضمان السلامة.⁷³⁹

بيد أن الأمر لم يقف عن هذا الحد حيث خطت الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية خطوة متقدمة في طريق التوسع في تطبيق حجية المجموعة العقدية، إذ أصدرت حكماً في 29 مايو 1984 يقرر تطبيق الدعوى العقدية على مجموعة عقدية غير متجانسة تضم عقد بيع وعقد مقولة، وأضفت طبيعة عقدية على دعوى مالك المشروع ضد صانع البناء، في الوقت الذي كان فيه الرأي أن

⁷³⁵ . د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 189-190

⁷³⁶ . ينظر في ذلك د. سالم محمد رديعان العزاوي ، المرجع السابق ، ص 178 وما بعدها

⁷³⁷ . د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 191

⁷³⁸ . ينظر في ذلك المرجع نفسه

⁷³⁹ . المرجع نفسه ، ص 192

خطأ صانع المواد من طبيعة عقدية محضة بحيث يتعذر على مالك المشروع أن يرجع عليه بموجب المسؤولية التقصيرية.⁷⁴⁰

فمالك المشروع لا تثبت له من حيث المبدأ ثمة دعوى في مواجهة صانع المواد، حيث لا يوجد عقد يربط بينهما، وأن خطأ الصانع عقدي محض، ومن ثم فإن أعمال نظرية المجموعة العقدية يستتبع تخويله دعوى من العدم.⁷⁴¹ وعليه يتساءل البعض حول ما إذا كان من المتصور أن تتغير طبيعة مسؤولية الصانع تبعاً لبقاء ملكية الشيء لدى المشتري أو إنتقالها، إذ كيف نتصور التمييز تبعاً ما إذا كان المشتري الأخير قد صار مالكا للشيء، فلا قيمة لضمان العيب الخفي إلا بالنسبة للشخص الذي يكتشفه.⁷⁴²

(ب) موقف الدائرة الثالثة :

في هذه الأثناء كانت الدائرة الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية ترفض الأخذ بالنظرية رفضاً قاطعاً، ففي 19 يونيو من عام 1984 طرح نزاع على الدائرة المدنية الثالثة يتمثل في أن شخصاً مكلفاً من قبل مالك مشروع بإنجاز عمل بمقتضى عقد مقاوله، توجه الأول بموجبه إلى صانع مواد لإتمام العمل اللازم، ثم تبين أن المواد المسلمة إلى المقاول تنفيذاً لعقد البيع والتي استخدمت بطبيعة الحال لتنفيذ عقد المقاوله ليست صالحة للإستعمال الذي خصصت له، فتضرر مالك المشروع ضرراً ينبت من الناحية النظرية بأنه عقدي محض، والخطأ كان خطأ عقدياً محضاً هو الآخر، ولا يشكل بأي حال من الأحوال إنتهاكاً لواجب قانوني معين، وعليه لا يتسنى لمالك المشروع أن يقيم دعوى عقدية نظراً لكونه غيراً عن عقد البيع وأن مبدأ النسبية يمنعه،⁷⁴³ وهذا ما قالت به الدائرة الثالثة في حكمها.⁷⁴⁴

⁷⁴⁰ د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 195 وفي هذا السياق قضت المحكمة بأن "مالك المشروع دعوى مباشرة ضد صانع المواد التي استخدمها المقاول لضمان العيب الخفي الذي لحق الشيء المبيع منذ تصنيعه، هذه الدعوى هي بالضرورة من طبيعة عقدية".

Cass civ.1. 29 mai 1984, D. 1984, p.213, note Benabent, J.C.p. , 1985-11-20387, note Malinvaud نقلاً عن المرجع نفسه.

⁷⁴¹ د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، المرجع السابق ، ص 196

⁷⁴² (Starck) نقلاً عن المرجع نفسه

⁷⁴³ المرجع نفسه ، ص 213

⁷⁴⁴ د. حسن حسين البراوي ، المرجع السابق ، ص 217

وفي هذا السياق يرى أستاذنا الدكتور محمد حسين عبدالعال بأنه : (وإذا كان الحل الذي قرره الدائرة الثالثة منتقداً من الناحية النظرية، غير أنه يبدو، مع ذلك، أكثر عدالة من ذلك الذي قرره الدائرة الأولى. فهو يوفر أساساً قانونياً واحداً لتعويض الأضرار المضررين بعقدي، سواء من كان منهم خلفاً خاصاً للمتعاقد الآخر مع المدين المسئول أو لم يكن). د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 214

وعلى هذا الأساس ثار الخلاف بين الدائرة الأولى والدائرة الثالثة فكان الأمر حتماً يحتاج إلى موقف الهيئة العامة لحسمه.

2- موقف الهيئة العامة للمحكمة :

إن موقف الدائرة الثالثة إستدعى تدخل الهيئة العامة لحسم النزاع بين الدائرتين الأولى والثالثة بشأن الأخذ أو عدم الأخذ بالنظرية، فأصدرت حكماً في نزاعين متماثلين قررت فيهما تأييد إتجاه الدائرة الأولى والأخذ بالنظرية،⁷⁴⁵ حيث ذهبت إلى القول بأن (المشتري الأخير ، مثل مالك المشروع، يتمتع بكافة الحقوق والدعاوى المتصلة بالشيء التي كانت مقرره لسلفه، وتثبت له على هذا الأساس دعوى عقدية ضد الصانع البائع تستند إلى عدم مطابقة الشيء الذي تم تسليمه إليه).⁷⁴⁶

ومن هنا يلاحظ الفقه أن الهيئة العامة في حكمها المذكور قررت حلاً توافقياً بين مصالح المضرور والمدين المسؤول خلافاً لما تنتهجه الدائرة المدنية الأولى في أحكامها، حيث أن الأخيرة تطبق نظرية المجموعة العقدية على نحو يصب في مصلحة المدين المسؤول وتحمي توقعاته، في حين أن الهيئة العامة خولت مالك المشروع الحق في الرجوع المباشر على الصانع، ليس بدعوى العيب الخفي فحسب، بل بدعوى عدم المطابقة استناداً إلى الإخلال بالإلتزام بالتسليم، وهي دعوى لا تتقدم إلا وفق القواعد العامة للمسؤولية العقدية، فالهيئة العامة وإن شاطرت الدائرة الأولى الرأي في حماية توقعات المدين المسؤول بتقرير دعوى عقدية، إلا أنها دعمت المركز القانوني لمالك المشروع بإخضاع دعواه للقواعد العامة في المسؤولية العقدية.⁷⁴⁷

وتعليقاً على ذلك يشير (مازو) إلى أن موقف محكمة النقض الفرنسية بأنه عندما قضت محكمة النقض الفرنسية بالمسؤولية العقدية فإنها انزلت من المعيار الشخصي القائم على أساس الإرادة إلى المعيار الموضوعي القائم على أساس العلاقات الإقتصادية، وأن توقع الغير في إطار المجموعة العقدية هو ذات التوقع في إطار العقد الواحد، ومن ثم يشير إلى أن الدعوى ظلت في إطار السلسلة العقدية لانتقال الدعوى العقدية بانتقال الشيء من متعاقد إلى آخر.⁷⁴⁸

⁷⁴⁵ د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 197

⁷⁴⁶ Ass. Plen. 7 fev 1986. 2 arrets. D. 1986, p.293. note Benabent: J.C.P., 1986-11-20616

نقلاً عن المرجع نفسه ، ص 197 / مشار إليه لدى د. زواوي فريدة ، المرجع السابق ، ص 291

⁷⁴⁷ د. عبدالمنعم البدرأوي ، عقد البيع في القانون المدني ، ص 514-515 نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال ،

مسؤولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 197-198

⁷⁴⁸ Denis MAZEAUD, ibid , p.771

ويرى (مازو) أيضاً بأن الدعوى التي يمارسها طرف في المجموعة العقدية، كالدعوى التي يمارسها المشتري الأخير على البائع الأول، فهذه سلسلة عقدية متناسقة للعقود ناقلة للملكية : والدعوى هي من جهة دعوى عيب خفي أو عدم ملائمة المبيع لشروط العقد، وما يعوض هنا هو الضرر الذي يسببه الخطأ العقدي. وهنا تكون الدعوى بالضرورة عقدية فلو أجاز للمتضرر أن يقيم دعوى مسؤولية تقصيرية فهذا يعني أن له الخيار بين الدعوى التقصيرية والدعوى العقدية، ومن ثم سيحصل إختلاف في تقادم الدعوى بين من يقيمها لو لم تكن عقدية، فدعوى المشتري الأول تخضع لتقادم معين ودعوى المشتري الأخير ستخضع لتقادم آخر.⁷⁴⁹

وبذلك يتبين أن فكرة المجموعة العقدية تقلص من نطاق مبدأ الحجية مادام الغير يستطيع أن يقيم دعوى عقدية متى كان طرفاً في عقد ناقل للملكية ومكنه هذا العقد من إقامة دعوى عقدية في مواجهة متعاقد لا علاقة له به سوى أن العقد الذي يكون فيه المتعاقد مرتبط بالعقد الأول، أي العقد الناقل للملكية.

ثانياً : الموقف في ظل القانون البحريني :

لم يتعرض القضاء البحريني حسب ما توفر من أحكام لفكرة الرجوع المباشر، أو تطبيق أحكام حجية المجموعة العقدية في هذا الصدد، ولكن هل يمنع ذلك أن تأخذ محكمة التمييز بحجية المجموعة العقدية في إطار العقود الناقلة للملكية؟ وفي عقود البيع المتتابعة على وجه الخصوص؟ للإجابة على هذا التساؤل يجب أن نعود إلى نص المادة (134/أ) من القانون المدني البحريني والتي تنص على أن (أ- إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية متصلة بمال معين على نحو يجعلها من توابعة، أو أنشأ التزامات متصلة به على نحو يجعلها من محدداته، ثم إنتقل المال إلى خلف خاص، فإن تلك الحقوق والالتزامات تنتقل معه).

كان الفقه الفرنسي يعطي الحق للمشتري الأخير بالرجوع مباشرة على البائع بموجب دعوى عقدية على الرغم من عدم وجود عقد بينهما، وأن التكييف القانوني لهذا الرجوع يكون بالإستناد إلى فكرة الملحقات، باعتبار أن الدعوى العقدية عن العيوب الخفية والتي تعطى للمشتري في مواجهة البائع تنتقل هي الأخرى بإعتبارها من توابع الشيء.

ورغم أن هذا التأسيس منتقد لدى بعض الفقه الفرنسي إلا أن القضاء الفرنسي يقر بوجود دعوى المسؤولية العقدية مباشرة، وقد تبنى حجية المجموعة العقدية بالسلسلة العقدية التي تتضمن

انتقالاً للشيء من شخص لآخر، مدعوماً بذلك بما يقره الفقه من إنتقال بعض آثار العقد الأول إلى المتعاقدين الأطراف في السلسلة العقدية بموجب قاعدة الإستخلاف تارة وبموجب قاعدة الملحقات تتبع الأصل تارة أخرى، فإن حجية المجموعة العقدية لا تؤدي في هذه الحالة إلى وجود نظام جديد وإنما تغير في الأساس الذي بني عليه إنتقال هذه الآثار،⁷⁵⁰ على نحو لا يمكن للغير الطرف في المجموعة الإحتجاج بالخطأ العقدي في مواجهة المسؤول، ومن ثم يصبح من الممكن أن نختار بين رفض الأخذ بفكرة الرجوع المباشر بدعوى المسؤولية العقدية إتساقاً مع المبادئ التقليدية في القانون، وتمسكاً بالمفاهيم التقليدية لمبدأ نسبية أثر العقد، وبالتالي تطبيق مبدأ حجية العقد في إطاره التقليدي، وإما أن نختار إعطاء المشتري الأخير حق الرجوع بموجب دعوى عقدية، وله في هذا المجال أن يختار بين أساسين، الأول هو المادة (134/أ) من القانون المدني وما يعبر عنه بفكرة الملحقات والمستلزمات، وبالتالي يغض الطرف عن الإنتقادات الموجهة لهذه الأفكار، وإما أن يؤسس ذلك وفق حجية المجموعة العقدية التي سبق وأن بينا حدودها وموقف الفقه والقضاء الفرنسي منها، ويتغاضى أيضاً عما يوجه لها من نقد في هذا الخصوص.

ولا نرى في نهاية الأمر مانعاً في ظل النص المذكور أن يتبنى القضاء موقفاً جاداً في تقرير حق الرجوع المباشر بموجب دعوى المسؤولية العقدية في حالة البيوع المتتالية، أو في إطار العقود الناقلة للملكية إذا ما إختار فكرة الملحقات، فهذا الإتجاه – على الرغم من مثالبه – يوفر حماية فاعلة للطرف المضروب تفوق السلبيات التي قد تترتب عليها والتي ذكرها الفقه، فضلاً عن كون هذا الإتجاه يأتي مسائراً من جهة للمبادئ الأساسية في حماية المستهلكين إذا كان البائع في مركز المنتج للمواد المباعة.

الفرع الثاني

في إطار حجية العقود غير الناقلة للملكية

نتناول في هذا الفرع موقف القضاء الفرنسي بدائرتيه وموقف الهيئة العامة لمحكمة النقض، ثم نخرج على بيان موقف القضاء البحريني بهذا الشأن.

⁷⁵⁰ د. صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار ، المرجع السابق ، ص 48-49

أولاً : موقف القضاء الفرنسي :

نعرض في هذا السياق موقف دوائر المحكمة ، ثم نبين موقف الجمعية العامة لمحكمة النقض، وفقاً لما يلي:

1- موقف دوائر المحكمة :

نبين في هذا الصدد موقف كل من الدائرة الأولى والدائرة الثالثة بالمحكمة ، وفقاً لما يلي:

(أ) موقف الدائرة الأولى :

أصدرت هذه الدائرة حكماً في 27 يناير 1981 بشأن نزاع يتحصل في قيام مقاول بتشييد بناء لصالح شركة مدنية باستخدام مواد معيبة اشتراها من أحد الصناع، وبظهور العيوب في البناء قامت شركة التأمين التي تضمن مسؤولية المقاول بتعويض الشركة، ثم شرعت في استعمال حقوقها بطريق الحلول فلجأت لمقاضاة صانع المواد استناداً للمسؤولية التقصيرية، فقضت محكمة الاستئناف بأن شركة التأمين لا يسعها إلا الرجوع بموجب المسؤولية العقدية ورفضت الدعوى لإنقضاء الميعاد، وطعنت الشركة لدى محكمة النقض التي ألغت الحكم وأشارت إلى عدم وجود ما يمنع الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية.⁷⁵¹ وأبقت على إثر ذلك مبدأ حجية في إطاره التقليدي.

ورغم ذلك جاء حكم الهيئة العامة في نطق العقود الناقلة للملكية أنف الذكر ليشجع الدائرة المدنية الأولى على المضي قدماً بإتجاه تبني المجموعة برمتها، أي بتطبيق المسؤولية العقدية حتى وإن كانت المجموعة العقدية غير ناقلة للملكية، حيث قررت الدائرة الأولى في 8 مارس 1988 تخويل مالك المشروع دعوى المسؤولية العقدية ضد المقاول من الباطن، ويتضح أن حكمها يتعلق بمجموعة عقدية غير ناقلة للملكية، حيث تضم عقد مقاوله رئيسي وآخر من الباطن، فإن أراد مالك المشروع الحصول على تعويض من المقاول من الباطن بسبب خطأ الأخير، فلا شك أن سلوك طريق المسؤولية التقصيرية أمر متعذر لأن إلزام المقاول من الباطن وإخلاله عقدي بحث لا يتضمن إنتهاكاً بواجب قانوني.⁷⁵² ومن ثم فإن السبيل الوحيد الذي يسمح بتخويل مالك المشروع دعوى المسؤولية ضده يتمثل في تمكينه

⁷⁵¹ . د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقدين تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 192-193

⁷⁵² . المرجع نفسه ، ص 201 وما بعدها

من إثارة الخطأ العقدي باعتبار أن عقد المقاول الرئيسي الذي هو طرف فيه يشكل مع عقد المقاول من الباطن مجموعة عقدية متجانسة تبعاً لوحدة الالتزام الرئيسي في كلا العقدين.⁷⁵³

ولم يقف الأمر عند هذا الحد في قضاء الدائرة المدنية الأولى بل تعدى ذلك إلى حد القول بأن المجموعة العقدية تعد أساساً للدعوى المباشرة بشكل عام. حيث أصدرت المحكمة حكمها في 21 يونيو 1988 وقررت أن دعوى المسؤولية العقدية داخل المجموعة العقدية هي من طبيعة عقدية،⁷⁵⁴ دون تمييز بين المجموعات الناقلة للملكية والأخرى غير الناقلة. حتى قيل في ذلك أن الدائرة المدنية الأولى قد بلغت الذروة في إعتناق نظرية المجموعة العقدية، حيث صاغت في هذا الحكم النظرية في إطار قاعدة عامة يتقرر بمقتضاها دعوى عقدية مباشرة للغير المضروور ضد المدين المسؤول ولو لم توجد رابطة عقدية مباشرة بينهما طالما كانا ينتميان إلى مجموعة عقدية واحدة.⁷⁵⁵

(ب) موقف الدائرة الثالثة :

كان موقف الدائرة المدنية الثالثة بمحكمة النقض الفرنسية على النقيض من موقف الدائرة الأولى، حيث رفضت هذه الدائرة نظرية المجموعة العقدية برمتها، ولم تشأ تطبيق نظام المسؤولية العقدية في العلاقات القانونية غير المباشرة إلا في إطار ضيق وبنص من القانون في بداية المطاف، ومن ثم فإن أي دعوى بين أطراف لا يجمعهم عقد تخضع للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية التي من شأن المضروور بمقتضاها أن يثبت خطأ المسؤول بإنتهائه واجباً عاماً مفروضاً على الكافة.

وكان هذا الموقف من قبل الدائرة الثالثة موجوداً قبل حكم الهيئة العامة عام 1986، حيث رفضت الأخذ بالنظرية عموماً بما في ذلك المجموعات العقدية الناقلة للملكية، فكانت تعتبر المسؤولية عن العيب الخفي تكون دائماً تقصيرية، حتى جاء حكم الهيئة العامة 1986 ليلزمها بإعتناق المسؤولية العقدية في إطار المجموعات العقدية التي تتضمن نقلاً للملكية، غير أنها أبت مسaire الدائرة الأولى في توسعها في تطبيق النظرية عندما يتعلق الأمر بمجموعات غير ناقلة للملكية، ورفضت أن تكون النظرية أساساً لتفسير فكرة الدعوى المباشرة.⁷⁵⁶ وتمسكت - خلافاً للدائرة الأولى - بخيار المسؤولية التقصيرية دون ذلك من المجموعات، أي المجموعات التي لا تتسم بنقل الملكية، وهو الأمر الذي ظهر في حكمها الصادر في 21 يناير 1987 والتي قررت فيه أن رب العمل لا يملك أن يرجع على المقاول

⁷⁵³ . (Bacache) نقلاً المرجع نفسه ، ص 204

⁷⁵⁴ . Cass. Civ. 21 juin 1988, Rev.Dr. Civ. 1988, p.762, obs. P. Gourdain نقلاً عن د. حسن حسين

البراوي ، المرجع السابق، ص 219

⁷⁵⁵ (Starck) نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال ، مسئولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 209

⁷⁵⁶ . المرجع نفسه ، ص 211

من الباطن إلا إستناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية أو شبه التقصيرية.⁷⁵⁷ حتى ذكر أحد أنصار المجموعة بأن محكمة النقض بهذا الحكم قد وجهت (ضربة وقف غير موفقة لهذا الجهد في موضوع عقد المقاوله من الباطن).⁷⁵⁸

وتواترت أحكام هذه الدائرة على أن المسؤولية بين أطراف المجموعة العقدية لا تؤسس إلا على قواعد المسؤولية التقصيرية، في حالة إنتفاء رابطة عقدية بين المسؤول والمضروب احتراماً لمبدأ نسبية أثر العقد، ولأن القول بغير ذلك يتضمن مخالفة صريحة لنص المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي.⁷⁵⁹

ويشير جانب من الفقه إلى أسباب أخرى دعت الدائرة المدنية الثالثة إلى رفض النظرية بالقول أن ثمة شكوكاً تكتنف تحديد مجال الدعوى العقدية المباشرة بسبب عدم وضوح المعيار الذي تقوم عليه في حالة المجموعات غير الناقلة للملكية، فضلاً عن أن عقبة تكمن في صعوبة التوفيق بين فكرة المجموعة العقدية ذاتها ومبدأ نسبية أثر العقد كلما تعلق الأمر بالمجموعات العقدية غير الناقلة للملكية، لإرتباطها من ناحية معيار السبب أو الهدف المشترك.⁷⁶⁰ أما تطبيق المسؤولية العقدية في حالة المجموعات العقدية الناقلة للملكية لا يثير صعوبة قانونية ولا يمثل خروجاً شديداً على مبدأ النسبية بفضل الإستناد إلى قاعدة الملحقات.⁷⁶¹

2- موقف الهيئة العامة لمحكمة النقض :

أصبح لا مناص من اللجوء إلى الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية للفصل في الخلاف وإتخاذ موقف موحد للمحاكم الفرنسية بشأن الموضوع، وقد تحقق ذلك فعلاً عندما طرح نزاع أما القضاء يتحصل في أن شخصاً طلب من أحد المقاولين أن يقوم بتشييد بناء سكني، فعهد الأخير إلى مقاول من الباطن للقيام بالأعمال المتعلقة بتغطية الأرضيات بمادة الرصاص منعاً لتسرب المياه، وعلى إثر عيوب ظهرت في البناء بسبب سوء تنفيذ الأعمال قام مالك المشروع بمقاضاة المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن طالباً التعويض، وإذا سرنا على نهج الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية فلن

Cass Civ.3., 21 janv.1987, Bull. Civ., 1987,111,no,10

757

نقلًا عن د. حسن حسين البراوي ، المرجع السابق ، ص 218

758 . ألان بينابنت ، المرجع السابق ، ص 199

759 . ينظر في الإشارة إلى هذه الأحكام د. حسن حسين البراوي ، المرجع السابق ، ص 218

760 . د. محمد حسين عبدالعال ، مسئولية المتعاقد تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 216

761 . Cass.civ.111. 15 fev.1987, Bull.civ.111.n.35, p.20 . نقلًا عن المرجع نفسه ، ص 217

تكون دعوى مالك المشروع في مواجهة المقاول من الباطن إلا عقدية حتماً، وهذا ما قضت به محكمة إستئناف نانسي حيث رفضت الدعوى لإنقضاء مدة الضمان العشري تطبيقاً للنظام العقدي.⁷⁶²

غير أن الهيئة العامة أصدرت حكمها في 12 يوليو 1991 الذي سجل تراجعاً في تطور تطبيق نظرية المجموعة العقدية وتبنى موقف الدائرة المدنية الثالثة، حيث يشير الفقه أن الحكم أوقف تقدم القضاء نحو تطبيق المسؤولية العقدية المباشرة داخل المجموعات العقدية على الرغم من انتفاء الرابطة المباشرة بين المضرور والمسؤول، فقد أعاد الحكم لمبدأ نسبية العقد هيئته وقديسته،⁷⁶³ وجعلت من مبدأ حجية العقد في إطاره التقليدي موضعاً للتطبيق في العقود غير الناقلة للملكية، فقد قررت بأن الاتفاقات لا يتعدى أثرها الأطراف المتعاقدة احتراماً لمبدأ نسبية التصرفات القانونية، وقرر في الوقت ذاته أن المقاول من الباطن لا يرتبط عقدياً مع رب العمل.⁷⁶⁴ وبهذا تكون الهيئة العامة للمحكمة قد وضعت حداً لإمتداد نطاق المسؤولية العقدية في المجموعات العقدية غير الناقلة للملكية، دون أن تمس أو تتناقض في المضمون مع حكمها السابق الذي أصدرته عام 1986، والذي لا يتعلق إلا بالمجموعات العقدية الناقلة للملكية وحدها.⁷⁶⁵

ثانياً : موقف القضاء البحريني :

لم يكن للفقه في البحرين نصيب من النقاش الذي انطوت عليه فكرة إحتجاج الغير بالعقد في هذه الحالة، ولا حتى بنظرية المجموعة العقدية إلا بالنزر اليسير ، والأمر لا يختلف كثيراً بالنسبة للقضاء، إلا أن الأخير كان جريئاً إلى درجة كبيرة في التصدي لموضوعات دقيقة كهذه، وكان هذا التصدي في ميدان الإلتزام بضمان السلامة في عقود المقاول على وجه الخصوص، فقد أصدرت

⁷⁶² . د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقدين تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 219-220

⁷⁶³ . د. حسن حسين البراوي ، المرجع السابق ، ص 220

⁷⁶⁴ . Cass, Ass. Plan. 12, juillet 1991, D., 1991, juris. P.549, note Jacques . نقلاً عن د. حسن حسين

البراوي ، المرجع السابق ، ص 220 / مشار إليه لدى د. أحمد عبدالعال أبو قرين ، المسؤولية العقدية ، المرجع السابق ، ص 64-65

⁷⁶⁵ . (Starck) نقلاً عن د. محمد حسين عبدالعال ، مسؤولية المتعاقدين تجاه الغير ، المرجع السابق ، ص 220 / وفي نفس المعنى (Alain Benabent) نقلاً عن د. أحمد عبدالعال أبو قرين ، المسؤولية العقدية ، المرجع السابق ، ص 66-

67

وفي ذلك يشير البعض بأن محكمة النقض الفرنسية عام 1991 عادت إلى القول أن المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية. ومن ثم فإن دعوى المسؤولية العقدية فلن تبقى إلا في إطار السلسلة العقدية، عندما تنتقل الملكية من شخص إلى آخر وذلك لإنتقال الإلتزام العقدي لصيقاً بالشيء. ولكن المجموعة العقدية لم تدفن بالكامل بل وجدت في إطار العقود التي يعتمد أحدها على الآخر، إذ تنصرف آثار الشروط المقيدة للمسؤولية من عقد من هو طرف في المجموعة وليس طرفاً في العقد الواحد.

Michel Grimaldi , ibid , p.177

محكمة التمييز البحرينية في عام 2003 حكماً هاماً في نزاع يتعلق بأحد الأشخاص (المطعون ضده الأول) قد اتفق مع مقاول (الطاعن) على قيام الأخير بتشييد فيلا سكنية له، واتفق أيضاً مع مهندس (المطعون ضده الثاني) على قيامه بإجراء التصميمات والإشراف على أعمال البناء. وبعد الإنتهاء من البناء ظهرت تشققات في الجدران تم معالجتها ولكنها عادت للظهور فأقام دعواه المستعجلة لإثبات حالة المبنى وتبين أن السبب في تلك الأضرار هو هبوط غير منتظم بقواعد المبنى بسبب استخدام دفان بري غير مناسب لأعمال الدفن تحت القواعد وقدر تكلفة إصلاح هذه العيوب بـ 10000 دينار، فأقام رب العمل الدعوى طالباً المبلغ المذكور فضلاً عن 2000 دينار تعويضاً عن الأضرار المعنوية.

ندبت المحكمة خبيراً في الدعوى وأحالته للتحقيق ثم حكمت بإلزام المقاول (الطاعن) والمهندس (المطعون ضده الثاني) "بالتضام" بأداء مبلغ 10000 ديناراً ورفض ما عدا ذلك من طلبات، وعندما استأنف المقاول (الطاعن) الحكم حكمت محكمة الإستئناف العليا برفضه وتأييد الحكم المستأنف.

ومن ثم طعن الطاعن بطريق التمييز مبرراً طعنه بعدة مبررات من بينها أن الحكم قد أخطأ في (الاستناد إلى نص المادة 13 فقرة ب من المرسوم بقانون رقم 13 لسنة 1977 والتي لا علاقة لها بموضوع الدعوى لأن المقصود بها حماية الغير الذين قد تلحقهم أضرار من البناء مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه). وردت محكمة التمييز على هذا الدفع بقولها أن (مفاد المادة 13 من قانون تنظيم المباني الصادر بالمرسوم بقانون رقم 13 لسنة 1977 تحميل المرخص له والمهندس والمقاول المسؤولية عن سلامة المبنى المرخص به خلال مدة تنفيذه ولمدة خمس سنوات على الأقل بعدها وهو ما يعني أن المشرع فرض عليهم جميعاً التزاماً بضمان سلامة البناء من العيوب خلال تلك المدة على الأقل قبل كل من يلحقه ضرر نتيجة الإخلال بهذا الإلتزام كل بحسب مسؤوليته طبقاً لأحكام القانون المنطبق على علاقته بالضرر فيتسع النص ليشمل مسؤوليته التقصيرية أو العقدية سواء قبل الغير أو قبل بعضهم البعض حسب الأحوال).⁷⁶⁶

وعلى هذا فإن الحكم المذكور محل للنقاش، إذ أن المحكمة لم تقرر بحجية المجموعة العقدية بالنسبة للعقود التي ترتبط دون أن تكون ناقلية للملكية، ولا يمكن التذرع بأن العقود في القضية المطروحة، قد أبرمت بشكل جماعي بين المالك والمقاول والمهندس، بمعنى وجود عقد واحد يجمعهم جميعاً حتى يرجع كل منهم على الآخر بالمسؤولية العقدية، فالثابت وفقاً للحكم المشار إليه أن محكمة أول درجة قد قضت بمسؤولية المقاول والمهندس على وجه "التضام" بما يقطع بعدم وجود عقد بين هذين الطرفين، كما ذكرت محكمة التمييز أن رجوع المالك والمقاول والمهندس (كل بحسب مسؤوليته

⁷⁶⁶ . الطعن رقم 381 لسنة 2002 – جلسة 22 سبتمبر 2003م

طبقاً لأحكام القانون المنطبق على علاقته بالمضروب)، بمعنى تطبيق القواعد التقليدية للمسؤولية، فإن إنتفى العقد طبقت أحكام المسؤولية التقصيرية بطبيعة الحال.

وعلى الرغم من ذلك فإن تقرير مسؤولية كل من المقاول والمهندس قبل المالك على وجه "التضام" أمر منتقد، إذ أن المالك قد تعاقد مع كل منهم بعقد مستقل كما يتبين من وقائع الدعوى، وبالتالي فإن رجوعه عليهما يقتضي أن يكون بموجب المسؤولية العقدية حتماً كل بحسب عقده ، إلا أن المحكمة ترفض ذلك وتقرر أن أحدهما مسؤول بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية والآخر بموجب المسؤولية العقدية، بما نتج عنه تضامهما بالإلتزام بدفع المبلغ.

خاتمه

في ختام دراسة مبدأ حجية العقد لابد من بيان النتائج الأساسية التي توصلت إليها الرسالة، والتوصيات التي تخرج بها في نهاية المطاف، وذلك وفقاً لما يلي :

أولاً : النتائج :

- ثمة فرق بين الأثر العقدي الملزم الذي يرتبه العقد بين أطرافه، وبين الأثر المادي لهذا العقد، فالأثر الأول ينظم إطاره الموضوعي مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويتناول مبدأ نسبية أثر العقد إطاره الشخصي، غير أن الأثر المادي للعقد يتناوله مبدأ حجية العقد الذي يعتبر العقد حقيقة موجودة بالنسبة للغير دون أن يكون هذا الغير دائماً بموجب هذا العقد أو مديناً.
- إن ظهور مبدأ حجية العقد يرتبط بعوامل تاريخية وفكرية، عندما كانت الحجية مقررة أساساً للحق العيني دون الحق الشخصي، ومن ثم تطور الأمر نحو البحث في إعطاء الحجية للحق الشخصي لتفضي إلى حجية العقد تبعاً لذلك، ولكن المفاهيم التقليدية لمبدأ نسبية أثر العقد وفكرة "الغير" ، والتي تقتضي أن الغير لا علاقة له مطلقاً بالعقد سواء تعلق الأمر بالأثر العقدي الملزم أو الأثر المادي، حالت دون وصف العقد بالحجية، الأمر الذي دعا إلى تأسيس مبدأ حجية العقد على نحو مستقل بعيداً عن فكرة الحق الشخصي.
- إن الأساس الذي يقوم عليه مبدأ حجية العقد يكمن في أن العقد يعد واقعة مادية في مواجهة الغير، على أن هذه الواقعة لا يمكن أن تنتج أثراً قانونياً مباشراً في مواجهته دون أن تكون لدينا نصوص قانونية تعالج الآثار المادية التي تربها العقد، فالحجية ليست مبدأ مستقلاً بذاته، ولا نظرية قائمة بذاتها، بقدر ما تكون تعبيراً عن أفكار وحالات عالجه المشرع تداركاً لحقيقة وجود العقد وما يترتب عليه من أثر مادي في مواجهة الغير.
- إن نطاق مبدأ حجية العقد ، وإن ظهر في بداية الأمر بصورة حجية إعتبار العقد كدليل إثبات لوقائع معينة ومصدراً للمعلومات قد يستعين به القضاء، إلا أن مبدأ حجية العقد محل الدراسة لا يعالج هذه الحالات فقط، فنطاق مبدأ الحجية لا يتحدد وفق هذا التفسير ، بل يتعلق بمضمون العقد، بمعنى حجية أثر العقد أو الحق الناشيء عن العقد، الذي يعد أثراً عقدياً ملزماً لأطرافه، ومادياً بالنسبة للغير.

- إن لمبدأ حجية العقد تطبيقات كثيرة في العقود التي ترتب أثراً عينياً، وذلك أن هذه العقود يربط المشرع حجيتها بإجراء قانوني أو فعل مادي معين، فالعقود التي ترد على العقارات يربط المشرع حجية الحقوق الناشئة عنها بالتسجيل (أو القيد) لتكتسب هذه الحجية في مواجهة الكافة، وكذلك الأمر بالنسبة للعقود التي ترد على الأموال المنقولة حيث أن المشرع يستلزم لإكتسابها الحجية إنتقال الحيازة. ورغم ذلك فإن لحسن النية دوراً هاماً في هذا النوع من العقود، على الرغم من اختلاف الموقف القضائي في هذا المجال.
- تتمتع العقود التي ترتب حقاً شخصياً بحجية مطلقة في مواجهة الكافة تبعاً لإرتباطها بالتغيرات التي تطرأ على الذمة المالية للمدين، سلباً أم إيجاباً، إذ يتأثر الدائنون بأي تغيرات تحدث في هذه الذمة لأنها تشكل بالنسبة إليهم الضمان العام لإقتضاء ديونهم، وبناءً على ذلك قام المشرع بمعالجة بعض الحالات التي يتضرر منها الدائنون بتصرفات مدينهم ووفر لهم مكنة تجريد هذه العقود من حجيتها بتقرير نظام (عدم السريان) كجزاء يفرض على بعض التصرفات التي تنطوي على الغش سواء كان فعلياً بتقرير الدعوى البوليصية، أن إفتراضياً بتقرير نظام الإفلاس و"غل اليد" في عندما يتعلق الأمر بالتاجر، كما وفر المشرع الجزاء ذاته على تصرفات أخرى تعلق حق الغير بها أو بمحلها المعقود عليه، فجعل التصرفات الصورية سارية حماية لفكرة الوضع الظاهر، كما اشترط لهذه التصرفات أن يثبت تاريخها.
- ظهرت في أوساط الفقه والقضاء حالات يقوم الغير فعلياً بالإخلال بوجود العقد، ومن ثم ظهرت الحاجة إلى نظام قانوني يعالج مسؤولية الغير عن هذا الإخلال في مواجهة المتعاقد المضرور، ومن هنا حاول الفقه تأسيس هذه المسؤولية بطرح نظريات مختلفة عجزت جميعها عن تأسيس هذه المسؤولية، وبالتالي يجب أن ننظر إلى التنظيم القانوني لهذه المسؤولية من خلال بيان ركن الخطأ الذي يتحلى بخصوصية تختلف عن القاعدة العامة في المسؤولية الشخصية، وننظر أيضاً لخصوصية ركن الضرر وما يترتب عليه من آثار، ومن ثم نستطيع - وفق هذه الخصوصية - أن نحدد مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد وما يتمتع به من حجية في ظل عدم وجود نص قانوني واضح.
- إن المضمون التقليدي لحجية العقد في مواجهة المتعاقدين (أو ما يمكن تسميته بإحتجاج الغير بالعقد) يمكن تأسيسه على وفق تطور مبدأ نسبية اثر العقد، فلا يوجد - ومن ثم - تعارض بين إحتجاج الغير بالعقد (أو بسوء تنفيذ العقد) وبين مبدأ النسبية، وقد كان يشترط للإحتجاج في هذا السياق أن يتضمن الخطأ العقدي في ذات الوقت خطأ تقصيرياً بالمعنى الذي تحدده قواعد المسؤولية أي إخلالاً بواجب قانوني، غير أن تطوراً هاماً ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية

عندما قررت عدم وجوب هذه الإزدواجية في الخطأ، ومن ثم يجوز الإحتجاج بالخطأ العقدي المحض الذي لا ينطوي على مقومات الخطأ التقصيري، مما يعني أن القضاء أخذ بمبدأ حجية العقد وطبقه بشكل صحيح وكامل لأن إشتراط أن يتضمن الخطأ العقدي في ذات الوقت خطأ تقصيرياً يفرغ مضمون الحجية من مضمونه ويعطي طابعاً هامشياً لفكرة الإحتجاج بالخطأ العقدي ذاتها.

- إن الغير إذا كان في مركز عقدي هو الآخر ويضار من سوء تنفيذ العقد (كحالة العقود من الباطن) فإن ثمة سلبات تعتري تطبيق المبدأ العام لفكرة الإحتجاج التي ترتب المسؤولية التقصيرية للمتعاقد المسؤول في مواجهة الغير، فحماية التوقعات العقدية والأنظمة الخاصة بالمسؤولية العقدية المتوقعة من كلا الطرفين، جعلت الفقه يبحث عن تأسيس آخر وفق نظريات مختلفة الأصول لتمكين الغير المضرور (الذي يتبوأ مركزاً عقدياً) من إقامة دعوى عقدية مباشرة على الطرف المسؤول، وقد تعرضت هذه النظريات للانتقاد مما دفع إلى ظهور نظرية قائمة بذاتها أطلق عليها "المجموعة العقدية".
- إن فكرة المجموعة العقدية التي طرحها بعض الفقه في فرنسا وعلى الرغم من أنها توفر حماية للتوقعات العقدية إلا أنها تعرضت للعقد من الانتقادات تتعلق بأساس هذه النظرية الإقتصادية، ومما تنطوي عليه من تحوير لفكرة "الطرف" في العقد وبالنتيجة فكرة "الغير" بالنسبة للعقد، حيث أنها أدخلت أشخاصاً يعتبرون من الغير تقليدياً إلى صميم العقد، مما ترتب عليه تغيير مبدأ النسبية، ومبدأ الحجية تبعاً له، ومن ثم أصبحت حجية العقد - وفق هذه النظرية - تقتصر على الأطراف التي لا شأن لها مطلقاً بالعقد.
- إن نظرية المجموعة العقدية صالحة للتطبيق في إطار العقود الناقلة للملكية، إذ يمكن رجوع الغير على المتعاقد بموجب دعوى المسؤولية العقدية، مدعومة بفكرة "الملحقات تتبع الأصل" أو "المستلزمات" التي لا تتضمن تحريفاً لفكرة "الطرف" أو "الغير" في العقد، أما بالنسبة للعقود غير الناقلة للملكية فلا يمكن ذلك.

ثانياً : التوصيات :

- إضافة فقرة جديدة إلى المادة (133) من القانون المدني البحريني تنص على أنه (جـ - ومع ذلك ، يلتزم الغير بعدم الإخلال بالعقد أو إعاقة تنفيذه متى كان عالماً بوجوده أو كان في مقدوره أن يعلم بوجوده، مالم يكن تدخله بموافقة أطراف العقد جميعاً).
- إضافة مادة جديدة إلى القانون المدني البحريني برقم (231 مكرر) ويكون نصها كالآتي : (ويجوز إستثناءً أن يرجع الخلف الخاص على سلفه غير المباشر ، بموجب دعوى مباشرة، إذا كانت التصرفات المترابطة بينهم جميعاً ناقلة للملكية، شريطة الإلتزام بالحدود المقررة في هذه التصرفات).
- إضافة مادة جديدة إلى القانون المدني البحريني برقم (283 مكرر) ويكون نصها كالآتي : (مع عدم الإخلال بالأحكام السابقة ، يجوز للدائن أن يرجع على المدينين بطريق التضامم إذا كان مصدر إلتزامهم قبله مختلفاً).

المراجع

المراجع العربية :

أولاً - الكتب العامة :

- (1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، نظرية الإلتزام (1) : المصادر الإرادية للإلتزام - العقد والإرادة المنفردة (التصرف القانوني)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت 1995
- (2) د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن ، الدراسات البحثية في نظرية العقد : في ضوء الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006
- (3) آلان بينابنت ، القانون المدني - الموجبات (الإلتزامات) ، ترجمة : منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، الناشر : منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى 2004
- (4) جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيو ، المطول في القانون المدني بإشراف جاك غستان ، مفاعيل العقد وآثاره ، ترجمة : منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية 2008
- (5) د. جلال علي العدوي و د. رمضان أبو سعود ود. محمد حسن قاسم ، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996
- (6) جيروم هوييه ، المطول في القانون المدني بإشراف جاك غستان : العقود الرئيسية الخاصة - المجلد الأول ، ترجمة : منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، توزيع : منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى 2003
- (7) د. حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، دون تاريخ نشر
- (8) د. خالد جمال أحمد حسن ، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني البحريني "دراسة مقارنة" - مصادر الإلتزام ، مطبوعات جامعة البحرين ، الطبعة الثانية 2002
- (9) سالم الكواري ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دون ناشر ، الطبعة الأولى 1998
- (10) د. سعيد جبر ، المدخل لدراسة القانون : الجزء الثاني - نظرية الحق ، دون ناشر ، 2000
- (11) القاضي سعيد عبدالله الحميدي ، شرح قانون الإفلاس البحريني ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى 2010
- (12) د. سعيد يوسف البستاني ، أحكام الإفلاس والصلح الوافي في التشريعات العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى 2007

- (13) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني : في الإلتزامات "نظرية العقد والإرادة المنفردة" (2) ، دار الكتب القانونية (مصر) ، مكتبة صادر (بيروت) ، الطبعة الرابعة ، دون تاريخ نشر
- (14) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني : في الحقوق العينية – الحقوق العينية التبعية "حق الرهن الرسمي وحق الإختصاص" الجزء الثاني (11) ، دار الكتب القانونية (مصر) ، مكتبة صادر (بيروت) ، الطبعة الثالثة ، دون تاريخ نشر
- (15) د. سمير عبد السيد تناعو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996
- (16) د. صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للإلتزام : مصادر الإلتزام "دراسة مقارنة" ، مطبوعات جامعة البحرين ، الطبعة الأولى 2009
- (17) د. عبدالحى حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي "2- الحق" ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1970
- (18) د. عبدالحى حجازي ، النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي ، الجزء الأول : مصادر الإلتزام – المصادر الارادية : العقد والارادة المنفردة ، المجلد الثاني : دراسة وظائف عناصر العقد – الارادة المنفردة ، بإعتناء د. محمد الألفي ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1982
- (19) د. عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة بالفقه الغربي – (5) أثر العقد بالنسبة إلى الأشخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثانية الجديدة ، 1998
- (20) د. عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة بالفقه الغربي – (6) أثر العقد بالنسبة إلى الموضوع – زوال العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثانية الجديدة ، 1998
- (21) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : (1) المجلد الأول – نظرية الإلتزام بوجه عام (مصادر الإلتزام) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة ، 2000
- (22) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : (2) نظرية الإلتزام بوجه عام – الإثبات / آثار الإلتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة ، 2000
- (23) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : (3) نظرية الإلتزام بوجه عام – الأوصاف / الحوالة / الانقضاء ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة ، 2000

- (24) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : (4) العقود التي تقع على الملكية – البيع والمقايضة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة ، 2000
- (25) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : (8) حق الملكية – مع شرح مفصل للأشياء والأموال ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة ، 2000
- (26) د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : (10) في التأمينات الشخصية والعينية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الثالثة الجديدة ، 2000
- (27) د. عبدالمنعم فرج الصده ، أصول القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1979
- (28) د. عوض أحمد الزعبي ، المدخل إلى علم القانون ، دار وائل للنشر ، الطبعة الثانية ، 2003
- (29) د. ليلي عبدالله سعيد ، الوجيز في شرح القانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001م – العقود المسماة : عقد البيع ، مطبوعات جامعة البحرين ، الطبعة الأولى 2003م
- (30) د. ليلي عبدالله سعيد ، الوجيز في شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مطبوعات جامعة البحرين ، الطبعة الأولى ، 2003
- (31) د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني – العقود المسماة: البيع – التأمين (الضمان) – الإيجار: دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، 2005
- (32) د. محمد حسين عبدالعال ، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية في القانون المدني البحريني ، مطبوعات جامعة البحرين ، الطبعة الأولى 2004
- (33) د. محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك ، دار الفكر الجامعي ، 2006
- (34) د. محمد سعد خليفة ود. عبدالحميد عثمان ، شرح أحكام قانون الإثبات : طرق الإثبات التقليدية والإلكترونية في القانون البحريني ، مطبوعات جامعة البحرين ، 2008
- (35) د. مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني في ثوبه الإسلامي – مصادر الإلتزام ، دون ناشر ، الطبعة الأولى ، دون تاريخ نشر
- (36) د. نبيل ابراهيم سعد ، المدخل إلى القانون : نظرية الحق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2001

ثانياً – الكتب المتخصصة :

- (37) د. أحمد عبدالعال ابو قرين ، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري : البحث في مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني ، دون ناشر ، الطبعة الاولى 2001
- (38) د. أحمد عبدالعال ابو قرين ، المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات ، دون ناشر ، الطبعة الاولى 2001
- (39) د. أسامة محمد طه إبراهيم ، النظرية العامة لعقود الباطن ، دون ناشر ، القاهرة 2007-2008
- (40) د. أيمن ابراهيم العشماوي ، مفهوم العقد وتطوره – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002
- (41) د. بودالي محمد ، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة (دراسة مقارنة) ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، 2005
- (42) د. جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999
- (43) د. حسن حسين البراوي ، التعاقد من الباطن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002
- (44) د. حسن عبدالباسط جميعي ، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة : دراسة مقارنة في ضوء تطور القضاء الفرنسي وصدور القانون الفرنسي بشأن مسؤولية المنتج عن عيوب المبيع في 19 مايو 1998 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000
- (45) د. حمدالله محمد حمدالله ، حماية بائع المنقولات المادية من خلال شرط الإحتفاظ بالملكية (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي) ، دار النهضة العربية ، 1995
- (46) د. رضا متولي وهران ، إنتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص : دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 1999
- (47) د. سميرة عبدالله مصطفى ، فترة الريبة ، دار الكتب القانونية ، 2011
- (48) د. سالم محمد رديعان العزاوي ، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الأردن ، 2008
- (49) د. شحاته غريب شلقامي ، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء : دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2008
- (50) د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، 2001

- (51) د. صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية – دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، دار الكتب القانونية ، 2010
- (52) د. عادل جبري محمد حبيب ، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004
- (53) د. عبدالحكم فوده ، النسبية والغيرية في القانون المدني (دراسة عملية في ضوء الفقه وقضاء النقض) ، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية ، دون تاريخ نشر
- (54) د. عبدالحكم فوده، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض - المجلد الأول : البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، دون تاريخ نشر
- (55) د. عطيه عدلان عطيه رمضان ، موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة ، دار الإيمان ، الإسكندرية ، دون تاريخ نشر
- (56) د. علي حسين نجده، الشهر العقاري في مصر والمغرب، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 1986
- (57) د. علي سيد قاسم ، شرط الإحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس ، دار النهضة العربية ، 1991
- (58) د. فيصل زكي عبدالواحد ، المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية ، دار الثقافة الجامعية، 1991-1992
- (59) ماجد رشاد محمد، الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشرة : دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2008
- (60) د. محمد ابراهيم دسوقي ، التصرفات العقارية غير المسجلة في قانون الشهر العقاري والسجل العيني ، دون ناشر ، 2009
- (61) د. محمد جاد محمد جاد ، أحكام الإلتزام التضاممي في القانونين الفرنسي والمصري، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2003
- (62) د. محمد حسين عبدالعال ، مسئولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعات العقدية (دراسة تحليلية في القانون الفرنسي على ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006
- (63) د. محمد حسين منصور ، البيع بشرط الإحتفاظ بالملكية ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة، 2007م

(64) محمد عبد سليمان الحراحشه ، فكرة عدم سريان التصرف القانوني – دراسة مقارنة في الفقهاء الإسلامي والغربي والقوانين المدنية العربية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002

(65) د. محمد بن عبدالقادر محمد ، الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه، دار الكتب القانونية ، 2008

(66) د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية : الجزء الأول ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1978

(67) د. مروان كساب ، الخطأ العقدي وآثار العقد ، دون ناشر ، الطبعة الأولى 2000

(68) د. منصور حاتم محسن الفتلاوي ، نظرية الذمة المالية : دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1999

(69) د. نبيل ابراهيم سعد ، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن (فكرة الإلتزام التضاممي – نطاق تطبيق الإلتزام التضاممي) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، دون تاريخ نشر، الطبعة الثانية

ثالثاً – المقالات والأبحاث والدوريات :

(70) د. جابر محجوب علي ، المسؤولية عن فعل الغير في إطار المجموعات العقدية : دراسة مقارنة ، مجلة المحامي – السنة الثالثة والعشرون – ابريل/مايو/يونيو 1999 ، دولة الكويت

(71) د. حسين يوسف غنايم، غل يد المفلس: ماهيته ونطاقه الزمني، مجلة الشريعة والقانون، مجلس النشر العلمي، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد السابع، نوفمبر 1993

(72) د. خالد عطشان الضفيري ، حالة الإعسار في القانون المدني الكويتي ، مجلة الحقوق – جامعة الكويت ، العدد 1 السنة 35 ، مارس 2011

(73) د. درع حماد عبد ، الاتجاهات الحديثة في دعوى العيب الخفي ، مجلة الحقوق – جامعة البحرين ، المجلد الثالث – العدد الثاني ، يوليو 2006

(74) د. صبري حمد خاطر ، الاحتفاظ بالملكية (دراسة تأصيلية في عقد البيع) ، مجلة الحقوق – جامعة النهرين ، المجلد رقم (4) العدد رقم (5) ، تموز 2000م

(75) د. عبدالحميد عثمان ، أثر حق الغير على خلوص الشيء للمتصرف إليه ،
www.profosman.com

(76) د. محمد محي الدين ابراهيم سليم ، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد في القانونين الانجليزي والمصري – دراسة مقارنة ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق – جامعة المنوفية ، العدد الرابع عشر – السنة السابعة ، اكتوبر 1998م

رابعاً – الرسائل العلمية :

(77) د. زواوي فريده ، مبدأ نسبية العقد ، رسالة دكتوراه مقدمه إلى معهد الحقوق والعلوم الإدارية – جامعة الجزائر – بن عكنون ، 1992

(78) د. سعد ربيع عبد الجبار ، حجية العقود وأثرها في استقرار العلاقات القانونية (دراسة قانونية مقارنة) ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2008م.

(79) علي يحيى آل زمانان ، إلزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل (دراسة مقارنة) في القانونين المصري والسعودي، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1424هـ ، 2004م

(80) د. فاطمة محمد أحمد محرز ، نظرية الإستهلاف الخاص – دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة ، 1998م

(81) د. محمدي سليمان ، نفاذ العقد ، رسالة دكتوراه مقدمه إلى كلية الحقوق – جامعة الجزائر – بن عكنون ، 2003-2004م

خامساً – القوانين والتشريعات :

(82) قانون تنظيم الشهر العقاري المصري (114 لسنة 1946)

(83) القانون المدني المصري (131 لسنة 1948)

(84) قانون التسجيل العقاري البحريني (15 لسنة 1979)

(85) قانون التجارة البحريني (7 لسنة 1987)

(86) قانون الإفلاس البحريني (11 لسنة 1987)

(87) قانون التجارة المصري (17 لسنة 1999)

(88) القانون المدني البحريني (19 لسنة 2001)

(89) قانون الطيران المدني البحريني (6 لسنة 2005)

سادساً – الأحكام القضائية :

- (90) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، 1992م ، السنة (3)
- (91) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، 1994م ، السنة (5)
- (92) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، 1995م ، السنة (6)
- (93) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، 1996م ، السنة (7)
- (94) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، 1997م ، السنة (8)
- (95) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، 2000م ، السنة (11)
- (96) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، 2002م ، السنة (13)
- (97) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، 2003م ، السنة (14)
- (98) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، 2004م ، السنة (15)
- (99) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، 2005م ، السنة (16)
- (100) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، 2006م ، السنة (17)
- (101) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز البحرينية، 2007م ، السنة (18)
- (102) وزارة العدل المصرية، قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية
www.arablegalportal.org
- (103) دار العدالة والقوانين العربية www.justic-lawhome.com

- (1) ALAIN BENABENT, Droit civil, Les obligation, 1 e'dition France
- (2) BERTAND FAGES, Droit des obligations, L.G.P.J , 2009
- (3) Daniel MAINGUY , Jean-Louis Respand , droit des obligations, cours magistral , ellipses , 2008
- (4) Denis MAZEAUD, contrat, responsabilit'e et tiers (Du nouveau a' L'honneur ..) , Libre droit, me'langes eu l'honneur de PHILPPE LE TOURNEAU, D. 2008
- (5) FRANCOIS TERRE, et philipe simler et yves lequette, Droit civil, Les obligations, D.2005
- (6) G.CORNU, vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 3'ed, Quadrige, 2002
- (7) MICHEL GRIMALDI , Le contrat et les tiers , libres propos sur les sources du droit , D. 2006
- (8) P.ANCEL, force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD-viv,1999
- (9) PHILIPPE MALAURIE, Les obligations, 2 e'd . 2005
- (10) ROBERT WINTGEN, e tude critique de la notion d'opposabilite' , Les effets du contrat a' L'egard des tiers en droit francais et allemande, these, L.G.D.J, 2004

statement of the opposability of these contracts in general as they acquire opposability once concluded for they relate to the financial assets of the debtor, and then, indicating the situations established by the legislature to strip these contracts of its opposability, whether on the basis of all the actions of the debtor or some of them. This chapter ends with the statement of the development of the concept of this principle, when third-party liability for breach of contract appear, through the jurisprudential attempts to establish such liability, and statement of the privacy of such liability in terms of the elements, conditions its existence, and its compensation system.

Chapter III touches upon the principle of the opposability of contract in the face of the contractors. It deals with the idea of protest by non-contractors in the face of contractors under the principle of the opposability of contract as to explain the basis of the responsibility of the contractor to third parties for the breach of the contract (or the poor implementation of the contract) and its elements, judicial precedents that have been made in this regard, the nature of this responsibility, and the negative aspects of its optimal application when so interconnected contracts are underway where the responsible party and the injured party on the status of contracting while there is no contract between them, as well as the solution by jurisprudence to address that. A review, then, will be to discuss the principle of the opposability of contract within the frame of the group of contracts, through the statement of the nature of theory and resulting effects that deal with the principle of specificity and the principle of opposability, criticism made against such theory in relation of its basis and consequences. And then we touch upon the position of the judiciary towards the application of this theory, as for the group of contracts involving the transfer of ownership, as well as the one not involving ownership transfer.

At the end of this thesis, we list the most important findings concluded from the study of the principle of the opposability of contract, followed by a series of recommendations related to the Bahraini civil law by proposing amendments.

Thesis summary

This thesis discusses (the principle of the opposability of contract), which regulates the outer frame of the contract. The “principle of the binding force of contract” regulates the subject of the contract in terms of the effects of binding contractual obligations, whereas the “principle of specificity of contract effect” regulates the personal scope of these effects. Accordingly, the principle of the opposability of contract is a complement to both principles, so that it regulates - in the face of others- the contract’s effects that have material character different from the binding contractual effects which are imposed on contractors, in principle. Therefore, the study of the principle of the opposability of contract addresses the existing fact of the contract for others without that other person should be a creditor or debtor under such contract

As the French jurisprudence has practiced opposability long time ago and adopted by the judiciary, it remains for the scholars of the Arab an ambiguous principle. The thesis is based on the methodology of comparative research, focusing on the Bahraini law with reference to French and Egyptian laws, as well as to the position of the judiciary and jurisprudence in France and Egypt, in addition to the provisions of the Court of Cassation in Bahrain.

The thesis is divided into three chapters. Chapter I, discusses inveterating the principle of the opposability of contract, by reviewing the historical and intellectual circumstances over which the principle has passed amid the traditional concepts of the legal prevailing principles, leading to the development of these principles and emergence of the need for the principle of opposability , then reviewing attempts of jurisprudence to establish the principle of opposability and the criticisms directed against it, and ending by clarifying the scope of this principle and its limits.

The second chapter deals with the principle of the opposability of contract in the face of others, which reviews the traditional concept of the principle of opposability by the nature of the contractual effects. It talks about the contracts that produce real effects, the extent to which the opposability of real estate contracts relates to registration or record, the extent to which the opposability of contracts on movables relates to possession, the opposability of contracts producing the personal effects ,through the

University of Bahrain

College of Law

Department of Private Law

The principle of opposability of the contract

Comparative Study

Prepared by

Ali Faisal Ali

A Thesis submitted in partial fulfillment of the requirements

for the degree of

MASTER OF PRIVATE LAW

Under the supervision of

Prof. Sabri Hamad Khater

Professor of Civil Law at the University of Bahrain

2012